TÜRKİYE YÜZYILINDA

TÜRK MEDENİ KANUNU ÇALIŞTAYI

4 - 5 OCAK 2024
İSTANBUL

HUKUK İŞLERİ
GENEL MÜDÜRLÜĞÜ

TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU ÇALIŞTAYI

4 - 5 Ocak 2024
İstanbul

Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü

Türkiye Yüzyılında
Türk Medeni Kanunu Çalıştayı

Yayına Hazırlayan	Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Adres	Milli Müdafaa Cad. No:22 Kat 1 06659 Kızılay /ANKARA
Telefon	0 (312) 417 77 70
Elektronik İletişim	higm@adalet.gov.tr www.higm.adalet.gov.tr
Baskıya Hazırlık ve Tasarım	Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı
Adres	Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13 - 14 - 15 – 16 Yenimahalle / ANKARA
Telefon	0 (312) 204 11 29
Elektronik İletişim	edb@adalet.gov.tr www.edb.adalet.gov.tr
Baskı ve Cilt:	

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir. Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır. Kitapta yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü

ÖNSÖZ

Bilindiği üzere, medeni hukuk, kişilerin durumlarını, ailevi ilişkilerini, malvarlıkları üzerindeki hak ve yetkilerini, diğer şahıslarla olan borç ilişkilerini, ölümlerinden sonra dahi malvarlıklarında yer alan hak ve borçların akıbetini düzenleyen kuralların oluşturduğu çok geniş bir hukuk dalıdır.

Türk Medeni Kanunu öngördüğü temel ilke ve esaslarla hukukun şekillenmesinde belirleyici bir rol oynamaktadır. Kanunun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağını öngören 1 inci maddesinin dahi tek başına hukukun temel taşı olduğunu ifade etmeliyiz. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen 2 nci maddesinin de başlı başına her hukuk dalında uygulanması gereken maddelerden biri olduğunu söyleyebiliriz. Yine malvarlığı hukukunun görünümleri olan borçlar ve eşya hukuku, ölümden sonra malvarlığının akıbetini düzenleyen miras hukuku, hukuk sistemimizin özel mülkiyete ve irade serbestisine verdiği önemi ortaya koymaktadır.

Aile hukuku da medeni hukukun en önemli alanlarından biridir. Hem geleneğimize, hem inancımıza, hem de hukuka bakışa göre toplumun temel taşı ailedir. Aile toplumun yapı taşıdır. Dolayısıyla, sağlıklı bir toplum sağlıklı ailelerin varlığına bağlıdır. Ailenin korunması aynı zamanda toplumun korunması ve varlığını sürdürebilmesi bakımından vazgeçilmez öneme sahiptir. Aile bağlarının zayıfladığı, ailenin gücünü kaybettiği toplumların yıkıma uğraması kaçınılmazdır. Güçlü aile güçlü toplum, güçlü toplum ise güçlü devlet demektir. Ailenin kurucusu olan kadın ve erkek arasındaki hukuki statünün belirlenmesi, özellikle kadın haklarının etkin bir şekilde korunması, aile kurumunun geleceği için son derece önemlidir. Nitekim Türk Medeni Kanunu hazırlanırken, 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi'nde kadın erkek eşitliğinin tam olarak sağlanamadığı yönündeki eleştiriler de göz önünde bulundurulmuştur. Bu nedenle yeni Türk Medeni Kanunu ile yapılan en önemli değişiklikler aile hukuku alanında olmuştur.

Bu kapsamda, medeni hukuk alanını doğrudan ilgilendiren çalışmalarımızdan biri de aile arabuluculuğu sistemidir. Çalıştayımızda aile arabuluculuğu konusunda ortaya konulan görüşler ile buradan çıkan sonuçlar bu alandaki çalışmalarımıza önemli katkılar verecektir.

Türk Medeni Kanunu ile ilgili çok önemli görüşlerin ifade edildiği "Türkiye Yüzyılında Türk Medeni Kanunu Çalıştayı"nda sorunların tespit edilerek isabetli çözüm önerilerinin geliştirilebilmesi amaçlanmıştır. Doğru tespitler yapılarak isabetli çözümler üretilebilmesi ancak ilgili tüm paydaşların katılımıyla mümkün olabilir. Bu gerçeklikten hareketle geniş katılımlı olarak gerçekleştirilen Çalıştay'ımızda ortaya çıkan sonuçlar uygulayıcılara ve mevzuat yapıcılara ışık tutacak, bize yol gösterecek ve bu veriler üzerinden hem kendi eksiklerimizi hem de uygulayıcılarımızın sıkıntılarını görüp daha iyi çözümleri hayata geçirme konusunda bizleri cesaretlendirecektir.

Biz, bu kararlılıkla vatandaşlarımızın, milletimizin yargı hizmetlerinden en etkin ve en adil bir şekilde yararlanabilmesi ve adalete güveni en üst noktalara taşıyabilmek için çalışmaya devam edeceğiz.

Bu vesile ile "Türkiye Yüzyılında Türk Medeni Kanunu Çalıştayı"nın hayırlı ve uğurlu olmasını, planlandığı şekilde hukukumuza ve bu alandaki bütün çalışmalara ışık tutmasını temenni ediyorum. Çalıştaya katkı veren, katılan kıymetli hocalarımıza, değerli yargı mensuplarımıza, avukatlarımıza, noterlerimize, arabulucularımıza ve diğer tüm paydaşlara içtenlikle şükranlarımı sunuyor, kitabın yayıma hazırlanmasında emeği geçen herkese ayrı ayrı teşekkürlerimi bildiriyorum.

Bu yayının, yararlanıcılara ve uygulamaya faydalı olmasını temenni ederim.

Yılmaz TUNÇ
Adalet Bakanı

TAKDİM

100 yıllık Cumhuriyet tarihimizde İsviçre'den alınarak Ülkemize uyarlanan ve 1926 yılında kabul edilen "Türk Kanunu Medenisi" 76 yıl yürürlükte kalmış, 1 Ocak 2002 tarihinde ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmiştir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun; Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku olmak üzere beş kitaptan oluştuğunu görüyoruz. Kanunun günün gelişen koşullarına uyarlanması noktasında çalışmalar aralıksız sürdürülmektedir.

Bu düşünceden hareketle, Sayın Adalet Bakanımızın talimatlarıyla medeni hukuk alanında kıymetli çalışmaları bulunan hocalarımızla birlikte, Yargıtay Birinci Başkanvekilimizin katılacağı; dünden bugüne medeni hukuk alanındaki kanunlaşma çalışmaları ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hazırlanışı sırasında yapılan tartışmalar ve yaşanan gelişmelerin değerlendirilmesi ile gelişen ve değişen toplum yapısı karşısında 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda değişiklik ihtiyacı hissedilen konuların tartışılması ve ele alınmasının faydalı olacağı düsturu ile yola çıktığımız bu çalışmada ortaya konulan sorunlar ve çözüm önerileri Bakanlığımıza ışık tutacaktır.

Çalıştay programımız oluşturulurken; her bir kitap için ayrı ayrı olmak üzere Türk Medeni Kanunu kapsamında meydana gelen uyuşmazlıklarda Kanunu uzun yıllardır tatbik eden yargı mensuplarının yanı sıra, akademisyenler, avukatlar, noterler, arabulucular ile Kanunun uygulayıcısı olan kamu kurumlarımız ve Kanunun muhatabı konumundaki değerli aktörlerin de görüş, bilgi ve deneyimlerini paylaşabileceği bir ortam yaratılarak; tüm paydaşların doğrudan buluşturulması hedeflenmiştir.

Çalıştay programının ikinci gününde ise, yargı mensuplarımız, akademisyenlerimiz, avukatlarımız, noterlerimiz, arabulucularımız ile Kanunun uygulayıcısı olan kamu kurumlarımız ve Kanunun muhatabı konumundaki değerli aktörlerinin yer alacağı beş ayrı grupta eş zamanlı olarak;

Birer grubumuzda, "Medeni Kanundaki Temel Düzenlemeler ile Kişiler ve Vesayet Hukuku", "Eşya Hukuku" ve "Miras Hukuku", iki ayrı grubumuzda ise, "Aile Hukuku" konularının, geniş bir yelpazede ele alınması amaçlanmıştır. Çalıştay sonunda çok değerli fikirlerin ifade edildiğini görmek bizleri ziyadesiyle mutlu etmiştir.

Bu vesileyle, Türkiye Yüzyılında Türk Medeni Kanunu Çalıştayı'nın düzenlenmesinde bizlere destek veren Adalet Bakanımız Sayın Yılmaz TUNÇ'a, katılım sağlayan başta Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Başkanımız Cüneyt YÜKSEL'e, çok değerli milletvekillerimize, Çalıştay'a katkı veren, katılan yargı mensubu, akademisyen, avukat, noter, arabulucu başta olmak üzere kamu kurum ve kuruluşlarımızın değerli temsilcilerine ayrı ayrı teşekkür ediyoruz.

Bu yayının, yararlanıcılara ve uygulamaya faydalı olmasını dilerim.

Hakan ÖZTATAR
Hukuk İşleri Genel Müdürü

İÇİNDEKİLER

TÜRKİYE YÜZYILINDA TÜRK MEDENÎ KANUNU ÇALIŞTAYI

III • Önsöz

V • Takdim

VII • İçindekiler

IX • Çalıştay Programı

SEMPOZYUM OTURUMLARI

1. GÜN

3 • Açılış Konuşmaları

15 • I. Oturum

37 • II. Oturum

2. GÜN

55 • **I. Grup Görüşmeleri** / Medeni Kanundaki Temel Düzenlemeler ile Kişiler ve Vesayet Hukuku

107 • **I. Grup Sonuç Bildirgesi**

114 • **Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Prof. Dr. Fulya Erlüle ve Prof. Dr. Murat Topuz Tarafından Hazırlanan Çalışma**

173 • **II. Grup Görüşmeleri** / Aile Hukuku - I

267 • **II. Grup Sonuç Bildirgesi**

271 • **III. Grup Görüşmeleri** / Aile Hukuku - II

321 • **III. Grup Sonuç Bildirgesi**

325 • **IV. Grup Görüşmeleri** / Eşya Hukuku

393 • **V. Grup Görüşmeleri** / Miras Hukuku

465 • **V. Grup Sonuç Bildirgesi**

469 • **Prof. Dr. Halil Akkanat Tarafından Hazırlanan Çalışma**

483 • **Ortak Oturum** / Grup Başkanlarının Sunumları

505 • **Fotoğraflar**

TÜRKİYE YÜZYILINDA TÜRK MEDENÎ KANUNU ÇALIŞTAYI

04-05 Ocak 2024, The Marmara Taksim Otel – İstanbul

I. GÜN

10.00 - 10.45	**Kayıt**
11.00 - 12.30	**Açılış Konuşmaları**
12.30 - 13.30	**Öğle Arası**
13.30 - 16.30	**Genel Oturum**
	4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Uygulanmasının Genel Değerlendirilmesi
	Dünden Bugüne Medeni Hukuk Alanındaki Kanunlaşma Çalışmaları İle 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Hazırlanışı Sırasında Yapılan Tartışmalar ve Yaşanan Gelişmelerin Değerlendirilmesi - I
	Gelişen ve Değişen Toplum Yapısı Karşısında 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda Değişiklik İhtiyacı Hissedilen Konular-II

II. GÜN

09.30 - 10.45	**Eş Zamanlı Grup Çalışmaları**
10.45 - 11.00	**Çay Kahve Arası**
11.00 - 12.00	**Eş Zamanlı Grup Çalışmaları**
12.00 - 13.30	**Öğle Arası**
13.30 - 15.00	**Eş Zamanlı Grup Çalışmaları**
15.00 - 15.15	**Çay Kahve Arası**
15.15 - 16.30	**Çalışma Gruplarının Sunumları**
	Soru/ Cevap ve Kapanış

1. GÜN

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Sunucu:

Sayın Adalet Bakanım, basınımızın değerli temsilcileri, kıymetli konuklar; Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen Türkiye Yüzyılında Türk Medeni Kanunu Çalıştayı programına hepiniz hoş geldiniz. Programımıza geçmeden önce sizleri Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk ve aziz şehitlerimizin manevi huzurunda saygı duruşuna ve ardından İstiklal Marşı'mızı okumaya davet ediyorum.

Sayın Bakanım, kıymetli katılımcılar, şimdi programımızın açılış konuşmalarını gerçekleştirmek üzere Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Hakan ÖZTATAR'ı kürsüye davet ediyorum.

Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Hakan ÖZTATAR:

Sayın Bakanım, Sayın Adalet Komisyonu Başkanım, Sayın Milletvekillerim, Sayın Yargıtay Daire Başkanı ve Üyelerim, Sayın Noterler Birliği Başkanım ve Yönetim Kurulu Üyelerim, Sayın Baro Başkanlarım, yargımızın değerli mensupları, kıymetli akademisyenler, avukatlar, arabulucular, noterler ve değerli katılımcılar; Adalet Bakanlığımız tarafından düzenlenen "Türkiye Yüzyılında Türk Medeni Kanunu Çalıştayı'na" hoş geldiniz. Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bilindiği üzere, medeni hukuk, bir ülkedeki vatandaşların kişisel durumlarını, ailevi ilişkilerini, malları üzerindeki hak ve yetkilerini, diğer şahıslarla olan borç ilişkilerini, ölümlerinden sonra malvarlıklarında yer alan hak ve borçların akıbetini düzenleyen kuralların oluşturduğu bir hukuk dalıdır.

100 yıllık Cumhuriyet tarihimizde İsviçre'den alınarak Ülkemize uyarlanan ve 1926 yılında kabul edilen ilk medeni kanun olan "Türk Kanunu Medenisi" 76 yıl yürürlükte kalmış, 1 Ocak 2002 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun; Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku olmak üzere beş kitaptan oluştuğunu görüyoruz. Kanunun günün gelişen koşullarına uyarlanması noktasında çalışmalar aralıksız sürdürülmektedir.

Bu düşünceden hareketle, Sayın Bakanımızın, Türk Medeni Kanunu Çalıştayının yapılmasının hukuk alanında önemli bir katkı sağlayacağı talimatları üzerine, Çalıştay programı oluşturulurken; her bir kitap için ayrı ayrı olmak üzere Türk Medeni Kanunu kapsamında meydana gelen uyuşmazlıklarda Kanunu uzun yıllardır tatbik eden yargı mensuplarının yanı sıra, akademisyenler, avukatlar, noterler, arabulucular ile Kanunun uygulayıcısı olan kamu kurumlarımız ve Kanunun muhatabı konumundaki değerli aktörlerinin de görüş, bilgi ve deneyimlerini paylaşabileceği bir ortam yaratılarak; tüm paydaşların doğrudan buluşturulması hedeflenmiştir.

Çalıştay programımızda bugün öğleden sonra yapılacak genel oturumda, medeni hukuk alanında kıymetli çalışmaları bulunan hocalarımızla birlikte, Yargıtay Birinci Başkanvekilimizin katılacağı; dünden bugüne medeni hukuk alanındaki kanunlaşma çalışmaları ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hazırlanışı sırasında yapılan tartışmalar ve yaşanan gelişmelerin değerlendirilmesi ile gelişen ve değişen toplum yapısı karşısında 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda değişiklik ihtiyacı hissedilen konuların tartışılması gerçekleştirilecektir.

Çalıştayımızın ikinci gününde ise yargı mensuplarımız, akademisyenlerimiz, avukatlarımız, noterlerimiz, arabulucularımız ile Kanunun uygulayıcısı olan kamu kurumlarımız ve Kanunun muhatabı konumundaki değerli aktörlerimizin yer alacağı beş ayrı grupta eş zamanlı olarak;

Birer grubumuzda, "Medeni Kanundaki Temel Düzenlemeler ile Kişiler ve Vesayet Hukuku", "Eşya Hukuku" ve "Miras Hukuku", iki ayrı grubumuzda "Aile Hukuku" konularını geniş bir yelpazede ele alınmasını amaçlıyoruz.

Konuşmamın sonunda bu Çalıştayın düzenlenmesini sağlayan ve katılımları ile bizleri onurlandıran Adalet Bakanımız Sayın Yılmaz TUNÇ'a, Çalıştayımıza katkı veren, katılan herkese teşekkürlerimi sunuyorum. Çalıştayımızın verimli, hayırlı geçmesi inanç ve temennisi ile hepinizi saygı ile selamlıyorum.

Sunucu:

Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Hakan ÖZTATAR'a konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Değerli katılımcılar şimdi de Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanı Sayın Yılmaz TUNÇ'u hitaplarını gerçekleştirmek üzere saygılarımla kürsüyü teşriflerini arz ediyorum.

Adalet Bakanı Sayın Yılmaz TUNÇ:

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonumuzun Değerli Başkanı, Değerli Milletvekillerimiz, Değerli Yargıtay Birinci Başkanvekilimiz, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Başkanvekilimiz, Daire Başkanlarımız, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Üyelerimiz, Türkiye Barolar Birliği Başkanvekilimiz, Baro Başkanlarımız, Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikalarımızın Kıymetli Üyeleri, Yargı Mensuplarımız, gerek ilk derece, gerek istinaf, gerek yüksek yargıdan Değerli Üyelerimiz, Değerli Hocalarımız, Kıymetli Akademisyenlerimiz, Kıymetli Basın Mensupları, Değerli Misafirler; hepinizi sevgiyle, saygıyla selamlıyorum, Hoş geldiniz sefalar getirdiniz.

Türkiye Yüzyılında Türk Medeni Kanunu Çalıştayı vesilesiyle sizlerle birlikteyiz. Çok önemli bir toplantıyı gerçekleştiriyoruz. Bu önemli toplantıda sizlerle bir arada olmaktan duyduğum memnuniyeti öncelikle belirtmek istiyorum. Tabii ön sıralarda, bizleri yetiştiren İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde birinci sınıftan itibaren medeni hukuk derslerimize gelen, o dersleri bizlere veren ve gerçekten hukuk nosyonu almamızda çok büyük emekleri olan, çok değerli hocalarımızı, duayen hocalarımızı şu an karşımda görmekten çok mutlu olduğumu belirtmek istiyorum. Onları bir kez daha

saygıyla, sevgiyle selamlıyorum. Ben 90 girişliyim İstanbul Hukuk Fakültesine ve İstanbul Hukuk'ta onların o engin tecrübeleri, kendi yazdıkları eserlerden bizlere dersleri aktarmaları gerçekten muhteşemdi. Çok iyi bir eğitim aldık onlardan. Ankaralılar da var aramızda. Burada İstanbul'dayız. Dolayısıyla İstanbul'umuzun Hocaları, bugün ben onları hâlâ genç olarak görmekten, sağlıklı olarak böyle karşımda durduklarını görmekten çok mutlu oldum. Allah sağlıklı, uzun ömürler versin. Hukuk camiamıza, hukuk dünyamıza, daha nice eserler, öğrenciler kazandırmaları dileğiyle tekrar saygıyla selamlıyorum Hocalarımızı.

Bugün burada adaletin tecellisi için fedakârca görev yapan yüksek yargı üyelerimiz var, yargı mensuplarımız var, her derecede. Bakanlığımızın kıymetli yöneticileri var. Ülkemizin dört bir yanında özveri ile görev yapan savunma hakkının temsilcisi baro başkanlarımız var. Yargının kurucu unsurlarından avukatlarımız var. Arabulucularımız var. Noterlerimiz var. Medeni hukuk alanında böylesine geniş kapsamlı bir Çalıştayı bugün gerçekleştireceğiz. İki gün sürecek. Ben hepinize katılımlarınızdan dolayı öncelikle çok çok teşekkür ediyorum.

Türk Medeni Kanunu, açılış konuşmasında Genel Müdürümüzün de ifade ettiği gibi, geniş bir alan. Yani hukukun en geniş alanı. Bu geniş alanı iki gün sürecek toplantılara, Çalıştaylara sığdırmak da öyle kolay değil. Çok önemli tartışmaların, bildirilerin, görüşlerin ifade edileceğine inanıyoruz. Türk Medeni Kanunundaki temel düzenlemeler, kişiler ve vesayet hukuku, bunlar başlı başına aslında günlerce sürecek toplantıların konuları. Aile hukuku, özellikle bizim toplumumuzda aileye verdiğimiz önem bakımından çok önemli. Eşya hukuku, miras hukuku, her biri Türk Medeni Kanunumuzun ayrı kitapları. Dolayısıyla bu başlıklar altında yapılacak olan oturumlarda dile getirilecek fikir ve önerilerin hem mevzuatın daha da güçlendirilmesi, iyileştirilmesi anlamında, hem de uygulamaya yönelik çalışmalarımıza ışık tutması bakımından önemli katkılar sunacağına inanıyorum ve bu Çalıştayın tekrar hayırlı olmasını diliyorum.

Kıymetli misafirler, medeni hukuk kişilerin doğumlarından ölümlerine, hatta daha da ileri götürebiliriz, yani ana rahmine ceninin düşmesinden itibaren de başlatabiliriz, öldükten sonra dahi malvarlıklarının akıbetine kadar tüm özel hukuk ilişkilerini içeren, hukukun en kapsamlı dalıdır. Toplumların hukuk yapısının şekillenmesinde temel kanunlar önemli bir yer tutar. Türk Medeni Kanunu da bu bağlamda temel kanunların çekirdeğini oluşturur. Türk Medeni Kanununun başlangıç hükümleri sadece medeni hukukla sınırlı kalmamakta, özel hukukun tamamında, hatta bünyesine uygun düştüğü ölçüde hukukun tüm alanlarında uygulanabilmektedir. Türk Medeni Kanununun, öngördüğü temel ilke ve esaslarla hukukun şekillenmesinde belirleyici rol oynamaktadır. Kanunun, sözüyle ve özüyle, hocalarımız bize lafzıyla ve ruhuyla demişlerdi ama sonradan 2001'de yapılan değişiklikle biraz daha sadeleştirildi, daha anlaşılır bir dile kavuşmuş oldu, Kanunun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağını öngören Türk Medeni Kanununun ilk maddesinin dahi tek başına hukukun temel taşı olduğunu ifade etmekte yarar var. Yine 2 nci madde, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ile ilgili madde zaten başlı başına her hukuk dalında uygulanması gereken maddeler. Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni

himaye etmez. Bu maddelerle başlar Türk Medeni Kanunumuz ve genel hükümlerde çok sayıda, böyle hukukun diğer alanlarını da ilgilendiren, uygulayıcıların da sürekli hemen yanı başında uygulamak durumunda olduğu önemli maddelerle başlar.

Yine malvarlığı hukukunun görünümleri olan borçlar ve eşya hukukları, ölümden sonra malvarlığının akıbetini düzenleyen miras hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hukuk sistemimizin özel mülkiyete ve irade serbestisine verdiği önemi göstermektedir. Toplumsal yaşamın tüm bu önemli meseleleri modern hukuk sistemlerinde Medeni Kanunların düzenleme sahasını oluşturmuştur. Bu sebeple söz konusu meselelerin aynı yaklaşımla bir bütün olarak düzenlenmesi, toplumsal temelde hukuk birliğinin sağlanması demektir.

Kıymetli misafirler, medeni hukuk ilişkilerinin düzenlenişi tarihimizde önemli bir geçmişe de sahiptir. 1868-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki komisyon tarafından derlenen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin hukuk tarihimizde önemi büyüktür. Mecelle'nin her bir maddesi, bugün yine Türk Medeni Kanunumuzda da benzer şekilleri ile yer alan o temel ilkeler gerçekten bir atasözü gibi, bir vecize gibi yine hâlâ bugüne kadar taşınmıştır. Yine Mecelle'nin yanı sıra aile hukuku hükümlerini kanunlaştıran 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesi medeni hukukumuz açısından önemli bir hukuk metnidir. Bununla birlikte Hukuk-u Aile Kararnamesi dönemin şartları itibarıyla gereği gibi uygulanamamış ve kısa bir süre sonra da yürürlükten kalkmıştır.

Aile hukuku medeni hukukun en önemli alanlarından biridir. Hem geleneğimize, hem inancımıza, hem de hukuka bakışımıza göre toplumun temel taşı ailedir. Aile toplumun yapı taşı olduğundan sağlıklı bir toplum da sağlıklı ailelerin varlığına bağlıdır. Ailenin korunması aynı zamanda toplumun korunması ve varlığını sürdürebilmesi bakımından vazgeçilmez öneme sahiptir. Aile bağlarının zayıfladığı, ailenin gücünü kaybettiği toplumların yıkıma uğraması kaçınılmazdır. Toplumun özünü teşkil eden aileyi tahribe yönelik her girişim toplumu da tahrip edecektir. Güçlü aile güçlü toplum, güçlü toplum ise güçlü Devlet demektir. Nitekim aileye yeterince önem vermeyen bazı Batı toplumlarında yıkıcı sonuçların ortaya çıkmasıyla birlikte bu toplumlar aileyi güçlendirmenin yollarını aramaya başlamışlardır.

Ailenin kurucusu olan kadın ve erkek arasındaki hukuki statünün belirlenmesi, özellikle kadın haklarının etkin bir şekilde korunması, aile kurumunun geleceği için son derece önemlidir. Nitekim Türk Medeni Kanunu hazırlanırken 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi'nde kadın erkek eşitliğinin tam olarak sağlanamadığı yönündeki eleştiriler ve yeni ihtiyaçların ortaya çıkması, bu hassas ilişkinin yeni bir boyut kazanması göz önünde bulundurulmuştur. Bu nedenle yeni Medeni Kanun ile yapılan en önemli değişiklikler aile hukuku alanında olmuştur. Bu kapsamda ailenin yönetimi, evlilik birliğinin temsili, evin seçimi, velayetin kullanılması, evin ve çocukların geçimi, evlenme yaşı gibi hususlarda kadın erkek arasındaki eşitlik sağlanmıştır.

Son 21 yılda anayasal düzeyde kadınlar ve çocuklar lehine önemli değişikliklere imza atılmıştır. Bu çerçevede 2004 yılında kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğunu ve Devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini

sağlamakla yükümlü olduğunu hüküm altına almıştık. 2010 yılında da Devletin bu amaçla alacağı tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağını hükme bağlamıştık. Pozitif ayrımcılık dediğimiz madde ile, kadınlara, çocuklara, şehit gazi ailelerine yönelik düzenlemelerin, uygulamaların eşitlik ilkesine aykırı yorumlanamayacağına ilişkin düzenlemeleri yapmıştık. Yine, özgürlükleri korumak maksadıyla başörtüsüne anayasal güvence sağlayan düzenlemeyle ailenin korunmasına ilişkin düzenlemeyi içeren Anayasa değişikliği teklifimizi de Meclisimize sunmuştuk. Tabii bu teklifte evlilik birliğinin ancak kadın ile erkeğin evlenmesiyle kurulabileceği ve eşler arasındaki eşitliğe dayanacağı hususu yer almaktaydı. Bu son derece hayırlı olduğunu düşündüğümüz düzenlemeler, o dönemde komisyon çalışmalarında bulunmuştum, komisyon çalışmaları sonuçlanmıştı, ama Genel Kurul aşamasına gelindiğinde gerek muhalefet partilerinin bir takım farklı görüşleri, sonrasında 6 Şubat Depremi ile karşı karşıya kalmamız ve sonrasında da seçim sürecinin araya girmesi nedeniyle bu iki önemli değişiklik; başörtüsüne anayasal güvence sağlayan, kılık kıyafet özgürlüğünü anayasal güvenceye kavuşturan ve bütün tartışmaları sona erdirecek olan bir düzenleme ve yine ailenin korunması başlıklı 41 inci maddede de evlilik birliğinin yalnızca kadın ile erkek arasında kurulabileceği yönünde ve yine çocukların korunmasına yönelik maddeler de tabii akabinde var, bu maddede de önemli bir değişiklik teklifimiz olmuştu. Ama 27. Yasama döneminde de uzlaşma sağlanamamıştı ve araya seçimlerin girmesiyle beraber akamete uğramıştı. Bu iki değişiklik konusunda yine kararlı olduğumuzu belirtmek istiyorum. Bu iki madde değişikliği tabii Anayasanın tümden değişmesi noktasındaki çalışmalar, uzlaşma girişimleri, elbette ki devam edecektir. Ama bu iki maddenin tekrar Meclis gündemine getirilmesi konusunda da kararlı olduğumuzu da ifade etmek istiyorum. Çünkü son dönemde aileyi hedef alan en büyük tehdidin küresel güç odaklarının teşvik ettiği cinsiyetsizleştirme politikası olduğunu da biliyoruz. Bunun artık herkes farkında. İnsan fıtratını ve ailevi değerleri savunanların küresel ölçekte ekonomik, siyasi ve diplomatik olarak baskılanmasını ise reddediyoruz. Sayın Cumhurbaşkanımızın ifade ettiği gibi Türkiye ve Türk milleti küresel cinsiyetsizleştirme dayatmalarına kesinlikle boyun eğmeyecektir. Aile yapımızın dinamitlenmesine asla izin vermeyeceğiz.

Kıymetli misafirler, sürekli reform irademizi koruyoruz ve canlı tutuyoruz. Sürekli yeninin, daha iyinin peşinde koşuyoruz. Bu kapsamda medeni hukuk alanını doğrudan ilgilendiren çalışmalarımızdan biri aile arabuluculuğu sistemidir. Bunun da iki gün sürecek olan Çalıştayda tartışılacağını ve konuşulacağını tahmin ediyoruz ve buradan çıkacak görüşler, sonuçlar da bizler için önemli. Nitekim kısa bir süre önce 10. Yılında Türkiye'de Arabuluculuk Sempozyumu ile Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin desteğiyle Türkiye Adalet Akademisi tarafından düzenlenen Uluslararası Aile Hukuku Sempozyumlarını gerçekleştirmiştik. Söz konusu bilimsel toplantılarda şiddet olgusu içermeyen uyuşmazlıklarda mahkeme temelli aile arabuluculuğu sistemi etraflıca masaya yatırıldı. Çok önemli değerlendirmeler ve sonuçlar elde ettik. Bu minvalde yaşanan uyuşmazlıkların adliye koridorlarına taşınmadan, tarafların ortak yararını gözeten ve bireysel beklentilerini olabildiğince karşılayan arabuluculuk sistemi ile çözümlenmesi amaçlanmaktadır. O Sempozyuma bu anlamda uluslararası alanda kariyer yapmış hukukçular da katılmıştı. Avrupa Konseyi

ve Avrupa Birliği ile ortaklaşa düzenlemiştik. Ve bu Sempozyumda da özellikle aile arabuluculuğunun lehinde, tabii kadına karşı şiddeti içermeyen konularda, o hariç olmak üzere, önemli görüşler ifade edilmişti, lehinde çok sayıda görüş ifade edildi. Tabii bu Çalıştayda da akademisyenlerimiz ve uygulayıcılarımızı dinleyeceğiz ve çıkacak görüşler doğrultusunda da yine bu alandaki yol haritamızı inşaallah belirleyeceğiz.

Kıymetli misafirler, aile yapısını koruyan, kadın erkek eşitliğini düzenleyen anayasal değişikliklerin yanında demokratik hukuk devletinin tahkimi, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin genişletilmesi adına son 21 yılda anayasal düzeyde tarihi adımlar attık, tarihi reformlara, hiç de küçümsenmeyecek yeniliklere imza attık. Tabii milletimizin onayıyla, Meclisimizin adım atmasıyla bunlar gerçekleşti. Sadece temel kanunlarımızı yenilemekte kalmadık, darbe Anayasasının vesayetçi ruhunu azaltan önemli reformları milletimizin desteğiyle gerçekleştirmeyi başardık. Temel kanunlarımızın tamamını biz son 21 yıl içerisinde yeniledik. 1926 tarihli Medeni Kanun, 2001 yılında yenilenmişti. Çağın ihtiyaçlarına toplumumuzun ihtiyaçlarına uygun hale getirilme noktasında önemli bir çalışma gerçekleşmişti. Sonrasında da yine 2002'den itibaren Borçlar Kanunumuz, Ticaret Kanunumuz, Ceza Kanunumuz, Ceza Muhakemesi Kanunumuz, Ceza İnfaz Kanunumuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz, tüm temel kanunlarımız, ana mevzuatlarımız hepsi çağın ihtiyaçlarını karşılayacak, toplumumuzun ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde yenilenmiş oldu. Yani bugün Avrupa'nın, Dünyanın en temel kanunlarına, en yeni temel kanunlarına sahip olduğumuzu söyleyebiliriz.

Geçmiş bu 20 yıllık uygulama içerisinde bu değişikliklerin etkileri tabii ki uygulayıcı tarafından görüldü. Bu anlamda, sonrasında da yine kısmi değişiklikler gerçekleşti ve gerçekleşmeye devam ediyor. Temel kanunlarımızı yenilemekle kalmadık Anayasamızda da çok önemli reform sayılacak düzenlemeleri gerçekleştirdik. Anayasamızın darbe ruhunu taşıyan, darbecilerin yazdığı bu Anayasayı da vesayetçi ruhu azaltan ortadan kaldırmaya yönelik çok önemli değişiklikleri de hayata geçirdik. Milli Güvenlik Kurulunun yapısından tutun da Yüksek Askeri Şuranın yapısına varıncaya kadar, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun yapısı, Anayasa Mahkemesinin yapısı demokratik hukuk devleti ilkelerine daha uygun hale getirilmeye çalışıldı ve milletimizin onayıyla bunlar gerçekleştirildi. Yine askeri mahkemelerin kaldırılması, askeri yüksek yargının, Askeri Yargıtay'ın, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kaldırılması, ülkede yargı birliğinin sağlanması noktasında da önemli reformlar gerçekleştirildi. Sivillerin askeri mahkemede yargılandığı dönemleri yaşamıştı bu ülke. Demokratik hukuk devletinde sivil bir kişinin, vatandaşın askeri mahkemede yargılanması kabul edilebilir değildi. Dolayısıyla tüm bunlar artık geride kaldı. Sıkıyönetim diye bir madde vardı Anayasamızda. Sıkıyönetim ilanı ile ilgili, ona meşruiyet sağlayan bir madde vardı, bu kaldırıldı. Darbeciler yargılanamaz diye bir madde vardı Anayasamızda, bu kaldırıldı. Bunlar çok önemli reformlardı. Özellikle vatandaşlarımızın, halkın doğrudan doğruya yürütmeyi belirlemesi ve demokrasiye daha uygun, Cumhuriyet rejimini daha da güçlendiren hükümet sistemi değişikliğine de yine milletimizin onayıyla adım attık, 2010 ve 2017 Anayasa değişiklikleri ile Anayasamızda özellikle vesayetçi ruhu azaltan önemli değişiklikler yapıldı.

Tabii temel hak ve özgürlükleri güçlendiren önemli değişiklikler, reformlar da gerçekleşti. Sadece yapısal dönüşümler değil, özellikle vatandaşlarımızın temel hak ve özgürlük alanını genişleten, işte Kamu Denetçiliğinin kurulması gibi, vatandaşların idare ile ilgili bir sorununda, probleminde başvurabileceği bir mekanizma. anayasal bir kuruluş, Kamu Denetçiliğinin kurulması yine bu dönemde sağlandı. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının tanınması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden kendi mahkemesinde, kendi ülkesinde bireysel başvuru yoluyla hakkını arayabilmesi yolu yine bu dönemde sağlanmış oldu. Bilgi edinme hakkı, yine kişisel verilerin korunması, özel hayatın korunması ile ilgili önemli düzenlemeler 2010 ve 2017 Anayasa değişiklikleri ile hayata geçen önemli reformlardı. Sendikal haklarla ilgili, memura toplu sözleşme hakkı gibi birçok alanda, biraz önce bahsettiğim gibi kadınlara, çocuklara, engelli ve yaşlılara, şehit aileleri ve gazilerimize pozitif ayrımcılık düzenlemelerini getiren, anayasal güvenceye kavuşturan önemli düzenlemeleri hayata geçirdik. Tabii tüm bu reformlar gerçekten belki öncesinde, 20 yıl öncesinde hayal edilebilecek reformlar değildi. Bu reformlar Ülkemizin, Türkiye'nin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin demokratik hukuk devleti niteliğini güçlendiren, temel hak ve özgürlük alanını daha da genişleten reformlardı. Tabii Anayasamızdaki vesayetçi anlayışı, vesayetçi ruhu da azaltan düzenlemelerdi. Ama tamamen ortadan kalktı mı? Bunu söyleyemeyiz. Vesayetçi anlayışı tamamen ortadan kaldırmak ancak topyekün yeni bir Anayasa ile mümkün. 177 maddeden oluşan Anayasamızda bugüne kadar 184 değişiklik yapıldı. Yani bir maddeye birden fazla dokunuldu. Dolayısıyla bu çok sayıdaki değişiklik gerek daha önceki yıllarda yapılan, gerek son 21 yılda yapılan bu değişikliklerle Anayasanın maddeleri arasındaki yeknesaklığın da ortadan kalktığını görüyoruz. Tabii bu yeknesaklığın ortadan kalkmasının, yargı kurumlarımız arasında da bazı problemlere, görüş farklılıklarına da yol açtığını, uygulamada birtakım sorunlara yol açtığını da hep beraber görmek mümkün. Dolayısıyla çözüm yeni bir Anayasa. Demokratik, kuşatıcı, temel hak ve özgürlükleri öne alan sivil bir Anayasayı yapmak zorundayız. Türkiye Yüzyılına başladık. Cumhuriyetimizin 100 yılı geride kaldı. Artık ikinci yüzyıla başladık. Darbecilerin yaptığı bir Anayasayla değil de Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde milletin temsilcilerinin uzlaşarak, geniş katılımla uzlaşarak hayata geçirdikleri ve milletin onayıyla yürürlüğe giren bir Anayasayla Türkiye Yüzyılının başında yolumuza devam etmemiz lazım. Bu anlamda da inşaallah 28. Yasama döneminde Parlamentomuzda bu uzlaşma sağlanır. Sadece darbecilerin yapmış olması bile tek başına yeterli bir sebeptir, bu Anayasanın değişmesi anlamda. İnşaallah Türkiye bunu başarır ve Meclisimiz de, biz de Adalet Bakanlığı olarak bu konuda her zaman teknik destek vermeye devam edeceğiz, 28. Yasama döneminde bütün partilerimiz uzlaşarak millete olan borcumuzu inşaallah gerçekleştiririz diye temenni ediyoruz.

Kıymetli yargı mensuplarımız, değerli hocalarımız, çok değerli milletvekillerimiz, hukukçu milletvekillerimiz de bugün İstanbul'umuzda bizleri yalnız bırakmadılar. Hepinize çok çok teşekkür ediyoruz. Bugün başlayan ve yarın da devam edecek olan bu Çalıştayımızı, Türk Medeni Kanunu ile ilgili çok önemli görüşlerin ifade edileceği bu Çalıştayımızı çok önemsiyoruz. Uygulayıcılara ve mevzuat yapıcılara, Meclisimize ışık tutacak önemli görüşlerin burada ortaya çıkacağını ifade etmek istiyorum.

Yargı Reformu Strateji Belgemiz ve İnsan Hakları Eylem Planı ile ilgili çalışmalarımızı da son aşamaya getirdik. Geniş kesimlerin görüşlerini almaya çalıştık. Gerek barolarımızın, gerek üniversitelerimizin hukuk fakültelerinin, sivil toplum kuruluşlarımızın ve uygulayıcıların görüşlerini aldık. Yüksek yargıdan ilk dereceye varıncaya kadar her kademedeki uygulayıcılarımızla görüştük, toplantılar yaptık, Çalıştaylar yaptık. Yargı Reformu Strateji Belgesinde de inşaallah önemli hedeflerimiz olacak. 2009'dan bu yana planlı bir reform süreci geçiriyoruz. Üç Yargı Reformu Strateji Belgesi hayata geçirildi. Son belgenin yüzde yetmişini hayata geçirdik, 27. Yasama dönemini kapsayan. Şimdi 28. dönemi kapsayacak ve hem İnsan Hakları Eylem Planı hem Yargı Reformu Strateji Belgesinde önceki belgelerde gerçekleştirilemeyen, Meclisin çalışma takvimi, deprem ve diğer nedenlerle hayata geçirilemeyen birtakım hedeflerimiz var. Bu hedefleri de unutmuş değiliz. Bu hedefleri de ihtiva edecek, yine bu tür Çalıştaylarda ortaya çıkan görüşler doğrultusunda, uygulayıcılarımızdan bizlere gelen, vatandaşlarımızdan bizlere gelen öneriler doğrultusunda Yargı Reformu Strateji Belgemize, yine İnsan Hakları Eylem Planımıza da son şeklini vereceğiz. Bu iki belgemiz önümüzdeki haftalarda ya da aylarda, tabii seçim sürecine de girdik şimdi yoğun bir döneme girdik, Sayın Cumhurbaşkanımız tarafından kamuoyu ile paylaşıldıktan sonra da o hedefleri gerek yasaması, gerek yürütmesi, gerek yargısı, herkes, üzerine düşen o hedefi gerçekleştirmenin gayreti içerisinde olacağız.

Tek gayemiz vatandaşlarımızın, milletimizin, yargı hizmetlerinden en etkin bir şekilde, en adil bir şekilde hizmet alabilmesi, yararlanabilmesi ve adalete güveni en üst noktalara taşıyabilmek. Bunu hep beraber gerçekleştireceğiz. Bunu kürsüdeki hâkim savcılarımız, savunmadaki avukatlarımız yine Akademi'deki çok kıymetli hocalarımızın çalışmaları ve Adalet Bakanlığımız, Meclisimiz hep beraber topyekûn yargıya güveni en üst noktalara taşımanın gayreti ile çalışmalarımızı sürdüreceğiz. Ben tekrar bugünkü bu anlamlı toplantıya, geniş katılımlı toplantıya katıldığınız için Çalıştaylara katkı vereceğiniz için şimdiden sizlere çok çok teşekkür ediyorum. Hepinizi bu duygu ve düşüncelerle, sevgi ile saygı ile selamlıyorum. Sağ olun var olun.

Sunucu:

Adalet Bakanımız Sayın Yılmaz TUNÇ'a hitaplarından dolayı teşekkür ediyoruz. Sayın Bakanımızı yüksek müsaadeleriyle öğleden sonraki genel oturumumuzda sunumda bulunacak kıymetli hocalarımıza ve Yargıtay'ın Kıymetli Birinci Başkanvekili ile çalışma gruplarında başkanlık yapacak hocalarımıza plaketlerini takdim etmek ve sonrasında gerçekleştirilecek hatıra fotoğrafı çekimi için bir müddet daha platformda ağırlamaya devam edeceğiz.

Yargıtay Birinci Başkanvekili ve Hukuk Genel Kurulu Başkanı Sayın Adem Albayrak'ı plaketini almak üzere sahneye davet ediyorum. Prof. Dr. Sayın Ergun Özsunay'ı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Şimdi de Prof. Dr. Sayın Hüseyin Hatemi'yi plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Prof. Dr. Sayın Mehmet Ünal'ı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Prof. Dr. Sayın Haluk Burcuoğlu'nu plaketlerini

almak üzere sahneye davet ediyorum. Prof. Dr. Sayın Hasan Cumhur Özakman'ı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Prof. Dr. Sayın Cevdet Yavuz'u plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Prof. Dr. Sayın İhsan Erdoğan'ı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Prof. Dr. Sayın Hasan İşgüzar'ı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Prof. Dr. Sayın Şükran Şıpka'yı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Prof. Dr. Hasan Ayrancı'yı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Prof. Dr. Sayın Murat Doğan'ı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum.

Değerli hocalarımızla toplu fotoğraf çekimi olacak. Medeni hukuk alanındaki çalışmalarından dolayı kıymetli hocalarımıza ve Yargıtay'ın Kıymetli Birinci Başkanvekiline huzurlarınızda bir kez daha şükranlarımızı sunuyoruz. Son olarak Sayın Bakanımızın yüksek müsaadeleriyle hatıra fotoğrafı çektirmek üzere Kıymetli Protokolü platforma davet ediyoruz. Baro Başkanlarımızı da sahneye davet ediyoruz. Buyursunlar efendim.

Değer misafirlerimiz, açılış konuşmalarından oluşan ilk bölümümüz burada sona ermiştir. Çalıştayımıza (T) katında gerçekleştirilecek öğle yemeği için ara veriyoruz. Çalıştay programımızın ikinci bölümü olan genel oturumu saat 13.30'da, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun uygulanmasına ilişkin genel değerlendirmelerin yapılacağı oturumla yine bu salonda gerçekleştirilecektir.

GENEL OTURUM

I. OTURUM

Sunucu:

Değerli katılımcılar, şimdi 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun uygulanmasına ilişkin genel değerlendirmelerin yapılacağı oturuma başlıyoruz.

Oturumun ilk bölümünde; Dünden Bugüne Medeni Hukuk Alanındaki Kanunlaşma Çalışmalarıyla 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Çalışmaları Sırasında Yaşanan Gelişmelerin Değerlendirilmesi için Oturum Başkanı Yargıtay Birinci Başkan Vekili ve Hukuk Genel Kurulu Başkanı Sayın Adem Albayrak'ı, Bilim Komisyonu üyelerimiz Prof. Dr. Sayın Ergun Özsunay'ı ve Prof. Dr. Sayın Cevdet Yavuz'u sahnede kendilerine ayrılan yerlerine davet ediyorum.

Adem ALBAYRAK:
(Yargıtay Birinci Başkanvekili, Hukuk Genel Kurulu Başkanı)

Saygıdeğer hocalarım, çok kıymetli meslektaşlarım. Türk Medeni Kanunu Çalıştayı'nın birinci oturumunu açıyorum. Hepinizi saygıyla, hürmetle selamlıyorum. Efendim hoş geldiniz, sefalar getirdiniz. Ben her oturumda bunu söylerim. Hiç yaşamadığım olmadı, hep aynı şeyi yaşıyoruz. Sabah dolu bir salon oturacak yer yok protokol birbirinin üzerine üzerine çıkıyor. Arka tarafta meraklı gözler var ama onlar çok bir şey göremiyor. Ama asıl işin kaymağını toplamak isteyen bilime önem veren, ilime önem veren, ben bilgi sahibi olmalıyım diyen arkadaşlar genelde öğleden sonraları kalır ve onlar canla başla baştan itibaren izlerler. Onların katılımından dolayı sizlere teşekkür ediyorum. Salon şu anda sabahki doluluğundan daha dolu. Çünkü ilgili insanlar var buraya ilgi duyan insanlar var. Efendim şimdi elimizdeki tartışma konusu Türk Medeni Kanunu. Aslında sabahki oturumunda açılış konuşmalarında Sayın Genel Müdür, Sayın Bakan hep bahsettiler. Tabiri caizse doğumdan ölüme tümüyle düzenleyen bir Kanun. Neden önemli olduğunu anlamak için böyle kanunu okumak, oraya buraya bakmak çok önemli değil. Hukuk fakültesini bitiren herkes medeniyetinin önemli olduğunu anlar. Neden? Çünkü her yıl en zor dersimiz medeni hukuk dersleri, en önemli derslerimiz medeni hukukun alanıdır. Bize hocalarımız bu medeni hukuku çok sevdirdi. Sabah hep İstanbul Hukuktan bahsedildi ama ben de mensup olmaktan gurur duyduğum bir Ankara Hukukluyum. Ankara Hukukta da çok değerli hocalarımız vardı. Biz o dönem hem Ankara hem İstanbul hukuklular bir iletişim içindeydik. Yani biz İstanbul Hukuk kitaplarını da okurduk. Onlar da bizim kitaplarımızı. Böyle rekabet vardı ama inanılmaz, olması gereken, faydalı ve tatlı bir rekabet vardı. Bir zamanlar İstanbul Hukuk avukat yetiştirir, Ankara Hukuk hâkim yetiştirir falan derlerdi. Biz o tartışmaların içindeydik, hep böyle güzelliklerle yaşadık.

Ben bir medeni hukuk seminerinde fakültenin birinci sınıfında medeni hukuk hocama, rahmetli anmadan geçemeyeceğim, Turgut Akıntürk Hocam Allah rahmet eylesin, o davudi sesiyle bize o kadar güzel şeyler anlattı ki. Biraz

zamanımız var. Kısaca hocayı hem rahmetle anmak açısından bir kısa anekdot anlatayım. Kızılcahamam hâkimiyim o dönemde. O zaman telefonu direkt hâkim açar. Telefon çaldı açtım. Hâkim Adem Bey ile görüşmek istiyorum deyince buyurun hocam dedim. Hiç kendini tanıtmadı. O sesi tam ben yaklaşık 25 yıl sonra tanıdım. Dedi ki evladım ben Turgut Akıntürk. Dedim hocam ben sizi tanıdım. Öğrencinizdim. Ya dedi bir avukat arkadaş bir karara ulaşmak istiyor. Bu Kızılcahamam kararıymış. Benden yardım istedi. Dedim ki hocam karar kartonunu göndereyim, mahkemeyi göndereyim size dedim. Niye dedi. Ben buradaysam sizin sayenizde buradayım. Ben böyle hocamızı rahmetle anıyorum. Tüm yaşayan hocalarımıza sağlıklı hayırlı uzun ömür diliyorum. Ölmüş hocalarımıza da rahmet diliyorum. Şimdi bu kadar önemli bir konu. Elimizdeki Kanun 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş bir Kanun. Dolayısıyla 2002'de bir Kanun yürürlüğe giriyor ama buradaki bütün hocalarım bütün meslektaşlarım bilir ki bu Kanunun bir ön hazırlığı var. Tabiri caizse yemeğin hazırlanması ve pişme süresi var. Bu arada neler oldu neler bitti. Bunları biz hocalarımızdan böyle istekle, zevkle dinleyeceğiz. Ben hocalarımdan biraz izin aldım. 15-20 dakikada benim konuşabilir miyim diye. Olur dediler. Ben hocalarıma tabiyim. Hocalarım bana tabi değil. Bu anlamda bir 15 dakika böyle ben de uygulama ile ilgili Türk Medeni Kanununda neler olurdu bir çerçeve çizmek istedim izninizle.

Şimdi elimizdeki Türk Medeni Kanununun aslında önceki Medeni Kanununun dili hariç, çok da öyle köklü değişiklik yok yani o Kanunu at çöpe yeni bir kanun gibi değil. Kitaplar bile aynı kitaplar bölümler aynı bölümler ama hatırlarsınız ben yine o dönemde Kızılcahamam hâkimiydim. Orada çok iyi hatırlıyorum Türk Medeni Kanunu tanıtım semineri yapıldı. Tüm teşkilata tanıtmak istediler. Biz gittiğimizde değerli hocalarımız yine onları da saygıyla anıyorum Komisyondan hocalarımız tanıtırken bize eski Kanunda olanlardan yeni bir şey bahsetmediler. Hatırlarsınız önceki Kanunda olmayan sonra bu yeni Kanunumuzda olan, ilk duyduğumuzda ne demek o dediğimiz bir kavram getirildi. Neydi o, mal rejimi. Hatırlar mısınız? Mal rejimi deyince biz mal ayrılığına kurmuşuz düzenimizi tıkır tıkır işliyor. Nereden çıktı bu katılım. Tepkiler konuşmalar bunları hatırlıyorsunuzdur, ben de hatırlıyorum. Çünkü hepiniz yaşadık bunları. Hocalarım da çok ilgilidir bu konuya. Ben ilk dinlediğimde bir hâkimdim. Herhalde hocamız da dedi ki yanlış hatırlamıyorsam Ahmet Kılıçoğlu hocamdı. Ben işte komisyonda ısrar ettim falan diye anlatınca; hocam dediler, bundan sonra bu dersi sizden dinledikten sonra ben en yakın düğüne giderken bir defter götüreceğim dedi. Ticari defter, orada dedim mizan tutsunlar. Bunu aldık bunu verdik böyle mi yapacağız dedi. Yok öyle değil dedi ama bu sistemin çok oturacağına da inanmamıştık. Uygulayıcılar olarak, ama Yüksek Yargı elbirliğiyle bizlerinde ilk derece mahkemesinin o zaman kurulmamış sonra kurulan istinaf mahkemelerinin büyük desteği ile bu inanılmaz ölçüde güzel kuruldu dengeli kuruldu. Bayağı da iyi gidiyor. Şimdi içtihatlar oturdu. Biraz şikâyetler var, bilirkişi üzerinden gidiyor falan filan diye ama yapacak bir şey yok. O hesabın içinden de çok kolay çıkmak mümkün değil. Ama sistem anlamında çok sorun yaşanan bir alan olmaktan çıktı. Şimdi mal rejimi konusunda bizim ezberimizi bozan bir konu vardı. Şimdi tamamen değişmişti.

Bir de çok faydalı olduğunu düşündüğüm ama eski Kanunda olmayan bir aile konutu kavramını yeni Kanuna getirmişlerdi. Bu da son derece faydalı özellikle evliliğin zayıf tarafı diyeceğim ama evliliğin bir tarafı diyeyim, zayıf

tarafı demiyorum. Evliliğin bir tarafının belki korunmaya ihtiyacı olması, Anayasada bunu emrediyor malum, korunmaya ihtiyaç duyan tarafı koruyan bir hüküm gibi aile konutu kavramı. Şimdi ben aslında buraya gelirken şu Türk Medeni Kanununda ne kadar değişiklik yapıldı neler yapıldı diye şöyle bir baktım. Eğer yanlış tespit etmemişsem yürürlüğe girdikten sonra 17 maddede ayrı yıllarda değişiklikler yapılmış. Bu maddedeki değişikliklerin bir kısmı basit değişiklikler ama bir kısmı böyle işe yarar dişe dokunur, özellikle de velayete ilişkin değişiklikler vesaire, bayağı işe yarar değişiklikler de var. Bir de biraz güncel bir konu ama mahkemenin adı güncel başka bu güncelliği yok. Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu ilgili hükümlerinden benim tespit ettiğim kadarıyla 13 maddesini iptal ettiğini gördüm. 13 maddeyi. Bu 13 maddenin yeri geldiğinde belki hocalarım da bahsederler ya da ben de bahsedebilirim oturumun sonunda bu 13 maddenin içerisinde özellikle soyadı ile ilgili hüküm toplumunda ilgisini çeken değişikliklere maruz kaldı. Bu 13 değişiklikle ilgili kanun koyucuya verilen sürenin bir kısmı dolmuş bir kısmı dolmak üzere bir kısmı da Temmuzda dolacak ama bir harekette gözükmüyor. Mesela Mart ayına kadar süresiz olan bir iptal var. Mart ayına kadar Türk Medeni Kanununa bir hüküm konulacağını Sayın Bakan da açıkça söyledi. Seçim ortamında çok da mümkün görmüyorum. Temmuza kadar olur mu? Onu da bilmiyorum ama bir boşluk doğacak. Bu boşluğu, hocalarımızın belki fikrî desteği ile uygulayıcılar olarak bizler bir şekilde doldurmamız gerekecek. Belki onlara hazırlıklı olmamız gerekir gibi düşünüyorum.

Şimdi bu Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği Kanun hükümlerinin birçoğu aslında sosyal hayatın içinde olan herkesi ilgilendiren konular ama onun yerine kanunkoyucu ne getirir ne koyar. Bunlar içinde belki hocalarımızın fikrî bazda Meclisi yönlendirici fikirler üretmesi makaleler üretmesi gerekebilir veya iyi olur gibi düşünüyorum. Biz şöyle bir alışkanlık ediniyoruz ki, Kanun yapılınca yanlış olunca çok ciddi eleştiriyoruz. Ama onun yanlış olmasını önleyici tedbir anlamında veya bunu önlemek için ne yapabiliriz. Biz de bir makale yazalım ya da biz öncesinde mukayeseli hukukta neler var neler yok ona bakalım. Bunları ortaya koyabiliyor muyuz veya kanunkoyucular bazen bunu istemiyor onu da söyleyeyim. Siz koymaya çalışıyorsunuz. o istemiyor. Ben mesela birkaç Kanun Komisyonuna gittim. Usul ile ilgili, Medeni Kanun ile ilgili değildi. Usul ile ilgili konuyu komisyon o zaman Yılmaz Bey Sayın Adalet Bakanımız da Komisyon üyesiydi net hatırlıyorum. İstinaf ile ilgili bir konu anlattım. Şimdi sizi yormak istemem. Bütün komisyon dedi ki "ya gerçekten çok doğru haklısın bütün avukatların şikâyeti bunu çözmemiz lazım". Komisyon başkanı, başkan vekili hepsi tamam dedi. Muhalefet vekilleri de vardı. Onlar da tamam dediler. Çok önemli bir konu. Son dakika Kanun değişikliği gerçekleşti. Bende katkı yaptım ben ortaya getirdim gündeme getirdim diyorum böyle. Kanun değişikliğine bir baktım. Yok. Hiç yok yani. Benim o günkü çabamın emeğimin çok anlamı yok. Biz kanunkoyucuyu biraz belki zorlayacağız. Biz söyleyelim yazalım en azından. Ne diyeceğiz? O Kanun değişikliği yapılınca ben üzüldüm mü? Hayır. Ben sadece dedim ki; bir Yargıtay üyesinin üzerine düşen yük buydu. Sen onu yaptın. Bundan sonraki vebal günah varsa sevap kimindir? Beni ilgilendirmez dedim. Dolayısıyla özellikle Anayasa Mahkemesi iptal kararları ilgilendiren toplumun bayağı ciddi sorunlarına parmak basan maddelerde böyle bizler de uygulayıcılarda söz sahibi olmalı gibi geliyor bana. Aksi halde çıkan Kanunda

işte şu yanlış oldu mu? Yanlış oldu deme hakkını çok fazla görmemiz lazım gibi geliyor bana. Şimdi ben aslında kısa bir girişle konuyu anlattım. Ben şimdi aslında çok merak ediyorum o Medeni Kanun değişikliklerinde neler konuşuldu, neler söylendi? Hatta düşünüp yapamadıkları, yapıp pişman oldukları, acaba bunu yapmazsak mı? Mesela ben usulcü hocalarımızla komisyonda konuşuyorum Kamil Hocam da burada. Mesela bu hâkimin hukuki sorumluluğu konusunda madde metnini yapmışlar yazmışlar çizmişler. Bu olmuş mu? Olmamış. Mesela o zaman 422 kişiydi Yargıtay. 422 kişilik bir denetim mahkemesi kurmuşlardı. Dedim 422 kişiden karar çıkar mı? Allah Allah hiç düşünmemiştik dediler hemen değişti hatırlıyorsunuz Kamil hocam. Böyle şeyler oldu mu acaba? Yani Kanunun şu maddesini biz böyle yazdık ama keşke böyle yapsaydık dedikleri oldu nu hiç? Ben böyle bir anı gibi bunları dinlemenin çok zevkli olduğunu düşünüyorum. Dolayısıyla sözü çok uzattım. Ben sözü çok değerli hocama bırakmak istiyorum. Buyurun Ergun Özsunay Hocam.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Değerli meslektaşlar, sevgili katılımcılar. Önce özür dileyerek bir noktayı açıklamak istiyorum. Ben yaklaşık elli gündür bir sağlık sorunuyla karşı karşıyayım. Şimdi tedavi görüyorum ama bugün kendimi iyi hissediyorum. Ama her an konuşma sırasında kesinti olabilir. O zaman beni anlayışla karşılamanızı rica edeceğim. Şimdi ben konuşmamı iki bölüme ayırdım. Önce kısa bir konuşma yapacağım. Sonra da ikinci bölüm, bilimsel bölüm diyelim buna. Bugünkü koşullarda çağdaş medeni kanunlar arasında Türk Medeni Kanunu ve tabi Türk Borçlar Kanunu da dahil. Türk Medeni Kanununun yeri nedir? Çağdaş mıdır? Demode midir? Önemli ölçüde revizyona gereksinim duyulmakta mıdır? Yoksa sadece bazı yeni gelişimlerin aktarılması söz konusu mudur? Bir tür "pozision paper" dedikleri Amerikalıların, bir tür durum raporu sunacağım.

Önce anılardan başlayalım. 2000'li yıllarda büyük bir heyecanla Hakimevi'ne gelirdik Ankara'ya. Kanunun çeşitli bölümleri çeşitli komisyon üyelerinin aşağı yukarı tekelinden geçmiştir. Mesela karı koca mal rejimleri. O zamanki duruma uygun olarak karı koca mal rejimleri ile ilgili önemli çalışmaları arkadaşımız Aydın Zevkliler yapmıştı. Eşya hukuku ile ilgili ve aile hukukunun bir bölümü ile ilgili çalışmaları da rahmetli Turgut Akıntürk ve diğer komisyon üyeleri yapmışlardır. Bendeniz o tarihlerde Avrupa Konseyinde Biyoetik Yürütme Kurulu vardı. Bu Biyoetik Yürütme Kurulu şimdi Türkiye Cumhuriyeti'nin de tarafı olduğu ve dünyada sadece Avrupa ülkelerinden başardığı, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında insan hakları ve insan onurunun korunması hakkında Sözleşme. Bu bir Avrupa "convention"ydı. Bu komitenin üyesiydim. Büyük bir heyecanla Komite toplantılarına giderdim. Çünkü tıpla hukuk arasındaki gelişmeleri en güncel şekliyle ve en çağdaş biçimleriyle yansıtacak bir metin üzerinde çalışılıyordu. Tabii ben oradaki çalışmaları da özellikle kişiler hukuku ile ilgili olanları Türk Medeni Kanunumuzun revizyonunda Komisyona getirirdim. Hatta hatırlarım, Avrupa Konseyinde embriyonun hukuki durumu ile ilgili günler süren bir tartışma, bir görüşme yapıldı. Sonuçta ilginç şeylere varıldı. Bizde Türk Medeni Kanunu İsviçre'den aktarılan şekli ile birtakım problemleri çok

radikal bir şekilde çözüme bağlamış bulunuyordu biliyorsunuz. Türk Medeni Kanununun 28 inci maddesine göre kişilik döllenme anından itibaren başlıyor. Çocuk sağ doğum ve tam doğumla da kişilik hakkını kazanıyor, hak ehliyeti ise geriye etkili olarak ana rahmine düşme anından itibaren başlıyor.

Bu çözüm Türkiye'de hukuk fakültesinin birinci sınıfında öğrencilere öğretilen alelade bir konu gibiydi. Hâlbuki Avrupa konseyinde büyük tartışmalara neden olmaktaydı bu konu. Çünkü Konseyde 27-28 tane üye devlet var. Başka çözümler vardı. İnsan şeklinde doğmazsa ne olacak? Efendim embriyo ile ne anlaşılıyor? Embriyo hukuki bir kavram değil. Tıbbi bir kavram. Biz embriyo deyip geçiyoruz ama o döllenmeden sonra geçirdiği aşamalar, tıpta çeşitli isimler alıyor. Şöyle 1-2 santim boyunda minik bir insan kavramı ile bir insan varlığıyla karşılaşıyorsunuz. Bu konu tabi rahim tahliyesi sorunlarını, "abortion" sorunlarını ortaya koyuyordu. "Abortion" konusunda da tartışmalar vardı. O zaman Amerika'da "prolife" ve "prochoice" diye iki akım vardı. "Prochoice"çular diyor ki seçim taraftarları, o ananın vücuduna ait olan bir şeydir, kadın belli bir süreye kadar istediği gibi onu tahliye edebilir. Amerikan mahkeme kararı "ro warses wait" bu "prochoice"a uygun olarak zor bela çıkarıldı. Ama sonra onun canına okudu, yeni bir kararla tekrar eski duruma dönüldü, yani eyalet hukukuna bırakıldı. Çünkü Birleşik Devletlerde özel hukuk eyalet hukukudur. Federal hukuk değildir. Şimdi bu tartışmalar Türk Medeni Kanunu revizyonu komisyonunda da tekrarlanıyordu. Ben birazdan Hollandalı bir bayan meslektaşımın etkisi altında kalarak şöyle bir görüşü savunmakta idim. Embriyo üzerinde sadece ananın hakkı yok. Bir defa embriyo mal varlıksal bir şey değil. Bu bir kişilik değeri ama kişilik değeri olarak sadece ananın kişilik hakkına ilişkin bir değerdi. Babanın da kişilik hakkına ilişkin bir değer. Onun için benim kanımca embriyo üç koruma altında olmalıdır. Birincisi ananın kişilik hakkının koruması altındadır. Ama "prochoice"a uygun olarak ana belirli bir süre içerisinde daha üstün bir menfaat nedeniyle embriyoyu tahliye edebilir. İkincisi babanın da kişisel koruması altındadır. Babanın da çünkü embriyonun oluşumunda üreme hücresi dolayısıyla katkısı vardır. Onun için hem ananın kişilik hakkının koruması altında, hem babanın kişilik hakkının koruması altında, hem de Kanunumuza göre kişilik sağ olarak tamamen doğumla başlar ve ana rahmine düştüğü andan itibaren de hak ehliyetine sahip olur. O halde üç koruma altında idi. Bunları o zaman komisyon üyelerine anlattık, orada da tartışmalar oldu. Sonuçta fazla bir şey değişmedi. Şimdi Türk Medeni Kanununun 28 inci maddesi oldu zannediyorum, eski 27 nci madde, 28 inci maddeyle de noktalandı, kişilik tamamen doğum anından başlar, ama çocuk ananın rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Ananın kişilik hakkının koruması altında babanın kişilik hakkının koruması altında mı sorunu tartışılmadı, çünkü bu hukuki bir sorun olarak çok tartışmalıydı. Özellikle o tarihlerde Kanada'da, Yeni Zelanda'da, Avustralya'da, Birleşik Devletlerin en gelişmiş eyaletlerinin bulunduğu yerlerde baba çocuğun ana tarafından tahliye edilmesini önleyici dava açıyor ve karar alıyordu. Yani ana hastaneye başvurmuş yasal süresi içinde, rahim tahliyesi talep ediyor. Ama baba bir mahkeme kararı getiriyor. Hayır mahkeme kararı Kanada mahkeme kararı, saygın bir mahkeme kararı veya Amerika'nın dediğim gibi California, Ohio, Chicago filan o bölgelerde saygın mahkemelerin verdiği kararlar. Onun için biz o konularda fazla tartışmalara girmedik ama bütün bunlar görüşüldü, konuşuldu, görüşler belirtildi. Böylece kişiler hukuku ile ilgili çözümler aşağı

yukarı olduğu gibi bırakıldı. Yani Türk Medeni Kanununun 23 ve 24 üncü maddeleri, kişilik hakkını koruyan maddeler biliyorsunuz. Organla, organ nakli ile ilgili gelişmeler dolayısıyla Profesör Barner'ın yaptığı önce başarılı olan fakat sonradan organ reddi dolayısıyla başarısı süremeyen kalp nakilleri sonucunda da insan kökenli organlarla ilgili insan kökenli doku ve hücrelerle ilgili bir maddede o paragrafın içine ilave edildi. Şimdi kişiler hukuku ile ilgili tartışmalar gayet dostane ve zevkli bir atmosfer içinde cereyan ediyordu. Mahkeme kararlarını getiriyorduk. Yabancı mahkeme kararlarını herkes kulaklarını dikerek dinliyordu. Gerçekten de çok ilginç şeylerle karşılaşılıyordu. Sonra aile hukukuna gelince, Aydın Zevkliler'in özellikle karı koca mal rejimleri ile ilgili çalışması unutulmaz bir çalışmadır. Alman hukukunu derinlemesine incelemişti Aydın. Ve işte Almanya'daki, İsviçre'deki modeller nasıl gelişmiştir? Bu modellere göre boşanma halinde mallar nasıl paylaşılacaktır? Uzun süre de bu çalışmalar, bu tartışmalar devam etti.

Derken miras hukuku ile ilgili bir şeyler oldu mu çok hatırlamıyorum. Ama eşya hukuku ile ilgili yeniden önemli tartışmalar cereyan etti. O tartışmaların bir bölümü terminoloji ile ilgiliydi. İştirak halinde mülkiyet, müşterek mülkiyet, birlikte mülkiyet, elbirliği mülkiyeti falan bunlar da yeni birtakım terimlerle belirli anlamlar verildi ki bu anlamlarıyla bu kavramlar halen uygulanıyor. Fakat asıl önemli olan tartışma rehin hukuku ile ilgiliydi. Bizde İsviçre'den gelen bir geleneğe uygun olarak işte taşınır rehni, taşınmaz rehni var. Taşınır rehninde ise teslim şartları rehinleniyor buna, zilyetliği geçirmeniz gerekiyor rehnin kurulması için. Rehinli alacaklıya mal varlıksal bir değeri rehin ettiğiniz zaman o mal varlıksal değerin teslim edilmesi ya da zilyetliği ona sağlayan araçların intikal ettirilmesi gerekiyor. Hâlbuki o tarihlerde hem Almanya'da hem İsviçre'de -Amerikalılar zaten çok önce halletmişler onu, bir kodları var onların "uniform business" diye- menkul ipoteği adı verilen bir sicile kayıtlı taşınır rehni. Acaba bu Türkiye'de olur mu, olmaz mı? Bunlar tartışıldı. O zaman bildiğiniz gibi ticari işletme rehni var. Ticari işletme rehni bir tür sicile kayıtlı rehin ama saf anlamda taşınır rehni tescilli bir sicile kayıtla taşınır rehni olabilir mi olamaz mı? Burada büyük iş çevrelerinin yaptığı toplantılarda, ben kendi hocalarımı hatırlarım, bunlar sicilli menkul rehni falan diye yabancı çözümleri anlatırlardı. İş çevreleri, ya böyle bir şey bizde de olsa filan diye takdirlerini belirtirlerdi. Ama sonunda havanda su dövmek gibi aynı sistem varlığını sürdürürdü. Oysa o tarihlerde bu konunun en bağnaz şekilde benimsenmiş olduğu, Almanya'da da İsviçre'de de sicile kayıtla taşınır rehininin kurulabilmesine ilişkin çalışmalar vardı. O çalışmaları, benim doktora tezimi belki biliyorsunuz, belki bilmiyorsunuz, inançlı muamelelerle ilgiliydi benim doktora tezim ve ben inançlı muameleler dolayısıyla da alacaklı için güvence konusundaki modern teorileri doktora tezimde ele almıştım. Ama tabi doktora tezi ulusal hukuka büyük ölçüde bağlı olduğu için orada da sadece bir iki temenniden öteye gidemiyordu, gidemezdi de. Çünkü o zamanın hukukçularının kafası şeye çok bağımlıydı, sicilli menkul rehni olmaz, ipotek olur, ipotekli borç senedi olur, Kanun öyle diyor. Ama taşınırlarda teslim şartlı taşınır rehni adı da öyle. Fakat dediğim gibi inançlı muameleler bakımından çok önemli yenilikler olmaktaydı 2000'li yılların başında. Benim tezim 60'lı yıllarda. Hâlbuki bu arada geçen zaman zarfında kredi hayatı, batıdaki kredi hayatı -bir de ne kadar farkındasınız bilmiyorum ama daha o zamandan başlamıştı- birtakım Amerikan kavramları ve Amerikan çözümleri, kara Avrupası'na şöyle veya

böyle ekonomik nedenlerle yahut bastırarak intikal etmekteydi. Amerika'da çok gelişmiş bir kartel hukuku vardı. Avrupa'da işte biraz Almanya'da, o da Amerikan işgali dolayısı ile Amerikan modeline yakın rekabet kısıtlamalarına karşı savaşım yasası diye bir yasa vardı. Önemli ölçüde Amerikan çözümleri var. Ama orada bile bir kartel hukuku oluşmamıştı, oluşma aşamasındaydı. O ilk defa Avrupa ekonomik topluluğunu kuran sözleşme ile 85 ve 86 ıncı maddelerle Avrupa Birliği'nde bu konu birdenbire canlandı. Fakat o tarihlerde doktora tezim dolayısıyla farkında olduğum için ve çağdaş gelişmeleri de (ben aynı zamanda mukayeseli hukuk hocasıyım) izlediğim için bunları oraya intikal ettirdim. Fakat sonuçta dediler ki başımızı dönen çarka sokmayalım, burada kayboluruz. Kısacası biz Türk Medeni Kanununda gördüğünüz eski sistemi yansıtan çözümü benimsedik. Hâlbuki bu çözüm birkaç yıl önce çıkarılan, Ticari İşletme Rehni Kanununu kaldıran ama ticari teşebbüslerde taşınır rehnine ve taşınılır rehnine ilişkin sorunlara çözüm getiren bir yasayla sınırlı ölçüde delindi ve Türk ekonomisine de yardımcı olan ortalama bir çözüm getirildi. Ama bu çözümün ortalama bir çözüm olduğunu söyleyeyim. Yani o yasa bir adımdır ama öyle matah bir adım değildir. Matah da bir yasa değildir. Çünkü o yasayı bizim model olarak izlemekte olduğumuz kara Avrupası hukuku, birçok bakımdan aşmış durumdadır. Şöyle o da kaderin garip bir cilvesi, benim de belki şansım ya da şanssızlığım. Şansım, bu olayları takip edecek kurumlarda, kuruluşlarda ve organizasyonlarda çalışabilme imkânını bulmak. Bu büyük bir şans gerçekten. Ama şanssızlığım da net alanda bir çözüme varmışsam iki sene sonra yeni baştan başlamak gerekiyor. Sisif efsanesi gibi, yani tam tepeye çıkıyorum, sonra tekrar aşağıya, yeniden başlamak gerekiyor.

15 sene kadar önce UNCITRAL var, yani Uluslararası Ticaret Hukuku Birleşmiş Milletler Komisyonu veya Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu. Bu komisyonda çeşitli çalışma dalları var. Bu çalışma dallarından yani working grup yani 6 nolu çalışma gurubu teminat hukukuyla ilgiliydi ve Türkiye Cumhuriyeti de UNCITRAL'in üyesi olarak oraya delegeler göndermekteydi. Fakat işin ilginci o tarihte giden delegelerin bu teminat hukuku ve sicile kayıtlı taşınır rehniyle ilgili çözümler üzerinde pek fikirleri yoktu. Zaten o toplantılara da garip bir katılım söz konusu oluyordu. Kural olarak toplantıları Newyork'ta Birleşmiş Milletler'in ana binasında ve Viyana'da oluyor. Her toplantıya da Adalet Bakanlığından, Ticaret Bakanlığından falan adam gönderme yerine oradaki büyükelçilikten veyahut daimî temsilcilikten biri katılsın deniyor. Daimî temsilcilikteki hukukçu ya çok sıradan bir hukukçu ya da hukukçu değil. Adam gidiyor, sonuçta evraklar toparlanıyor, her komisyon çalışmasından sonra da bir rapor yayınlandığı için o rapor 8-10 sayfa kısaca çevriliyor ve bakanlıklara dağıtılıyor. Kısaca bu konu bir türlü gündeme gelemiyordu. Sonra geldi ama çünkü gelmek zorunda kalındı. Faktöringler, leasingler, franchisingler, bilmem neler gelince bu konunun gelmemesi mümkün değil. Bu komisyonda 10 yıla yakın bir süre çalıştım ve şansımın iyi gittiği konulardan biriydi. Orada sicilli taşınır rehni ile ilgili bir kılavuz hazırlandı, sonra da bir sözleşmeye dönüştü. O sözleşme ile ilgili çalışmalar da büyük ölçüde benim davet etmek konusundaki çalışmalarım ve bana katkıda bulunan kurumların katkıları sayesinde Türkiye'ye de getirildi. İşte bizim o yarım yamalak çıkarılan yasa biraz bu çalışmaların ürünüdür. Ama çalışmalar hiç değilse Avrupa Birliğinde ve

dünyanın birçok ülkesinde diğer gelişmiş yönde bitmiştir. Benim Türk Medeni Kanunuyla ilgili çalışmalardan anı olarak hafızamda kalanlar bu.

Şimdi ikinci bölüme geçeyim 10 dakika varmış. O da şimdi 8 dakikaya inmiştir. Efendim şimdi benim ikinci bölümde yapmak istediğim şey şu: Acaba bugünkü Türk Medeni Kanunumuz çağdaş mıdır yoksa modası geçmiş midir, vizyona büyük ölçüde ihtiyaç göstermekte midir? Bir pozisyon tespiti yapmamız gerekirse ne söyleyeceğiz? Biz hep alışmışızdır, işte onlarda şöyle var, biz hala bilmem nerede sayıyoruz falan diye. Şimdi ben mukayeseli hukuk hocası olduğum için ve son 10 yılda da medeni hukuktan çok yabancı hukuklar, büyük hukuk sistemleri, Amerikan hukukuna giriş filan dersleri okuttuğum için Türk Medeni Kanununun önce çağdaş bir medeni kanun olduğunu belirtmek isterim. Her şeye, sorunlara, uygulamadaki güçlüklere, çelişkilere karşı. Çünkü Alman Medeni Kanunu, İtalyan Medeni Kanunu, yeni Hollanda Medeni Kanunu, yeni Quebec ve Lousiana Medeni Kanunları benim önümde, masamın üzerinde duruyor. Sovyetler Birliği'nin dağılması ve Yugoslavya'nın parçalanmasından sonra Batı Balkan Ülkelerinde ve Uzak Asya'da yapılan yenilemeler dolayısıyla da Alman hukukunun büyük ölçüde etkilediği Japon Medeni Kanunu revize edildi. Güney Kore Cumhuriyeti Medeni Kanunu, o da revize edildi. Vietnam Medeni Kanunu, o da revize edildi. Latin Amerika'da Fransız Medeni Kanununun etkisi ile başlayan, Şili'de başlayan ve bütün Latin Amerika Ülkelerine nüfuz eden biraz da İspanyol Medenî Kanunu, İspanyol hukukunun sızdığı Latin Amerika ülkelerinde Fransız etkinliği bütün gücüyle devam ediyor. Afrika'da da böyle. Frankofon Afrika'da Fransız hukuku varlığını sürdürüyor. Ama mağrip ülkeleri Tunus, Fas, Cezayir bunlar hep Frankofon ve Fransız Medeni Kanununun etkilediği ülkeler. Ne zaman Fransa'da bir revizyon yapılsa iki üç sene sonra hemen görüyorsunuz, Quebec'te, Kanada'da, Louisiana'da ve Latin Amerika'da - çünkü model "code civil"- o revizyonlar iyi kötü gerçekleştiriliyor. Şimdi ona bakınca o zaman birkaç çeşit medeni kanun modeli çıkıyor. Birincisi frankofon veya romanist hukuk sistemi yani Fransız Medeni Kanunu. Fransız Medeni Kanunu "code civil", "code civil"de ilk bölümde sonradan da borçlar hukukunda çok önemli revizyonlar yapıldı. Acaba bu revizyonlar Türk Medeni Kanunu yenilenirken bir bölümü bize de intikal ettirilmeli midir? Yoksa sadece revizyon olarak öğretilmeli midir? Ona bakmak gerekiyor.

Geçen ay bir arkadaşımla konuşurken Fransız Medeni Kanununun 16 ıncı maddesi, 16/a diye başlıyor, b, c, g'ye kadar gidiyor. Hep biyoetik kavramlar garip bir şekilde, genetik özelliklerin korunması ile ilgili, üremeye yardımcı tedavi teknikleri ile ilgili, embriyo ile ilgili. Fransızlar onları yapmak mecburiyetindeydi. Çünkü Fransız delegasyonu bu Oviedo Konvansiyonu hazırlanırken büyük katkıda bulundu ama işin garibi konvansiyonu imzalamadı ve onaylamadı. Aynı şeyi Almanya da yaptı. Aynı şeyi Birleşik Krallık da yaptı. Almanya, Birleşik Krallık, Fransa ve Hollanda, Türkiye'nin taraf olduğu ve Türk hukukunun bir parçası olan bu konvansiyonun hazırlanmasında büyük katkılarda bulunmalarına rağmen bir şey yapmadılar, imzalamadılar ve onaylamadılar. Onun için onların şeyleri makul karşılanabilir. Ama şimdi bizim Türk Medeni Kanunumuza, kişinin genetik bilmem ne karakteristikleri korunur, unutulma hakkı kişisel haktır, hukuk koruması altındadır filan bu kavramların ithal edilmesine gerek yoktur. Bunlar kişilik hakkı kavramının doktrin ve uygulamaya bırakılmış ayrıntılarıdır.

İki kelime de yeni medeni kanunlardan söz edeyim. Yeni medeni kanunlar artık bizim bildiğimiz modellere benzememektedir. Ne İsviçre Türk modeline benzemektedir, ne Alman Medeni Kanununa benzemektedir, ne de Fransız "code civil"ine benzemektedir. Yeni medeni kanunlar Asya'da, Avrupa'da, Latin Amerika'da yapılan medeni kanunlarda başka konular da yer almaktadır. Ticaret hukuku da Medeni Kanun içinde ele alınmaktadır. Gerçi İsviçre Borçlar Kanunu dolayısıyla ticaret hukukunu düzenlemişti ama bizim böyle bir şey yapmamıza gerek yoktur. Ayrı Ticaret Kanunumuz var. Sonra yeni Medeni Kanunlarda bakın neler var. Uluslararası özel hukuk bizim MÖHUK, onlarda kanunun sonunda yer alıyor. Fikri haklarla ilgili bizim Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun birçok çözümü, onların yeni medeni kanunlarında yer alıyor. Bunların en önemli örneği de Hollanda Medeni Kanunu, Batı Avrupa bakımından. Diğer ülkeler bakımından da özellikle Sovyetler Birliğinin dağılan cumhuriyetleri bakımından da Rusya Federasyonu Medeni Kanunudur, 1964 tarihli. Bu Rusya Federasyonu Medeni Kanunu UNIDROIT'ın, UNCITRAL'in, Viyana Mal Satışı Sözleşmesi'nin hükümlerini bile içine almış ve böyle oluşturulmuştur. Şimdi bu Medeni Kanun bütün Türkiye Cumhuriyetleri adını verdiğimiz Cumhuriyetlerin medeni kanunlarını etkilemiştir. Aşağı yukarı aynı hükümler vardır. Kısacası Türk Medeni Kanunu biraz sonra arkadaşlarımızın belirteceği gibi ve hepinizin bildiği gibi çeşitli bakımlardan revizyona ihtiyaç gösterebilir. Ama bizim o özgün modelden ayrılmamızı gerektiren bir neden olduğunu sanmıyorum. Yani Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu onun bütünleyici bir parçası. Tabii yenilenirken İsviçre'deki gelişmelere ve özellikle Avrupa Birliği müktesebatına bakmamız gerekecektir. Ama bunlar Türk Hukukçusu için zor sorunlar değildir. Birçok meslektaşımız bunları bilmektedir. Kısacası Türk Medeni Kanunu çağdaş ve savunulabilir bir medeni kanundur ama kısmi revizyona ihtiyacı vardır. Çok özür dilerim uzattım. Beni dinlemek lütfunda bulunduğunuz için teşekkür ederim.

Adem ALBAYRAK:

Hocam çok teşekkür ederiz. Hassaten geçirdiğiniz rahatsızlığa rağmen bizimle burada birlikte olmanızdan, bilgilerinizi paylaşmanızdan çok memnun olduk. Maşallah çok da sağlıklısınız. Gayet de güzel, konu bütünlüğü içerisinde bizi ve gerçekten böyle mukayeseli hukuk alanına girerek fevkalade, canlı, güzel, zevkli bir sunum oldu. Çok çok teşekkür ediyorum. Şimdi araya böyle ben bir anı sıkıştırmak istedim. Hocam bahsedince Aydın Zevkliler Hocamdan bahsetti. Hukuk fakültesi birinci sınıf öğrencisiyiz. İlk yazılı sınavımız Medeni Hukuk. Hocamız da o dönem Ali Naim İnan, rahmetli olmuş. Allah rahmet eylesin. Sınav sonuçları açıklandı. Ertesi gün derse geldi. Dedi ki ya çocuklar dedi. Çok da böyle babacandır ve sınıfın içinde dolaşarak gezerdi birçok arkadaşımız tanıyordur. Dedi ki; "Ben sizin sınav kâğıtlarını iki kez okudum biliyor musunuz?" dedi. Tabii niye iki kez okudu, niye bunu anlattı bilmiyoruz. O zaman bir anıdır bu temyiz kudretinin özellikleri diye bir soru soruldu. Sanırım 4 özelliği vardır diyordu. Bunlardan biri temyiz kudreti nispidir. Kişiye göre değişir anlamında nispidir diyor. Hoca bize nispi diye anlattı. Yani bir kısım nispi yazdı. Ama Aydın Zevkliler Hocamın kitabında temiz kudreti görecelidir yazıyormuş. Göreceli o zaman hatırlarsınız böyle öz Türkçe kullanalım mı kullanmayalım mı modası var,

böyle tartışmalar var. Hoca da okurken sınav kâğıtlarını göreceli yazanların hepsini çizmiş. 30 puanlık soru gitmiş. Dolayısıyla bakmış, dönmüş yine göreceli möreceli 10 kere, ya demiş bunlar birbirine bakmışlar demiş, onları not almış. Baksa ki 2. sınıfta, başka bir sınıfta yine göreceli gelince demiş bunda bir terslik var. O zaman kimdi asistan bilmiyorum, hangi hocamızdı. Asistanımı çağırdım dedi. Oğlum bu göreceli ne demek dedim dedi. Hocam nispi demek dedi. Nasıl dedim dedi. Göreceli nispi mi? Evet. Tevekkeli değil demiş, bunlar hepsi göreceli yazdılar. Ya ben bu sınav kâğıtlarının hepsini sildim, bunu bir daha okuyacağız, asistanla ikimiz tekrar okuduk, tekrar not verdik diyor. Şimdi göreceli ile nispi arasındaki ayrımı Hocamız böyle güzel bir anekdot olarak anlatmıştı bize.

Geçen gün ben genç bir hukukçu ile konuşuyorum bir şey sordu bana. Tevdi mahalli iste dedim. Bunun yeni Türkçesi var mı dedi. Yok dedim. Tevdi mahalli ne demek dedi. Onu da sen araştır dedim. Yeni genç hukukçu tevdii mahallinden tek kelime anlamadı. Bunu da biraz böyle sıkıntılı bir süreç gibi görüyorum. Ben tevdii mahalli tayin ettir derken o kadar kolay anlayacağını düşünüyorum ki. 3-5 yıllık hukukçu, mezun yani toplamda 7-8 yıllık hukukçu. Tevdi mahalli tayini anlamama ihtimalini ben hiç düşünmedim ama o da anlayamadı. Tıpkı rahmetli Ali Naim Hocamızın göreceli ile nispiyi ayıramadığı gibi. Bu tür şeyler de olabiliyor. Ben Hocamı çok zevkle dinledim. Ben biraz da kendimi şöyle addederim. Biz tam geçiş döneminin öğrencileriyiz. Biz ikisinden de çok faydalandık. Bütün kitapları okuduk. Ben böyle hocalarımızın eski hukuk felsefesi kitaplarına merak sardım, onları okuyorum. Bu ne demek istiyor, hiç anlamadım dediğim yer olmadı. Demek ki eskiye daha yatkınız biz. Yenileri de anlamaya çalışıyoruz. Ama orada da benim zaman zaman sıkıntılarım oluyor. Mesela geçen gün yine söylemiştim hata ile ikraha ben hala yanılma, aldatma, korkutma diyemiyorum. Hata ile ikrah bana daha iyi gibi geliyor. Ama borçlar hukukçuları ne diyor, yanılma, korkutma, aldatma. Ben hala hata ile ikrahçıyım yani. Ne demek istediğimi anlatabiliyor muyum? Böyle şeyleri var ama hukuk çok zevkli bir alan. Ben hukukçu olmaktan hakikaten gurur duyuyorum, müthiş bir şey. Hatta geçen gün bir doktor arkadaşıma dedim ki; ya siz televizyonu nasıl izliyorsunuz dedim. Nasıl dedi. Siz televizyon izlerken ne anlıyorsunuz dedim. Mesela Türk televizyonlarını izleyenlerin hukukçu olması gerektiğine inanıyorum. Bütün konular hukuki. Biz kolay kolay anlayamazken onlar ne anlıyor merak ediyorum. Yani mesela çıkıyor adam, başlıyorlar tartışmaya, o tartışmaları hukukçu olmayanlar tam anlamıyor gibi geliyor bana ya da ben öyle hissediyorum. Daha iyi anlayan hukukçular oluyor gibi geliyor bana. Ben de böyle araya bir anı sıkıştırayım istedim. Hocam sizin de sabrınızı zorladım herhalde. Sıra Cevdet Hocamda. Hocam sizin de bir yarım saatlik süreniz var. Buyurun lütfen.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Peki teşekkür ederim Sayın Başkan. Sayın hocalarım, meslektaşlarım ve değerli katılımcılar. Ben de Yeni Türk Medeni Kanunu ile ilgili birkaç söz söylemek istiyorum. Sözlerime başlamadan önce bir iki cümle ile konuyu biraz daha geçmişe götürerek konumu ilerletmek istiyorum. O da şu bildiğimiz meşhur Tanzimat Fermanı ve sonrası Osmanlı Dönemi

hukukçuluğu var. O dönemde hemen öncesinde Fransa'da 1804 Fransız Medeni Kanunu kabul edilmiş yürürlüğe konulmuş. Avusturya Medeni Kanunu var, Alman Medeni Kanunu işte hazırlanıyor, yakın zamanda yürürlüğe konacak. Bizde de bir batılılaşma hareketi söz konusu ve o çerçevede ilk olarak örneğin Fransa'dan Fransa Ticaret Kanunu, Deniz Ticaret Kanunu, Sigorta Kanunu, Ceza Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi birtakım kanunlar aynen tercüme edilerek yürürlüğe konulmuş. O sıralarda Medeni Kanun ne olacak, işte bir görüş baskın da sayılabilecek bir görüş, Fransız Medeni Kanununun tercüme edilerek Osmanlı ülkesinde uygulanması gerektiği yönünde idi. Ancak zamanın ünlü Ahmet Cevdet Paşa'nın önderliğini yaptığı görüş, hâkim geldi ve o görüş çerçevesinde İslam hukuku özellikle Hanefi Fıkhında esinlenerek sabah ki oturumlarda da anıldı, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye veya kısaca Mecelle dediğimiz Kanun hazırlandı ve yürürlüğe kondu. Bu Mecelle'nin yürürlüğü biliyorsunuz ki Türk Kanun-i Medenisinin yürürlüğü hakkındaki Kanunu ilga edilen hükümler maddesi ile yürürlükten kalktı. Yani demek ki 4 Ekim 1926'ya kadar ülkemizde Medeni Kanun olarak uygulanmış bir Kanun olarak değerlendirilebilecek.

Cumhuriyet ilan edilip işte 100. yılını gayet sevinçle karşıladığımız yaşadığımız Cumhuriyetimizin ilanını takiben hukuk alanında da diğer alanlarda olduğu gibi birtakım inkılaplar gerçekleştirme düşüncesi çerçevesinde bu defa baskın görüş gereği batıdan bir Medeni Kanun iktibas edilmek suretiyle Medeni Kanunumuz olarak uygulanması yönünde oldu. Bu çerçevede İsviçre Medeni Kanunu bildiğimiz çeşitli etkenlerle tercih edildi. Ve 26 kişilik bir komisyon tarafından İsviçre Medeni Kanununun Türkçeye çevrilip ülkemiz standardına uygun hale getirilmesi çabasıyla bir Türk Kanun-i Medenisi tasarısı meclise sunuldu. Meclis bu tasarıyı tam olarak tümden görüşüp kabul etti. Ancak yürürlük tarihi olarak yine ilgili maddesi gereği 4 Ekim 1926 tarihi olarak belirlendi. Tabi bu Medeni Kanunun bu şekilde kabulü tercümesi gibi konular bakımından çok sayıda eleştiriler söz konusu oldu. İşte Cumhuriyetin elli yıllık bir geçmişi dönemlerde hatta daha öncesinde niye kendi yerli bir Medeni Kanunumuz yok düşüncesi tartışılmaya başlandı. İlk çalışma olarak -zannediyorum 1971 tarihli olması lazım- Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ön tasarısı olarak bildiğimiz Türk Medeni Kanunu ön tasarısı hazırlandı. Sayın Başkanımın da tekrar değindiği o meşhur tartışmalar, dolayısıyla Velidedeoğlu tasarısına karşı biraz soğuk davranıldığı. Çünkü çok öz Türkçe sözcükler kullanıyor. Osmanlıca veya önceki Türkçe terimlerin anlaşılması zor olabilir ama bu çok öz Türkçeleştirilmiş terimleri anlamak daha da güç hale geldi ki bunun Sayın Başkanımız bir örneğini bir rahmetli hocamız üzerinden bize verdi. Bu ön tasarıya mesela Sungurbey Hocamız aynı tandanstan eğilimi olmasına rağmen ön tasarının eşya hukuku bölümünün eleştirisi diye müstakil bir kitap yazdı. Bu kitapta da efendim bu tasarı çok ağır eleştirilere maruz kaldı. Sonra görüldü ki bizim hala yer yer yanlış tercümeler olan yer yer anlaşılması güç olan uygulamada zorluklar gösteren, yer yer de zamanın geçmesiyle ortaya çıkan ihtiyaçlar bakımından yetersiz olabilecek hükümleri bulunduğu dikkate alınmak suretiyle Komisyon oluşturuldu. Komisyon Başkanlığını merhum hocamız Oğuzman yaptığı için bu ön tasarıda Oğuzman ön tasarısı olarak literatürde yerini aldı. Ancak bu ön tasarıda Kanunlaşma şansını yakalayamadı. 90'lı yıllara geldik. Bu yıllarda görüyoruz ki Adalet Bakanının 19 Ocak 1994 tarihli Olur ile bir Türk Medeni Kanunu hazırlama komisyonunun kurulması gündeme geldi. Zamanla çeşitli

başkaca olurlar ile bu Komisyonun üye sayısı arttırıldı. İşte üye listesine baktığımızda Yargıtay'dan üyeler kürsü hâkimlerinden üyeler, Adalet Bakanlığı nezdinde konuyla ilgili dairelerden üyeler, barolardan üyeler, hatta Türk Dil Kurumundan dahi üye atanması durumu söz konusu olmuş. Üniversitelerden üyeler atanmış. Mesela ben listeye bakıyorum. Görebiliyorsanız 29/12/1994 tarihli Olur ile Özsunay Hocamız üye olarak katılmış. Benim üye olarak katılmam da görebildiğim kadarıyla 4/5/1994 tarihli Bakanlık Oluru ile olmuş. Bunları söyleyebiliriz. Zamanla birkaç Olurla efendim Komisyon Üye sayısı daha da arttırılmış. Komisyonca ortaya bir Türk Medeni Kanunu tasarısı taslağı çıkmış. Adalet Bakanlığı bu taslağı benimsemiş. Zamanın hükümeti tarafından da yasama döneminde görüşülmek üzere Meclise sunulmuş. Bugün de söylendi. Hemen akabinde seçimlerin olması sebebiyle bu tasarının Mecliste görüşülebilme şansı olmamış. Seçimler olup tekrar hükümet oluşturulduktan sonra yeniden yeni üyelerde eklenmek suretiyle Komisyon çalışmaları başlamış. Bu Komisyonun hazırladığı taslak veya tasarı diyelim, hükümetinde görüşü olarak Meclise sunulması söz konusu olduğu için buna Türk Medeni Kanunu Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı da eklenmek suretiyle ikisi birlikte Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuş, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde de 4721 sayılı Kanun olarak 22 Kasım 2001 'de kabul edilmiş. 8 Aralık 2001'de Resmî Gazete'de yayımlanmış ve bildiğimiz gibi 1 Ocak 2022'den bu yana biraz önce andığım uygulama Kanunu ile birlikte yürürlüğe girmesi durumu gerçekleşmiştir.

Şimdi bu komisyonların faaliyetleri sırasında ortaya çıkan görüş ayrılıkları efendim tartışmalar başkaca konular yönünden komisyon üyelerinden bazıları tarafından çeşitli yazılar yazıldı. Ben mesela 2 sene alayım biri benim adım Marmara Üniversitesi'nin çıkardığı Arman'da yayınlanan Kılıçoğlu hocamız yazısı var. 40-50 sayfa civarında bir yazı. Bu açıdan bunu okumanızı öneririm. Biri de dekanımız Sayın hocamız Kamil Yıldırım burada, Şıpka Hocamız da burada, onların mayıs ayında tertiplediği bu mahiyette bir sempozyum dolayısıyla Gökhan Antalya arkadaşımızın sunduğu bir tebliğ var. Orada da az çok bu konular anlatılıyor. Bunları okumanızı öneriyorum. Bu tip toplantılarda fazlaca üzerinde durulmayan bir husus üzerinde kısaca durmak istiyorum. O da şu; yeni Medeni Kanunu eleştiriyoruz elbette haklı eleştirileriniz de ama bunlardan bazıları var ki bizim komisyonun ve onu takip edenlerin hatası olarak veya onlara atfedebilecek görüşler sebebiyle ortaya çıkmıştır. Bunlar değil. Mesela bunun en güzel örneklerinden biri Medeni Kanununun 535 inci maddesi. Resmi vasiyetname düzenlenmesi ile ilgili. İsviçre Medeni Kanununa baktığımızda, resmi vasiyetname düzenlenmesinde tercih edilebilecek iki şekil var. Biri okuyup yazan vasiyetçinin düzenlemek durumunda olduğu resmi vasiyetnamede uyulması gereken şekil. Diğeri okumayan yazmayan bir düzenleyebileceğiniz resmi vasiyetname düzenlemesinde uyulması gereken şekil. Buna ilişkin ilgili İsviçre Medeni Kanunu maddesi biraz önce bunun bir mantığı olması lazım yani okuyup yazan bir kişi niye hem öyle vasiyetname düzenlediği hem böyle vasiyetname düzenli diye düşünmüşler ki, bir anlam verebilmek için birine okuyup yazan diğerine de okuyamayan yazamayan kişinin düzenleyebileceğiniz şeklinde ifade etme durumunda olmuşlar. O zaman yazılmış Koca Yusuf Paşaoğlu dahil miras hukuk kitaplarına bakarsak bu eleştiriler yani böyle bir şey yok.

Dolayısıyla bana İsviçre gibi anlayalım pekâlâ okuyup yazan biri de dilerse sanki okuma yazma bilmeyen bir kişi gibi de vasiyetname düzenleyebilmeli demişler. Komisyonda bu ilgili maddeye ilişkin görüşmeler sırasında bunu İsviçre aslına uygun hale getirelim. Bizde de durum böyle olsun görüşü hakim oldu. Gerçekten tercüme hatası, yanlış anlama diye nitelendirilen durumu ortadan kaldırma çabası içinde olduk. Ama Medeni Kanun Ön Tasarısı veya taslağı kanunlaşmak için Meclise gelip ilgili komisyon Adalet Komisyonunda görüşülürken, bu maddeye sıra gelince Komisyon Üyelerinden bir siyasi parti yetkilisi: "Ya bu ne çelişki, yani başlangıçtaki o tercüme edenlerin düşüncesiyle böyle şey olur mu? Yani bir kimse okuma yazma biliyorsa ona uygun şekle uyarak resmi vasiyetname düzenlensin, bilmiyorsa da mecburen öbürüne uyarak resmi vasiyetname düzenlesin." dedi ve Adalet Komisyonunda 535 inci maddenin hem başlığına hem de birinci fıkrasına müdahalede bulunulmuş. Bakın başlık nasıl? Miras bırakan tarafından okunmak, imzalanmak, yani okuma yazma bilip bilmemesi önemli değil, okuyarak yapıyorsa problem yok. Önceki maddeye göre okumadan yapıyorsa bu maddeye göre ama içeriye gelince önceki Medeni Kanunda tercüme yanlış anlaşılma dediğimiz şekilde miras bırakan vasiyetnameyi bizzat okuyamaz veya imzalayamazsa demek suretiyle okuma yazma imkanı olmayanlar için öngörülmüş. Resmi şekil olma özelliği tekrar kazandırılmış. Yargıtay'a bakıyoruz. Bizim de tanık olduğumuz 1-2 olayda öyle oldu. Bunu önceki Kanundaki yanlış tercüme gibi yorumlayıp İsviçre'deki anlamı cihetine gidildi. Demek ki bazen Kanun üzerinde titizlikle durma bir işe yaramıyor bir kader var yani insanların kaderi gibi. Kanun maddelerinin de bir kaderi var. Yanlış ortaya konuyor. Sonra yargı ve bilimsel eserlerde efendim onun doğrusunu bulma çabası içinde bulunuluyor.

Bir örnek daha vereceğim. O örnek de Türk Medeni Kanununun 833 üncü maddesi. Evet. Bildiğimiz gibi bu madde tefsire tabii kanuni ipotekleri düzenleyen bir madde. Onun bir üçüncü bendi var. Bir inşaatçı ipoteği diye bildiğimiz durumu düzenliyor. Üçüncü bendin önceki Kanundaki ifadesi işte bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde buraya dikkatinizi çekerim. Bu müteahhit ve işçiler. Şimdi bu maddeye gelince yine komisyonda görüşüldü. Ya genelde ki buradaki müteahhit yetersiz. Burada ne olabilir alt eser sözleşmeleri olabilir. Tabii alt eser sözleşmesindeki alt yüklenici de ne olabilmeli böyle bir kanuni ipotek hakkına sahip olabilmeli düşüncesiyle biz 893'ü kaleme aldık. Ama iş Adalet Komisyonundaki görüşmelere gelince Adalet Komisyonu maddeye anlam kazandırır düşüncesiyle yüklenici kelimesinden önce alt kelimesini ekledi. Alt yüklenici ve zanaatkârlar denildi. Ötekinde alt yüklenici yer almadığı için eleştirip alt yükleniciyi kapsayacak şekilde düzenleme getirdiğimiz halde hem yüklenici hem alt yüklenici için bu imkânı verdiğimiz halde efendim Adalet Komisyonundaki müdahale sonucunda asıl kanuni ipotek hakkı sahibi olan yüklenicinin kendisinin yer almadığını görüyoruz. Bu da bu maddenin kaderi herhalde diyelim. Yani bir taraftaki kapsam eksikliğini gidermek için gösterdiğimiz çaba diğer tarafta daha uygun Türkçe ifade etmek gibi bir gerekçe ile efendim bu sefer yüklenici atıldı onun yerine sadece alt yüklenici kaldı. Elbette bu maddede sadece alt yükleniciden bahsedildi diye yüklenicilerin kanuni ipotek hakkı olmayacak diye bir sonuca varmamız söz konusu olmayacak. Bu maddeyi ne yapmamız

gerekecek? Başlangıçta kaleme alınan metin çerçevesinde ifadesini olması gerekecek.

Mesela en tartışmalı madde Sayın Başkan ifade etti, Türk Medeni Kanununun 202 nci maddesi. Yani yasal mal rejimi meselesi. Bu bir hükümet krizine yol açacak kadar tartışıldı. Yani basit bir cümle yani metinde bulalım 202 nci maddeyi; eşler paylaşmalı mal ayrılığı rejimin uygulanması asıldır. Aslı böyleydi bunun. Ama kadın hakları savunucuları ki başka yok. Efendim bu konuyu bir kadın hakkı konusu olarak değerlendirmek gerçekten zamanın Adalet Bakanı'nın eşinin de böyle bir hareketin Başkanı olması dolayısıyla, eşini de etkilemek suretiyle bu konu hükümet krizi haline geldi. Bildiğimiz madde ortaya çıktı. Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır denilmek suretiyle bu Tasarı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kuruluna geldi. Tartışma bitmedi. Bu maddenin görüşüldüğü Meclis tutanaklarına ulaşın. Orada çoğumuzun ismi geçer. Bazı hocalarımız veya bazı meslektaşlarımız dediler ki önceki metinde olduğu gibi paylaşmalı mal ayrılığı rejimi olmalı, bazıları dedi ki efendim buradaki yeni haliyle olduğu gibi edinilmiş mallara katılma rejimi olsun denildi. İşte bir hükümet krizine yol açmama adına kadınlarımız bu mücadelesinde başarılı çıktılar ve bu madde edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olması tamam oldu. O günden bugüne bu rejimden memnuniyet ne derecede burada ne yapılması lazım bir sosyoloji yapılması lazım diyorum. Her şey hukuk değildir. Bazılar zaten der ki yani hukuk o kadar önemli. Sadece hukukçulara bırakılamaz. Hukukçu olarak şu görüşte olabiliriz ama toplumsal ihtiyaç zorlama başka yönde olabilir. Yeter ki temel haklara insani değerlere aykırı bir sonuç ortaya çıkmamış olsun. Tabi Kanun bir de Anayasa Mahkemesi nezdinde yaşadığı bir macera söz konusu. Mesela vakıflarla ilgili ilk madde meşhur 101 inci madde. Şimdi bu maddeyi görüşülürken işte çeşitli kitaplarda uygulamada vakıfta üyelik diye bir kavramın geliştiğini görüyoruz. Bizim de daha önceden üçüncü sektör vakfı diye bir vakıf için hazırladığımız dernek ve vakıflarla ilgili kanun taslağı diyebileceğimiz bir çalışma var. O çalışmada da bu konu üzerinde durmuştuk. Orada bu tartışma ortaya koyduk. Ve dedik ki ya vakıf bir mal varlığına tüzel kişilik kazandırılmasıdır. Bunda üyelik nasıl olur. Bu üyeliğe uygun değil yani vakıfta üyelik diye bir şey olmaz. Ama olduğuna göre ve olduğu iddia edildiğine göre buraya bir fıkra koyalım. Vakıflarda üyelik olmaz. Ne oldu bu da Anayasa Mahkemesi'ne gitti. Mahkeme Anayasamızın 33 üncü maddesinin son fıkralarında mesela ne diyor, kimse dernek üyesi olmaya zorlanamaz. Kimse dernek üyesi kalmaya zorlanamaz. Neyse böyle laflar var. Son fıkraları diyor ki yukarıdaki fıkralar vakıflar için de uygulanır. Şimdi Anayasa Mahkemesi bunu nasıl anladı? Anayasa vakıflarda üye olunabileceğini öngördüğü halde siz Kanunda nasıl vakıflarda üyelik olmaz diye bir düzenleme getirirsiniz diye bunu iptal etti. Yani bunu bilmiyorum. Hani Galileo'nun dünya dönüyor dönmüyor meselesinde siz ne derseniz deyin dünya dönüyor. Yani vakıfta üyelik olmaz aslında ama bugün artık Anayasa Mahkemesi kararıyla uygun iptali ile vakıflarda üyelik olabileceği ve uygulamada da vakıf üyeliklerinin düzenlendiğini yine Başkanımız ifade etti. Bu iptalin sayısı çok, bunlardan bazıları yasama organının kanunla yeniden düzenlenen, bu konuda ortaya çıkabilecek boşluğun doldurulması gerektiği yönünde iptal kararları vermesi durumu söz konusu oldu.

Nitekim yasama organı 1-2 davada üzerine düşeni yaptı. İşte boşanma davasında efendim davacı ya da davalı eşlerden birinin ölümü meselesi ile ilgili kanun maddesini iptal etti. Yasama organı da davacı davalı fark etmez, her iki tarafın da mirasçıları ölenin yerini alarak boşanma davasını sürdürebilecek şeklinde ortaya çıkan boşluk doldurulmuş. Mesela tartışmalı hükümlerden biri evli kadının soyadı meselesi. Anayasa Mahkemesi bunu da iptal etti. Önünde Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun teklifi taslağı var. Bu taslakta herhalde kamuoyuna da bilgi verildi. Yani bu sebeple bu taslak üzerinde de bir iki cümle söyleyebiliriz diye düşünüyorum. Evli kadının soyadı meselesinde evli kadının tek başına önceki soyadını kullanıp kullanamayacağı meselesinde olay düğümleniyor ve Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını da dikkate alarak tek başına kullanabileceğine ilişkin, bunun için öyle bir mahkeme kararına ihtiyaç duymayacağı vesaire anlamında bir iptal kararına yol açtı. Türk Medeni Kanununun 187 nci maddesi. Bakıyoruz, bu 187 nci maddenin iptali ile ortaya çıkan boşluğu doldurmak için aynı 187 nci madde şu şekli almış. Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır. Ne oldu Anayasa Mahkemesinin iptal kararı. Şu kadar ki, kadın evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanır. Son cümle kadının soyadı kendi soyadıyla önceki kocasının soyadından oluşuyorsa kadın ve soyadları evleneceği kocasının soyadının önünde kullanır. Bu da yeni değil çünkü daha önce iki soyadı kullanan kadın bu haktan sadece bir soyadı için yararlanır. Yani umulur ki Yargıtay ile Anayasa Mahkemesi arasında çıkan tartışma gibi yasama organı ile Anayasa Mahkemesi arasında bir tartışma çıkmaz konu halledilir. Vakit dolmuş herhalde. Diğer iptal edilen ve iptali ile boşluk çıkan maddelerle ilgili bu taslakta yeni hükümler getirildiğini görmekteyiz. Yarın komisyon çalışmalarında herhalde bu hükümler üzerinde durulur diye düşünüyorum. Sabrınız için teşekkür ederim.

Adem ALBAYRAK:

Hocam çok teşekkür ediyoruz, fevkalade güzel konulara dokundunuz. Aslında biraz da böyle çok cesaretli konulara da girdiniz. Kadının soyadı deyince salonda korku olabilir her an. Ama bunu bir şekilde de konuşmamız gerekiyor. Herkesin de bir şekilde fikrini söylemesi gerekiyor. Şimdi doğrusunu söylemek gerekirse bu tartışmaların asıl böyle konuşulacağı tartışılacağı yer yarınki oturumlar. Yarınki oturumlarda ben listelere de ulaştım ve göz gezdirdim. Baktım fevkalade bir yelpaze, o yelpazenin içinden doğrular çıkar. Niye doğrular çıkar? Her alanın temsilcisi var. Yargının, uygulayıcısının, akademisinin karşı tarafın yan tarafın hepsi var. Dolayısıyla oradan ciddi ciddi sonuçlar alınabilir. O yüzden yarınki oturumların çok önemli olduğunu düşünüyorum. Şimdi bir 15 dakika zaman var. Aslında bizim bu toplantı biraz sohbet toplantısı gibi yani böyle bir sunum yapılıp bir konuda bilgi verilmeli ne verilmeli. Medeni Kanun oluşum sürecinde neler yaşandı anılarla bunu süsledik. O yüzden soru cevap değil de hani böyle benim de bir anım var, ben de buna katkı yapmak istiyorum bir 15 dakika Hocalarımızdan uygulayıcılar böyle bu konuyu açabilir miyiz? Ya da ben de şöyle düşünüyorum. Bu konuda katkı yapacak durumda olan arkadaşımız

varsa bir 15 dakikada böyle katkı yapabilir. Burada usulünde soru cevap çok olmaz gibi geliyor ama katkı anlamında ben de bu olaya şunu katarım, ben de şunu duymuştum, bunu okumuştum, şurada bu olmuştu, komisyonda şunlar konuşulmuş gibi. Ola ki ihtiyaç duyarsanız soru anlamında da katkı yapacak arkadaşlardan. Buyurun ilk size söz vereyim. Mikrofona konuşacağız ama kendinizi tanıtın, buyurun.

Mustafa ÇALIŞKAN:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 38. Hukuk Dairesi Başkanı)

38. Hukuk Dairesi olarak aile hukukuna bakıyoruz. Değerli Başkanım şimdi soru gibi olmasın denildi ama şöyle bir sıkıntı var, bu Covid'te falan aşılar tartışılmıştı. Özellikle Ergun Hocamı görünce, bu biyolojik mevzu ile ilgili şöyle olaylar gelmeye başladı. Bu 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu bağlamında, işte anne baba diyor ki ben çocuğuma aşı yaptırmam diyor. İşte ilgili sağlık birimi bir tutanak tutuyor. Ona bir psikolog, doktorlukla da alakası olmayan birileri bir rapor hazırlıyor ve mahkemeye müracaat ediyor. İşte önümüzde mesela bir dosya var bu bağlamda. Mahkeme de vermiş izni. Babanın bundan haberi yok. Mahkeme psikologdan rapor alarak çocuğumu nasıl aşıya zorlar gibi vesaire. Açıkçası Hocam çok kısa bir görüş bildirirse memnun kalırım. Görüşü nedir mesela bu mevzuda? Yani anne baba buna zorlanabilir mi hukuken mesela?

Adem ALBAYRAK:

Herhalde orada ben hukukçu olarak tek kelimeyle cevap versem çocuğun üstün yararı derim. Psikolog değil de fizyolojik bir muayene. Yani bu çocuğun üstün yararı yaşaması için gerekiyor mu, bu hastalığa yakalanmaması için gerekiyor mu? Yani psikolog bunun psikolojisi nasıl diye bakmamalı. Bu aşı zorunlu mu diye bakmalı şeklinde düşünüyorum.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Ufak bir katkıda bulunmak istiyorum. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi var ve Türkiye Cumhuriyeti taraf. O Çocuk Hakları Sözleşmesine bakarak onun ışığında ve bir de Oviedo Sözleşmesi bunda da Türkiye taraf, Oviedo Sözleşmesi'nin ışığında bu konuyu değerlendirmek lazım. Az önce Beyefendinin söylediği gibi burada kriter çocuğun üstün yararı. Çocuğun üstün yararı neyi gerektiriyorsa yargıç ona karar verir.

Adem ALBAYRAK:

Hocam teşekkür ederim. Başka arkadaşlar, katkı yapmaya gelen soru sormak isteyen arkadaşımız var mı? Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Şimdi Sayın Başkana önce sitem mi diyeyim ya da küçük bir eleştiri mi müsaade ederseniz. Türk Medeni Kanununun ve Türk Borçlar Kanununun dili olmaz efendim. Vatandaş nasıl konuşuyorsa öyle olur. Özel dil falan bunları kesinlikle kabul etmiyorum. Çünkü bunlar yaşamın ta kendisidir. Bakkal da anlayacak, manavda anlayacak, doktor da anlayacak, biz de anlayacağız. Onun için Türk Medeni Kanununun özel bir dili, hukuk dili falan bunları kesinlikle reddediyorum. Bu bir. İkincisi yine özellikle size, kendime de yöneltiyorum bu eleştiriyi. Doğru, benim için de hile falan çok güzel de benim torunum bunları anlamıyor. Anlamıyor hatta dalgasını da geçiyor. Bu internette hepsi cambaz, dede sen anlamazsın diyor, haklı çocuk. Ben hakikaten anlamıyorum. Ben telefonda mesaj göndermesini bilmeyen bir adamım. Ne yapmamız lazım? Bizim oraya inmemiz lazım. Biz eskiyiz, yeni bize ulaşmayacak, biz onlara ulaşacağız. Bunu söylemek istedim çok özür diliyorum Sayın Başkanım.

Adem ALBAYRAK:

Estağfurullah hocam ben çok açığımdır. Ama ben bunun bir süreç olduğunu düşünüyorum. Mesela ilk başlangıçta ben "yanıt" kelimesini hiç kullanmadım ama şimdi kullanabiliyoruz. "İmkân"ı kullanıyorduk, "olanak"ı kullanmıyorduk, şimdi "olanak" diyoruz. Yani bu biraz süreç gibi geliyor bana. O sürecin içinde olmalıyız.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Ben buna hiç karşı değilim ama biz çaba göstermeliyiz, gençler bize değil.

Adem ALBAYRAK:

Hocam işte anlatıyoruz, mesela tevdi mahallini anlamayınca başka bir kelime bulmaya çalışıyoruz. Onlar da biraz gelsin, biz de biraz gidelim, ortayı bulalım olmaz mı? Hocam çok teşekkür ediyorum. Cevdet Hocam buyurun.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Bu dil konusuna ben de değinecektim ama konular çok olduğu için değinme fırsatını bulamadım. Ama Sayın Burcuoğlu'nun vesilesiyle yeni Türk Medeni Kanununun dili konusundaki tutumuyla ilgili gerekçesindeki ayırımı dikkatinize sunmak isterim. Birtakım deyimler, kavramlar, terimler yenileştirilmiş. Mesela objektif hüsniyet için dürüst davranma, subjektif hüsniyet için iyiniyet, medeni haklardan istifade hak ehliyeti, bunlar hep Türkçeleştirilmiş. Mirastan mahrumiyet yerine mirastan yoksunluk, uzun bir liste. Aynen korunması zorunda kalınan kavram ve terim meselesi var. Bunlar da ehliyet, velayet, veli, vasi, kayyım, rehin, ipotek, istihkak davası gibi bir

listemiz var. Arı Türkçe olarak karşılığı bulunmadığı için kullanılmak zorunda olan kelimeler var. Üçlü bir ayrım. Orada da feragat, tevdi, intifa, muacceliyet, takip, emtia gibi.

Adem ALBAYRAK:

Teşekkür ederim Hocam. Başka söz almak isteyen? Kamil Hocam'ı önce gördüm. Hocam isterseniz bir pozitif ayrımcılık yapalım mı? Hanımefendi buyurum lütfen.

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ:

Teşekkür ederim. Ben MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanıyım. Haluk Hocamla sonra konuşuruz ama burada söylemek istiyorum. Şimdi terminoloji başka bir şey bence, sevgili Hocama kısmen katılmakla birlikte torunun ya da bakkalın anlaması bence başka bir şey. Şüphesiz dilde sadeleşme ve bir kanunun anlaşılır olması çok mühimdir. Buna katılıyorum. Fakat şuna kesinlikle karşıyım, sevgili Hocama saygılarımla, terminoloji çok önemlidir. Hocam latince bir terim kullandı. Çünkü bunu herkes anlar. Bunu Arjantinli de anlar. Latinceyi savunduğum için söylemiyorum ama terminoloji diye bir şey vardır. Bu terminoloji Türkçe'de de yerleşti. Bir kısmı belki Osmanlı Dönemi'nden geliyor, doğrudur. Ama biz bir şeyin düşmanı olamayız. Burada önemli olan bakkalın değil hukukçunun anlamasıdır. Hile kelimesinin yerine aldatma kelimesinin konulmasını kesinlikle doğru bulmuyorum. Çünkü hile desiseli davranışı ifade eden yerleşik bir kelimedir. Dolayısıyla aldatma dediğiniz zaman bu kelimenin içini dolduramazsınız. Yerine başka bir kelime varsa tabii kullanırız ama ben aradım, aradım bulamadım. Netice itibarıyla ikrahın korkutma olması uygundur. Çünkü hakikaten ikrah karşılamıyor. Sadeleştirmeye katılıyorum. Anlaşılabilir olmasına katılıyorum. Ama hukukun terminolojisi olur. Hani dil deyince ayrı bir Türkçe ya da ayrı bir dilden bahsetmiyorum ama mevcut kelimelerden vazgeçerken, değişiklik yaparken -ki yine Sevgili Sungurbey Hocamı saygıyla anıyorum- elmenlik zilyetliği karşılamıyor Hocam. Olmadı ve zilyetlik kel kaldı. Dolayısıyla ben de bu konuda Hocamın heyecanına katılıyorum, yenilikler için çok açığım, açık konuşuyorum bunu, ama sanki daha büyük boşluk yaratmadan ve terminolojiyi yerleştirerek bir değişim olabilir diye düşünüyorum. Türk Medeni Kanununda bu sorunlar var Hocam. Çok teşekkür ediyorum.

Adem ALBAYRAK:

Çok teşekkür ederim. Şimdi söz alacak arkadaşlar, bu dil konusunu kapatalım. Kifayet-i müzakere diyoruz buna. Yeterince müzakere edildi diyoruz. Kamil Hocam buyurun.

Prof. Dr. Mehmet Kamil YILDIRIM:

Başkanım çok teşekkür ederim. Değerli hocam Ergun Özsunay'a ve yine değerli sevgili hocam Cevdet Yavuz'a ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Bizi o günlere götürdüler, kendi tezleri ile ilgili. Şimdi ben de çok kısa terminolojiden bahsedeceğim. Terminoloji bizim metodoloji dediğimiz bir bilim dalı ile alakalı. Hocamızın da hukuk başlangıcı, hukuka giriş kitabı zaten mevcut. Cevdet hocamızın da, bütün medeni hocalarımızın adeta çalıştığı bir alandı zaten. Bu hukuk dili bize oradan geliyor. Yani terminoloji, metodoloji, hukuk felsefesi, hukuk teorisi. Bunlar Alman hukukunda özellikle takip ettiğim, hukuk teorisi kitabı bir felsefi eser ve 3 değişik bilim alanından hocaların yarattığı bir eser. Rüthers ve Fischer, iki yazarı bu olmakla birlikte 20. basımına yaklaşıyor bu eser. Almanya'da üniversite eğitiminde bu mesele böyle hallediliyor. Yani maddi hukuku biliyor öğrencilerimiz, Türkiye'de biz maddi hukuku çok iyi öğretiyoruz. Fakat Almanya'ya gittiğinde bizim öğrenciler uygulayamıyorlar. Hocaların bana Köln'deki hocaların, meslektaşlarımın söylediği sizin öğrenciler diyorlar hukuku biliyor ama uygulayamıyor. O da işte metodolojideki yorum metotlarının eksikliğinden geliyor. Biz lafzi yorum, gai yorum ama bir menfaat içtihatçılığı girmiyor bizim hukuk sistemimize. Bu menfaat içtihatçılığı ki son yüzyılın devrim yaratmış metodolojisidir. Yani öğrencilerimize biz bunu verebildiğimiz zaman hocamızı daha iyi anlayacak öğrencilerimiz. Ya da Hüseyin Hocamız birazdan konuşacak, anlattığında kendisinin anlattıklarını daha iyi anlayacak. Çünkü kavramın içini ne ile dolduruyoruz? Şimdi o kitapta şöyle bir ifade de var. Diyor ki; Türk Medeni Kanununu bir kimse bir roman gibi okumaya kalkarsa ilk 2. sayfadan sonra terk eder diyor. Çünkü genel normlardan giderek daralan alt normlara geçen bir yapıyı anlatıyor. Yani bir Medeni Kanun gerçekten Almanlar için 3 tane şaheser dedikleri kanun var. Kodifikasyon dönemi 1870'ler. Alman hukukunda bu şaheserlerin birincisi Medeni Kanundur. İkincisi Medeni Usul Kanunudur. Üçüncüsü İflas Kanunudur. Üç kanunlarını ayrı bir yerde tutuyorlar. Bu Alman kanun koyucunun Prusya döneminin şaheseri diyorlar ve bunu hala koruyorlar. İçlerinden bir tek İflas Kanunu yerini, haciz hukuku ya da külli takip diye çevirdiğimiz başka bir kanunda geçti. O da yine Özsunay Hocamızın söylediği gibi Amerikan etkisiyle gelen dünya piyasalarının, liberal ekonominin, global ekonominin getirdiği zorlama sonunda oldu. Yani bizim burada özü itibarıyla bir yüzyılı aşmış Alman Medeni Kanunundan bahsediyor olmamız, bu kavramlarda ısrarlı olmaları, eski terimleri terk etmemiş olmaları. Aynı Kanun yüzyılı aşmış eklemeleri ile devam ediyor. Çünkü onlar da yeni Alman dili diye yeni bir modeli benimseyebilirlerdi. Fakat koruyorlar. Müktesebatı koruyorlar, külliyatı koruyorlar, hafızayı koruyorlar. 1850'lerden bahsediyoruz. Hassas olduğumuz bir konu. Teşekkür ederim.

Adem ALBAYRAK:

Ergün Hocam söz sizde.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Az önce Cevdet Yavuz'un değindiği bir noktayı anlatmak istiyorum. Vakıflarda üyelik olmaz diye bir madde vardı. Bu madde kaldırıldı. Kaldırılınca sanki vakıflarda üyelik olur gibi anlaşılıyordu bu. Hâlbuki vakıflarda üyelik olmaz. Niye kaldırıldı? Niye kaldırıldığını söyleyeyim. Ekonomik ve sosyal konferans heyeti diye bir heyet vardı Türkiye'de. Bu heyetin kurucuları vaktiyle kurmuşlar. Bir dernek bu. Sonra bu vakfa dönüştü şimdi TESEV galiba ismi. Yalnız bir kısım adamlar, parası olanlar da kurucu olmak istiyor, ama vakıf kurulup da tüzel kişilik kazandıktan sonra ben vakfa tekrar kurucu olamam. Ne yapabilirim? Bağışta bulunabilirim veya işte birtakım katkılarda bulunabilirim. Şimdi orada şu problem ortaya çıktı: Türk Medeni Kanunundaki o maddeyi kaldırırsak üye olunabilir. O madde kaldırıldı. Çünkü o tarihte Anayasaya Mahkemesindeki tetkik hâkimi herhalde iyi çalışmamış bu konuyu. Vakıfları çok iyi bilmiyor. Çünkü o arkadaş kamu hukukçusuydu, ona dikkat ettim o zaman. Onu kaldırdı, kaldırınca bu konu geldi hukukçuların tartışması için. Biz dedik ki kaldırıldı, olmaz, ister koy ister koyma. Vakıfta kurucular vardır. Bir de vakıf yönetimi vardır. Vakıf yöneticisi bir kişi de olabilir üçlü kurul da olabilir. Vakıf genel kurul, vakıf yönetim kurulu, vakıf yürütme kurulu, vakıf genel müdürü, yönetici. Bir de yararlanan vardır. Vakfın amaçlarına uygun edimlerden yararlanan vardır. Onun dışında organlara üye olunabilir, vakfın genel kuruluna, yönetim kuruluna. Ama tekrar kurucu olunamaz. Hâlbuki onlar şöyle bastırıyorlardı: Biz şimdi 10 milyon lira vereceğiz, bizde kurucu olalım. Olurdu, olmazdı. İsmini anmak istemediğim rahmetli olan bir hocam orada fevkalade aktif. Beni de görüş bildirmek üzere davet ettiler. Bu söylediğimi söyledim. Sonra hoca böyle saçma şey olur mu dedi. Terbiyem dolayısıyla bir şey söylemedim. Böyle de devam etti. İşte esası budur, vakıflarda üyelik olmazın niye kaldırıldığının, üçüncü sektör vakfının getirdiği şeyi budur. Yani bir kısım şeyler illa biz orada kurucu olalım diye, yahu böyle kurucu olunmaz. Vakıflarda üyelik olmaz da yazsan olur da yazsan, vakıflarda üyelik olmaz. Olay bu.

Adem ALBAYRAK:

Değerli arkadaşlar süremiz sona erdi. 1-2 kişiye daha söz vereceğim. Buyurun lütfen beyefendi, isminizi bilmiyorum.

Doç. Dr. Mehmet AKÇAL:

Sayın Başkan, değerli hazirun hepinizi saygıyla selamlıyorum. Bu programda yer almaktan şeref duyarım. Programın başlığı ile ilgili daha ana ve genel hatlarıyla kısaca birkaç hususu belirtmek istiyorum. Türkiye yüzyılından bahsediyoruz ve Türk Medeni Kanunundan bahsediyoruz. Hiç şüphesiz ki bir Kanunun başına Türk ifadesini getirmekle Türk tipi bir Kanun yapmış olmuyoruz. Esasen Kıta Avrupa'sına bağlı bir hukuk sisteminde İsviçre orijinli bir Kanunumuz var. Ve netice itibarıyla Gazi Mustafa Kemal Atatürk müthiş bir iş başarmış vakti zamanında. Ama çok kıymetli akademisyen ekiple, yine uygulayıcılarla bu toplantı kapsamında çok daha geleceğe yönelik

de bazı şeyler söyleyebileceğimizi düşünüyorum. Şöyle ki; yazın İsviçre'de akademik araştırma için bulunduğumda Sayın Verrom; "Kanunların aynı olması hukukun aynı olduğu anlamına gelmez." demişti. Bu gerçekten kıymetli. Netice itibarıyla bizim Yargıtay'ımızın çok kıymetli içtihatları var. Elbette Türk tipi bir kanun yapmak çok iddialı bir şey olabilir belki ama Türk milleti kadim bir millet. Dolayısıyla bizim artık genç nesil olarak yeni Medeni Kanun için mukayeseli hukuktan da istifade ederek yeni yüzyılda gerçekten Türk Medeni Kanunu söyleyebilmemiz gerekir. Bu temennimi dile getirmek istedim. Teşekkür ederim.

Adem ALBAYRAK:

Teşekkür ederim. Şebnem Hocam buyurun.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Çok teşekkür ederim Sayın Başkanım. Kıymetli hocalarım hepinize çok teşekkür ediyorum. Ben Cevdet Hoca'mın değindiği kadının soyadı konusunu bir kere daha burada vurgulamak istedim. Yasa koyucu buradan hani bu konuyu dikkate alması gerektiğini yaklaşık 40 yıllık bir çabadır. Bu kadının verdiği çabadır. Artık bu çabayı Anayasa Mahkemesi görmüştür. 2 kere reddetmiştir. İptal etmemiştir. Üçüncüde iptal etmiştir. Ve artık yasa koyucunun da bunu görmesi gerekir diye düşünüyorum. Ben tam olarak 78 ülkeyi inceledim. Nedir soyadı diye evli kadın bakımından. Bir tek bize biraz benzeyen Arnavutluk var. Onun dışında hemen hemen her ülkede artık soyadının değişmezliği ilkesi var. Benim kişilik hakkımın bir parçası soyadım. Dolayısıyla ben sürekli kişilik hakkımın bir parçası olan soyadımı değiştirmek istemiyorum. İsteyen değiştirebilir. İsteyen istediği şekilde değiştirebilir. Ama bu devirde artık bir aile adı zorlanır olmaması gerektiğini düşünüyorum. Ben bunu sadece bir akademisyen olarak değil, aynı zamanda evlendiğim tarih olan 1995 yılından beri bunun mücadelesini veren, dava açan, konuyu Anayasa Mahkemesi'ne götürmeye çalışan birisi olarak, bunun zorluklarını yaşayan birisi olarak söylüyorum. 600 kişilik Meclis Üyeliğinde 120 kadın milletvekilimiz var. Neredeyse 5'de 1 oranında. Bu zorluğu yaşamayanın bilebileceği bir durum değildir arkadaşlar. Böyle bir şey mümkün değildir. Biz bu zorluğu yaşıyoruz. Ben kendi soyadımı kullanmak istiyorum, ben iki soyadı kullanmak istemiyorum. Ben bu zorluğu her yerde yaşıyorum, bankada, uçakta, orada, burada, tapuda, her yerde yaşıyorum. O yüzden artık sesimizin duyulması gerektiğini düşünüyorum. Bu yani gerçekten hani aklımızla oynayan bir yasa teklifi olmuş. Bir de altında Anayasa Mahkemesi kararına uyduk diye yazıyor gerekçesinde. İnanın bana hani fena değildir okurum okuduğumu anlarım. Döndüm döndüm 3 kere okudum. Ben mi anlamıyorum acaba bir şey değişti de Anayasa Mahkemesi'ne uydular da ben mi bunu anlamıyorum dedim ya bu olmaz gerçekten bu gerçekten kadınlara karşı yapılan, kadın haklarına karşı yapılan kanımca büyük bir saygısızlıktır. Ben soyadının değişmezliği ilkesinin mutlaka getirilmesi gerektiğini ama tabii ki isteyene istediği serbestliğin de tanınması gerektiğini Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin (CEDAV)

ülkemizde de bu anlamda gerçekten uygulanması gerektiğini düşünüyorum. Çok teşekkür ederim.

Adem ALBAYRAK:

Şebnem Hocam çok teşekkür ediyorum. Evet değerli katılımcılar. Bize bu ortamı sağlayan Adalet Bakanımıza, Bakanlığımızın Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne çok çok teşekkür ediyorum. Çok güzel fikir alışverişi oldu hepimiz için. Sizlerle bir arada olmak çok güzeldi hocalarımızla bir arada olmak çok güzeldi. Meslektaşlarla bir arada olmak çok güzeldi. Hepinizin aklına, bilimine görüşlerine sağlık. Çok teşekkür ederim. Şimdi bir mola. Görüşmek dileğiyle çok çok teşekkür ederim. Hocamıza da tekrar saygılar sunuyorum.

Sunucu:

Sunumlarında dolayı değerli Oturum Başkanımıza ve Kıymetli Hocalarımıza ayrı ayrı teşekkür ediyoruz.

Değerli katılımcılar, 15 dakika ara veriyoruz. 15 dakika sonra programımız aynı salonda devam edecektir.

II. OTURUM

Sunucu:

Değerli katılımcılar, şimdi de gelişen ve değişen toplum yapısı karşısında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda değişiklik ihtiyacı hissedilen konuların değerlendirilmesi için Oturum Başkanı Sayın Prof. Dr. İhsan Erdoğan, Sayın Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Sayın Prof. Dr. Mehmet Ünal ve Sayın Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'nu sahnede kendilerine ayrılan yerlerine davet ediyorum. Buyursunlar efendim.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN:

Çok değerli hukukçular, Cumhuriyetimizin 100. yılını geride bıraktık. Cumhuriyetimizin en önemli kazanımlarından biri olan hukuk devriminin temeli, temel taşı olan Türk Medeni Kanunu ile ilgili olarak Adalet Bakanlığımızın tertiplemiş olduğu bu toplantıya katılmaktan mutluluk duyuyorum. Hepinize hoş geldiniz diyorum tekrar ve bu çerçevede burada bulunan çok değerli hukukçulara, akademisyenlere Türk Medeni Kanunu hakkında tecrübelerini, görüşlerini almak üzere şimdi söz vereceğim. Önce Haluk Burcuoğlu Beyefendiden başlamak istiyorum. Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu, buyurunuz efendim.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Değerli dostlar, herkese merhaba. Saygılar, sevgiler sunuyorum. Ben protokolden pek anlamadığım için öyle şeyleri sayamayacağım. Meslektaşınızım, hem avukatım hem hocayım. Yani onun için kusura bakmayın. Saymaya başlasam birisini daha önce veya daha sonra sayarım diye çekiniyorum.

Şimdi efendim ben maalesef yarın katılamayacak olduğum için beni tanıyanlar bilir, nasıl diyeyim, hani benim bir bam telim var boşanma adı altında, onlar üzerinde biraz duracağım. Ama daha önce Türk Medeni Kanunumuz hakkında birkaç cümle etmek istiyorum müsaade edersiniz. Efendim Ergun Hocam da söyledi, aynı kanıdayım. Medeni Kanunumuz gerçekten çağdaş kanunlar arası iyi bir yerdedir bana göre. Maalesef tek aksadığı yön benim o bam telim olan boşanma konusudur. Onun için orada birtakım önerilerim olacak. Ve bunun yanında bir de İsviçre Medeni Kanununun bizden alınması son derece anlamlı ve yeterli ve çok iyi olmuştur kanısındayım. Ben İsviçre'de okuduğum için değil, mutlaka etkilenmişimdir ama yani hakikaten öyle bir kanun düşününüz ki İsviçre gibi 4 ayrı topluluğun yaşadığı bir ülkeyi zamk gibi bir arada tutabilen bir kanun İsviçre Medeni Kanunu. Alman kesimi var, Roman kesimi var, İtalyan kesim var ve Fransız kesim var ve takır takır bu sistem işliyor. Ve arkadaşlarım kimse kalkıp da şunu da söylemesin efendim, keşke oradan almasaydık. İyi ki almışız. 1926-2012, dikkat kaç sene? Benim aritmetiğim o kadar kuvvetli değil. Kaç sene

uygulanmış bu kanun? Çok ufak tefek değişikliklerle arada birtakım hareketleri yapılmış ama Cevdet Hocam da anlattı pek başarılı olmamış. Sonunda 2002'de başlayan, işte içinde benim de pardon benim olmadığım, aman ha Borçlar Kanununa gitti bir ara aklım. Genç arkadaşlarımız yeni bir kanun yapmışlar, iyi de yapmışlar ama benim takıldığım birkaç nokta var.

Onlardan özellikle birincisi, boşanma konusuna müsaadenizle değineceğim, bu aslında yarının konusu ama yarın maalesef sınavım var. Biri sömestr son sınav bitirme sınavı, orada hazır bulunmam lazım Aydın Üniversitesi'nde, onun için burada olamayacağım. İçimdekileri şimdiden dökeyim ki kızacaksanız şimdi kızın. Her türlü eleştiriye de açığım. Beni bilenler bilir, bütün yazılarımın başında Allah aşkına beni eleştirin lafı vardır. Ama bana genelde yapılan atıflar, gerçekten canım sıkılıyor artık, farklı görüşleri Haluk Burcuoğlu'ya kardeşim iyi mi kötü mü söylesenize. Ben değerlendirme dışı farklı görüşüm sadece bu da hakikaten son derece rahatsız olduğum bir şey. Ama yine beni bilenler bilir ben lafını sakınan bir adam da değilim. Kimseye kırgın değilim, hiç kimseyle bir küskünlüğüm yoktur ama eleştirilerim de pek fazla ölçü içerisinde yapmam, biraz aştığımda olur kusura bakmayın. Şimdi efendim öğrenciliğimden beri hiçbir zaman aklıma sığdıramadığım, anlamadım anlamaya çalışmama rağmen anlamayı beceremedim çok nedenli boşanma konumuz var bizim. Kimse kusura bakmasın bu akıl ötesi bir şeydir. İsviçre'de varmış çok nedenle işte bizde biz bide genel boşanmaların ismi boşanma nedenleri ayrım var mutlak var nispi var bu asrın en büyük komedisidir kimse kusura bakmasın. Sağdan sayın soldan sayın bir tane boşanma nedeni vardır. İstersen 300 tane daha koyun, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, eşlerden biri herhangi bir sebepte bu evlilik benim için yürümez dediği zaman boşanma davası açılır. Efendim zina imiş, pek fena muamele imiş, terkmiş, akıl hastalığıymış, oymuş buymuş hepsi hikâye. Bir tane neden vardır. Eşim beni her önüne gelenle aldatıyor. Ben bu kadınla yaşamı sürdürebilirim dersem niye gideyim dava açayım, ben geri zekalı mıyım? Böyle bir şey olabilir mi? Herhalde olmaz. İstersen 300 tane daha neden koyun, farklı takımları tutmak, bak mesela yaz tatilinde dağ ya da denize gitmek gibi nedenleri de koyun, ne bileyim yakınlara küfür etmek hakaret etmek deyin. Yine bir tane neden var, başka yok, evlilik birliğinin temelinden sarsılması. Tabii bu akıl dışı oluşumun akıl dışı uzantıları da var. Orada zaten ip kopuyor, orada bayılıyorum niye nisbi boşanma nedenlerimiz var bizim. Değil mi akıl hastalığı mesela suç işleme. Bir de genel boşanma nedenimiz var ki nispi boşanma nedeni babaannesi, evlilik birliği temelinden sarsılması.

Şimdi soruyorum akıl hastalığında aranan evlilik birliğinin çekilmezliği ile Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesinde aranan evlilik birliğinin çekilmezliği arasında ne fark vardır acaba? Bilen varsa Allah aşkına söylesin ben bilmiyorum. Ben bilmiyorum 36 tane evlilik birliğinin çekilmesi diye bir şey yok bu kadar. Mutlak boşanma nedenleri aman Allah'ım ne büyük icat mutlak. Zina, neymiş efendim zina olduğu zaman hâkim evlilik birliği temelinden sarsıldı mı sarsılmadı mı araştırmazmış. Niye araştırmaz çünkü orada artık fiksyon var. Bu durumda evlilik birliği zaten temelinden sarsılmıştır fiksasyonu var o yüzden aramaz yoksa mutlak boşanma nedeni daha güzeldir bilmem ne filan değil, akıl bunu gerektiriyor başka bir şey değil ya. Yani hakikaten bu çok nedenli boşanma sisteminin yani hiçbir şekilde kabul edilebilir bir yanı yok. Ondan sonra devam ediyoruz geliyoruz. Şimdi

evlilik birliğinin temelinden sarsılması baştan beri söylediğim gibi tek ve asıl boşanma nedenidir. Bunun başka bir izahı kesinlikle olamaz bir defa bunu koyalım. Ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması düzenleyen 166 ncı maddedeki temelden sarsılma ile diğer temelden sarsılmaların arasında hiçbir fark olmaz. Olamaz, olmamalıdır. Bunu da bir defa kabul etmek lazım. O halde ne yapacağız? Çok düzenli boşanma sistemini kaldırıp rafa koyacağız ve arkadaşlarım zaten uygulamacılar bilir. Burada Yargıtay üyelerimiz var. Ben avukatım bir sürü avukat arkadaşım da var. Hepimiz biliyoruz ki uygulamada zaten açılan boşanma davalarının %90'ı Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesi tek neden olarak. Kalan kısmında da bir başka nedenin yanında ileri sürülen zina artı evlilik birliğinin temelinden sarsılması. Pek fena muamele artı evlilik birliğinin temelinden sarsılması değil mi arkadaşlar.

Şimdi bunları gördükten sonra boşanma konusunda ikinci bir garabet kusur denen kavram sayesinde devreye giriyor kusur. Kusur 1984'de, yanılmıyorsam 1984 ya da 1988, Cevdet Bey doğrular. Önceki medeni kanunda, ha bir de şurada bir istirhamım var, bütün dinleyicilerden eğer beni birazcık seviyorsanız Allah aşkına eski kanun demeyin, kanunun eskisi yenisi olmaz. Önceki kanun derseniz çok mutlu edersiniz beni. Ama burada TDK, EMK eskinin kısaltılmışı, bana göre pek hoş değil. Eski dediğiniz kanun senelerce bu ülkenin temel kanunu ya değil mi? Biraz lütfen buna dikkat ederseniz çok mutlu kılarsınız beni bu bir dostluk için bir rica ederim sizden önce bunu söylemek istiyorum. Önceki kanununda yani o 80 küsur değişiklikten önce biliyorsunuz kusuru daha fazla olan taraf boşanma davası açamaz diye bir hüküm vardı. 1984 ya da 1988 Cevdet Bey, 1984 mü 1988 mi? 1984 galiba değil mi? Yani tarihli değişiklikle bu biraz hafifletildi dendi ki, daha fazla kusurlu eşyada açamaz ama pardon daha az kusurlu olan eş boşanma davasında karşı çıkabilir ama bu ne bir sınır getirdi. Değil mi dürüstlük kuralı ve dedi ki davaları ya da çocukları menfaati olmazsa. Şimdi burada hiç olmazsa şunu yapabilirdik ve yapmalıyız da düşünüyorum hala bunu muhafaza edeceksek dürüstlük kuralı ve değil dürüstlük kuralı ya da çocukların ya da kadının menfaati veya davalının menfaati demek daha doğru olacaktır diye inanıyorum. İkisini birden aramayan. Böylece yani evlilikten bir an önce kurtulmak isteyen arkadaş kurtulabilsin. Şimdi uygulamada neler oluyor. Maalesef adım boşanma avukatına çıktı ya ben borçlar ve eşya hukukçusuyum ya ama avukatlıkta nedense böyle bir şeyin içine düştüm. Ve tabii karşımda karşı tarafın avukatları da Türkiye'nin en kalburu isimleridir. Söylememe gerek yok zaten. Oraya gidenlerin karşısı da bana geliyor. Böylece arkadaşları da davalarda görmüş oluyoruz. Ama tabi davalar sürüyor. Küçücük bir örnek vereyim. Boşanma davası 2013'te açıldı. 5 Kasım 2020'de boşanma kısmı kesinleşti. Mal rejimi devam ediyor. Şimdi arkadaşlarım Allah aşkına bir düşünün kusur nedeniyle boşanmada kusura hala bu kadar etkili bir anlam veriyorsunuz ya. 24 tane tanık sayılıyor. Olur mu öyle şey demeyeyim birebir yaşadım 24 tanığın aynı duruşmada dinlendiğinde şahit oldum ben davalı taraftaydım. Biz göstermedik karşı taraf göstermişti. 24 tanık dinledik. 10'a 20 kala başladık, 4'ü 20 geçe tanıkların dinlenmesi bitti. Arada tabii yaşlı insanlar vardı tuvalete mübaşir eşliğinde götürülüp getirildiler. Dışarı çıkamıyorlar ya. Ve tabii bir de benim hiç haz etmediğim maalesef herkesin artık oyuncak haline getirdiği bu internet chatleşme bilmem ne denen en önemli delillerimizden biri boşanma davalarında da bunlar. Bir milyon tane mesaj. Daha davanın açıldığı sırada bakıyorsunuz hâkimin önünde duruşma

1-2 tane klasör var. Boşanma evlilik kadar normal bir şeydir. Boşanma mahkûmiyet filan değildir. Rahmetli İsmet Hoca'nın bir lafı var. İsmet Hoca bir mitinge katılmış o yüzden bir süre içeriye almışlar İsmet Sungurbey Hocamı, o bana söylemişti daha o zamanlar asistandım. Halukçuğum dedi; bu boşanma dedi, müebbet hapis gibi bir şey dedi, hapse girdin, çıktın, çıkacağın süre belliydi dedi, buraya girdiğin zaman çıkamıyorsun dedi. Hakikaten bu duruma geldik. Ve bunda yargının ya da yargıcın kusuru hatası falan yok. Boşanma davalarını uzatanlar esas itibarıyla biziz, yani avukat arkadaşlarım değil mi? Biraz da kendimize yöneltelim okları yani hep böyle yargı mı olur gel sen yap. 24 tane tanık göstermişsiniz 500 tane mesajları götürüyorsunuz. Yani gayet güzel gidiyor. Ve arkadaşlarım bir boşanma davası bu kusur ilkesinin fevkalade yoğun bir şekilde uygulanması nedeniyle İstanbul'da 4 ila 6 yıl sürüyor. Benimki 9 yıl sürdü o diyelim ki bir istisna ama 4 yıldan önceki boşanma alıp da kesinleştiren vatandaş varsa tebrik edeceğim bana da söylesin. İstanbul'dan bahsediyorum. Şimdi durum bu. Ha bu bitti diyelim ki 6 yılda boşanma kararı kesinleştirdiniz, büyük bir başarıdır çünkü arada istinaflar var temyizler filan da var. Ondan sonra en sevdiğim kural geliyor mal rejiminin tasfiyesi 10 yıllık zaman aşımını kim söyledi bunu ya çok merak ediyorum. Kim bunu söyledi? Nereden çıkıyor bu 10 yıllık zaman aşımı ya. Efendim kanunda herhangi bir zaman aşımı süresi belirtilmemişse Borçlar Kanunda var ya genel zaman aşımı süresi 10 yıldır. Yuh ya 6 yılda boşanacaksınız. 9 yıl 360 gün bekleyip, mal rejiminin tasfiyesi davası açacaksınız. Eğer taraflar ekonomik açıdan biraz güçlüyse bir 6 yılda 10 diye koyun. 22 sene çeyrek asır ya. Ne bu evlilik teşekkür ederim. Böyle bir şey olmaz. Sonuç Haluk Burcuoğlu öğrencilerine evlenmeyin arkadaşlar diyor. Evlenirken 40.000 defa düşünün diyor, iki çıplak bir hamama yaraşır diyor iki gönül bir olunca samanlık seyran falan olmaz. Evlilik bizim zamanımızda kalmış karşınızdaki adam 49. evlilik yılındadır. Şikâyetçi filan değil de boşanmayı hiç düşünmemiştim onu söyleyeyim bizim zamanımızda da ama benim kızım da boşandı. Allah'tan damat efendilik etti anlaşmalı boşanma hiç karışmadım kendileri hallettiler ne yaptılarsa yaptı. Yani bu da çok önemli arkadaşlar. Şimdi o halde kusur denen bu bana göre illeti boşanmadan kaldırmak. Çok nedenle boşanmayı ortadan kaldırmak lazım ve kusuru kaldırmak lazım. Bunun başka şeyi yok bir başka şey aklıma geliyor. Anlaşmalı boşanma, anlaşmalı boşanma yapıyorsunuz. Diyelim ki mal rejimi ile ilgili herhangi bir hüküm koymadınız anlaşmaya uygulama ne diyor. Mal rejimi ile ilgili 3'ün konulmadığına göre anlaşma sadece boşanma ile ilgilidir. Ayrıca mal rejiminin tasfiyesi davası açılır. Ya adı üzerinde anlaşmalı boşanma, boşanma ve teferruatını külliyen sona erdirmektir. Boşanma konusunu anlaşalım asıl savaşa gelelim çünkü biliyorsunuz gürültü nerede kopuyor arkadaşlarım boşanma filan tıraş, öbür tarafta kopuyor şimdi laflar adı olduğu gibi söylemek lazım hiç gevelemeyelim. Öbür tarafta dünya savaşı orada çıkıyor. Eğer anlaşmalı boşanmada herhangi bir hüküm koymamışsanız o zaman demek ki taraflar böyle bu sorunu halletmişler demektir bitti. Halletmediyseniz bir zahmet onu yazın ona rağmen anlaşır mısınız o ayrı. Ama o görüşteki çıkartamıyorum hiç anlayamıyorum maalesef orada aciz kalıyorum.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN:

Sayın Hocam, boşanmadan daha zor bir konu daha var, o da oturum yöneticiliği. 5 dakikanız var.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Tamam o zaman, zaten fazla bir konum kalmadı. Ben boşanma konusunda diyeceğimi dedim bir de bir şeye değineceğim arkadaşlarım, yine boşanmanın kız kardeşi ayrılık denen bir kurum var. Ayrılık denen kurum gayet geri zekâlı bir kurumdur. Lafımı katiyen sakınmıyorum. Bundan daha salak bir kurum olmaz, olamaz, olabilemez, olmamalıdır. Açın okuyun kanunu boşanma sebeplerinden biri varsa hâkim ayrılığa karar verir. Boşanma sebebi ne, tarafların ortak yaşayamaması değil mi? Ayrılığa nasıl karar vereceksiniz? Ayrılığa ancak bunlar bir daha bir araya gelir diye karar veremiyor musunuz? Boşanma sebebi yok o zaman boşanma sebebi olmadan ayrılığa karar veremiyorsunuz yahu nasıl yapacaksınız bunu? Birlikte giderler taraftar ayrılık kararı verdilerse hâkim boşanmaya karar vermezmiş. Böyle bir şey diyemez ki taraflar çünkü boşanma sebebi yok biz belki bir araya gelebiliriz dediğiniz zaman boşanma sebebi yok. Ayrılığa nasıl karar vereceksiniz? Akıl dışı ya ha bu akıl dışılığın yanında bir de ayrılık kim biz kim ya evlenmeleri boşanmaları yasak olan Katolikler için getirilmiş bir kural bu bana ne yahu. Benim memleketimde ne ayrılığı ya nedir bu. Kaç tane ayrılık kararı var. Bilmiyorum hani kanun yürürlüğe girdiğinden beri 100 tane var mıdır, zannetmiyorum Hasan belki bir var mı? Ha bir de bir genç arkadaşımız var bende kitabı var henüz okumadım ayrılık kurumu diye tez yazmış arkadaş ya, tebrik ediyorum yani hakikaten görsem teşekkürlerimi sunacağım aldım kitabı. Hararetle de okuyacağım ne yazmış acaba çok merak ediyorum.

Arkadaşlarım, bir cümlede velayet konusunda değineceğim, ortak velayet çok şirin gözüküyor değil mi? Fevkalade anlaşmalı boşanmada ortak velayet olmuş veya velayet annedeymiş babadaymış kimsenin umurunda değil. Zaten millet birlikte yürütüyor işi hiç sorun değil. Annede de olsa babada da olsa ortak karar veriyorlar. Çekişmeli boşanmada ortak velayette bir karar versenize. Yani avukatlar bilir. Uçan tekmeler, uçan yumruklar acaba hangi mahkemelerin önünde atılıyor. Aile mahkemeleri tabii. Çünkü bizde Ayşe ile Ahmet boşanmıyor, sülaleler boşanıyor arkadaşlar. Yani onun için bir de ortak velayet ilk başta çok cazip geliyor ne güzel anne baba birlikte. Hayal kurmayın Allah aşkına. Son bir cümlem var. Onu zaten söylerken de utanıyorum ama hani güya benim de alanım ama vakıf denen kurumu öğrenciliğimden beri anlamadım. Zeytinlik tüzel kişi, 8 numaralı daire tüzel kişi bankadaki 2 milyon lira tüzel kişi. Şaka gibi, adına başka bir şey değil tüzel kişi falan demiş sinirime dokunuyor, ne demek bu. Zeytinlik kişi filan olmaz bunu nasıl söylüyorlar bilmiyorum. Tıpkı ticaret hukukuna da bir çamur atayım bari onlardan da küfür yersem yiyeyim tek kişilik anonim ortaklık. Afiyet olsun efendim, çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN:

Haluk Burcuoğlu Hocamıza uykuları dağıtan bu veciz konuşmasından dolayı teşekkür ediyorum. Bahsettiği konuyu hocam makale olarak yazmadan önce hocam belki hatırlarsınız. Ankara Hakimevinde konuşmuştuk. Ben de daha sonra derslerimde Burcuoğlu Hocam gibi evet her ne kadar burada sebepler sayılırsa da bunlar sadece bir örnektir. Tek bir sebep vardır evlilik birliğinin temelinden çökmesi diye tekrar etmiştim teşekkür ediyorum kendisine, zamanında güzel kullandılar. Şimdi hocaların hocası çok değerli hocamız, Sayın Hüseyin Hatemi Beyefendi o güzel üslubunu dinlemek bile çok büyük bir kazançtır, şüphesiz içerisinde verdiği bilgiler hepsinden daha büyük kazançtır. Kendilerine söz veriyorum, buyurunuz hocam.

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ:

Efendim ben önce şunu söylemek istiyorum, Medeni Hukuk Çalıştayı bir celsede bir günde iki günde o kadar sorun var ki bunları bir sıraya koymak gerekir. En fazla ihtiyaç gösteren, gözden geçirmeye ihtiyaç gösteren hükümler aile hukuku hükümleri olarak görünüyor benim gözümde. Bu sebeple zaten sayın meslektaşım da şey yaptı. Aile hukukundan örnek verdi ben de öyle yapacağım. Ama eşya hukuku ve diğer tüzel kişiler gibi konularda da miras hukukunun, aile hukukunu yakından ilgilendirmeyen hükümlerini ve bu konudaki değişiklikleri ben Adalet Bakanlığına yazılı olarak sunacağım. Şimdi sadece örnek vermek zorundayım çünkü 10-15 dakikalık konuşmayı bunların hepsine sığdırmak mümkün değil. Adalet Bakanlığı da şöyle yaparsa iyi olur.

Önce bir aile hukuku kısmının değişiklikler ne tespit ettikten sonra diğer kısımlara geçmek. Yalnız şunu da söyleyeyim ki başta yer alan başlangıç hükümlerinde yer alan temel hukuk ilkelerine daha önem verilmeli biraz hangileri alt ilkedir, hangileri temel ilkedir. Alt ilkelerle birlikte temel ilkelerden sonra alt ilkelerde kısaca belirtilirse iyi olur. Çünkü bazıları bu başlangıç hükümlerinin ilke olduğunu unutup özel kuralla değiştirilebilen genel kurul, genel kural, saymaya meyil etmektedir bu yanlıştır. Mesela hakkın kötüye kullanılması yasağı genel hükümdür. Şu halde kanunda özel bir hüküm varsa buna aykırı özel kural genel kurala tercih edilir. Genel kural değildir bunlar ilkedir. Anayasada da yer alması gereken ama maalesef bizim anayasamızda da gerektiği gibi bu husus, özellikleri belirtilmeyen genel ilkeler Anayasada da daha açık bir şekilde yer almalıdır. Şimdi bunu söyledikten sonra bazı örneklerle hızlı geçmeye çalışacağım. Hukuk kavramlarını ilgilendiren değişiklikler hakkında uzun gerekçe veremeden sadece kendi görüşüme göre bunların yapılması gerektiğini söyleyeceğim. Bir cinsiyet değiştirmeye izin verilmesi şartlarında eski demeyelim sabık Medeni Kanunlar, Sabık Medeni Kanundan önceki, Sabık Medeni Kanundaki sonradan getirilen kural, hani çok şeydi yetersizdi garip bir kuraldı. Yani izin almaya gerek olmaksızın emrivaki yapan, operatöre gidip cinsiyetini değiştiren kişi hiçbir şart aranmaksızın mahkemeye başvurursa hukuken de değiştiği tescil edersen diye o zaman ne olur hâkim oldu bittiye kabul eder, evliyse evlilik birliğinin sona ermesine karar verir böylelikle kendi isteğiyle cinsiyet değiştirilmiş olur. Bu doğru değildi yeni kanundaki ondan iyidir tabii.

Ama transseksüel yapı belirsiz bir kavramdır. Onun için bana kalırsa bunu 'hermafrodit' yapı olarak değiştirmek lazımdır, ancak o zaman cinsiyet değişikliğini izin verilmedir.

Ölüm karinesi halinde de gaiplikte olduğu gibi diğer eşin başka biriyle evlenebilmesi için mahkemeye başvurup evliliğin feshi kararı vermesi aranmalıdır. Çünkü idari kararlı nüfus kaydına ölü kaydı düşürülmesi nüfus kütüğüne hâkim kararı olmadan evlilik birliğinin sona ermesi için gitmemelidir. Bu kayıt yapıldıktan sonra yani gaibin çıka gelmesiyle daha az bir ihtimalle olsa bile, gaip eşin çıka gelmesi halinde nasıl evlilik feshedilmemişse birinci, ikinci evlilik batıl sayılabiliyorsa bunu bertaraf etmek için evliliğim feshi kararı alınması gerekiyorsa, ölüm karinesi halinde de mahkemeden evliliğin feshi kararı vermesi aranmalıdır. Ondan sonra başkasıyla evlenirse gaip çıka gelirse artık mutlak butlan davası açılamamalıdır. Sonra evlat edinen ile evlat edinilen farklı cinsiyetten olup da sonradan birbiriyle evlenmiş iseler, evlenmeye muvaffak olmuş iseler, mutlak butlan kararı yerine Sabık Medeni Kanundaki evlat edinme son bulur kuralı tercih edilmelidir. Yani arada şey yok başka bir evlenme yasağı yok, yakın hısımlık gibi bir şey yok, kan bağı yok. Şu halde biz bunların evliliğini iptal etmek de ahlaki bir şey yapmış olmuyoruz tam aksine ahlaksızlığa kapı açıyoruz benden günah gitti. Arada kan bağı yok evlendim evlatlıkla karşı cinsten evlatlıkla ama mahkeme iptal etti şu halde bizim birlikte yaşamamıza karışamaz. Biz evliymiş gibi birlikte yaşarız buna da kimse karışamaz ne butlan davası geçer ne bir şey işte asıl ahlaksız bir duruma yol açmamak için en iyisi önceki Medeni Kanun kuralında olduğu gibi evlilik birliği son bulmama mıdır? Mutlak butlan davasıyla ama evlat edinme sözleşmesi hükümden düşmelidir.

Eski Medeni Kanunun birçok hükümlerinin değişmesi iyi olduysa da bu gibi şehirlerde iftirata getirdiği ikinci Medeni Kanunda işte bu düzenlemeler evlat edinmenin hükümleri gözden geçirilmelidir. İlk Medeni Kanundaki bazı hükümler, İsviçre o zaman hiç değilse Hristiyan ahlakından ayrılmadığı için daha uygun kurallar taşıyordu. Bizde ciddi bir reaksiyonda görülmedi Medeni Kanununa karşı. Tek eşlilik ve çünkü ahlaka uygundur kural olarak. Ama tabii köylerdeki sosyal durum dolayısıyla büyük şehirler dışında alışkanlıklar devam etti. Evli gibi birlikte yaşamalar imam nikâhıyla devam etti ama gene de Medeni Kanuna ahlaki yönden tepki gösterilmedi. Ama artık bu İsviçre'de çok değişiklikler oldu. Onun için yeni kanunun birçok hükümleri maalesef genel ahlak kurallarına uymamaktadır. Dikkatli olalım, bunlarda İsviçre'ye uymak, hiçbir başka kanuna uymak zorunda değiliz, temel ahlak kurallarını korumalıyız.

Mesela bekleme süresine geçelim, bekleme süresine riayet etmeme halinde ikinci evliliğin karinesine üstünlük tanınması mutlak olarak doğru değildir. Hiç değilse ikinci evlilikteki koca ölmüşse Türk Medeni Kanununun 291 inci maddesine göre baba soy baba olduğunu iddia eden kişiye soy bağının reddi davasını açma hakkı tanınmıştır. Ama burada da ahlaki kural korunacak yerde tam aksine zarar görmektedir yani önceki eş dese hiç mahsuru yoktu, önceki eş iddet müddetini bekleme süresine riayet edilmemişse soy bağının reddi davası açabilir kocaya karşı. Şimdi böyle değil İsviçre bunu kabul etti bizde bunu kabul ettik dedik. İkinci evliliğin karinesine üstünlük tanınır dedik. Şu halde kadın, evlilik iddet müddetine bekleme süresine riayet etmeden evlenirse evliliğin butlanına gidilemeyecek ama eski eşine soy bağının reddi

davası da açma hakkı tanınmaması da doğru değildir. Göz göre göre kendi çocuğunun başka birisi tarafından benimsenmesine zahmetsiz evlat sahibi olduk neye reddedeyim diye. Bu çocuğu kendi çocuğu gibi benimsemesi halinde eski babayı, eski kocayı önceki kocaya bir şey yapma hakkı tanınmamalıdır, tanınmamaktadır. Mecliste imam nikâhları düşünülerek zannediyorum. Bu sefer de büsbütün yanlış bir kural getirilmiştir. Yani koca ölmüş sevdadan uçacak durumda değilse filan baba olduğunu iddia eden kişiye dava hakkı tanınmıştır. 291 inci maddeye zina mina olsun fark etmiyor, şantaja yol açabilir, ünlü ailelerde zengin ailelerde ben baba olduğumu iddia etme tehdidiyle bir babalık davası açacağımı söyleyeyim menfaat temin edeyim veya bu değil. Zina eden kişi evliyken kadınla ben şey yapayım baba olduğunu iddia eden kişi olarak dava açayım. Bu da çok yanlış ve tasarıda olmadığı halde mecliste tasarıya giren imam nikâhları düşünerek yani umumiyetle evlenirken bazı kişiler ahlaklı dindar olurlar. Medeni nikâh yapacak yerde biz müslümanız dini nikâh da getirelim. Ben sana gül gibi bakacağım sonra birdenbire hamile olduğunu da fark etmeksizin, boş ol ben sana ben bir şey ödemek zorunda değilim. Belki mehir olarak kararlaştırdığımız birkaç kuruş da şey olmaz onu bile isteyemezsin çünkü artık Medeni Kanundayız, kaçıncı yüzyıldayız filan diye kadına hiçbir şey vermeksizin dışarıya attıktan sonra kadın da ister istemez iddet müddeti geçmeden resmi bir nikâh yaparsa kocaya hiç olmazsa bu şekilde bir imkânı fiili bir şey hiç değilse bu bakımdan bir imkân tanınmalı. Soy bağının reddi davasını bu şekilde açmalı bu da ahlaksızlığa yol açan bir maddedir. Kadının korunmasına da aykırıdır. Şu hâlde bu madde değiştirilmeli yalnız şöyle denmeli bekleme süresine kadının riayet etmemesi halinde önceki eş adına onun tarafından soy bağının reddi davası açabilir, açılabileceği gibi evli olmayan kadınla fiili eş olarak fiili birliktelik olarak iddet müddeti dolmadan kadın eğer başka birisiyle evlenmişse en fazla şu denebilir, bunu ispat şartıyla eş gibi birlikte yaşadığını ispat şartıyla bu erkek ikinci evlilikteki kocaya karşı soy bağının reddi davası açabilir. Bugünkü şekliyle çok mahsurlu, sakıncalı bir maddedir. İsviçre'de olmadığı halde biz ne yaptık bunu mecliste bir kural olarak getirdik. Böylelikle zina iddiasında bulunan kişiye bile sadece baba olduğunu iddia eden kişiye ve şey tanıdık, kocanın dava açamaması halinde soy bağının reddi davası açma hakkı. Sonra bu maddenin mutlaka gözden geçirilmesi, bu şekilde düzeltilmesi lazım.

Önceki Medeni Kanunun 169/son kuramın kaldırılması gibi kadın lehine pozitif ayrımcılık kurallarının anayasa gereğince değiştirilmemesi gerekirdi. Ama sonradan anayasa bu şekilde değişti. Bugünkü Medeni Kanuna 169/son alınmadı. Hâlbuki bu da kadını koruyucu bir maddeydi. O kefil olma hatta Yargıtay İçtihadına göre koca lehine kefil olma malını rehin verme hallerinde bu Yargıtay İçtihadına dayanıyordu. Tasarruf muamelesi içinde şeye önceden mahkemeden izin almak gerekiyordu. Yoksa geçerli olmazdı kefalet veya rehin üçüncü kişiye kocası lehine eşinin kefili olmak veya şey bir malını kocası lehine yani kocası borçlu olduğu halde kendi bir malını bir gayrimenkulünü rehnetmek geçerli olmuyordu. İzin alınmadığı için ama şimdi buna izin verildi. Ben bir İsmet Sungurbey dışında bir de rahmetli Necla Sungurbey, Necla Giritlioğlu dışında böyle bir görüş müdafaa edilmedi. Biz kanunun korunmasına muhtaç değiliz gibi sözler söylendi ve bu maddede kanundan çıkartıldı. Hâlbuki pozitif ayrımcılık maddesiydi kalması gerekirdi. Yoksa kadın yetersiz görüldüğü için değil hukuki muameleye kocasının

baskısıyla razı olmadığı takdirde zarar görmemesi şiddete maruz kalmaması için razı olacaktı. Ama hâkimin izni gerekirse hâkim de bunu anlarsa izin vermemesi doğru olurken bu kaldırıldı.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN:

Sayın Hocam ek 10 dakikanızı kullandınız. Hocam ben demedim mi zor iştir bu iş diye nasıl keseyim Hocamın sözünü, evet.

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ:

Şimdi biraz hızlı gitmeye çalışayım.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN:

Peki Hocam.

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ:

Zina suç sayılmamalı tabii Türk Ceza Kanununda. Ancak zina sebebiyle boşanma davalarında boşanma kararının kesinleşmesi ile 5 yıl kamu haklarından yoksunluk sonucu getirmek gibi bir yan sonuç söz konusu olmalı. Zina dolayısıyla boşanmaya karar verilirse bu karar 5 yıl müddetli hiç değilse kamu haklarından yoksunluk sonucu doğurursa hiç olmazsa bir caydırıcılık sağlar. Yoksa hapis cezasının falan hiç yararı yoktur. Daha fazla ahlaktan uzaklaşmasına yol açabilir bir faydası olmaz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Hocam görev insanı halinde getirdiniz bu durumda. Görev insanı kamu haklarını kullanamıyor. Hapiste bari hiç olmazsa insan olmaya devam ediyor, ne olursa olsun. Değil mi?

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ:

Ama hapis halinde de eskiden şeydi. Vesayet altında sayılırdı. Belirli uzunluktaki hapse mahkûmiyet hallerinde kamu haklarından yoksunlukta insan temel haklardan yoksunluk manasına değildir. Kamu görevi göremeyecek, mesela şahitlik yapamayacak vesaire oy kullanamayacak. Şimdi sonra zinadan bahsettik. Evlat edinme hükümleri de çok değiştirilmesi gereken kural vardır bu ikinci Medeni Kanunda. Gözden geçirilmelidir, birinci zümrede eski kanunda da böyleydi ama bu kural da doğrusu terakkilerimize bizim ahlaki görüşümüze uymamaktadır. Birinci zümrede mirasçı yoksa mesela tek başına evlat edinen varsa gene birinci zümre mirasçısı olarak ana ve babanın miras hakkı ilk Medeni Kanunda da gene Medeni Kanunda da ortadan kalkmaktadır. Bu doğru değildir. Hiç değilse

bakıma muhtaç ana ve babaya evlatlık bu defa nafaka vermek zorunda olursa belki bir dereceye kadar bu halledilir. Ama nafaka ödemeye benim mecburiyetim yok. Benim ilişkim sadece beni evlat edinen kişi ile gitti diyor. Böylelikle evlat edinme ile nafaka ödeme yükümü alt soya nafaka yükümü olan ana ve baba mirastan mahrum kalıyor. Hiç değilse ana ve babanın bakımı şartıyla yani nafaka yükümlülüğü ihtiyaçları varsa evlat edinene evlatlığa yüklenerek bu mahsurun bu şekilde giderilmesi gerekirdi. Hatta kardeşler için de böyle olabilmektedir. Evlenme halinde mesela kardeşin artık mahsus hissesi yoktur. Başka birisiyle evlenirse bütün mirası vasiyetname ile filan şey yapmışsa eşine bırakmışsa. Saklı pay olmadığı için bütün mirası eşine bırakmışsa yapacak bir şey yoktur gibi bu kural da doğru değildir. İşte bu hiç değilse bu gibi hallerde birdenbire yoksulluğa düşecek eş ve kardeşlerin koruyucu bir kural getirilmelidir. Bu da burada gözden geçirilmesi gereken bir evlat edinme sonucudur. Birde şey olmaktadır mesela bir erkek kendi çocuğu olamadığı için diyelim ki küçük bir yeğenini doğumdan itibaren nüfus kütüğüne geçirmektedir. Yani evlat edinme yoluna filan başvurmayıp sadece doğrudan doğruya kendisi babaymış gibi nüfus kütüğüne geçirmektedir ve eşi ve tabii o evlilikte anne olduğu için anne hükmünde görünmektedir nüfus kütüğünde. Ölüme kadar nüfus kütüğünün düzeltilmesi davası açılmadıktan sonra birdenbire kendisini bu evliliğin çocuğu olarak görmüş kişi ortada kalmakta miras hakkından filan da yararlanamamaktadır. Onun için bu gibi durumlarda nüfus kütüğünün düzeltilmesi davasını eş açabilse dahi bunu önleyemeyiz ama bunu evlat edinme hükmünde sayılmalıdır. Yani hiç değilse evlat edinme edinilmiş sayılarak 5 yıl bakıp gözetme yani nasıl evlat edinilmiş, edinilmeye yol açıyorsa bu gibi durumlarda da evlat edinme muamelesi yapılmamış, mahkemeye başvurulmamış olsa bile küçüklükten beri bakıp gözetilen kişi böyle birdenbire ortada bırakılmamalı. Nüfus kaydı düzeltilse bile evlat edinilmiş sayılmalıdır. Yani koca tarafından evlat edinilmiş sayılmalıdır.

Eşcinsel birlikteliklere evlilik birliği sonuçlarının bağlanması hiçbir şekilde kabul edilmemelidir. Kabul edilmiş değildir ama bundan sonra da kabul edilmemelidir. Yani o partner şaft filan ve saadeti asla bizde kabul edilmemelidir. Başka söyleyeceğim şeyler de var ama bunları örnek olarak söyledikten sonra gerek bu aile hukuku değişiklikleri hakkındaki görüşlerimi gerek Türk Medeni Kanununun diğer yerlerinde daha az da olsa yapılması gereken değişiklikleri yazılı olarak Adalet Bakanlığına sunacağımı bildiriyorum. Bir örnek daha vererek sözlerime son vereyim. Mesela Miras Hukukunu da ilgilendiren bir konması gereken göz önünde tutulması gereken bir madde. Bir erkek evlilik dışı bir çocuğunu küçükten beri benimsiyor şey yapıyor. Bütün masraflarını karşılıyor, ama ailesi içinde de miras ihtilafı doğmasın diye şöyle yapıyor, reşit olduktan sonra bu çocuk onunla bir nevi feragat sözleşmesi yapıyor. Miras hakkına mukabil sana ergin bir kişi olarak kabul ettiğin şu miktarı bırakıyorum mirastan feragat et diye. O da feragat ediyor fakat erkek eş öldükten sonra ergin olması tarihinden itibaren 1 yıllık süre de geçmiş olduktan sonra zina mahsulü çocuk babası görünen kişiye mezhebin reddi davası açtırıyor ölümden sonra ben de yeni öğrendim bunun benim çocuğum olmadığımı diye ve nesebini reddettiriyor bu çocuk da ha ben şimdi öğrendim demek ki babam eski evlilik yani annemin eşi değilmiş, başka birisiymiş diye yeni öğrendim diye bu sefer nesebinin babaya bağlanmasını biyolojik babaya bağlanmasını istiyor. Nüfus kaydının da bu

şekilde düzeltilmesini istiyor. Hem feragat bedeli olduğu halde hem de bir de mirasçı olmak istiyor sonra. Bu gibi oyunlarda önlenebilmesi için kanunda gereken teklif edeceğim değişiklikler yapılmalıdır. Yoksa bu nesep bahsinde çok yanlış, insanın kabul edemeyeceği kararlar, hükümler verilebilmektedir. Şimdi sözlerime son veriyorum. Çok teşekkür ederim sabırla dinlediğiniz için.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN:

Evet, Hocamıza ben de teşekkür ediyorum güzel üslubuyla hemen hiç vakit kaybetmeden Mehmet Ünal Bey hocama söz vereceğim. Sabırlarınız için şimdiden teşekkür ediyorum hepinize. Buyurun.

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL:

Hepinizi selam ve sevgiyle selamlıyorum. Benim anlatmak istediğim husus şu; teknik konulara girmeyeceğim Yaşadığım bazı olayları anlatarak size belki gelecekte şimdiki duruma göre bir vizyon vermeye gayret edeceğim. Ben her ne kadar Ankara Hukuk Fakültesinde akademik kariyerimi tamamlamış, orda görev yapmış isem de İstanbul Hukuk Fakültesi mezunuyum. Sene 1963 yılında girdik. Bizim Medeni Hukuk kürsüsü Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na ait. O 1. sınıfta o çok sayıda öğrencinin dinlediği sınıfta Hıfzı Veldet aşağı yukarı bir buçuk iki ay falan dersimize geliyordu. O arada zilyetlik kelimesi geçti. Çocuklar bu zilyetlik kelimesi arapça kökenli bir kelime onun yerine bir şey bulalım dedi devam etti, dedi ki şu anda sırasını tam bilemiyorum "tutkan" diyelim dedi.

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ:

Onu İsmet Sungurbey söyledi. Elmen de demişti.

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL:

O da söyledi. Sonra Elmen dedi, sonra Tutkan dedi. Bunları arka arkaya bazı yıllar tekrar etti durdu. Son sınıfa gelince dedi ki çocuklar ya bir türlü oturmadı benim zihnime bunlar. Tutkan, elmen vesaire demek. Gelelim şimdi tekrar zilyetlik demeye devam edelim. İleride bunu değiştirebiliriz dedi, bu bir. İkincisi Sıddık Sami Hoca'dan seminer yaptım ben. Sıddık Sami Hoca'nın anlattıkları vardı. Aklımda kalanlardan bir tanesi şu, Atatürk Cumhuriyet'i kurduktan sonra bir hukuki nizam düzen getirmek istiyor ve bu arada istiklal harbinde Yunan ordusunu İzmir'e ege kıyılarını çıkaran bir efendim gemi sahibi olan adam var. Şu anda ismini hatırlayamadım onu dikkate alarak diyor ki, nasıl ki Yunanlıyı İzmir'e sahillerine çıkaran bir gemi sahili varsa onun gibi bizde de tüccarların oluşması gerekir diyor. Orada ortada henüz bir ticaret okulu falan yok daha sonra o okulu falan kuruyor. Bunun üzerine talimat veriyor diyor ki bulun böyle bir adamı, getirin, kredi verelim, büyük bir sermaye sahibi olsun, tüccar olsun, bir gün bir savaş

yapmak ihtiyacı doğarsa o da bize aynen Yunanistan'daki zengin gibi yardım etsin diyorlar. Bunun üzerine çevresindekiler gidiyor efendim işte ticari anlayışı faaliyeti iyi olan insanları araştırmaya başlıyorlar. Bir Erzurumlu efendim koyun tüccarın buluyorlar. Bu gayet iyi efendim ticaret yapıyor ticaretten anlıyor falan diyor onu bir miktar para veriyor kredi veriyor. Sonra 5-6 yıl geçiyor veya 10 yıl kadar geçiyor, soruşturuyor. Diyor ki bu hani para verdiğimiz kredi verdiğimiz tüccarın durumu nedir diyor araştırıyor. Tüccar Beyoğlu'ndaki kafelerde vesaire yerlerde işte meşhur yerlerde Türk parasıyla hanımların sigarasını yakarken buluyorlar. Yani böyle bir durumla yüz yüze geliyor. Ondan da vazgeçiyor tabii ticaret mekteplerini açıyor sonra krediler onu yüksek mektebe çeviriyor falan bunlar tabii benim aklımdan çıkmıyor anlatılan buna şahit olmuş olan hocalarımız anlattığı için gene bir başka hususu belirteyim arkadaşlarımızda anlattı.

İsviçre Medeni Hukuku aslında Avrupa dediğimiz kıta, kıtada yer alan iki ana ekolü birleştirmiş olan bir medeni hukuk. Bir tarafta Fransız ekolü efendim etkisini gösteriyor. Arkasından Alman Medeni Hukuk ekolü etkisini gösteriyor. Her ikisinden de etkilenerek efendim bizim Medeni Kanun tanzim ediliyor. Pratikte anlaşılması da kolay diğer ülkelerin İtalya'sı bildiğim kadarıyla İspanya'sı filan bu iki akımdan etkilenmiş. Alman ekolüne mensup olanlar hepimizin bildiği gibi Avusturya, İsviçre Medeni Kanun önemli bir bölümü ona ait daha başkaları da vardır mutlaka. Demek istiyorum ki Avrupa'ya hâkim olan medeni hukuk tarafı medeni hukuk Türkiye tarafından alınmış bulunuyor. Yani bir tanesine değil artık Avrupa'nın tamamında hâkim olan etkili olan medeni hukuk anlayışı Türk Medeni Kanununa İsviçre Medeni Kanunu dolayısıyla girmiş buluyor. Ben hasbelkader geçmiş zamanda Kırgızistan'a danışman olarak gönderildim Devlet tarafından. Üç kişiydik biz. Bunlardan birisi hukukçu, birisi idareci, bir tane de ekonomist vardı. O tarihteki 1993 yılı. O tarihteki Kırgızistan Cumhurbaşkanı Askar Akayev yaptığımız konuşmada şunu söyledi. Konuşması ilerlerken dedi ki ya bizim ülkemizde biz peyniri alıyoruz, devlet olarak mağazalara veriyoruz, bir iki gün sonra bunu pazarlarda satılırken görüyoruz dedi. Efendim işte bunun çaresi var mı dedi. Çaresi bizde dedik ki mülkiyet hakkı, eğer her nesneye, her eşyaya bir malik dikecek olursanız o korur ve çalınmaz. Ama bize bir söz var iyi değil ama devletin malı deniz yemeyen domuz derler. Bundan dolayı dedik tabii kendisine gerekli bilgiler verdik ama ömrü uzun olmadı ayrıldı gitti o ayrı bir mesele. Buradan şuraya gelmek istiyorum. Mülkiyet hakkının ne kadar kıymetli hem kişiye yaşamasını sağlayan hem kişiye kişilik katan kutsal bir hak. Kutsallık aslında Musevi Hukukunda İsevi yani Hristiyanlıkta yok. Ama İslam hukukunda mülkiyet hakkı kutsaldır. Ve bununla ilgili Peygamber Efendimiz üç ayrı yerde üç hakkın ne kadar kutsal olduğunu ifade etmiş bulunuyor. Birisi can, ikincisi namus, üçüncüsü mülkiyet hakkı. Ama batı ülkelerinde yetişen mülkiyet hakkı Hristiyanlık dolayısıyla değil. İsa'ya soruyorlar zamanında diyorlar ki genç bir zengin Hristiyan olmak istiyor. O da diyor ki bir zengini Hristiyan yapmak, bir iğnenin deliğinden deveyi geçirmekten daha zordur diyor. Onun için bütün malını mülkünü terk etsin ve gelsin diyor. Yani İslam Hukuku ve Türk hukuku bakımından hakikaten mülkiyet hakkı kutsal bir haktır. Dolayısıyla bunu da belirttikten sonra gelelim dil konusuna.

Dil konusunda da şöyle yaşadığım bir durum var. Evet, Yeling'e atıf yapılarak denilir ki işte eşya kitaplarında zilyetlikle mülkiyeti birbirinden

ayırt edebilen hukukçudur. İkisini birbirinden ayırt edemeyen hukukçu değildir diye. Yerli kaynaklara bakarak atıf yaptım ama sonunda orijinaline bir atıf yapayım dedim. Fransızca tercüme edilmiş 1860'lı yıllarda Yeling'in kitabını buldum, ya tercüme de en ufak bir zorluk çekmedim. E şimdi 1860'da yazılmış olan Türkçe bir eser latin harfleri ile bugünkü hale getirilse bile kaçımız anlayabiliriz. Yani dildeki erozyon iyi bir şey değil. Onun için Ahmet Haşim'in bir makalesini hatırlıyorum. Ahmet Haşim o makalesinde şöyle diyor, dil diyor bir ağacın yapraklarına benzer. Yapraklar doğar yeşerir ondan sonra olgunlaşır sararır ve dökülür diyor. Tabiata kendi mecrasına kendi şeyine bırakmak gerekir diyor zorlamıyor, zorlamamak gerekir diyor. Nitekim görüyorsun yıllar önce efendim şimdi thank you diyorlardı. Eskiden mersi derlerdi. Hani sokakta giderken mersi mersi der. Bir satın alma vesaire olduğu zaman bir iyilik yapılmışsa bir cemile yapılmışsa o cemileye maruz kalan kimse mersi derdi ama şimdi mersi unutuldu. Çünkü Ahmet Haşim'in dediği gibi o yaprak soldu, döküldü yerine bir yaprak geldi dolayısıyla çok zorlamadan bazı kelimeleri, bazı kavramları değiştirmekte yarar olduğunu inanıyorum mesela benim bildiğim kadarınca bir Eşya hukuku olarak mülkiyet hakkından doğan el atmanın önlenmesi davası ödenmiş orada öbür tarafta zilyetlikten doğan saldırıya da saldırının önlenmesi davası edilmiş ki bence çok uygun ama buna karşı daha önce de söylendiği gibi hata, hile, ikrah bilinen kelimeler. Yani bunu durup dururken niçin değiştirdiler onu bilemiyorum. Yani aldatmadan daha çok hata dediğimiz var veyahut da hile var. Hile sözcüğünü kullanıyoruz. Kısaca artık kökeni ne olursa olsun Türkçeleşmiş olan bir kelimeyi Arapça kökenli olsun Farsça kökenli olsun hatta dilimize Rusça kökenli diller kelimeler de var. Bunlar Türkçeleştiyse bunlarla uğraşmak, patinaj yapmak demektir. Bir ileriye gidemiyorsunuz demektir. Onun için fazla uğraşmadan, tabii ki gelecek nesillerde düşünerek ona uygun ifadeler yeniden kurmakta fayda var diyorum. Çok böyle yorgun bir zamanda son söz bana düştüğü için kusura bakmayın. Böyle sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim, sağ olun, var olun.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN:

Evet vaktin bu saatlerinde sabırla oturdunuz, dinlemenin zorluğunu da ben bilirim. Değerli dinleyiciler, değerli hukukçular peşinen bir teşekkür de bulunmak istiyorum. Soru sorabilirsiniz ama soru sormayanlara daha çok teşekkür ediyorum. Efendim hocam buyurunuz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Evet merak etmeyin artık kimseye saldırmayan onu bir defa gördüm ağzımın payını aldım. Yani aslında saldırının bu tarafı güzel cevap geliyor değil mi yani şimdi arkadaşlarım bu dille ilgili kendi yaptığım bir salaklığı anlatayım. Çoğu arkadaş bilir ama öğrencilerimin hepsine anlatmışımdır. Cevdet çok yakından bilir. Trampa sözleşmesine geldik Türk Borçlar Kanununda. Ben çok atağım ya böyle her şeye saldırıyorum. Trampa nereden geldi nedir bu filan dedik sonunda Öztürkçeci, Haluk Burcuoğlu değiş tokuş sözleşmesi yapalım hocam diye bir öneride bulundu. Turgut Hoca da iyi oldu filan dedi. Sonra birkaç cümle sonra hoca bana döndü Turgut Hoca; Haluk

bak aklıma ne geldi dedi. Taraflardan birine değişçi ötekine tokuşcu mu diyeceğiz dedi. Hocam ben hiçbir şey demedim. Siz de duymadınız dedim. Böylece bir dersimi aldım yani çok güzel şey aklımda hiç unutmayacağım bir şey bu. Şimdi bir temenni de bulunmak istiyorum. Amacım kesinlikle tabii çok önemli ama özellikle hanımefendiler yararlanmak değil bu hep benimsediğim bir görüş. Ben pozitif ayrımcılık düşüncesinin kalkmasından yanayım. Sebebi pozitif ayrımcılıktan bahsettiğiniz zaman kadınlar korunmaya muhtaçtır diyorsunuz aynı zamanda. Ben istiyorum ki bu düşünce ortadan kalksın pozitif ayrımcılığa gerek olmasın. Ha sen nerede yaşıyorsun diyebilirsiniz, doğru Ay'da yaşamıyoruz. Gazetelerin üçüncü sayfalarını açın, kadın cinayetlerinden geçilmiyor. Ama ne olursa olsun inşallah bir gün bunun geleceğine de yürekten inanıyorum ve bunu temenni ediyorum. Son olarak değerli hocalarıma da bir sorum var. Türk Medeni Kanununun 290 ıncı maddesindeki karineyi ne yapacağız? Babalık karineleri var, 300 günden önce sonra filan diye, yahu karine mi kaldı Allah aşkına. Yaşadığım bir davada 44 yıl önce kendini yakarak öldürmüş ve vatandaşın DNA testi ile aleyhimize açılan babalık davası kazanıldı ya. 44 yıl önce yakarak öldürmüş kendini birisinin bile DNA'sı bulunuyor. Ne karinesinden bahsediyoruz ha karinenin esprisi sadece şu efendim karine benim lehimeyse diğer taraf herhalde bilirkişi ücretini verecek başka bir anlamı yok bunun. Yoksa bunun karine marine yani ne karinesi ya. Ya tekniğin buraya geldiği bu düzeyi geldikten sonra hangi karineden bahsediyorsunuz. 298 gün sonra doğmuş olsa ne olacak. 300-500 gün sonra doğmuş olsa ne olacak, ne yapacağız yani.

Katılımcı:

Hocam okyanusta kaybolan biri için ne yapacağız?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Allah rahmet eylesin diyeceğiz bu kadar yani hakikaten öyle şeyler söylüyorsunuz ki yani hakikaten bayılıyorum. Milyarda bir filan örnek göreceğiz. Deniz kazaları çok oluyor milyonlarca insan ölüyor değil mi? Ben herhalde başka bir yerde yaşıyorum, benim yaşadığım dünya böyle değil. Allah aşkına ya deniz kazasında ölen de ölsün ne yapayım yani bu kadar şey değil. Yani hukuk affedersiniz bir genel kavramdır yani özel olarak şu olursan o ne olursa olur ya. Mesela hocam bahsetti hermafrodit. Buna ilişkin bir düzenleme mi yapmak lazım?

Katılımcı:

Yani ben de bir şey söyleyeyim burada kadınlar lehine. Pozitif ayrımcılık eşitler arasında eşitsizlik giderinceye kadar gerekli olmalı.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Ben aksini söylemiyorum ama temennim o dedim.

Katılımcı:

Teşekkür ederim. Eşit olalım. Ondan sonra tabii ki kalksın. Ben erkek nafakasına muhtaç olan bir kadın da istemiyorum. Buda ayrı.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Onu çok iyi biliyoruz.

Katılımcı:

Ama biz eşit değiliz bu ülkede. Biz Türkiye Cumhuriyetindeyiz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Onun kalkması için temennim o dedim, dikkat edin. Bunu söylüyorum ya bunu istiyorum yani.

Katılımcı:

Pozitif ayrımcılık çok önemli bir şeydir, gereklidir. İhtiyaç bitene kadar olmalıdır. Eşitsizlik giderilene kadar.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Kalkmasını temenni ediyorum dedim, yanlış anlamayın. Mesela tıpkı devleti koruyalım demek de bana çok ayıp geliyor ya. Devletin aciz olma hakkı yoktur, devleti koruyalım demek ayıptır yani samimi söylüyorum. Devlet savaş var tamam bu savaş ortamı hukuku var ayrı mesele ceza hukuku var o ayrı bir şey. Devlet niye korunsun. Devletin korunması gerekir dediğimiz zaman devletin aciz bir durumu vardır demek bu ben bu lafı da hiçbir zaman anlamadım. Ve yakıştıramıyorum da teşekkür ederim arkadaşlar.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN:

Anladığım kadarıyla soru soran yok. Hepinize çok teşekkür ediyorum, sayın hocalarıma çok teşekkür ediyorum.

Sunucu:

Sunumlarından olayı değerli Oturum Başkanımıza ve Kıymetli Hocalarımıza ayrı ayrı teşekkür ediyoruz.

Kıymetli katılımcılar Çalıştay programımızın ilk günü burada sona ermiştir. Yarın çalışma gruplarının faaliyetleri sabah saat 09.30'da başlayacaktır. İyi akşamlar diliyoruz efendim.

2. GÜN

I. GRUP GÖRÜŞMELERİ

I. GRUP TARTIŞMA KONULARI

Medeni Kanundaki Temel Düzenlemeler ile Kişiler ve Vesayet Hukuku

- Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Yaklaşımlar ve Vesayete Alternatif Tedbirler
- Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasında Mevzuattan ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar
- Derneklerin Kurulmasına İlişkin Mevzuatın Örgütlenme Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi
- Tüzel Kişilerin Adil Yargılanma ve Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında Yaşadıkları Sorunlar ve Çözüm Önerileri
- Unutulma Hakkı ve Kişilik Hakkının Korunmasında Güncel Sorunlar
- Mevzuat ve Uygulamadan Kaynaklanan Diğer Sorunlar ve Çözüm Önerileri

I. GRUP ÇALIŞMASI

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ (Oturum Başkanı):

Herkese günaydın. Hoş geldiniz. Türkiye Yüzyılında Türk Medeni Kanunu Çalıştayı'nın ikinci günündeyiz. Biz birinci grup olarak "Medeni Kanundaki Temel Düzenlemeler ile Kişiler ve Vesayet Hukuku" üst başlığı içinde, hepimizin elinde olan notlara göre, yetişkinlerin korunmasına ilişkin yeni yaklaşımlar ve vesayete alternatif tedbirler konusu üzerinde duracağız. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan sorun üzerinde duracağız. Derneklerin kurulmasına ilişkin mevzuatın örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi konusu üzerinde duracağız. Tüzel kişilerin adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında yaşadıkları sorunlar ve çözüm önerileri üzerinde duracağız. Unutulma hakkı ve kişilik hakkının korunmasında güncel sorunlar ile mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan diğer sorunlar ve çözüm önerileri üzerinde durma çabası içinde olacağız. Bu sıralamayı önce oylamanıza sunmak istiyorum. İstersek böyle bir sıralama içinde çalışmamızı sürdürebiliriz. İstersek önce işte kişiler hukuku konularını öne alıp sonra baştaki ilk iki konuya geçebiliriz. Ne dersiniz Adalet Bakanlığı açısında böyle bir oylama yapmanın sakıncası var mı Ali Bey?

Hocamızın, üstadımızın önerisi kişiler hukuku üzerine şöyle bir geçelim. Çünkü gelen şeylerde kişiler hukukuna talip fazla olmadı. Belki kısa sürebilir, o zaman yetişkinlerin korunması ve o kapsamdaki konular üzerinde daha uzun uzun durma imkânımız olur. Çünkü o konuda size kitabı da ilettik. Bizim bir özel çalışmamız da var. Ne kadar vakit kalacağını ancak böyle bir sistem içinde tespit edebiliriz diye Hocamızla kararlaştırdık. Şimdi kişiler hukuku ile ilgili konularla başlayalım.

Hocam sizi açılış konuşması için alalım.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Teşekkür ederim. Ben tekrar rahatsızlığım için özür dilerim. Her an kesilebilir ama şimdi kendimi iyi hissediyorum. Kişiler hukuku bakımından şöyle yabancı hukuklarla Türk hukukunu mukayese ettiğimiz vakit Türk hukukunun pozisyonunun hiç de fena olmadığını saptayabiliyoruz. Bu sadece dünya bakımından, yani çeşitli hukuk çevreleri bakımından değil ayrıca Kara Avrupası hukuk çevresi için de -Alman hukuk grubu, Fransız hukuk grubu, Nordik hukuk grupları hatta bir ölçüde şimdi önemli derecede yakınlaşmalar var ama eski sosyalist hukuklar veya marksist hukuklar grubu bakımından da böyle- geçerli. Bunlarla mukayese edildiği vakit Türkiye'de başlangıç ve kişiler hukuku diye Türk Medeni Kanunumuzda yer alan çözümlerin hiç de fena çözümler olmadığı ve güncel olduğu ortaya çıkmış bulunuyor. Bunu şöyle söyleyebilirim, şuna kanıt getirebilirim. Ben Avrupa Konseyi'nde aşağı yukarı 20 yıl, belki daha fazla "Comité Directeur pour la Bioéthique" de, Bioetik Yürütme Kurulu'nda -sonra bu çeşitli adlar aldı, insan hakları ile birleştirildi filan ama bugünkü adı "Comité Directeur pour la Bioéthique" yani

Bioetik Yürütme Kurulunda görev aldım. Orada bu kişiler hukukunun özellikle insan hakları ve insan onurunun korunması bakımından değerlendirilmesi ile ilgili yoğun çalışmalar yapıldı ve o çalışmalarda da hep Türk hukukunun birçok sorunu çözümlenmiş olduğu ortaya çıktı. Hatta bana zaman zaman da soruyorlardı. Bizde hala tartışma konusu olan insan sağlığı ile insan onuruyla, insan hakları ile ilgili birçok sorunu siz nasıl çözümlüyorsunuz, parlamentoya geldiğinde gürültü patırtı oluyor bizde diyorlardı. Hâlbuki bizde sağlık hukukunun insan ve kişilik hukukunun insan hakları ile ilgili sorunlarının bir bölümü sağlık mevzuatında işte bir temel kanun var, sonra bir tane yine hasta hakları ile ilgili düzenlemeler filan var. Kısacası parlamentoya çok fazla gitmeden birçok konu tüzüklerle, yönetmeliklerle filan düzenleniyor. Onun için genel olarak kişiler hukukunun öngördüğü çözümler ve kişiler hukuku bağlamında sağlık hukukuna ilişkin çeşitli konular bakımından Türk Medeni Kanununun durumu güncel. Bunu belirtelim. Ama tabii yeni gelişmelere uygun olarak birtakım eklemeler, değişiklikler yapılması ve bir takım yerleşmiş sorunların gözden geçirilmesi söz konusu.

Ben dünkü konuşmada kısaca bahsettim. Bazı ülkeler genetikle veya sağlık hukuku ile ilgili birtakım hükümleri medeni kanunlarına ithal etmiş bulunuyorlar. En başta Fransa geliyor. Fransız Medeni Kanununun 16 ncı maddesinin işte 16 “a” dan başlayıp “g”lere “m”lere kadar gidiyor. Bunun nedeni Fransa'nın çok da önemli bir sözleşme var. Bu sözleşme Türkiye'de maalesef hem hukukçuların gözünden kaçıyor hem de tıpçıların büyük bölümünün dünyadan haberi yok. Hâlbuki bu sözleşme, Oviedo Sözleşmesi. Sözleşmenin uzun adı “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanmasında İnsan Haklarının ve İnsan Onurunun Korunması Hakkında Sözleşme”. Kısa adı “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması ve İnsan Hakları Sözleşmesi”. En kısa adı İspanya'da Oviedo’da imzalandığı için bu sözleşeme “Oviedo Sözleşmesi”. Şimdi herkes gözü kapalı Oviedo Sözleşmesi deyince ne olduğunu anlıyor. Türkiye Cumhuriyeti 1997 yılında kabul edilen bu sözleşmeyi imzaladı. Bir tek istisna koydu. O istisna da “küçüklerden organ ve doku alınamaz.” istisnasıydı. Hâlbuki o konu da Avrupa konseyinde aşılmış durumda. Çok acil durumlarda özellikle kardeşler arasında, yakın hısımlar arasında küçüklerden de özellikle önemli koruyucu tedbirler alınmak kaydı ile organ ve doku alınmasına sözleşme ışık yakıyor ama Türkiye buraya rezerv koydu. Çünkü bizim organ ve doku alınması ve aktarılması yasamıza uygun düşmüyor. Şimdi bu sözleşme Türkiye'de bildiğiniz gibi kanun hükmünde. İç hukukun da üstünde geliyor. Mesela ben çeşitli Tıp kongrelerinde hukuk ve tıp kongrelerine katılıyorum. Orada görüyorum hasta hakları tüzüğünde, yönetmeliğinde madde aranıyor. Ya ne madde arıyorsun? Hasta Hakları Yönetmeliğinin en üstünde bu var. Burada da hüküm var. Bu da Türk hukukunun artık bir parçası organik bir parçası. Tam tersine Hasta Hakları Yönetmeliğini bir tarafa bırakıp bunu uygulayacaksın. Ama işte yeterince tanınmadığı için mi? Bu konuda hukukçuların bir bölümü de mesela velayet hakkını küçüklerin hukuki durumunu filan anlatırken hiç Oviedo Sözleşmesinden -bir de Birleşmiş Milletler ’de küçükler hakkında çocuklar hakkında bir anlaşma var. Türkiye ona da taraf. O da iç hukukun bir parçası.- Sanki bunlar yokmuş gibi tüzüklerde, yönetmeliklerde veya eski kanunların kıyısında köşesinde bir hüküm aranıyor. Şimdi kişilik hukukuna değerlendirirken her durumda bizim bu sözleşmeleri iç hukukumuzun artık organik bir parçası olan bu

sözleşmelerdeki çözümleri göz önünde bulundurmamız gerekiyor ve kişiler hukuku revize edilirken gerekirse buradan bazı maddelerin aktarılması da söz konusu olabilir ama bunların çok büyük ölçüde aktarılmasına gerek yok. Fransa bunları çok büyük ölçüde aktardı. Çünkü Fransa bu sözleşmenin yapılmasına önemli katkılarda bulunduğu halde sözleşmeyi imzalamadı ve onaylamadı.

Aynı şekilde Almanya tarihsel nedenlerle, Naziler döneminden kalan tarihsel nedenlerle sözleşmenin oluşmasına önemli katkılarda bulundu ama o da imzalamadı ve onaylamadı. Birleşik Krallık çok önemli katkılarda bulundu fakat onlar hep ileriye açık çalışmalar yapılsın buradaki kısıtlamalar girmesin diye -ki o ileriki çalışmaların bir tanesi mesela taşıyıcı annelikle ilgili, onların kafalarında yararlanılan o ileri çalışmalardan bir tanesi üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin değişik modaliteleri- bunlara engel olunmasın diye onlar da bunu imzaladı. Onun için şimdi bizim Medeni Kanunumuzda kişiler hukuku bölümü gözden geçirilirken böyle biyolojik nitelikteki hükümlerin buraya aktarılmasına gerek yok. Çünkü bunlar burada duruyor. Türkiye sadece Oviedo Sözleşmesini kabul etmekle kalmadı. Oviedo Sözleşmesinin ekleri var. "Additional Protocol" denen ekleri var. Bu ekler kabul edildiği zaman da aynen "convention" hükmünde oluyor. Yani sözleşmenin bir parçası haline geliyor. Şu gördüğünüz kitapçık 4 tane Oviedo Sözleşmesi ile onun 4 ek protokolünü içeriyor. Bu ek protokollerden 2 tanesi de Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanıp onaylandı. Biri "Biyomedikal Araştırmalarla İlgili İlkeler ve Çözümler" ikincisi de "Genetik Sağlık Amaçlı Genetik Testler ve Onun Kullanılması ile İlgili Çözümler". Bunlar da Türk iç hukukunun birer parçası haline geldi. Ama Türkiye "Organ ve Doku Nakli ile İlgili Ek Protokol"ü imzalamadı. Dediğim gibi bizim 'Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması Ve Nakli Hakkında Kanun'a uygun olmadığı için. Bir de insanlarda klonlamanın yasaklanması ile ilgili ek protokol gözden kaçırıldı herhalde. Türkiye onu da imzalamadı. Klonlamaya bu sözleşme ışık yakıyor ama insanlarda klonlamanın yapılması yasaklanıyor. Şimdi kişilik haklarına ve özellikle kişilik hakları içerisinde gerçek kişilerin hukuki durumuna baktığımız vakit Türk Medeni Kanunundaki çeşitli hükümler kişiliğin ne olduğunu tanımlıyor. İşte "sağ doğum ve tam doğumla kişilik hakkı kazanılır." deniyor. Hak ehliyeti bakımından birçok hukuktan çok daha ileride olarak "ana rahmine düşme anından itibaren hak ehliyetinden yararlanılır." deniyor. Bu birçok hukukta yok. Ben tabii Konseye üye ülkeleri kastediyorum. Kısacası kişilik hakkının içeriği konusunda önemli çözümleri, mesela adla ilgili bir konuda ad ve adın korunması ile ilgili birtakım çözümleri de Türk Medeni Kanunu getiriyor.

Ama şimdi ben burada hemen bu vesileyle unutulma hakkı üzerinde durarak sözlerime son vereceğim. Bu kişilik hakkı denildiği zaman kişilik hakkının içeriği ve kapsamının belirlenmesi mahkemeler uygulamasına öğretiye filan bırakılmış durumda. Bu konuda da hem öğreti hem de mahkemeler uygulaması Türkiye'de bayağı yol almış durumda. Yani birçok sorun incelenmiş, irdelenmiş ve amaca uygun çözümler getirilmiş durumda. Onun için mesela bedensel bütünlük üzerindeki hakkı, bireyin ruhsal bütünlüğü üzerindeki hakkı, o "privacy" denilen mahremiyet kavramı üzerindeki hakkı hep kişilik hakkının çeşitli görünümleri olarak Türk hukukunda öğreti ve mahkemeler uygulaması tarafından geliştirilmiş. Şimdi unutulma hakkı moda olan terimlerden biri. Unutulma hakkı, unutulmayı

isteme hakkı. O da aslında belirli ölçüde Türk mahkeme kararları tarafından da doktrin tarafından da geliştirilmiş ve içeriği ile kapsamı belirlenmiş bulunuyor. Bu "Right to be forgotten" unutulma hakkı ve unutulmayı isteme hakkı Amerikan Hukukunun, Kara Avrupası hukukuna ihraç ettiği kavramlardan biri. Avrupalılar zaman zaman sinirleniyor "Amerikan kavramları geliyor. Yerleşmiş kavramlarımızı ortadan kaldırıyor." filan diyor ama buna engel olmak mümkün değil. Bir defa ekonomik anlamda hiç mümkün değil. Ticaret hukuku alanında Amerikalıların "Uniform Commercial Code"unun birçok çözümü Avrupa'ya geldi. Rekabet hukuku ve kartel hukuku konusunda da Amerikan "Antitrust Legislation"ın birçok çözümü Avrupa'ya geldi. Avrupa'ya gelince AB dolayısıyla bize de geldi. İlk kartel hukuku ile ilgili Rekabet Kurumunun çıkardığı çeşitli çözümlerin bir bölümü AB direktiflerinden, yönergelerinden veya tüzüklerinden aktarma. Hâlbuki onların köküne gittiğiniz zaman Amerikan. Amerika'dan oraya oradan da buraya. Şimdi unutulma hakkı "Right to be forgotten" ilk kez Amerikan mahkeme kararlarında ortaya çıkmış ama kısa sürede de Avrupa ülkelerine gelmiş. Önceden şöyle bir çalışma yaptığınız zaman görüyorsunuz önceden Avrupa Birliği Avrupa Adalet Divanının birtakım kararları var. O kararlarda "Right to be forgotten" unutulmayı isteme hakkı korunuyor. Unutulmayı isteme hakkı denen şey şu: "Bir kimseye ait özel bilgilerin internetten veya diğer arama motorlarından silinmesini isteme hakkı." Benimle ilgili her şeyi açtığınız zaman orada görüyorsunuz. Doğum tarihi, anam, babam, geçirdiğim hastalıklar şu bu kişiliğimle ilgili. Hele sağlıkla ilgili verilere gelince orada ne olduğunuzun hepsi yazıyor. Neler geçirmişsiniz, hangi ameliyatlardan geçmişsiniz, hangi ilaçlar verilmiş, ne olmuş, hangi doktorlar görmüş? Şimdi unutulmayı isteme hakkının orijini şu, özellikle dijital bakımdan ki internetten ve arama motorlarından "kendi yaşamımın başkaları tarafından öğrenilmesini bilinmesini istemiyorum." Bunun için Türk Medeni Kanununa hüküm koymaya gerek var mı? Yok. Birçok ülkede de yok. Çünkü dediğim gibi öğreti ve mahkemeler uygulaması bu kavramı belirlemiş, tanımlamış ve çeşitli kavramlarla ilişkilerini de tespit etmiş. Onun için mesela en başta dediğim gibi Avrupa Birliği Adalet Divanı bu konuda bir çözüm getirmiş. Sonra asıl önemli olan Avrupa Birliği'nin "General Data Protection Regulation" diye bir şeyi var. "Genel Veri Koruma Tüzüğü". Bu Genel Veri Koruma Tüzüğü de Türkiye'de bildiğiniz gibi 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu ile büyük ölçüde Türk hukukuna da aktarılmış. Bu çerçevede artık Genel Kişisel Verileri Koruma Tüzüğü çerçevesinde çözüm var. Türk Medeni Kanununa bunu ithal etmenin hiçbir yararı yok. Bir de müstakbel gelişmeler için Türk Medeni Kanununun değiştirilmesi kolay değil. Hâlbuki ikincil mevzuattaki değişiklikler daha kolay. Şu anda durum bu tüzükle Avrupa Birliği'nde idare ediliyor. Yani Avrupa Adalet Divanı'nın kararlarının yerini şimdi "Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü" almış bulunuyor. Unutulmayı isteme hakkı da o tüzükte incelediğiniz zaman 17 nci madde sanıyorum, bulunuyor. Türkiye'ye gelince çok ilginç. Çok eskice sayılan tarihlerde yani 2000'li yılların ortalarında 2015'te on-on beş sene önce Anayasa Mahkemesi kararı var 2013 tarihli. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kişisel verilerin silinmesi ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkına ilişkin gayet mükemmel bir kararı var. Ondan sonra 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile çözümler getirildi. Bir de yeni olarak 2020 yılında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun kararları var. O kararlarda da uygulamaya

ve öğretiye yol gösterici açıklamalar var. Onun için ben unutulmayı isteme hakkının veya unutulma hakkının Türk Medeni Kanununda kişiler hukukunda düzenlenmesinin amaca uygun olmadığı kanısındayım. Bu konu öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır ve olumlu bir yönde ilerlemektedir. Benim söyleyeceklerim bundan ibarettir. Dinlemek lütfunda bulunduğunuz için çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Hocamıza değerli açıklamalar için teşekkür ediyoruz not ve raporumuz bakımından hocamızın notlarından yararlanabiliriz. Not alma işini kim yapıyordu? Ali Bey ihtiyacınız var mı?

Ali DENİZHAN:
(Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesi Üyesi)

Ses kaydımız alınıyor şu anda. Not aldık. Biz sadece sonuç bildirgesinde kısaca notlar alıyoruz.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Salim Küçük Beyefendi kişiler hukuku üzerinde duruyoruz. Söylemek istediğiniz bir şeyler var mıdır?

Salim KÜÇÜK:
(Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi)

Günaydın Başkanım. Öncelikle teşekkür ediyorum. Hazirunu saygıyla selamlıyorum Sayın Başkan nezdinde. Ben Yargıtay 4. Hukuk Dairesi üyesiyim. Bundan da öte Anayasa Mahkemesi eski raportörüyüm. Şimdi 4. Hukuk Dairesinde bulunma veya Anayasa Mahkemesinden Yargıtay'a geldiğimde 4. Hukuk Dairesinde görevlendirilme nedenim de zaten bu mevzu ile ilgiliydi. Kişiler hukuku ile ilgili şeref ve itibarın korunması hakkıyla, basın ve ifade özgürlüğü arasındaki dengenin korunması ile ilgili bizde malum başvurular olurdu. Tazminatta haksız fiilden kaynaklanan tazminat davaları bağlamında. Dolayısıyla bu konuyla ilgili birkaç hususu ben de kayıtlara geçirmek istiyorum.

Şimdi malum son günlerde Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasında ciddi bir tartışma var. Ben iki tarafta, yedi yıl Anayasa Mahkemesinde çalışmış, altı yıl da Yargıtay 4. Hukuk Dairesi üyesi olan ve kişilik hakları ile ilgili şeref ve itibarın korunması ile basın ve ifade özgürlüğü arasındaki o çatışmayı, hocalarımın deyimi ile hakların telahuku kavgasının olduğu bir yargı kurumundan diğerine geldim. Burada benim ilk söylemek istediğim şu; Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları hiç olmaması gerektiği kadar tartışma altında şu anda. Yargıtay tarafından veya kamuoyu tarafından tartışılıyor. Uyulmalı mı uyumamalı mı? Şimdi tam da bu noktada şöyle bir sorunu tespit etmek istiyorum. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına uyulup uyulmaması

noktasında hala Türk yargısı üzerinde Anayasa Mahkemesi dışındaki yargı kurumları üzerinde ciddi bir tereddüt var.

Şimdi iki mahkemede çalıştıktan sonra şöyle bir gözlemim oldu, Anayasa Mahkemesinin kararlarına uyulması noktasında bir tereddüt var, bir sıkıntı var. Yani Anayasa Mahkemesinin kararlarına doğrudan uygulanması noktasında bir naz yapılıyor. Danıştay olsun, Yargıtay olsun, mahkemeler olsun. Son kavgayı kastetmiyorum, biraz o işin içinde siyaset olduğu için. Ben genel değerlendirmelerde bulunacağım. Bir tereddüt var fakat Yargıtay kararları, Yargıtay'ın dikey ve yatay etkisini Türk yargısına etkisi kararların etkisi bakımından Yargıtay'ın böyle bir sorunu yok. Yargıtay bir karar verdiğinde mahkemeler yasal direnme hakları dışında bu kararı tartışmaksızın uyguluyorlar. Dolayısıyla bir yasaklamanın veya bir temel hak ve özgürlüğün kanunda olmasının çok ciddi bir faydası var Hocam. Hocamın sözlerine kesinlikle katılıyorum. Sözleşme ve sözleşme ek protokoller Anayasanın 90 ıncı maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesi gereğince bağlayıcı, bizi bağlıyor. Hatta bu anlamda şunu söyleyebiliriz ki; bireysel başvuru yolu olmasaydı dahi Anayasa ile bağlı olan tüm yargı kurumları hatta yargıdan önce idari makamlar sözleşme, sözleşmenin eki protokolleri, Türkiye'nin onayladığı protokoller ile ilgili bir iç hukukun bir parçası haline geldiğini kabulle AHİM'in veya Anayasa Mahkemesi'nin bu konuyla ilgili yorumunu birebir uygulamak durumundaydılar.

Özellikle bir kanun ile sözleşmenin bir hükmü, bir sözleşmede bir hükmü derken sözleşmenin AHİM ve Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlandığı şekliyle sözleşme hükmünü kastediyoruz. Çatıştığı takdirde sözleşme hükümlerinin uygulanması noktasında çok açık hüküm var. Kanunu zımnen, görmezden geleceksiniz ihmal edeceksiniz. Bu hakkı var Türk yargıcının. Sözleşme ile kanun çatıştığında Anayasa bize bu üstünlüğü vermiş. Çoğu ülkenin hukukundan daha üstün bir hukukumuz var aslında. Fakat hocam Türk Medeni Kanununa konulmasına gerek yoktur diyor. Kesinlikle yok. Hocam da bahsetti, hem düzenlemelerimiz var Anayasa Mahkemesinin özellikle unutulma hakkı ile ilgili. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin üyesi olduğu çoğu ülkelerle olmadığı kadar ileri aşamada bir uygulamamız da var. Fakat yine de ben özellikle şu son zamanlardaki Anayasa Mahkemesi kararlarının, burada onu da söyleyeyim, kayıtlara geçsin diye söylüyorum Anayasa Mahkemesi kararları uygulanmak zorunda. Bunun lamı cimi yok. Yok, ben öyle yorumladım, ben böyle yorumladım. Anayasa Mahkemesi yanlış karar verebilir. Hiçbir mahkeme doğru karar vermeyebilir. Anayasa Mahkemesi ilk defa yanlış karar vermiyor ki. Ama Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmasını tartışmalı hale getirmek şu toplantıyı berhava etmektir. Niye buradayız, neyi konuşuyoruz o zaman, bırakalım gitsin. Yok, böyle bir şey yok arkadaşlar yok. Hukukçuyuz hepimiz. Yapmayın etmeyin, memlekete yazık ediyorsunuz. Anayasa Mahkemesi kararlarını tartışma yetkisi vermemiş Anayasa. Mademki anayasa koyucu bu talimatı vermiş. Ben titriyorum. O kadar canım sıkılıyor ki. Aklım havsalam almıyor. 2012 yılında Strazburg'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde bir yabancı yargıcın bana sorduğu şöyle bir soru vardı. Siz bireysel başvuru sistemini Türkiye'ye getiriyorsunuz ama Anayasa Mahkemesi kararları uygulanmazsa ne yapacaksınız? Bu nasıl bir soru dedim. Anayasa Mahkemesi milli bir mahkemedir. İç hukukun içindeki bir mahkemedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanmaması diplomatik sonuçlar doğurabilir. Bu

bir uluslararası mahkemedir. Uygulanmadığı takdirde birtakım yaptırımlar vardır veya yoktur. O siyasi sorumluluk gerektirir. Çemişgezek Asliye Hukuk Mahkemesinin kesinleşmiş herhangi bir tapu iptali ve tescil kararını tapu müdürü ben uygulamıyorum kardeşim böyle tapu iptal tescili olur mu diyebilir mi, diyemez. Onun için bu tartışma gerçekten bize çok büyük zarar veriyor. Çok ağır bir travma yaratır bu. Bakın çok net söylüyorum. İstanbul'un göbeğinde, Taksim'in kenarında söylüyorum bunu. Anayasanın 153 üncü maddesi olmasa dahi, yazmak zorunda mı? Anayasa Mahkemesi kararı bağlayıcı değilse ne bağlayıcı o zaman? Yahu ha bir de bunun içinde benim şu anda içinde bulunduğum üyesi olduğum Yargıtay'ın taraf olmuş olması fecaat, rezalet. İçeriğini tartışırsınız, makale yazarsınız, kitap yazarsınız, aklına geleni söylersiniz, küfür de edersiniz kişilik haklarına dokunmadığı müddetçe. Dolayısıyla sözleşmede hepsi var, ek protokolleri var fakat Türk hukukunda Türk yargıcı özellikle 2002 yılından sonra artık bir insan hakları yargıcı gibi davranmak zorunda. Buna mecbur. Bunu yapmadığı takdirde Anayasanın hükmünü emrini yerine getirmemiş olur.

6216 sayılı Kanunun uygulanması Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi değil sadece. Bu kanunu Türk hukukundaki herkes dikkate almak zorunda yeniden yargılama yolu getirilmiş. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlal kararlarını ne şekilde yerine getireceği ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin dilini eleştirebilirsiniz. Yargıtay'ı bir derece mahkemesi, alt mahkeme gibi görebilirsiniz fakat verilmiş bir kararı tartışmamız doğru değil bu suç olur mu olmaz mı ona cezacılar baksın. İhlalin gereğinin yerine getirilmemesinin kastediyorum. Anayasal suç mudur? Hürriyeti tahdit midir? Onlar bizim konumuz değil. Ancak Anayasa Mahkemesi kararları uygulanmadığı müddetçe bu toplantıların hiçbirinin anlamı yok. Benim burada özellikle araya girmemin sebebi Hocam mevzuatı hatırlattı. Fakat işte bir hâkim şunu söylüyor hemen. Kardeşim Türk Medeni Kanununda yeri var mı? Çünkü hâkimler daha çok hukuk yorumlama noktasında değil de hukuk pratisyeni gibi davranıyorlar. Açıyorlar kanunu, Medeni Kanunda bu hüküm var mı yok mu, kadının soyadı böyle, velayet böyle. Ondan sonra evlendikten sonra kadının soyadı meselelerin hepsini biz sözleşmeyle getirdik. Bir şekilde yol aldık. Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bir şekilde yol alındı. Hatta daha da ötesini söyleyeyim adil yargılanma hakkı bağlamında bu Ergenekon yargılamalarının geri dönüştürülerek Türk hukukunun yargısının veya Türk askeriyesinin kurtarılmasının yolunu da Anayasa Mahkemesi açtı. Böyle de bakmak lazım olaya. Dolayısıyla burada şöyle bir tespit şey yapabilirim. Evet, kanunun şişirilmesi güzel. Fakat biz hala Anayasa Mahkemesi'nin veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ki protokollerdeki AHİM, Anayasa Mahkemesi uygulamalarının normatif hale gelmediği takdirde Türk Yargıcı tarafından çoğunlukla göz ardı edileceğinden hareketle bir mevzuatla bunu düzenlenmesinin -Medeni Kanuna mı konulur, nasıl yapılır bilemiyorum- daha doğru olduğu kanaatindeyim. Tamamen pratikten kaynaklanan sorunlar nedeniyle.

Şimdi kişilik haklarının korunması ile ilgili Hocam zaten bahsetti Yargıtay 4. Hukuk Dairesi olarak kişilik hakları şeref ve itibarın korunması biz adın, ismin özellikle sosyal medyadaki arama motorlarında kişinin ismini yazıldığında bir sürü onun aleyhine olumsuz haberleri çıkabiliyor. Bu unutulma hakkı bağlamında çok ciddi bir hak haline gelmiştir. Bizim klasik anlamdaki diğer davalarımızdan daha vurucu, daha insanın canını yakıcı ve

bir anda 30 saniye içerisinde ülke genelinde sizin ne kadar kötü bir insan olduğunuz şeyiyle yüzleşebiliyorsunuz. Bunun davaları önümüze de geldi. Özellikle İzmir'de şey hatırlıyorum. İzmir'de bir parkta hamile bir kadına tacizde bulunduğu iddiasıyla bir kişi 30 saniye içerisinde tüm Türkiye'nin gündemine geldi. Linç edildi, tutuklandı. Bir hafta sonra fark edildi ki adamın olayla hiçbir alakası yok. Karanlıkta bir karartı, adam oradan 2 dakika önce geçmiş. Fakat ne oldu? Onlarca dava açıldı. Biz ne yaptık? Burada biz şunu yapmak zorunda kaldık. Bunu söyleyip bırakayım belki gerektiğinde araya girebilirim. Şimdi biz ne yaptık dedik ki; gördüm gerçeklik bağlamında basın bir soruşturmaya konu edilmiş hakkında gözaltı kararı alınmış, ifadesi alınmış, hatta tutuklama tedbiri uygulanmış bir kişi ile ilgili basın bunu yazar. Dolayısıyla tazminat taleplerini reddettik. Basına yönelik açılan tazminat davaları. Neden çünkü basının o görünür gerçekliği uygundu. Fakat daha sonra kişinin o olmadığı ortaya çıktı. Şunu söylemek istiyorum bu kişi arama motorlarından veya işte ilgili kurumlara müracaatla isminin bütün kayıtlardan çıkarılmasını isteyebilir. Bu klasik anlamdaki Türk Medeni Kanununun daha önce bizim bahsettiğimiz şeref ve itibarın korunması davalarından çok daha can alıcı bir daha tehlikeli boyutlarda. Hatta intihara götürecek kadar kişileri yok edebiliyor. Hele hele yüzü bilinen birisi ise dışarıda bu şekilde para kazanan, hayatını kazanan birisi ise bu kişinin itibarını geri kazanması mümkün gözükmüyor maalesef. Dolayısıyla son cümle olarak şunu söyleyeyim. Türk hukuk uygulayıcı olarak sizler Anayasa Mahkemesi kararını beklemeden hatta idare makamları sözleşme ve sözleşmede tanınan temel hak ve özgürlükleri Anayasanın 90 ncı maddesindeki yetkiyle kanunu ihmal ederek uygulamak mecburiyetindesiniz. Bakın şey demiyorum mecburiyetindeyiz. Anayasa koyucu bunu emretmiş. Her hukuk yargıcına Avrupa İnsan Hakları çoğu ülkenin hocamda bahsettiği daha üstün koruma sağlıyoruz. Hiç çoğu ülkenin anayasasında böyle bir şey yok. Biz Anayasanın 148 inci maddesine bunu koymuşuz. Sözleşmeyi yazmışız Anayasamıza. Sözleşme ve eki protokolleri ismi ile yazmışız. Başka bir şey yok mu örnek yok daha ne yapılacaktı. Daha ne yapılabilir? Anayasanın 153 üncü maddesinin bağlayıcı olduğunu yazmışız. Dolayısıyla bunu tartışma lüksümüz yok. Bu bütün her şeyi bir tarafa atmak demektir. Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Biz teşekkür ederiz gerçekten. Her iki tecrübeyi aktararak konuyla bağlantıyı da muhafaza ederek Sayın Yüksek Yargıcın değerli açıklamalarını dinledik. Tam da unutulma hakkına gelmişken Sayın Akçaal siz devam etmek ister misiniz?

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL:

Değerli hazirun, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Değerli Ergün Hocam çok kıymetli bir hususta bahsetti. Amerika'nın Kara-Kıta Avrupa'sında ihraç ettiği kavramlardan biridir unutulma hakkı, dedi. Gerçekten “common law” pek çok aslında konseptin ihraç edildiği kaynak. Pek çok kavramda olduğu gibi yine terminolojiyi ortaya atmış. Bunun içeriğini doldurmak daha ziyade Kıta Avrupa'sına kalmış durumda. Bu vesileyle rahmetli Hasan Seçkin

Ozanoğlu hocayı da hayırla yâd etmek istiyorum. Çünkü ilk bu tespiti ondan duymuştum. Amerika bir kavramı ortaya atar. Sonrasında bunun içini doldurmak hep kıta Avrupa'sına nasip olur diye. Bunu yaşadıkça, araştırdıkça daha da net görme imkânım oldu. Daha uygulama üzerinden bazı hususlardan unutulma hakkına ilişkin bazı meselelere değinmek istiyorum. Malum olduğu üzere kişilik hakkının konusunu oluşturan kişisel değerler numerus clausus prensibine tabii değildir. Dolayısıyla sürekli genişlemeye elverişlidir. Mesela personel data dedik, kişisel veri dedik. Tartışmalı olmakla birlikte naçizane kişisel verinin de artık kişilik hakkı kapsamında bir değer olduğunu düşünmekteyim. Unutulma hakkının da yine hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte kişilik hakkına dâhil olan değerlerden biri olduğunu söylemek herhalde mümkün olsa gerek. Çünkü teknik yaşamın daha önce var olmayan yeni kişisel değerleri ortaya çıkarması pekâlâ mümkündür diye söyleyebiliriz. Bu noktada kişisel değerler bakımından bir görüşe göre kişinin bilinebilirliğini sağlayan her türlü bilgiyi içeren kişisel veriler özel hayat alanının kapsamına dâhildir. Ancak kişisel verilerin mutlaka özel hayatla ilgili olmasına da gerek yoktur. Kapsamı çok daha geniş olarak ifade edilebilir kişisel veriler kavramının.

Yine unutulma hakkına ilişkin olarak malum olduğu üzere, biraz önce Ergun Hocam da bahsetti, Avrupa Birliği Adalet Divanının mihenk taşı maliyetinde 2014 yılında vermiş olduğu Mario Gonzales/Google kararı yani Google/İspanya kararı hiç şüphesiz oldukça unutulma hakkını ünlü hale getiren içtihat. Bu davada İspanya'da yaşayan ve İspanyol vatandaşı olan Gonzales büyük tirajlı günlük gazete La Vanguardian Gazetesi ve Google grubunun arama motoru aleyhine şikâyette bulunuyor. Bir internet kullanıcısı Gonzales'in adını Google arama motoruna girdiğinde iki sayfaya ilişkin bağlantılar elde etmiştir. Bunlar gazetenin 19 Ocak 1998 ve 9 Mart 1998 tarihli haber içeriklerine ilişkindir. Söz konusu içerikler sosyal güvenlik borçlarının tahsiline yönelik haciz davalarına ait bir taşınmazın müzayedesinde Gonzales'in adının yer aldığı duyurulardı. Bu şikâyet ile Gonzales özellikle La Vanguardian Gazetesinin kendisi ile ilgili kişisel verilen artık görünmemesi için bu sayfaların kaldırılmasını veya en azından değiştirilmesini talep etmiştir. İkinci olarak da Google grubunun arama motorlarından kendisi ile ilgili kişisel verilerin kaldırılmasını, böylece bunların arama sonuçlarına dâhil edilmemesini istemiştir. Yine Gonzales kendisi ile ilgili haciz yargılamaların birkaç yıldır tamamen çözüldüğünü ve bunları hatırlatmanın artık tamamen gereksiz olduğunu ileri sürmüştür söz konusu dava kapsamında. Yine kişilik hakkı bağlamında unutulma hakkına ilişkin olarak biraz önce de bahsedildi. Artık ulusal hukukta da pek çok içtihat söz konusu. Ancak hâlihazırda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde görülmüş doğrudan unutulma hakkını konu alan henüz bir içtihat söz konusu değildir. Özel olarak unutulma hakkını ele alan bir AHİM kararı henüz bulunmamaktadır. Bu nokta da tabii ki verinin artışı ile birlikte bilhassa dijital hafıza gibi sonsuzluk etkisi gibi terimler ortaya çıkarken az önce de bahsedildi, işte ifade hürriyeti ile kişilik hakkı arasındaki dengenin de elbette gözetilmesi gerekiyor.

Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda Anayasa Mahkemesi gerekçesinde unutulma hakkının amacına ilişkin olarak içtihatlarında kişiye geçmişte hatırlatılmasını istemediği bilgilere adeta bir sünger çekerek yeni bir başlangıç yapma imkânı tanınması olarak ifade etmektedir. Yine unutulma

hakkı anayasal bağlamda da ele alınabilir. Çünkü 12 ve devamı kapsamında Temel Hak ve Hürriyetlerden biri olarak nitelenmesi, 17 nci madde bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına dayandırılması pekâlâ mümkündür. Unutulma hakkının kişinin özerkliği ile olan ilişkisi sebebiyle enformasyon özerklik kavramına da bu kapsamda değinmekte fayda var. Enformasyonel özerklik kişisel verilerle ilgili olarak ilk kez Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 83 tarihli nüfus sayımı kararında kullanılmıştır. Enformasyonel özerklik kişinin kişisel verileri üzerindeki kontrolünü sağlamayı amaçlayan bir terimdir. Ayrıca söz konusu Alman Anayasa Mahkemesi kararında enformasyon özerklik özel hukuk bağlamında genel kişilik hakkı olarak nitelendirilmiştir. Yine İsviçre hukukunda unutulma hakkının kişilik hakkına dair Türk Medeni Kanununun 28 inci maddesinin bir uzantısı olduğu da ifade edilmektedir. Bu anlamda unutulma hakkına ilişkin olarak çeşitli görüşlerden bahsetmek mümkün. Bu tartışmalara uzun uzadıya burada girip değerli vaktinizi alacak değilim. Ama mesela Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17 Haziran 2015 tarihli görüşünde özel hayatın gizliliği kapsamında unutulma hakkının değerlendirildiğini görüyoruz. Naçizane bunun ayrı ve yeni bir kişilik değeri kategorisi olarak ele alınması gerektiğini belki de söylemek mümkündür. Unutulma hakkının özel hayatın gizliliği olarak nitelendirilmesi gerektiği gibi korunmamasına da yol açabilir.

Yine burada bir içtihattan bahsetmekte fayda var. Eğitim fakültesi öğrencisi olan Stacy Snyder'in açmış olduğu ve Snyder/Millersville Üniversitesi davası bu kapsamda zikredilebilir. Bir sosyal paylaşım sitesinde paylaştığı fotoğraf sebebiyle diploması üniversite yönetimi tarafından verilmeyen Snyder ilgili idareye karşı dava açmıştır. İlgili davada davacı tarafından söz konusu fotoğrafın paylaşılmasının kişisel olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme kamuoyunu ilgilendiren konularla ilgili gündemin kişisel olmadığına ve bunun davacı Snyder tarafından paylaşıldığını özellikle vurgulamış. Bu dosyada davacı talebi reddedilmiştir. Unutulma hakkının bazı unsurlarından da bahsetmek mümkün. Ama bu teorik açıklamaları da yine uzatmayacağım. Adli sicil kayıtları acaba unutulma hakkı bağlamında de değerlendirilebilir mi? Hiç şüphesiz esas itibariyle adli sicil kayıtlarının unutulma hakkı bağlamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ama ilgili kayda konu olay bir şekilde eğer kamuya açık hale gelecek olursa yine burada da unutulma hakkı karşımıza çıkacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında başlangıçta kamuya açık hale gelmiş hırsızlık suçuna veya silahlı banka soygununa ilişkin kişisel verilerin daha sonra yayınlanarak tekrar hatırlatılmasının engellendiği kararlar söz konusudur. Biraz önce bahsettiğim Hukuk Genel Kurulunun içtihadı da çok kıymetli. Ergun Hocam biraz önce bahsetti unutulma hakkının daha ziyade dijital verilerde karşımıza çıktığını görüyoruz ama matbu eserlerde de karşımıza çıkıyor. Şöyle ki Hukuk Genel Kurulunun içtihadına konu olayda cinsel taciz suçuna ilişkin Yargıtay kararının "Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu" adlı altı ciltlik bir eserde yer alması söz konusudur. Eserde mağdurun ismi rumuzlanmadan, kodlanmadan açıkça yazılmıştır. Bunun kişilik hakkında bir saldırı olduğu davacı tarafından ileri sürmüş. Böylece unutulma hakkı ile basın özgürlüğünün karşı karşıya gelmesi somut bir olayda karşımıza çıkmıştır. Bu kararda çatışan haklar arasında bir dengenin kurulması gerektiği Hukuk Genel Kurulu tarafından ifade edilmektedir.

Yine unutulma hakkı ile ifade özgürlüğünün dengelenmesinde birtakım ölçütlerden bahsetmek mümkün. Ama vaktimiz kısıtlı farkındayım. O yüzden yine uygulamadan Anayasa Mahkememizin bir kararından bahsedeceğim. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına baktığımızda ne kadar geçmişteki olay acaba unutulma hakkı kapsamında ele alınmalıdır noktasında mesela bir kararında Anayasa Mahkemesi kişi hakkında yayımlanan ilk yazının üzerinden 4 yıl 3 ay geçmesine rağmen kimliği dikkate alınmış ve kamuoyunun ilgisinin devam ettiğine hükmedilmiştir. Zamana ilişkin ölçüte baktığımızda 5 yıl 3 ayın keza 7 yıl 1 ayın, 11 yıl gibi zaman aralıkları karşısında hakkı kabul etmeyi zorunlu kılacak şartların oluşmadığından bahisle burada unutulma hakkı taleplerinin Anayasa Mahkemesi tarafından reddedildiğini görüyoruz. 14 yıl önceki bir davaya ilişkin bir haberde ise bu unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Ama tabii ki süre ölçütü çok doğru bir ölçüt olmayacaktır. Çünkü Hukuk Genel Kuruluna baktığımızda ise 4 yıl önceki bir olayda unutulma hakkı talebinin kabul edildiğini görmekteyiz. Bilhassa ünlü kişiler bakımından nasıl değerlendireceğiz. Malum onların özel sahaları daha dar kapsamda ele alınmakta. Kişiye ilişkin ölçütlere baktığımızda İsviçre Federal Mahkemesinin unutulma hakkı talebinde bulunan kişilerin devlet konumu açısından önem taşıdıkları ölçüde bu haklarının olmadığı ifade edilmektedir. Yani burada da yine unutulma hakkında da kapsamının dar olması gerektiği ele alınmakta. Kişiye ilişkin unutulma hakkı bakımından çocukların durumu da önem arz etmekte.

Bu noktada Alman Federal Mahkemesi on dört yaşının altındaki bir çocuğun kamunun özel ilgisinden dolayı rahatsız edilmemesi konusunda korunmaya değer özel bir menfaatinin bulunduğunu ifade etmektedir. Başlıca gerekçe olarak raporlamayla çocukların kişisel gelişiminin kesintiye uğrama tehlikesinin yetişkinlere nazaran daha yüksek olması gösterilmektedir. Unutulma hakkının ilişkili olduğu haklara baktığımızda burada yine bir Alman TV kanalının hazırlamış olduğu bir belgeselden de belki bahsedilebilir. Şöyle ki söz konusu Alman TV kanalının hazırladığı belgeselin reklamlarında suça karışmış olan şikâyetçinin tasvir edilmesi ve adının geçmesi üzerine yayının yasaklanması talebi söz konusudur. Şikâyetçi Lebach'ın asker cinayeti diye adlandırılan ciddi bir suça karışmıştır. Ceza yargılamasında 6 yıl hapisle cezalandırılan şikâyetçi başvuru tarihi itibariyle cezasının 2/3'ünü çekmiş ve kalan cezası denetimli serbestlik ile askıya alınmıştır. Alman TV kanalı ZDF iki bölümlük belgesel planlamış. Bunu kişilik hakkının ihlali olarak gören şikâyetçinin ilk derece mahkemesindeki talebi reddedilmiş. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvuru söz konusu. Bunun üzerine de Alman Federal Mahkemesi şikayetçinin rehabilitasyon hakkının varlığını kabul etmiştir unutulma hakkı bağlamında.

Yine çok vaktinizi aldım. Affınıza sığınarak son olarak bir İsviçre Federal Mahkemesi içtihadından da bahsetmek istiyorum. İçtihat "X Vs Journal the Geneva" kararı olarak geçmekte. Söz konusu kararın konusunu silahlı banka soygunu suçundan hapse atılan ve rehabilite edilmiş olan kişinin eski suç ortağı aleyhine açılan yeni bir ceza davasına ilişkin makalede adının geçmesi oluşturmaktadır. Bu esnada şikâyetçi hapiste kazandığı bilgisayar becerisi ile şirkette çalışmaya başlamıştır. Ancak söz konusu makalenin yayınlanması üzerine baskı ile işini bırakmak zorunda kalmış ve neticede hastalanmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, makalenin unutulma hakkını ihlal ettiğine isabetli bir şekilde karar vermiştir. Biraz önce de korunma

kapsamında yasal dayanaklardan bahsedildi. Hiç şüphesiz en temel dayanak burada Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu. Belki hani unutulma hakkı bakımından Türk Medeni Kanunu kapsamında bir düzenleme düşünülebilir ama temel kanunda her yeni kişilik hakkının yansıması olan yeni kişisel değeri şahıs varlığı değerini buraya dâhil etmeye kalkarsak bence bunun içinden çıkmak mümkün olmaz. O yüzden temel olarak kişilik hakkının korunmuş olması yeterlidir diye naçizane düşünüyorum. Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Hocam manevi tazminat hususunda da uygulamadan kaynaklı bazı hususlar var ama onu sanırım daha sonra değerlendireceğiz. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Sayın Akçaal'a teşekkür ediyoruz. Böylece gündemimizdeki bir madde ile ilgili olarak unutulma hakkı ve kişilik hakkının korunmasında güncel sorunlar konusunda efendim kifayeti müzakere sonucuna varmadan önce başka söz almak isteyen var mı? Bunu söylemek istiyoruz ama çok çok kısa olacak Sayın Topuz'a söz verelim. Çok kısa olarak. Vaktimiz daralıyor.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Özellikle kişilik haklarının korunmasına yönelik olarak son yıllarda oldukça gündemde olan bir kavramı dile getirmek istiyorum. O da aile yaşamına saygı hakkı. Son dönemde özellikle doktrin de bizim karşımıza çıkan çeşitli görüşler var. Ne deniyor? "Ebeveynler, çocukların cinsiyetini belirlemeye karışmamalı. Ebeveynler, çocuklarını sünnet ettirmemelidir. Çünkü onun beden bütünlüğünün ihlalidir." Cinsiyetsiz bir toplum. Yine başkaca Yargıtay içtihadı birleştirme kararı olarak işte aldatılan eşin manevi tazminat hakkı meselesi. Bu kapsamda belki de şunu tartışmak ve hukuken nitelendirmek gerekir. Aile yaşamına saygı hakkı nedir? Bu bir nispi hak mıdır? Yani şahsi hak mıdır yoksa mutlak hak mıdır? Eğer bu nitelemeyi yaparsak belki Yargıtay'ın aldatılan eş özelinde verdiği karar temelinden çökebilir. Anayasamıza göre, 12 nci maddede temel hak ve hürriyetler kişinin topluma ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklar ihtiva eder. 20 nci maddesine göre herkes özel hayatına ya da aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. 26 ncı maddede özel ya da aile hayatına bir saldırı söz konusu olacaksa düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kısıtlanabilir. Yine 41 inci maddede ailenin Türk toplumunun temeli olduğu, ailenin huzur ve refahını devletin sağlayacağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 inci maddesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 12 inci maddesi özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkına adeta şeddeli bir vurgu yapmıştır. Kanaatimce aile yaşamına saygı hakkı doğrudan doğruya anayasadan kaynaklanan bir mutlak haktır. Bir kişilik hakkı değeri olarak kabul edilmelidir ve buna göre de muamele görmelidir. Yargıtay'ın da verdiği kararlarda buna özellikle dikkat etmesi gerekir diye düşünüyorum. Özellikle Türk aile yapısının korunması bakımdan. Çünkü bu Türk aile yapısı ve aile yaşamına saygı hakkı zedelenir ise buradan toplumumuzun çok büyük zarar göreceğini ben düşünüyorum. Özellikle karı koca arasındaki ilişkiler, çocukla ebeveynleri arasındaki ilişkiler, aileye dışarıdan yapılan müdahaleler

bakımından Türk Medeni Kanunu belki aile yaşamına saygı hakkına yönelik bir hüküm konulabilir ya da en azından Yargıtay bu konudaki görüşünü netleştirebilir diye düşünüyorum. Tekraren söylüyorum aile yaşamına saygı hakkı bir kişilik hakkı değeridir ve mutlak haktır. Herkes tarafından ihlal edilebilir. Herkese karşı ileri sürülebilir. Çok teşekkür ediyorum hocam.

Zafer YAMAÇ:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4.Hukuk Dairesi Üyesi)

Hazirunu saygıyla selamlıyorum öncelikle. Ben unutulma hakkının Anayasamızın 20 nci maddesinde kişisel verilerin korunması, düzeltilmesi ve silinmesini kişi talep edebilir diye düzenleme mevcut. Bu sebeple Türk Medeni Kanununda ayrıca bunun işlenmesine gerek olmadığını açıkçası düşünüyorum. Kaldı ki içtihatlarla da zaten her somut olayın özelliğine göre şartlar oluşmuş mu oluşmamış mı diye zaten kararlar mevcut. Daha da geliştirilebilir. Bir de kıymetli hocamızın biraz önce değindiği 2014 yılındaki kararda artık Google bunları siliyor denildi. Evet siliyor. Ama buradaki silme mutlak manada bir silme değil sadece arama motorunda gözükmemesi. Ve daha çok Avrupa Birliği'nden gelen talepleri karşılıyor şu an Google. Ve kabul edildiğinde de sadece o coğrafya sınırına girildiğinde gözükmüyor. Mesela Türkiye'den girdiği girildiği zaman yine arama motorunda çıkabiliyor bunu belirtmek istedim. Teşekkür ederim.

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ:

Ergun Hoca'nın belirttiği önemli bir husus var, özellikle sağlık hukuku alanında. Ben de bir iki hususta bahsetmek istiyorum. Bizlere yazık ki hem uygulama noktasında bu hem sağlık uygulamacıları hem bizim hukukçular açısından şöyle talihsiz bir durum geliştirmeye başladı. Nedense tebliğler, yönetmelikler normlar hiyerarşisinin en tepesine çıkmış durumda. Örneğin; Hasta Hakları Yönetmeliğindeki kısıtlıların rıza meselesinde biz ısrarla şunu uyguluyoruz. Kısıtlama sebebi ne olursa olsun, hiç bakmaksızın rızayı vasiden alıyoruz. Hâlbuki bu durum hem Oviedo Sözleşmesinde çok açık bir şekilde düzenliyordu. Çok güzel bir kavram da yer vermiş. "Muvafakat yeteneği bulunmayan kısıtlı" şeklinde diyor. Böylece bütün kısıtlılar için bu durum söz konusu değil. Ama sağlık hukuku programında öğrencilerimden mesela Sincan Ağız ve Diş Sağlığı Merkezinde diyor ki mahkûm geliyor dolgu yapacağız vasisini bulmaya çalışıyoruz diyor. Bu da tabi çok ciddi anlamda bir problem olarak karşımıza çıkıyor. Yine şu ayrımı çoğunlukla yapamadığımızı görüyoruz hukuka uygunluk sebeplerinden. Yakın zamanda yine bir İç Anadolu şehrinde gerçekleşen olaydan gebelik zehirlenmesi söz konusu. Fetüsün kalp atışı durmuş, doğal olarak rahim tahliyesi operasyonu gerçekleşecek. Ama anne ısrarla bunu yapmayı reddediyor. Hâlbuki burada işte biraz daha temel işte üstün nitelikte özel yararın olduğu, doğal olarak da bu bağlamda bu müdahalenin gerçekleştirilebileceğinin bilinmesi aslında gerekiyor. Ama bu konuda hem sağlıkçıların hem bizlere ne yazık ki eksikliği olduğunu söylemek gerekir diye düşünüyorum.

Bir de bütün bunlardan bağımsız olarak kanımca belki kişiler hukuku kısmında belki bir başka kısımda ya da ayrı bir kanundan Avrupa Birliği'ndeki son düzenlemeler ışığında özellikle yapay zekâ konusunda da Türkiye'nin ivedilikle bunu yasal düzenlemeye oturtması gerektiği kanaatindeyim. Artık bu yapay zekâ konusunda bir sicil tutularak bu çözüm bulunur yoksa bir kişilik modeli mi oluşturulur? Tabii ülkenin kendi egemenlik politikası doğrultusunda oluşturacağı bir model olacak ama bu konuda geç kalmamanın özellikle ülkemizin yapay zekâ konusunda bazı araştırmaların arka bahçesi olmaktan kurtulması için elzem olduğunu düşünüyorum. Çok teşekkür ediyorum. Saygılarımla.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Biz de teşekkür ediyoruz. Bunları Türk Medeni Kanunu kapsamında bir değişiklik olarak önermiyorsunuz değil mi?

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ:

Evet.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Yani özel mevzuatlarında.

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ:

Hocam aslında Ergün Hoca'nın dediği gibi sağlık hukuku kısmında ben Medeni Kanunu ya da işte mesela Alman BGB'de "Behandlungsvertrag" yani tedavi sözleşmesini Medeni Kanun içerisinde aldılar. Biz de zaten aslında bana kalırsa yeter hüküm var. Çok ayrıca bir düzenlemeye gerek yok. Ama yapay zekâ konusunda gerekebilir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Başka söz almak isteyen? Buyurun.

Salim KÜÇÜK:

Ben hocamızın bahsettiği aldatan eş içtihadı ile ilgili bir iki cümle kurmak istiyorum. Şimdi Yargıtay İçtihadını Birleştirme Büyük Genel Kurulunun önüne gelen mevzu bizim dairemizin benimsediği bir görüşü üzerine içtihadı birleştirmeye giden bir konu idi. Oradaki temel mesele Türk Borçlar Kanununun 49/2 nci maddesi anlamında ahlaka aykırı bir fiilin bulunup bulunmadığı noktasında eşin sevgiliye karşı manevi tazminat davası açıp açamayacağı ile ilgili sorumluluk hukukuna ilişkin bir meseleydi. Şayet kişilik hakları bağlamında sevgilinin eşe karşı hukuka aykırı herhangi bir

eyleme, mesaj, görüntü, ses veya başka bir rahatsız edici bir fiil olduğu takdirde bunların kişilik hakları bağlamında korunacağına dair içtihadı birleştirmede ayrıntılı düzenleme yapıldığı cümlesini eklemek istedim. Kişilik hakları ile ilgili değildi, sorumluluk hukuku ile ilgiliydi aldatan eş dosyalarımız. Teşekkür ederim. Arz ederim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Peki, teşekkür ederiz. Böylece gündemin bu maddesi ile ilgili değerlendirmelerimizi tamamlamış olduk. Sonuç bildirimimizde yer alacak metnin daha sonra üzerinden geçeriz. Bir başka gündem maddesine daha geçelim. Ondan sonra ara verelim diye düşünüyorum. Tüzel kişilerin adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında yaşadıkları sorunlar konusunda Süleyman Hocamız konuşmak istemiş. Evet, buyurun.

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ:

Değerli hocalarım hepinizi saygı ve sevgi ile selamlıyorum. Ben tabii adil yargılanma hakkından ziyade tüzel kişilerin hak ehliyeti ile ilgili birkaç kelam etmek istiyorum. Bir mizasen ile başlamak istiyorum. Düşünelim ki Taksim Meydanı'na bir yabancı şirket geldi, bir dükkân açtı. Prefabrik bir yapı yaparak bir restoran açtığını düşünelim. Herhangi bir belediyeden ruhsat izin hiçbir şey yok. 8-10 kişi de orada hemen çalışmaya başladı. Ondan sonra belediye geldi burayı kapattı, mühürledi. Sonra oradaki çalışan kişiler bir şekilde işte mahkemelere gitti. Sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ile gitti ve dediler ki bizim çalışma ve sözleşme özgürlüğümüz sınırlandı. Anayasa Mahkemesi bu konuda çalışma ve sözleşme hürriyeti sınırlandı deyip bu iş yerinin açılmasına karar verebilir mi? Az sonra vereceğim örnek kararlardan verebileceği ortaya çıkıyor. Şöyle ki hatırlarsınız Twitter ve Wikipedia ile ilişkili olarak Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda ne Twitter'ı ne de Wikipedia'nın Türkiye'de herhangi bir resmi olarak şubeleri yoktu yani orada bir kayıtlı bir ticari işletmeleri yok. Onun kullanıcıları bir şekilde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapıyorlar. Bizim diyorlar ifade özgürlüğümüz sınırlandırıldı. Gerek Twitter'da gerekse Wikipedia'da. Anayasa Mahkemesi burada Anayasanın 26 ncı maddesi uyarınca ifade ve ifade özgürlüğünün sınırlandırıldığı gerekçesiyle Twitter ve Wikipedia'nın açılışına karar verdi. Şimdi bu aslında nereden kaynaklanıyor? Tabii ki temel hak ve hürriyetler aslında hak ehliyeti ile doğrudan bağlantılı haklar.

Anayasanın 12 nci maddesinde herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir deniyor. Nasıl sınırlandırılabilir? O da 16 ncı maddede temel hak ve hürriyetler yabancılar için milletler arası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir diyor. Bir de Türk Medeni Kanunundaki hak ehliyetini düzenleyen 48 nci madde var. Orada da tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi yaratılışı gereği insana özgü niteliklere bağlı olarak olanlar dışında hak ve borçlara ehildirler. Şimdi Alman Anayasasının 19 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yabancıların temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasına ilişkin olarak yerli ifadesi kullanılmış. Yani

bizdeki Anayasadaki herkes yerine orada yerli. Dolayısıyla Almanya'da yerleşik olmayan, Almanya'da kurulmamış olan veya Avrupa Birliği ülkelerinde veya sözleşme yapılmamış olan ülkelerde kurulmuş olan bir tüzel kişi anayasada yazmış olan temel hak ve hürriyetlerden dolayısıyla hak ehliyetinden yararlanamıyor. Hatta Almanya'da bir mahkemeye konu olmuş bu olay. Bir hukuk bürosunun ofisi aranıyor ve orada konut dokunulmazlığına ilişkin olarak mahkemede dava açılıyor. Mahkeme konut dokunulmazlığı kararı veriyor. Sonra Alman Anayasası Mahkemesine gidiyor ve Alman Anayasa Mahkemesine diyor ki bunların Almanya'da yerleşik bir şeyleri yok, bir şirketleri yok veya bir tüzel kişilikleri yok. Dolayısıyla Alman Anayasası'nın 19 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca burada konut dokunulmazlığı haklarından yararlanamaz diye bu şekilde bir karar veriliyor. Tabii şimdi çözüm nedir? Yani başlangıçtaki örneğe dönecek olursak gerçekten de Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir karar veremeyeceğini kimse söyleyemez. Yani yabancı birisi gelip herhangi bir resmi olarak bir tüzel kişilik kurmadan bir işletme açtığı zaman oradaki çalışanların çalışma hürriyeti ve sözleşme hürriyetinin sınırlandığına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir karar vermeyeceğini kimse garanti edemez. Onun için belki Anayasa Mahkemesi, Anayasadaki herkes kavramını Alman Anayasasında olduğu gibi bizde de belki yerleşik veya yerli ile sınırlandırılabilir veya Türk Medeni Kanununa belki böyle bir hüküm konulabilir diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Biz teşekkür ederiz.

Salim KÜÇÜK:

Başkanım saygıyla selamlıyorum heyeti tekrar. Şimdi tüzel kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile ilgili güncel en önemli meselemiz esasen adil adli yardımdan yararlandırılmaları ile ilgili mesele. Tüzel kişilerin adli yardımdan kamuya yararlı dernekler ve vakıflar dışında kamu tüzel kişilerin adli yardımdan yararlandırılamayacağına dair açık kanun hükmümüz var. Bunun yorumlanması ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları var. Bizde Yargıtay 4. Hukuk Dairesinde ilk derece yargılaması yaptığımız dosyalarda bir kısım dosyalarda artık tüzel kişilerin adil yargılama hakkı kapsamında bağlamında adli yardımdan yararlanmaları düşüncesine ulaştık. Anayasa Mahkemesi'nin de takdir edersiniz ki hocalarımızın da bilgisi vardır. Artık tüzel kişilerin de eğer adli yardım koşulları var ise, adli yardımdan yararlanma koşulları var ise -ben Süleyman Hoca'nın bu örneği vereceğini baştan düşünerek öyle zannettim önce, öyle girdi olaya- adli yardımda yararlandırılmaları gerektiğinden ilgili yasal düzenlemeler yapılabilir veya en azından o kanun hükmünün değiştirilmesi veya düzenlenmesi gündeme gelebilir, birincisi buydu. İkincisi ise Anayasa Mahkemesinden gelen bir raportör refleksi ile Süleyman Hocama cevap vereyim. Taksim Meydanında bir yabancı tüzel kişilik bir böyle bir işletme açarsa Anayasa Mahkemesi ihlal kararı vermez. Niye vermez? Çünkü bu sadece çalışma hürriyeti ile ilgili değil. Şimdi ortada bir hakların yarışması

vardır. Buradaki nedir? Siz tamamen hukuka aykırı bir işletme açmaya çalışırsanız, kusura bakmayın hukuk buna engel olur. Bu sadece çalışma hürriyeti ile açıklanamaz. Bu zamanında verilen Twitter kararı ile ne kadar kıyaslanabilir o konuda hocalarımın takdirine bırakıyorum. Ama aynı durumda olmadığı düşüncesindeyim. Arz ederim efendim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Teşekkür ederim başka bu konuyla ilgili söz almak isteyen katılımcımız var mıdır? İsterseniz bir 15 dakika ara verelim. Bu arada raporumuzda uygun cümlelerle bu konularla ilgili tamamlanır. Sonra kaldığımız yerden devam ederiz. Sağ olun.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Evet, tekrar hoş geldiniz. Hızla devam ediyoruz. Yine tüzel kişiler bakımından değerlendirilebilecek bir başka konumuz derneklerin kurulmasına ilişkin mevzuatın örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi diye bir başlığımız var. Dernekler üzerinde ve benzeri örgütlenmeler bakımından söz almak isteyen var mı? Evet. Bir arkadaşımız vardı arada. Söz almak ister misin?

Muhammet Emre GÖÇMENLER:
(İstanbul Hâkim Adayı)

Ben daha çok dernekler dışında kat mülkiyeti kanuna tabi tüzel kişi olmayan kişilikleri sormak istiyordum. Çünkü bazen yönetime yetki verilmediği takdirde bütün mülkiyet sahibi kişilerin birlikte dava açmaları gerektiği gibi bir uygulama var. Hal böyle olunca çok fazla bağımsız bölümü olan konutlarda özellikle veya alışveriş merkezlerinde bu durum tabii çeşitli zorluklara yargılamaların uzamasına sebep oluyor. Acaba bir Kat Mülkiyeti Kanunu değişikliği ile bağımsız bölümlerin yönetimine bir tüzel kişilik kazandırılabilir mi? Vergi hukuku açısından da bu tabi değerlendirilebilir. Çünkü artık aidatlar yani avanslar çok da yüksek olduğundan birçok sitede kullanılabilir mi? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Peki. Arkadaşımızın önerdiği bazı tüzel kişiliği olmayan ve yaygın hukuk uygulamasının içinde olan kat mülkiyeti düzenindeki örgütlenme gibi hala dava ehliyeti var mı? Adi ortaklıkta var bunu da arada söylemiştiniz. Adi ortaklık, dava ehliyeti aktif kullanılan deyimle aktif husumet, pasif husumet ne olacak? Bu konuların da ilgili kanunlarında açıklığa kavuşturulması gerektiğini belki de bir tüzel kişilik -adi ortaklıkla mümkün değil de- kat mülkiyeti düzeninde pekâlâ bir özel hukuk medeni hukuk tüzel kişisi dernek gibi vakıf gibi bir 3 tür gibi düşünülebilir mi diye yepyeni bir konu ortaya koydu. Gerekirse düşünelim bununla ilgili. Evet, hocam sözler sizin.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Ben bir soru soracağım. Şimdi yöneticinin Kat Mülkiyeti Kanununa göre dava açma hakkı var. Sizin sorununuz kat malikleri kuruluna bu hakkı tanımak değil mi?

Muhammet Emre GÖÇMENLER:

Yönetime yetki verilerek dava açma hakkı tanınıyor. Örnek veriyorum bir eser sözleşmesi yapıldı yönetimle. Eser sözleşmesi yönetimin tüzel kişiliği olmadığından eser sözleşmesindeki eksik ve ayıplı ifa durumları için öncelikle noterde ihtar çekmesi zorlaşıyor. Yetki verilmesi lazım. Dava açması zorlaşıyor. Yine yetki vermesi lazım avukata vekâletname verilmesinde. Yine noterde onaylı yetki durumu olması gerekiyor. Yani sınırlı bir dava hakkı oluyor.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Önemli düşünebilir. Tabii hazırlık yapılabilir.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Evet buyurun. İsim söyleyelim.

Şükran NİLGÜN:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi Üyesi)

Tüm katılımcıları saygıyla selamlıyorum. Biz de mülkiyet ile ilgili davalara baktığımız için bizim asıl alanımız gayrimenkul hukuku. Arkadaşımızın söz ettiği konu da sıklıkla karşımıza geliyor. Kat mülkiyeti ile ilgili durumda. Eğer kurulmamışsa, toplulaştırma yapılmamışsa ve birçok parsel üzerinde büyük yapılar mevcut ve bağımsız bölümler oluşmuş çok sayıda. Yetki verilmediği zaman yönetime bu konuda yetki verilmediği zaman en azından birinin kat maliki olması gerektiği gibi bir şey aranıyor aktif dava ya da pasif dava yönünden. Bu yönden bir düzenleme gerektiğini biz de düşünüyoruz. Çünkü çok sorunla karşılaşıyoruz. Eski apartmanlar kalmadı, küçük apartmanlarımız. Artık büyük büyük siteler var. Ve bu da çok ciddi sorunlara ve davaların uzamasına özellikle taraf teşkili yönünden zaten sıkıntı da olur. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Peki, bize teşekkür ediyoruz. Başka söz almak isteyen? Buyurun.

Sevgi KÜÇÜKİNCE:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 35. Hukuk Dairesi Üyesi)

Bizim de görev alanımızda Kat Mülkiyeti Kanunu var. Malumunuz tabii ki kanun çok eski, güncel yaşamla uygulamalarla bağdaşmayan noktalar var. Özellikle biraz önce söylendiği gibi çok bloklu ve çok haneli sitelerde taraf teşkilinde bazı davalarda sorunlar yaşıyoruz. Binanın örneğin ortak alanından kaynaklanan ortak yapımından kaynaklanan arızalarda su akması vs. bizim önümüze çok geliyor. Malik ortak alan olduğu için yönetime karşı açıyor ya da evi zarar gören diyelim. Fakat burada yönetimin Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin kararlarında da belirtildiği üzere pasif husumet ehliyeti yok. Çünkü bu ortak alandan kaynaklanan zarar bütün maliklerin hak ve hukukunu ilgilendirdiği için onların da bir borcu bulunduğu için diyor ki bütün kat maliklerini davaya dâhil etmen gerekiyor. Ve bu bazen gerçekten inanın iki bin, üç bin kişiyi ilgilendirecek boyuta varan bir dosyamız oluyor. Üç bin haneli bir site. Yani biz pasif husumet ehliyeti yokluğu nedeniyle ret dediğimiz zaman içimiz de acıyor. Yani hocam üç bin kişiyi nasıl davaya dâhil edecek? Ya da yönetim planının iptali. O da ayrı bir mesele yine malumunuz orada da yine bütün kat maliklerine yöneltmeniz gerekir deniliyor. Yani bizim de kat mülkiyeti kanunu uygulanmasında en çok yaşadığımız sorun bu. Yani yönetimin dava açabileceği ya da yönetime karşı dava açılabilecek haller ayrı. Ama ortak alanlarla ilgili olarak verilen zararlarda da bütün kat maliklerini davaya dâhil etmelisin diyoruz istemeyerek de olsa.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Kat mülkiyetine şimdi kim bakıyor Yargıtay'da?

Sevgi KÜÇÜKİNCE:

Şu anda 5. Hukuk Dairesi bakıyor. Eskiden 18. Hukuk Dairesi idi. Birçok kararımız da Yargıtay'a gitmediği için miktarı olarak. Evet, yani orada da sıkıntı var.

Salim KÜÇÜK:

Karşılaştırmalı hukukta nedir? Bu nasıl düzenlenmiş var mı bilginiz?

Sevgi KÜÇÜKİNCE:

Bilgim yok açıkçası.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Yalnız tüm maliyetlerin ortak alanlarla ilgili sorunlarda davaya dâhil edilmesinin çok önemli sakıncaları olduğunu söylemek istiyorum. Kendi

oturduğum apartmanda bir dairenin maliki öldü. 12-13 tane mirasçısı var. Hadi mirasçılar Türkiye'de olduğu zaman iş kolay. Fakat mirasçılardan biri Avustralya'da bir kızı. Öbür kızı Kanadalı ile evlenmiş Montreal'de. Öbür iki çocuk Amerika'da bir yerde nerede olduğu belli değil. Bir şahıs geliyor, bir otelin sahibi, ortak giderlere katkı payını ödüyor. Orada bir konu yok ama bir dava söz konusu olup da o dairenin maliklerine de o davaya dâhil etmek söz konusu olursa tebligat korkunç bir şey. O da olacak işte uygulamada böyle korkunç.

İlyas KARAKAYA:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi Başkanı)

Üçüncü kişilerin kat maliklerine yönelik davası da oluyor. Onu da pasif husumetten reddetmek zorunda kalıyoruz. Düşünün bin daireli bir site var. Bu sitenin bahçe duvarı komşu parsele tecavüz etmiş. Komşu parsel maliki de dava açıyor. Kime açacak? Site yönetimine açmış. Şimdi siz Yargıtay'ın mevcut içtihatlarına göre tüm kat maliklerine yöneltmeniz gerekir. Pasif husumet ehliyeti yoktur diyorsunuz. Bin tane tebligatı düşünün hocam. Mümkün değil bu dava asla bitmez. İşgal devam ediyor yıllarca hiçbir şey yapamıyorsunuz.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Evet, böylece raporumuzda çok önemli bu sorun.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Ama çözüm bulmak lazım ama.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Ama en azından bir tartışmış olduk. Eğer ilgili daire üyemiz gelirse ona da söz veririz. Şimdi bu konuyu da geçiyoruz. Buyurun.

Gülsüm ATAK:
(İstanbul 43. Asliye Hukuk Hâkimi)

Herkesi selamlıyorum. Tebligat konusu söz konusu olunca aklıma geldi Başkanım. Şirketlere karşı dava açıldığı zaman bazen resen terkin edilmiş bazen de kendisi feshedilmiş şirketler söz konusu oluyor. Bunu hâkim olarak ticaret sicil gazetesinin kayıtlarından araştırmamız, incelememiz gerekiyor. Ama bu bizim kendi bakanlık nezdinde söyleyebileceği bir şey. UYAP gerçek kişilerde ölüm var ise uyarı veriyor. Açılışında devam ederken ölüm kaydı vardır, cezaevine girmiştir şeklinde. Mevzuata eklenmesi gereken bir husus değil ama UYAP'a eklenmesi gereken bir husus bence. Aksi takdirde eğer bu gözden kaçırılırsa şirketin iflası davası açtırılmazsa tüzel kişinin, şirketin

haberi olmadan dava görünüyor 35'e göre tebligat yapılıyor, karar veriliyor. İstinaf süreleri de kaçırılıyor. Bu da aslında tüzel kişilerin adil yargılanma hakkına engel olan bir durum.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Şimdi Fulya Erlüle arkadaşımıza söz veriyorum. Kendisi bize İsviçre'de Medeni Kanunumuzun kişiler hukuku bölümünde ne gibi değişiklikler ne gibi düzenlemeler yapılmış bu konuda bilgi verecek. O çerçevede acaba o değişikliklerin bize bir yansıması gerekir mi gerekmez mi? Bu konu üzerinde durmak istiyoruz.

Prof. Dr. Fulya ERLÜLE:

Teşekkür ederim Hocam. Herkesi saygı ile selamlıyorum. Tabii tamamından değil de başlıcalarından kısaca bahsetmek istiyorum. Sanırım öğleden sonraya kaldı vesayet ve yetişkinlerin korunması hukuku. Orada yüz küsur maddenin değiştiğinden bahsedeceğiz. Ama onunla bağlantılı tabii ki kişiler hukukunda da birtakım hükümler değişti. Bunlardan bir tanesi fiil ehliyetine ilişkin. Artık İsviçre'de kısıtlılık kurumlarına yer verilmediği için tam ehliyetli olmak için ayırt etme gücüne sahip olmak ve aydın olmak yeterli. Yani kısıtlılık tamamen kaldırıldı. Dolayısıyla Türk Medeni Kanununun 10 uncu maddesi ve 14 üncü maddesi bu anlamda artık mehaz kanun ile örtüşmüyor. Daha başka maddeler de var hiç şüphesiz. Yine hemen buradan iken bir diğer önemli husus. Erken yaşta ya da çocuk evlilikleri dediğimiz biliyorsunuz ki toplumumuzda da sürekli gündeme geliyor, kamuoyunu sürekli işgal ediyor. Önceleri sadece az gelişmiş ülkelerin sorunu olarak ele alınıyordu erken yaş evliliklerde çocuk yaş evlilikleri ama işte yaşanan savaşlarla özellikle hem Avrupa'ya doğru hem ülkemize doğru gerçekleşen mülteci akımı nedeniyle hemen hemen Avrupa'daki tüm ülkelerin birinci gündem maddesi şu anda bu çocuk yaşta evlilikler. Bir diğer yönde zorla evlendirme. Hem Sivil Toplum Örgütleri hem de Avrupa ülkeleri Medeni Kanunlarında bu evlenme yaşı ile ilgili revizyonlara gittiler. Aslında Türk Medeni Kanunumuzda biliyorsunuz evlenme yaşı, evlenme ehliyetinden farklı şekilde düzenlenmiş durumda. Ehliyet yaşımız on sekiz. On sekiz yaşını doldurması olmak daha doğru bir ifadeyle. Evlenme yaşı ise hem kadın hem de erkek olarak on yedi yaşın doldurulması olarak belirlenmiş durumda. Geçmişe göre yükseltildi. Ancak bununla beraber tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere hiç şüphesiz aykırı on yedi yaş.

İsviçre Medeni Kanununda yapılan bir değişiklikle -yetişkinlerin korunmasına da esas olan kanun buydu. Yetişkinlerin Korunması, Kişilik Hakları ve Çocuk Hakları için Federal Kanununla- hem on sekiz yaşında yükseltildi evlenme yaşı hem de istisnai evlenme yaşı dediğimiz yani hâkimin izniyle on altı yaşındakilerin de evlenmesine imkân veren hüküm de kaldırıldı. Pek çok Avrupa ülkesinde evlenme yaşı normal, evlenme yaşı diyelim on sekiz yaşına çıkarıldı. Bununla beraber Avrupa'da da Avusturya'nın bu kapsamda istisnai evlenme yaşı olarak on altı yaşını koruyan düzenlemeler var. Yine Alman Medeni Kanununda da evlenme yaşı on sekize

çıkarıldı. On altı yaşında ise sadece istisnai olarak ergin bir kişiyle evlenmesine imkân tanıyordu. Orada da bu hüküm yürürlükten kaldırıldı. Diğer ülkelerde, kamuoyunda evlenme yaşını istisnasız bir şekilde -Avrupa Konseyinin tavsiye kararları da var bu anlamda- yükseltilmesi yönünde çabalar var. İsviçre'de hem bizim istisnai evlenme yaşımıza karşılık gelen on altı yaş hükmü de yine kaldırılmış oldu. O yüzden Türk Medeni Kanunumuzda da hem bu görüşmeleri hem de çocukların korunması amacına uygun olarak böyle bir revizyon yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Yine İsviçre Medeni Kanununda, erken yaşta evlilik ve zorla evlilik bir mutlak butlan sebebi olarak düzenlendi. Zorla evlilikle ilgili ve erken yaşta evlilikle ilgili hükümde yakın zamanda bir ön tasarımı gündeme geldi. Zorla evlendirme ile ilgili hükümde bir değişiklik şimdilik bir gerek görmüyorlar ama erken yaşta evlilikle ilgili bir hüküm istenen başarıyı çok sağlayamadı. Çünkü on sekiz yaşını o arada doldurursa mutlak butlan davası açılamıyordu. Bu sürenin çok kısa olduğu ifade ediliyor. Zaten erken yaşta evlendirilen genel de de zorla evlendirildiği için bu da ayrıca bir tartışma konusu gerçi. Avrupa Konseyi erken yaşta evliliklerin bir zorla evlenme türü olduğunu kabul ediyor ama İsviçre buna sıcak bakmadı Federal Meclis Görüşmelerinde. Her zorla evlilik erken yaşta evlilik olmayabileceği gibi her erken yaşta evlilik de zorla evlendirilme olmayabilir dedi. Kendi rızası ile evlenenler de var. Bunlar mutlak butlan sebebindeki on sekiz yaşını doldurunca kadar dava açılmış olması gerektiği hükmünü yedi yıl daha uzatarak yirmi beş yaşına çıkarmayı hedefliyorlar. Ancak bu sürede geçtikten sonra artık evlilik geçerli hale geliyor. O yüzden hukukumuz bakımından da evlenme yaşının hem kadın hem de erkek için on sekiz yaşına çıkarılmasının tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere uygun olacağı, çocukların korunması amacına uygun olacağı, Çocuk Koruma Kanununa yine uygun olacağını ifade etmek istiyorum. Saygılarımla.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS:

Hocam ben yorum yapabilir miyim müsaadenizle? Ben Fulya Hocama katılmıyorum. Evlenme yaşının tabii ki yükseltilmesi gerektiği konusundaki tespitine katılmakla birlikte bunun kanunla değil ortaokuldan başlayarak eğitimle düzeltilmesi ve bu bilincin insanlara sağlanması gerektiğini düşünüyorum. Zira 2003-2004 yıllarında yaptığım bir araştırmada malumunuz 1 Ocak 2002'de biz on dört-on beş olan evlenme yaşını biz on yedi olarak yükseltmiştik. Biz bu kanun değişikliği ile insanların evlenme yaşını maalesef değiştiremedik. Sadece illegal evliliklerin ortaya çıkmasına sebep olduk. Dolayısıyla, evet insanlar hatta yirmi yaşından önce evlenmemeli. Yani evlilik gibi ciddi bir müesseseye adım atarken bunun sonuçlarını idrak edebilecek düzeyde olması gerekiyor. Ama sigara yasağı mesela otobüslerde sigara içerdik. Sonra birden geldik dedik ki inanamadık. Ya olur mu olmaz mı dedik oldu. Haklısınız kanunla oldu ama hocam bu

olmadı. Ya bunu denedik geçmişte. Dolayısıyla bu yaşın muhafaza edilmesi ama eğitimle bu bilincin insanlara verilmesi gerektiği kanaatini taşıyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Bir nokta kaldı ama tarafı olduğumuz sözleşmeler bu değişikliği yapmamızı gerektiriyor.

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS:

Hocam onunla ilgili çok sayıda değişik yapmamız gerekiyor ama hani tabii takdir Ergun Hocamın. Teşekkür ederim Çok sağ olun.

Salim KÜÇÜK:

İki hocamın görüşü birbiriyle çelişkili değil esasında. Otobüslerde sigara yasağı uygulandı ama kanunla engellendi ama kafelerde sigara yasağı engellenemedi. Şimdi bu uygulama ile ilgili bir mevzu ama uygulamaya da bir yön verecek normatif düzenleme olmalı mutlaka. Yani her yasağı kanunla getirir ya da uygulanır hale getiremeyiz ama tarafı olduğumuz sözleşmeler Uluslararası hukuk veya aile hukukunun korunması bunu gerekli kılıyorsa elbette ki bunu yapacağız. Uygulamanın hataları bizim mevzuatı güncelleyip değiştirmemize engel olmamalı diye düşünüyorum. Arz ederim Sayın Başkanım.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Teşekkür ederiz.

Şükran NİLGÜN:

Ben Fulya Hocama katılıyorum. Evlilik gibi ciddi bir konuda geçmişte ben de ilk derecede görev yaparken bu konuda sıklıkla hani daha da düşük on dört yaş ve on beş yaş olarak geliyorlar. Mücbir sebep olarak hiç akla gelmedik sebepleri ileri sürerek izin isteniyordu. Sonra bu yasal düzenlemeyle on altı yaşa çıkarıldı. Ama bu yetmiyor. Bence on sekiz yaşa mücbir sebep olarak hani diyebiliyorsak on sekiz yaşın altı mümkün olmamalı bence. On yedi yaş ve on altı yaş bir evlilik için evliliğin gerekliliklerini yerine getirmek için uygun bir yaş olarak kabul edilemez. Burada toplumun önce üst başlık olarak önce bizim buna on sekiz yaş olarak belirlememiz ondan sonra toplum yapısında buna uygun halde bir takım eğitimle ve toplumsal değişimlerle sağlamamız gerektiğini düşünüyorum. Ama bunun kanunen değişmesi gerektiği görüşüne katılıyorum.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Sizin görüşünüze paralel olarak bir katkıda bulunmak istiyorum. Şimdi Birleşmiş Milletlerin Türkiye'nin de taraf olduğu çocuklarla ilgili bir sözleşmesi var. Orada on sekiz yaşın altındaki herkes çocuk sayılıyor. Evlilik yaşını düşürmekle çocuk olan bir kişiyi evlenme gibi çok ciddi sosyal ve ekonomik sorunları olan bir kuruma zorlamış oluyorsunuz. Bu birinci sakınca. İkincisi de demin Cevdet Yavuz söz etti. Bizim uluslararası antlaşmaları onaylamakla taahhüt altına girdiğimiz birtakım borçlar var. Ya o antlaşmaya girme, imzalama onaylama yahut da o antlaşmayı sözleşmeyi imzalayıp onaylamışsan ve onu da kendi iç hukukunun bir parçası haline getirmişsen o zaman ona uy. Bir de bizde bu sorun var. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Ben teşekkür ederim. Şimdi bir de biliyorsunuz. Mutlak butlan sebepleri kanunda sınırlı sayıda sayılmış. Biz dersleri aktarırken öğrencilerimize bunlar arasında yaş küçüklüğü olmadığı için yani bunu izah edememe gibi bir durumumuz oluyor ve belki İsviçre'yi takiben bir şeyler yaparız. Onlar 2013 yılında yapmışlar. Nispi butlan sebeplerine bir dördüncü olarak yapılabilir. Gördük Almanya, Avusturya gibi ülkelerde de aynı yöntem takip edilmiş, görüyoruz. Bu da yeni bir konu. Bu da raporumuzda yer alacak herhalde. Ama sizin görüşünüzü de rapora ekleyelim.

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS:

Anlaşıldı herhalde değil mi? Yani Ben aslında Fulya Hocama katılmakla birlikte mevzuat değişikliği anlamında öneride bulundum.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Yani mevzuatımız farkında olmadan değiştirmişiz. Çünkü uluslararası anlaşmaya taraf olmuşuz.

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS:

O ayrı tartışma konusu yirmi bir yıldır hala on üç-on beş yaşında evlendirilenler. Benim köyümde iki kişiyi evlendirdiler. Maalesef engel olamadım.

Katılımcı:

Aslında evlilik yaşı yaşama süresi ile aslında bağlantılı olarak gittikçe yaşama süresi artıyor. Yani bütün ülkelerde. Onun için önceden düşük tutulmasının da sebebi yaşama süresinden daha az olması. Hatta eskiden şey derlerdi, işte torundan torun gören cennetliktir diye. Çok erkenden kişilere

yönlendirip işte torunlarına torun görsün şeklinde. Ama günümüzde artık yaş eskiden 30, 40, 50 olan, şimdi 70, 80'e çıktı. Onun için yükseltilmesinde fayda var diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Peki. Teşekkür ederiz. Bir başka konumuza geçiyoruz. O da kitabımızın son kısmı olan vesayet hukukunun baştan sona değiştirilmesi gerekip gerekmediği konusu. Bildiğimiz gibi Fransa genelde takipçisi olmaya çalıştığımız İsviçre, Almanya, Avusturya gibi ülkelerde bu konuda vesayet hukuku baştan sona değişikliğe tabi tutuldu. Bu konu üzerinde biraz daha uzunca durmak istiyoruz. İlk sözü Sayın Erlüle'ye veriyorum. Buyurun.

Prof. Dr. Fulya ERLÜLE:

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Yardıma muhtaç yetişkinlerin korunması bakımından hukukumuzda vesayet biliyorsunuz uygulanmakta. Ancak Avrupa ülkelerinde yine yapılan reformlarla vesayet hukuku tamamen ortadan kaldırıldı hocamın da ifade ettiği gibi. Yetişkinlerin korunması hukuku adı altında yeni bir sistem getirildi. Bunun da temelinde yine az önce hocamızın da ifade ettiği gibi nüfusun hızla yaşlanması, yaşam süresinin uzaması, tıp biliminde yaşanan gelişmeler. Dolayısıyla veriler 2025 yılında 80 yaş üstü nüfusun 1.2 milyara ulaşacağını gösteriyor. Yine bu kapsamda fiziksel sağlık korumakla birlikte kişinin mental sağlığını koruması yani demans ve alzheimer gibi hastalıkların da artması sebebiyle böyle bir reform yapıldı ve vesayet sistemi tamamen yürürlükten kaldırılmış oldu.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Erlüle Hocamızın lafını balla kesip daha ballı bir sohbete devam etmek için meşhur kat mülkiyeti düzeni içinde tüzel kişilik olmalı mı olmamalı mı konusu ile ilgili Yargıtay Hukuk Dairesi Üyesi bize bazı açıklamalarda bulunacak. Buyurun.

Mehmet BORAN:
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Üyesi)

Yüce heyetinizi saygıyla selamlıyorum. Kolaylıklar diliyorum. Bana şöyle bir mesaj geldi. "Büyük sitelerde ortak alanlarla ilgili davalarda tüm maliklerin onayı gerekiyor mu yönetimi hasım olarak göstermek yeterli mi?" şeklinde. Şimdi şöyle bir durum var. Kat mülkiyetinde ortak alanlara müdahaleyi yapana karşı dava açılır. Yani davalı, müdahaleyi kim yaptıysa. İster bağımsız bölüm maliki yapsın, ister yönetim yapsın, ister üçüncü bir şahıs yapsın. Kim yaparsa davalı o gösterir. Dolayısıyla ortak alana müdahalede davacı yetkisi bütün bağımsız bölüm malikleri tümden de açabileceği gibi ayrı ayrı da açabilir. Ayrıca Kat Mülkiyeti Kanununun 35 ve 41 inci maddelerinde yöneticinin görevleri sayıldığı için ortak yerlerin bakımı

onarımı, güvenliğini korumak bu anlamda yönetimin de görevi olduğu için yönetim de dava açar. Bu nedenle davalı ya da davacı kişiler anlamında yöneticinin dava açması için tabi kat maliklerinden ortak yerlere müdahalenin meni eski hale getirmesi davası açması için kat malikleri kurulundan izin alması gerekir. Yönetici bağımsız bölüm maliki ise bu izne de gerek yoktur. Diğer bütün bağımsız bölüm malikleri de gerek üç kişi gerek bir kişi gerek on beş kişi ayrı ayrı müdahalede bulunanlara dava açabilirler. Dolayısıyla burada yönetim ortak alana müdahaleyi yapan kişi ya da kişilere dava açılır. Buradaki bana gelen mesaja vereceğim cevap bu şekildedir. Saygılar sunuyorum.

Katılımcı:

Sorum ortak alana müdahale değil. Çatıdan ana taşınmazın ortak yerlerinden meydana gelen bir hasardan dolayı bir kat malikinin dairesinde açılacak bir tazminat davasında %90 yöneticiye yönetime karşı açıyorlar. Burada ana yapının ortak yeri olduğu için bütün kat maliklerinin davaya dâhil edilmesi gerektiği yönünde eski 18. Hukuk Dairesi kararları var. Benim sorum o yöndeydi. Yani müdahalenin meni, el atmanın önlenmesi değil orada bir sıkıntı yok. Aktifte ve pasifte. Meydana gelen bir zararda yani çatıdan atmış elinde müthiş bir zararı var. Burada sorun bu.

Mehmet BORAN:

Şimdi kat mülkiyeti yani özür dileyerek yanlış anlaşılmalara mahal vermeden ders gibi şey olacağım ama kat mülkiyetinin iki ana unsuru var. Biri mimari proje, biri yönetim planı. Kat mülkiyetindeki görev 634 sayılı Yasanın Ek-1 maddesi gereğince kat irtifakı bitmiş kat mülkiyetine geçilmiş tek parselde oluşan ana taşınmazlar için sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Bunu niye anlatıyorum görev anlamında? Bir parselde bir taşınmaz varsa birden çok parselde de birden çok taşınmaz varsa bunlar kat mülkiyetine tabi ise görev bakımından ayrım yapıyoruz ama şöyle bir şey var -bir de Ankara'da da zannediyorum bir Turkuaz Vadisi miydi İstanbul'da da bir yerlerde vardı bu Levent'te - birden çok parsel üzerine kurulmuş birden çok bloklardan oluşan adına toplu yapı denilen ama Kat Mülkiyeti Kanunu anlamında 66 ve diğer maddeler anlamda toplu yapıya geçirilmemiş yapılarda bir parsel üzerindeki binalarda meydana gelen müdahalelere yönelik bütün parselin bağımsız bölüm malikleri davaya dâhil edilmelidir. Niye? Çünkü bağımsız bölüm bir mülkiyet hakkıdır. Anayasa ve İnsan Hakları Mahkemesi bakımından bağımsız bölüm ayrıca bir mülkiyet hakkı kurulmasına tabidir. Bu mülkiyet hakkına, bağımsız bölüme yapılan müdahale ortak alanlardan kaynaklanmışsa bütün bağımsız maliklerin haklarına yönelmiştir. Dolayısıyla çatının akması ya da bir alt kata suyun akması biz şu ayrımı çok özel yapıyoruz. Arıza nereden kaynaklanmış? Hayır, şunu anlatmak istiyorum. Üst dairenin mutfak giderinin kaynaklanmış. Bu kat mülkiyetine tabi bir durum değil. Ama apartmanın ana taşıyıcı borusunda kaynaklanmış. Ana taşıyıcı borusundan patlama meydana gelmiş. Çünkü arsa payları oranında bağımsız bölüm malikleri bu gidere katlanmak yükümlülüğündeler. Çatı projede varsa çatı bize çok gelir. Çatı projede olan çatı, projede olmayan çatı, gömme çatı,

konstrüksiyon çatı, açık teras falan birçok alanlar var. Uzun anlatmayayım. Projede olan çatının akmasından kaynaklanan zarar ziyanın tazmini noktasında bütün bağımsız bölüm malikleri arsa paylarına göre sorumludur. Dolayısıyla böyle bir davada direk bağımsız bölüm malikleri davaya dâhil edilmelidir.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Bunu bitirelim. Nasıl olsa bir araya geleceğiz. O zaman tekrar tartışalım. Sayın Boran'a çok teşekkür ediyoruz.

Peki, husumet yönünden bir değişiklik yapılabilir mi? Yani bir tüzel kişilik oluşturursak?

Mehmet BORAN:

Şimdi onu da söyleyeyim arkadaşlar. Bu olay için söylemiyorum ama genel itibarıyla söylüyorum. Son dönemde Dairemizin eğilimi özellikle çok ayrı, bağımsız bölümlerin özgülendiği 24 üncü maddeye göre, atıyorum otel AVM, rezidans, konut, 2574, 3500 bağımsız bölüm olan yerlerde bu gibi konularda husumetin yöneticiye yönlendirilmesini görmezlikten geliyoruz, arada bir söyleyeyim. Kolay gelsin iyi çalışmalar.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Teşekkürler. Evet Sayın Erlüle kaldığı yerden devam etsin. Evet, gelelim yetişkinlerin korunmasına.

Prof. Dr. Fulya ERLÜLE:

Süre kısıtlı olduğu için tamamına girmeyeceğim orada olanlar vardı. Yani ülkemiz biliyorsunuz yaşlanan bir toplum. Yakın zamana kadar çok genç bir nüfusumuz olması ile övünüyorduk ama şimdi bir yaşlanma sürecine girdik. O yüzden bizim açımızdan da çok önemli. Evet, yetişkinlerin korunmasında asıl önemli olan husus kişinin daha henüz ayırt etme gücüne sahip olduğu dönemde, ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda ki bu da yaşla beraber ortaya çıkması muhtemel demans ve alzheimer gibi hastalıkların artışına bağlı olarak gündeme geliyor tabii ki, o nedenle bir takım düzenlemeler yapıldı İsviçre Medeni Kanununda ve tabi diğer ülkelerde. Örneğin 1983 yılında Avusturya'da, 1990 yılında Almanya'da, 1995 yılında Danimarka'da, 2003 yılında İspanya'da, 2013 yılında İtalya'da, 2005 yılında İngiltere'de ve 2008 yılında da İsviçre'de "Yetişkinlerin Korunması Hukuku" yürürlüğe girdi. Vesayet kurumu yürüdükten kalktı. Bu kurumlar yerine, vesayet yerine, biliyorsunuz vesayet ile birlikte kişi hakkında kısıtlama kararı verildiği takdirde fiil ehliyetinin sınırlandırılması söz konusu oluyor. Bunun yerine daha esnek bir yaklaşımın benimsendiği başka birtakım tedbirlere imkân tanındı. Birtakım ilkeler de egemen bu alana. Bunlardan en önemlisi de, daha sonra değineceğiz mutlaka, "Kişinin kendi geleceği hakkında bizzat

karar verme hakkı". Yani nasıl çocuğun korunması hukukunda çocuğun yararı birincil merkez, esas alınması gereken husus ise yetişkinlerin korunmasında da en önemli ilke kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı. Başka ilkeler de var. Orantılık ilkesi örneğin. Yani kişinin alınacak olan tedbirlerle fiil ehliyetinin gereğinden fazla sınırlandırılmaması, yine kişinin kısıtlama kararının ilanında olduğu gibi akıl hastalığı, akıl zayıflığı, işte madde bağımlılığı gibi sebeplerle kısıtlanmasının ilan edilerek kişinin afişe edilememesi, ötekileştirilmemesi.

Uluslararası insan hakları boyutu var, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinde bu anlamda yardıma muhtaç yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemeleri var. O nedenle bunlara da tabii ki yer vermek gerekir. Ancak bizim açımızdan en çok İsviçre de yapılan değişiklik mehaz Kanunumuz olması sebebiyle önemli. 2008 yılında yürürlüğe giren değişiklikle birlikle İsviçre Medeni Kanununda 1912'den bu yana en kapsamlı değişiklik yapıldı. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına da birtakım değişiklikler yapıldı ama 97 tane maddesi değişti vesayet kısmının. Ve onunla bağlantılı olarak az önce bahsettiğim gibi hem Türk Medeni Kanunu hem de Türk Borçlar Kanunundaki hükümler de etkilendi. Yani 100 küsur madde ve bunlarla bağlantılı olan 30 madde değişmiş oldu. Vesayete ilişkin kısım yetişkinlerin korunması adı altında yeniden düzenlenmiş oldu. Revizyonun amacı ilk başta söylediğim gibi kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme imkânının sağlanması, aile birliği ve dayanışmanın güçlendirilmesi ve devletin sorumluluğun hafifletilmesi, orantılılık ilkesinin gözetilmesi az önce bahsetmiş olduğum ve fiil ehliyetinin sınırlandırılması ve kaldırılmasının ilan edilmemesi, yine koruma amacı yoluyla kısıtlanmasında birtakım eksiklikler söz konusuydu. Bunların da giderilmesi yoluna gidildi. Kişinin bizzat kendi geleceği hakkında karar vermesinin bir görünüm şekli olarak iki tane yeni kurum yürürlüğe girdi İsviçre'de. Bunlardan bir tanesi işlerini gereği gibi yönetememesi sebebiyle vekâlet veya tedbir vekâleti diye biz çevirdik. Diğeri de hastanın önceden verdiği talimatlar ya da hasta tasarrufu. Aile birliğinin ve dayanışmanın güçlendirilmesi çerçevesinde de bu kapsamda özellikle ayırt etme gücü bulunmayan kişinin yakınlarına büyük bir külfet altına sokmaksızın belli kararları almalarına imkân sağlandı. Aile birliği ve dayanışmanın güçlendirilmesi sağlanmaya çalışıldı bu revizyonla birlikte.

Yine bakıma muhtaç kişilerin bakım evlerinde daha iyi şekilde korunmalarını sağlamak amacıyla da burada da düzenlemelere gidildi. Bunun dışında müdahalenin orantısız olduğu zaten eleştiriliyordu. Fiil ehliyetinin sınırlandırılmasının vesayet altına alınması nedeniyle. Dolayısıyla orantılılık ilkesi kapsamında ele alındığını onun bir görünüm şekli olduğunu söyleyebiliriz. Yine kısıtlılık kurumu kaldırıldı ama yeni kayyımlık türlerine yer verildi. Daha doğrusu kısıtlılıkta yasal danışmanlık kurumlarının yerine tek bir kurum yani kayyımlık getirilmiş oldu. "Refakat", "temsil", "katılım" ve "kapsamlı kayyımlık" adı altında 4 tür kayyımlık düzenlendi. Evet, başlıca revizyonda yapılanlar ve amaçları olarak bunlar olarak söyleyebilirim. Yeni kavramlar getirildi. Vesayet kavramı artık sadece çocuklarla ilgili olarak velayetin kaldırıldığı durumlarda kullanılıyor. Onun dışında hiçbir şekilde vesayet kavramına yer verilmiyor. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin kavramlar getirildi. Söz konusu değişikliği yapan kanun, onu da ifade etmek gerekir, "Çocukları Koruma Dairesi" ve "Yetişkinleri Koruma Dairesi" veya makamı adı altında iki tane dairenin kurulmasını da sağladı. Bu da tabii ki

bizden son derece farklı bir düzenleme. Evet, bu şekilde özetleyebilirim gelişmeleri kısaca. Vesayet kaldırıldı, yasal danışmanlık da kaldırıldı. Onun yerine başka birtakım tedbirler koruma türleri getirildi, kayyımlık çok genişletildi kapsamı çok genişletildi.

Salim KÜÇÜK:

Başkanım konuyla ilgili Anayasa Mahkemesinden bahsedeceğim. Anayasa Mahkemesi karar numarasını da söyleyeyim, tutuklama ile ilgili 22 Mart 2023 tarihinde bir karar aldı. Anayasa Mahkemesine göre 2022/105-2023/54 sayılı kararında özgürlüğü bağlayıcı cezanın doğal sonucu olarak kısıtlamanın değerlendirilmesini yaptığı kararını kısaca birkaç cümle ile anlatayım. "Hükümlü menfaatinin korunması gerektiren haller olup olmadığının araştırılmaması, böyle bir halin varlığının saptanması halinde vesayet kararı verilmesi konusunda mahkemeye takdir hakkı tanınmaması veya hükümlünün ihtiyacını uygun olan ehliyetini daha az sınırlayan ve daha dar koruma sağlayan yasal danışmanlık ve kayyımlık müesseselerinin tatbikine imkân sağlanmaması karşısında Türk Medeni Kanununun 407 nci maddesi ile ulaşılmak istenen amaca daha hafif bir sınırlama ile de ulaşılmasının mümkün olduğu dikkate alındığında hükümlüye zorunlu olarak vasi atanmasını hükümlünün korunması amacı bakımından gereklilik şartlarını taşımadığı" gerekçesiyle somut norm denetimiyle iptal kararı vermiştir. Arz ederim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Tabii konu burada kalacak değil. Bir oturumunuz daha var öğleden sonra. Öğleden sonra kaldığımız yerden devam edeceğiz. İlk sözü Sayın Topuz'a vereceğim kendisi acaba İsviçre'deki değişiklikler Türk Medeni Kanunumuzun vesayet hukuku bölümüne uyarlansaydı nasıl bir tasarı ortaya çıkar bunu ana hatlarıyla bize anlatacak. Sonra Özsunay Hocam bu konudaki mukayeseli hukuk gelişmeleri ile ilgili örnekler verecek. Elbette Sayın Yargıtay üyemiz eski Anayasa Mahkemesi raportörü olarak konu ile ilgili yapılması düşünülen şeylerin bir Anayasa Mahkemesi gözüyle bir anayasaya aykırılık durumu ile karşılaşır mı karşılaşmaz mı sorunu yönünden herhalde toplantımıza katkıda bulunurlar diye düşünüyorum. Çünkü biz Türk Medeni Kanununu binbir emekle hazırladık en az on dokuz mu on yedi mi iptal kararı ile karşılaştık. Bu maddeleri yazarken tartışırken hiç de aklımıza bir anayasaya aykırılık davranış içinde olduğumuzu düşünmedik şahsen. Büyük bir ihtimalle bu konuda öyle netamelidir. Bu yönden Sayın Yargıtay üyemizin değerli görüşlerinde almak isteriz. Anayasaya aykırılık iddiası ile karşılaşılmasın diye düşünmek isteriz en azından. Efendim herkese bir cümlem daha var. Bu toplantıda görüşülen ve görüşülecek konularla ilgili notları olanlar lütfen bu sonraki oturuma kadar değerlendirmek üzere Ali Bey'e tevdi etsinler. Sonra notları kendilerine geri verilecek. Böylece sonuç bildirimiz de en mükemmel şekilde hazırlanmış olsun diye düşünüyoruz.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Makul süre bekledik diyerek başlayabiliriz. Planımıza göre ilk sözü Sayın Topuz'a veriyoruz. Buyurun Sayın Topuz sizi dinliyoruz.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Bir önceki oturumda değerli Hocam Fulya Erlüle bu yetişkinleri koruma hukukunun hangi gerekçelerle getirildiğini bize gayet öz bir şekilde ortaya koydu. Ben burada biraz içeriye girip işte vesayet hukukuyla karşılaştırmaya çalışacağım. Daha sonra da Cevdet Hocam, Fulya Hocam ve benim hazırladığımız bir değişiklik -tasarı önerisi mi diyelim hocam- taslağı diyelim 100 maddeyi aşkın bir şey hazırladık. Bunu kanun koyucu yetkili makamlara sunacağız. Şimdi bizim hukukumuzda vesayete baktığımızda Aile Hukukunun kitabının üçüncü kısmını teşkil ediyor. Vesayet kendi içerisinde de üç bölüme ayrılıyor. Birinci bölüm vesayet düzeni. Orada vesayet organları, vesayeti gerektiren haller, yetki, vasinin atanması, kayyımlık, yasal danışmanlık ve koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması düzenleniyor. İkinci bölümde vasinin görevleri, kayyımın görevleri, vesayet dairesinin görevleri, vesayet organlarının sorumluluğu düzenleniyor. Üçüncü bölümde de sona ermesi, vasinin görevinin sona ermesi, vesayetin sona ermesi konuları düzenleniyor.

Şimdi İsviçre'de Hocamın da belirttiği gibi çok kapsamlı bir değişiklik oldu. Ne oldu? Yetişkinlerin korunmasına yönelik hükümler İsviçre Medeni Kanununun 360 ile 456 ncı maddelerinde, doksan altı madde olarak, düzenlenmişti. Fakat yetişkinlerin korunmasına yönelik bu düzenleme sadece bu doksan altı maddeyi içermiyor, aynı zamanda kişiler hukukuna etki ediyor, aile hukukuna etki ediyor ve orada da birçok hükmün değiştirilmesi ve revize edilmesini beraberinde getiriyor. Yaklaşık olarak da doksan altı maddenin yanında doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili otuz madde de bir değişiklik ve yeniliğe gidiliyor. Eğer biz de benzer bir çalışmayı yapacaksak sadece aile hukukunun vesayete ilişkin hükümlerini değil de oranın etkileyeceği hem kişiler hukuku hem de aile hukukunun diğer hükümlerini gözden ırak tutmamamız gerekiyor. Mesela kişiler hukukuna nasıl bir etkide bulundu? Hocam da belirtti. Kısıtlılık İsviçre hukukunda artık kaldırıldı. Dolayısıyla tam fiil ehliyetine sahip olmak için ayırt etme gücüne sahip ergin olmak artık yetiyor. Dolayısıyla biz aynı yolu takip edeceksek bizim Türk Medeni Kanunundaki bu hükmü de aynı şekilde uyarlamak gerekiyor. Çünkü amaç insanları kısıtlayarak, tecrit ederek, dışlayarak, ötekileştirmek bir çözüme ulaşmak değil de kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde ona özgürlük tanımak oluyor.

Yine İsviçre Medeni Kanununun 17 nci maddesine göre de "ayırt etme gücü bulunmayan küçüklerin" ve "kapsamlı kayyımlık altında olanların" fiil ehliyeti yoktur. Burada özellikle kapsamlı kayyımlığın fiil ehliyetini tamamen ortadan kaldıran bir sebep olarak görüldüğü açıkça ortaya çıkıyor. Yani demek ki kısıtlılık kaldırılıyor, yerine kapsamlı kayyımlık getiriliyor. Bunun dışında yine fiil ehliyetini sınırlandırılmasına yönelik İsviçre'deki 19 uncu madde "Fiil ehliyeti yetişkinlerin korunmasına ilişkin bir tedbir ile sınırlandırılabilir." hükmünü öngörüyor. Yani fiil ehliyetinin

sınırlandırılmasına yönelik bir hüküm getiriliyor. Bu hüküm yepyeni bir hüküm. İsviçre'de de ilk defa kabul edilen bir hüküm olarak karşımıza çıkıyor. Şimdi bu birkaç önemli etkiden bahsettikten sonra yetişkinlerin korumasına yönelik sistem İsviçre'de nasıl kurulmuş? Tıpkı bizdeki vesayet hukukunda olduğu gibi üç ayakta, üç bölümde bu husus düzenlenmiş. Birincisi kişisel ve yasal tedbirler. Burada esas amaç koruma altına alınacak yetişkinin kendi öz ve hür iradesiyle kendi geleceğini tayin etme ve belirleme konusunda kendi tasarruflarını nasıl yapabileceği. Birinci kısım bunu düzenliyor. Kişi kendini nasıl koruma altına alabilir? İkincisi diyelim ki kişi kendisini koruma altına alamadı ama yine korunmaya ihtiyacı var. Bu sefer "Yetişkinleri Koruma Makamı" denen yepyeni bir makam kuruluyor. Bu hem yetişkinlerin hem çocukların -tabii çocukların ki ayrı, "Çocukları Koruma Makamı"- bu korunmaya muhtaç olan yetişkinlerin korunmasına yönelik her türlü tedbiri organize eden ana devlet yapısı içerisinde bir kurumu ifade ediyor. Sonra da bu sistemin nasıl işlediğine yönelik düzenlemeler yapılıyor. Şimdi az önce belirttiğimiz gibi o birinci bölümdeki kişi kendisini nasıl koruma altına alabilir? Şeklindeki düzenlemeye biz baktığımızda diyor ki; kişisel tedbiri alacaksan iki şekilde alabilirsin. Bir "Eğer işlerini yürütemiyorsan -bunun birçok sebebi olabilir.- birine vekâlet ver. O senin adına o işleri yapsın ve yürütsün. Her türlü işi yapsın." Ya da "Hastaysan, gelecekte hasta olma riskin varsa ayırt etme gücünü kaybetmeye riskin varsa daha aklî melekelerin yerinde iken, ayırt etme gücün yerindeyken sen adeta geleceğini planla. Seni hangi doktor tedavi edecek? Hangi tıbbi müdahalelere iznin ve rızan var? Ne istiyorsun? O arada mal varlığın nasıl yönetilecek? Hangi hukuki ilişkiler kurulacak, kimle kurulacak?" Yani dolayısıyla aklın yerindeyken -genel ifadeyle söylüyorum- aklının yerinde olmadığı döneme ilişkin hayat planını şimdiden kurabilirsin. Hatta buna doktrinde "hasta vasiyeti" falan da deniyor ama biz o kavramı tercih etmedik. Ya da yasal tedbirler gündeme gelebilir. Orada da eşler, işte tescil edilmiş birliktelikler. -Biz bunu tabii tasarımımıza almadık, biz de böyle bir şey olmadığı için.-onların temsili sağlanabilir, tıbbi alanda bir temsil sağlanabilir ya da kişinin bakım ya da sağlık kurumuna yerleştirilmesi gündeme gelebilir.

Burada şuna dikkat edelim yasal tedbirler genelde kişilerin ayırt etme gücü yerinde olmadığı bir dönemde kendini koruyamayacağı bir halde kanunun öngördüğü tedbirleri bir anlamda içeriyor. Mesela 360'da hani kişinin kendini korumak için alacağı tedbirler bölümünde ilk bölümünde iki opsiyon söylemiştik ya "İşlerini gerektiği gibi yönetememe" ve "hasta vasiyeti" dediğimiz yerde. Kanun diyor ki; "Fiil ehliyetine sahip olan bir gerçek kişi, ayırt etme gücünden yoksun kalması halinde mal varlığının yönetimi ya da kendisinin üçüncü kişilerle hukuki ilişkilerde temsili hususunda kişisel yardım sağlamak üzere bir gerçek ya da tüzel kişiyi vekil olarak tayin edebilir." Şimdi biz bu yetişkinleri koruma hukukuna baktığımızda vekâlet sözleşmesinin uygulanmasının çok genişlediğini, aile hukukundaki bu alanı tamamen sarıp sarmaladığını görüyoruz. Bu, vekâlet sözleşmesinin gelecekte de uygulama alanının çok geniş olacağını bize gösteriyor. Tabii bunu yazılı belge ile yapıyor. Vekilin neler yapacağını söylüyor, görevlerini belirtiyor, kendisini vekil olarak tayin ettiği kişinin gelecekte görevi kabul etmemesi halinde yedek çözümler öngörebiliyor.

Kendini korumak için ikinci opsiyon neydi? Hastanın önceden verdiği talimatlar. Burada da 370'de diyor ki; "Ayırt etme gücüne sahip kimse ayırt

etme gücünü kaybetmesi durumunda hangi tıbbi işlemleri onayladığını ya da onaylanmadığını önceden verdiği talimatlarla ortaya koyabilir." Tabii burada müdahalede bulunacak hekim ile tıbbi işlemler hakkında konuşacak ve onun adına karar verecek olan bir gerçek kişiyi de belirleyebilir. "Benim tedavimde ünlü genel cerrah Ahmet Yılmaz'ın söz hakkı olsun, o bunu organize etsin." diyebiliyorlar ve onlara talimat verebiliyor. Hangi tasarruflarda bulunacağı söyleniyor. Yasal tedbirlere geldiğimizde özellikle eşlerin müdahale edebileceği durumlara geldiğimizde 374'e göre diyor ki; "Ayırt etme gücü bulunmayan kişi işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlet vermemişse ve bu kişinin de bir kayyımlık aracılığıyla temsili sağlanamıyorsa eş ayırt etme gücü bulunmayan ile birlikte yaşamakta veya bu kişiye düzenli olarak kişisel yardım sağlamakta ise onun yasal temsil yetkisine sahip olur." Adeta eş, bu kişinin doğrudan doğruya bir yasal temsilcisi konumuna geçiyor ama onun şartları var. Bu da bir anlamda işte eşleri böyle bir durumda birbirini temsil etmesi için öngörülmüş çok önemli bir düzenleme gibi geldi bana. Diğer haliyle bizim hukukumuzda böyle bir kişiye bir vasi atanması lazım. Eş teklif edilebilir ama mahkeme onu kabul etmeyebilir. Burada doğrudan doğruya eşe bir görev tevdi söz konusu olabiliyor. Burada temsil yetkisi tabii çok kapsamlı. Hukuki ilişkileri kapsıyor, gelirleri, değerlendirmeyi kapsıyor, mal varlığının olağan yönetimini kapsıyor, zorunluluk varsa postaların öğrenilmesini ve gereğini yapılmasını kapsıyor. Olağanüstü yönetime giren hukuki işlemler bakımından ise eş burada makamın iznini almak zorunda. Yani olağanüstü işler haricindeki bütün işleri eş "yasal temsilci" olarak yapabiliyor. Ama onun dışındaki işlerde, olağanüstü yönetim işlerinde, makama gidip devletten, devletin o makamından izin alması gerekiyor.

Yine 377'de "Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişi önceden verdiği talimatlarla tedaviye ilişkin bir düzenlemede bulunmamışsa, nasıl tedavi edileceğini ortaya koymamışsa, müdahaleyi gerçekleştirecek hekim gerekli tedaviyi tıbbi önlemleri de temsil yetkisi olan kişiye kişinin katılımıyla planlaması gerekir." deniyor. Tabii kuruma da yerleştirme burada pekâlâ gündemde. Bunu da söyleyerek hızlı ilerleyebiliriz. Ayırt etme gücü bulunmayan bir kimse bir bakım sağlık kurumunda uzun bir süre kalacak olursa yazılı olarak yapılacak bakım sözleşmesinde kurumun hangi edimleri yerine getireceği ve ücretinin belirlenmesi gerekir. Kurum tarafından yerine getirilecek olan edimlerin belirlenmesinde olanak bulundukça ilgili kişinin istekleri de göz önüne alınır. Bunlar kişinin kendi imkânlarıyla alabileceği veya yasanın doğrudan doğruya öngördüğü tedbirler. Bir de yetişkinleri koruma makamının alacağı tedbirler var ayrıca. Yani devlet kanalı nasıl olacak? Burada da bir defa yetişkinleri koruma makamı genelde ilgili kişiye kayyım atıyor. Yani yetişkinleri koruma makamı adeta bir kayyım atama makamı gibi değerlendiriyor ve kayyımlığın kapsam ve türleri oldukça genişliyor. Kişinin içinde bulunduğu zayıflık halinin olumsuz sonuçlarının başka şekilde giderilememesi halinde o zaman yetişkinleri koruma makamı harekete geçebiliyor. Yani kişinin kendi aldığı tedbirler pekâlâ derde derman olmayabilir. Çaresiz değil. Yetişkinleri Koruma Makamı devreye girip her türlü tedbiri alabiliyor. Korunmaya muhtaç kişiye çevresi ya da özel ya da kamu sosyal hizmetleri ve bu kuruluşlar aracılığıyla yardımda bulunabildiği halde Yetişkinleri Koruma Makamının tedbir alması uygun değildir.

Şimdi burada enteresan bir sınırlandırma getiriyor. Yani muhtaç kişi zaten farklı şekillerde mağduriyetini gideriyorsa Yetişkinleri Koruma Makamının, yani devletin müdahalesi hoş karşılanmıyor. Sen buraya müdahale etme diyor. Ancak son çare olarak senin müdahale etmen gerekir deniyor. Kayyımlık tabii Fulya Hocamın da dediği gibi çok geniş kapsamda düzenleniyor. 390'a göre "Ergin kişi zihinsel engelli, psişik rahatsızlığı ya da kişisel durumunu etkileyen benzer bir durum nedeniyle menfaatlerini kısmen ya da tamamen kendisi koruyamıyorsa yetişkinleri koruma makamı ona bir kayyım atar." Tabii şöyle hızlıca gidersek kayyımlık türleri genişletilmiş dedik. Refakat kayyımlığı var, temsil kayyımlığı var, katılım kayyımlığı var, karma kayyımlık var ve genel kapsamlı kayyımlık var. Hepsinin görevi ayrı ayrı, fonksiyonları ayrı ayrı. Burada tabii kapsamlı kayyımlık fiil ehliyetini ortadan kaldıran bir sebep olarak da dikkat çekiyor. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması dediğimiz kurum da tekrar revize edilmiş İsviçre'de. 426'ya göre "Psikolojik bir rahatsızlığı ya da zihinsel bir engeli bulunan ya da bakıma muhtaç olan kişi gerekli tedavi ya da bakımı başka şekilde gerçekleştirilemediği takdirde uygun bir kuruma yerleştirilir." Burada tabii ki yakınların, üçüncü kişilerin sorumlulukları da dikkate alınıyor. Tabii kişiler kendi serbest iradesiyle de böyle bir kuruma yerleşebilir ya da çıkmayı isteyebilir. Tabii ki ilgili kişinin en fazla bu kurumlarda alıkonulacağı vakit 3 gün olarak burada belirtilmiş.

Düzen nasıl işliyor? Yani bizdeki üçüncü bölümde düzen nasıl işliyor? Burada dörtlü bir ayrım yapılmış önce makamlar ve yetkileri düzenleniyor. Usul düzenleniyor. Üçüncü kişilerle ilişkiler ve iş birliği düzenleniyor ve sorumluluk gündeme geliyor. Yetişkinleri Koruma Makamı az önce söylediğimiz gibi bir devlet makamı, bir resmi makam ve en az üç üye ile karar alması gerekiyor. Denetim makamının yapısını -az önce ziyaret eden hâkim bey de söylemişti- İsviçre'de kantonlara bırakmışlar. Yani nasıl bir denetim makamı ön görecekse kantonlar ön görsün. Bu bir yargı makamı da olabilir orada, bir idari makam da olabilir orada. Biz burada tasarı önerisini hazırlarken devletin sorumluluğunu azaltma, kişi hürriyetine daha fazla önem verme bakımından bu denetim makamının artık yargısal makam değil de idari makamlara verilmesinin uygun olacağını düşündük ve bu denetim makamının da Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından organize edilip belirlenmesi gerektiğini düşündük. Tabii ilgili kişinin yerleşim yeri yetişkinleri koruma makamı görevli. Tabii ki her kurumun yetişkinleri koruma makamıyla yardımlaşma ve iş birliği yükümlülüğü var. Herkesin -ilginç bir şekilde- korumaya muhtaç bir kimseyi yetişkinleri koruma makamına bildirme yükümlülüğü var. Bunu ben öğrenmişsem, mahallemde bir kimse varsa bunu gidip oraya bildirme yükümlülüğü var. -Ya da hakkı diyelim. Hak ve yükümlülüğü diyelim. Bu tartışılabilir.- Yetişkinleri korumaya ilişkin her türlü tedbir, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Bu da çok önemli bir düzenleme. Sorumluluk çok önemli. Son cümle olarak "Yetişkinlerin korunmasına ilişkin resmi tedbirler çerçevesinde hukuka aykırı bir fiil ya da ihmal yoluyla zarara uğrayan kimse tazminat talep edebileceği gibi ihmalin ağırlığı haklı gösteriyorsa manevi tazminat da talep edebilir." Bir ve on yıllık zaman aşımına tabii. İşlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekil olan kişinin, ayırt etme gücünden yoksun kişinin eşinin ya da tıbbi sahada önlemlerde temsilcinin sorumluluğu, bu kişilere kayyımlık sıfatları da yoksa Borçlar Kanununun vekâlete ilişkin

hükümleri uygulanır. Yani Türk Borçlar Kanununda "vekilin basiretli bir vekil olarak hareket etmesi gerekir." hükmündeki gibi ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü vardır. Buna göre sorumlu tutulmaktadır. Ana mekanizma böyle.

Tasarıyı ekrana yansıtabilir miyiz? Şimdi biz İsviçre'de yapılan bu düzenlemeleri Cevdet Hocamın başkanlığında Fulya Hocam ve ben hazırladık. Evet, burada çok madde var. Yüzü aşkın madde var. Hepsini okumak elbette mümkün değil ama biz ikiye ayırdık burayı. Birincisi yetişkinleri koruma hukuku bizim vesayetin yerine nasıl getirilebilir? İkincisi de bu değişikliğin etkilediği Türk Medeni Kanunundaki diğer düzenlemeler. Mesela örnek kabilinden bir maddeyi okuyabiliriz, ilk giriş maddesini. "Fiil ehliyetine sahip olan her gerçek kişi ayırt etme gücünden yoksun kalması halinde mal varlığının yönetimi ya da üçüncü kişilerle hukuki ilişkilerinde temsil hususunda kendisine kişisel yardım sağlamak üzere bir gerçek ya da tüzel kişiyi vekil olarak tayin edebilir. Bu kişi, vekiline vermeyi tasarladığı görevleri tanımlar ve bu görevleri nasıl ifa edeceğine ilişkin gerekli talimatları önceden verir." Üçüncü fıkra "Bu kişi vekilin bu görevler için uygun olmaması, vekâleti kabul etmemesi veya vekâlete son verilmesi durumu için yedek çözümler öngörebilir." Yani belki merak edilen hükümler bakımından gidilebilir.

Ali TOPALOĞLU:
(İstanbul Anadolu Sulh Hukuk Hâkimi)

Tüzel kişi dediğiniz özel hukuk tüzel kişisi olarak mı anlamalıyız?

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS:

Kamu tüzel kişisi de olabilir mi? Asıl sorulmak istenen bu.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Şöyle İsviçre'de sırf bu işi yapan şirketler var. Bir sınırlandırma yok burada. Kitapta hocam bir gerekçeye bakalım. Tüzel kişi evet. Burada kanun koyucu bir ayrım yapmamış. Bu özel hukuk tüzel kişisi de olabilir, kamu hukuk tüzel kişisi de olabilir diye düşünüyoruz.

Katılımcı:

Burada anladığım kadarıyla fiil ehliyetine sahip olan gerçek kişi tek taraflı bir irade beyanı ile bunu kuruyor. Peki, burada vekâlet yerine temsil olarak değerlendirmek acaba biraz daha şey olabilir mi yani hani bir bilinçli tercih mi?

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Bilinçli tercih açıkça vekâlet diye geçiyor kanunda. Biraz da aile hukukuna özel bir vekâlet gibi. İlgili kişiyi biz belirleyebiliriz. Onunla anlaşabiliriz. Ya da tek taraflı olarak bunu verebiliriz. Kabul eder etmez o ayrı. Yedek çözümler de ön görebiliriz. Çünkü vekâlete ilişkin hükümler uygulanır diyor.

Katılımcı:

Hastalık durumunda daha belirti yok ama alzheimer olduğunu öğrendi ve geleceğe dönük bir tedavi planlaması yapıyor. O hastalıkla aydınlatılmış olması lazım hastanın tercihleri konusunda. O nasıl denetlenecek? Ya da alzheimer oldu ama onunla bağlantılı olmayan bir konuda "geleceğe dönük herhangi bir hastalığa yakalanmam durumunda tüm tedavileri reddediyorum." Ama gelecekte gerçekleşecek durumu bilmiyor. Çok basit bir müdahale ile giderilebilecek bir şey olabilir. O durumlarda çok uyuşmazlığa sebep olmaz mı yakınları tarafında?

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Yani şöyle zaten bu hasta vasiyeti dediğimiz şeyde genelde temsilciler tıpçılar ve doktorlar oluyor. Dolayısıyla İsviçre'de bu bakımdan bir tartışma yok. Zaten uzmanları oluyor. Bu konuyla ilgili bir talimat verilecekse ya da vekil atayacaksa doktoru tercih ediyor. O bakımdan da hem aydınlatma hem gelecekteki şey bakımından tam bir güven esası söz konusu. Yani kendinizi tamamen o kişilere bırakıyorsunuz. Tabii eğer öyle bir durumda kendisi vekil tayin edilen kişinin davranışları nedeniyle bu kişinin zarar görmesi ya bedensel ya da mal varlıksal olarak tazminat sorumluluğunu gerektiriyor. Yani vekilin sorumluluğu gibi o kişiye karşı sorumlu oluyor. Dolayısıyla ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü var ilgili kişinin.

Katılımcı:

Hocam hasta talimatları noktasında şunu dedik yanlışım varsa lütfen af buyurun. "Hastanın önceden vermiş olduğu talimatlar da dikkate alınır." dedik bu hasta vasiyetinde. Doğal olarak burada hastanın verdiği mesela işte belirli gruplar dinsel sebeplerle "herhangi bir şekilde kan nakli kabul etmiyorum, organ nakli kabul etmiyorum." diyebiliyor. Böyle bir talimatta bulunmuşsa biz bunu varsayılan rıza kavramı ile normalde çözüyorduk. Şimdi bu doğrultuda çözemeyecek miyiz artık? Çünkü talimata uygun hareket etmekle yükümlü kılınmış atanan kişi.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Tasarıda 406 ncı maddeyi açabilir miyiz? Çok ayrıntılı düzenlemeler var. Sonradan iyileşirse, ayırt etme gücünü kazanırsa gibi. Kural ayırt etme

gücüne sahip kimse ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda hangi tıbbi işlemleri onayladığını ya da onaylamadığını önceden verdiği talimatları belirtilebilir. Talimatlar tabii yazılı olacak, tarih atılacak, imzalanacak. Önceden talimat veren, talimat verdiğini ve talimatın tevdi yerini sigorta kartına işletecek. SGK'nın da bundan haberi olacak. Ani bir tıbbi müdahale ile karşı karşıya kalındığında tedavi eden doktor bir talimat var mı yok mu bunu tespit edemiyorsa, -bir de öyle bir durum söz konusu- artık doktorlara şöyle bir yükümlülük de yükleniyor. Sistemden gireceksiniz tedavi için bu bir talimat vermiş mi vermemiş mi onu kontrol edeceksiniz. İyedi haller saklı. Hocam 408'e iki sanırım sizin sorduğun sorunun cevabı. Önceden verilen talimatlar kanun hükümlerine aykırı ise veya hastanın özgür ya da varsayılan iradesine uygun olmadığı hususlarında esaslı bir tereddüt bulunuyor ise hekim talimatları yerine getirmez.

Katılımcı:

Bütün bunların hepsine cevap bulmuş ama çok detaylı yani.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Hocam herhalde bu soruya cevap oldu gibi. Tabii burada doktor niye uyumadığını da ayrıntılı olarak raporunda belirtmek zorunda. Tabii bu kişiler sahipsiz değil. Aynı zamanda yetişkinleri koruma makamı da takipte. Onun da müdahalesi gündeme gelebilir 409'da. Hastanın talimatlarına uyulmuyor ise menfaatleri zedeleniyor ya da tehlikeye düşüyorsa, önceki talimat hastanın özgür iradesini ifade etmiyor ise burada makam harekete geçirilebilir. Özellikle hastanın yakınları tarafından.

Katılımcı:

Kurulmuş olan gruba kanun metnini atmış mıydınız? Kanun metni var mı kitabın içerisinde?

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Gönderdik kitabın sonunda. Kitabın 173 üncü sayfasından itibaren. Bir soru var herhalde. Buyurun.

Yurdagül TAŞDEMİR:
(Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri)

Burada zaten Sağlık Bakanlığına yöneltilen davalarda hasta ve hekim çatışması oldukça maruz kalıyoruz. Yaşama hakkının önceliği var. Hastalar sahipsiz diyoruz ama sanki daha da çatışmalı bir ortama elveriş sağlanıyor. Uygulamada zaten hastalar çok bilinçli yaklaşmıyorlar. Yazılı onam formundan kaynaklı bile davalar kaybediyoruz. Bu madde hasta hekim

çatışmasını daha da alevlendirir diye düşünüyorum. Mesela kadın doğumda çokça karşılaşıyoruz. Malpraktis ya da etik ihlal iddiaları. Sezaryen ameliyatları, atoniye giriyor, kanama şokuna giriyor. Rahmin alınması gerekiyor. Rahim alınmazsa hastayı kaybedeceksiniz ama bunu kocasına anlatamıyorsunuz. Hasta yakınına anlatamıyorsunuz bunu. Bir de böyle bir hüküm ekledikten sonra iyice çıkmaza sokarmış gibi geliyor. Sanki bu hükmün yürürlüğe girmesi için erken diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Şimdi şöyle benim kanaatine göre hasta bir talimat verecekse kime verdi? Örneğin; reklam olsun Acıbadem Hastanesi'ne verdim ben talimatlarımı. Sistemde her yerde gözüküyor. Acil beni Medipol Hastanesine kaldırdılar. Sistemde gözüküyor benim talimatlarım ve böyle bir durumda elbette o hastanenin benim tedavime refakat etmek için oraya gelmesi gerekiyor. Dolayısıyla hekimler birbirinin dilini daha iyi anlamaz mı? Ya da devlet hastanesi yani vatandaşla hekimi muhatap etmek yerine uzman iki kişiyi birbiriyle muhatap etsek hem de sağlık çalışanına şiddetin de önüne geçmiş olur muyuz? Yani mesela iki hukukçu aynı dili konuşuyor, anlaşması daha kolay değil mi?

Yurdagül TAŞDEMİR:

Bu durumda doktora mı ya da tüzel kişilik derken bir sağlık kuruluşuna mı vekâlet verilecek?

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Bu gerçek kişi de olabilir tüzel kişi de olabilir.

Yurdagül TAŞDEMİR:

Gerçek kişi dediğimiz hastanın yakınları olacaktır. Tüzel kişilik dediğimiz de hastaneler olabilir. Ama bu da bizim taşra teşkilatımız ile mümkün olmayacaktır.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Burada yakınlar devreden çıkıyor. Yani gerçek kişi derken atıyorum bir cerrah, bir doktor. Ama bu sistem bedava işlemiyor ki. Yani vekil olarak tayin ettiğimize göre ona iyi de bir para vermemiz gerekiyor. Bence şimdiden biz bu şeyleri kurmaya başlasak iyi olur. Yani burada çok ciddi bir para var onu söyleyeyim. Tabii o zaman siz de aile hekiminize verirsiniz. Sağlık ocağında ya da sizin ne bileyim sağlık geçmişi mi derler ne derler ona öyküsü mü hasta öyküsünü bilen kişilere verilebilir. Tabii ki dünden bugüne sorunsuz ilerleyecek bir sistem değil. Çok etraflı bir düzenleme gerekir bunun için çok

etraflı. Yani Almanya'da İsviçre'de Fransa'da bu yıllar önce kabul edilmiş. Biz ilk defa bunu tartışıyoruz. Dolayısıyla yani faydalı gibi duruyor özellikle bakıma muhtaç ve yaşlıların korunması bakımından. Değişebilir bize daha uygun hale getirilebilir. Elbette. Şimdi şöyle bir şey var mesela şu anda devlet yaşlıya bakması için para veriyor. Bunu devlete getirdiği yükü düşünelim. Tabii para veriyor. Belki de bu dediğimiz paranın ödenmesine devlet bir katkı sağlayacak, bir kısmını da hastanın kendisi verecek. Zaten kendisi böyle bir tedbir almamışsa yasal tedbirler doğrudan devreye giriyor. İlk başta eşi burada temsilcisi oluyor o mümkün değilse kayyım atanıyor. Tabii bir yerden başlamak lazım bunu tartışmaya diye düşünüyoruz. Buyurun.

Ceyda ÇINAR:
(Bakırköy Sulh Hukuk Mahkemesi Hâkimi)

Öncelikle çalıştaya katılan tüm heyeti selamlıyorum. Ahkâm-ı Şahsiye Mahkemesi hâkimiyim. Bunun uygulamadaki şimdiki tezahürü aslında vasilik ücreti anlamında doğuyor. Biz zaten aileye en yakın, daha doğrusu vesayet altına alınan şahsa en yakın ve en uygun en liyakatli kişiyi vasi atamaya özen gösteriyoruz ve bu şahıs çoğunlukla zaten bir ücret talep etmiyor. Ancak bu şahıs bulunamazsa üçüncü kişiyi vasi olarak atayıp kendisine vesayet altına alınan kişinin mal varlığından olanak bulunmuyorsa hazineden bir ücret takdir ediyoruz. Ancak şurada şöyle bir çekincem var. Bir vekil tayini ve bu vekilin ailenin dışında profesyonel bir kişi olabilmesi ihtimalinde ciddi ücretlerin piyasada konuşulabileceğini düşünüyorum. Bunun bir tarifesi olacak ve cebinde naçizane parası olabilen bununla ilişkin bir danışmanlık ücreti ödeyebilme olan bu imkândan faydalanabilecek. Faydalanamayanlar ise belki de ilerde bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi bir gayrimenkulünü bir doktora veya bir hukukçuya ileride bağışlama yoluna gidecek. Burada devletin nasıl bir müdahalesi olacak? Yani tüm ücretler, eğer olanak bulunmuyorsa ki zaten ileride bu tür hastalıklara sahip olabilecek kimseler zaten üzerine bir gayrimenkul veya yüklü bir menkul mal varlığı bırakılmıyor. Devletin nasıl bir tedbiri olacak bu konuda? Bu hazineyi nasıl bir yük getirecek?

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Biz, tabii onu bilemiyoruz nasıl bir yük getirecek. Kanun koyucu değişikliği yapmaya karar verirse herhalde onun bütçesini de ayarlar diye düşünüyoruz. Ama şu var. Siz böyle bir vekili seçmek zorunda değilsiniz. Onun ardılı olarak farklı opsiyonlar da var. Bu işi bila bedel yapacak olan kişiler de var. Oradaki yasal tedbirler bakımından değerlendirdiğimizde işte eş olsun, bakım kurumları olsun, yetişkinleri koruma makamının müdahalesiyle kurumlara yerleştirme olsun.

Katılımcı:

Güncel durumda hocam şöyle bir şey var. Ahkâm-ı Şahsiye mahkemelerinde de var. Vesayet altına alınacak ya da alınan kişiyi

bulamadığımız zaman ya Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına yazıyoruz veya baroya yazıyoruz. Gönüllü şahıs var mıdır buna ilişkin bize bildirin diyoruz. Gönüllü şahıs stajyer avukatlardan bildiriyorlar ama stajyer avukatlarımız ya da baroya kayıtlı avukatlarımız veya Aile Sosyal Politikalar Bakanlığından görevlendirilen psikolog arkadaşlarımız çoğunlukla ücret mukabili olmaksızın bunu yapmak istemiyor. Haklı olarak yapmak istemiyorlar. Burada hangi sağlık tedbirine ihtiyacımız olduğuna dair birisi konuşacaksa bunun profesyonel birisi olması lazım.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Yani şöyle bence bu tedbirler kısmının o ilk kısmında yer alan işte "işlerini görememesi sebebiyle" ya da "hasta talimatı" o zengin işi gibi geliyor bana. Ya da hatır işi gibi geliyor yakın, tanıdık bir doktor varsa ya da bu alanda kendini ispat etmiş güvenilir birisi varsa. Diğerleri ise bila bedel yapılabilecek gibi duruyor. Yani bence şu andaki vesayet düzeninden mali bakımdan aşırı bir fark getirecek bir durum söz konusu olacağını düşünmüyorum açıkçası. Ama maddi durumu olan da gitsin vekâleti versin. Yani ona da bir engel yok gibi.

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS:

Şu anda vasilik ücreti ne takdir ediyorsunuz?

Katılımcı:

Dosyanın durumuna göre değişiyor. Yani vesayeti yürütmenin gerektirdiği emek ve yönetimin gerektirdiği mesaiye göre belirleniyor. Ortalamasını söyleyemeyeceğim. Yüz tane gayrimenkulü kiraya verip idare eden vasi ile bir tane gayrimenkulü kiraya verip idare eden vasi aynı ücreti alması mümkün değil zaten.

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS:

Mesela bir gayrimenkulü idare eden vasiye takdir edilen ücret nedir?

Katılımcı:

Emekli maaşını dikkate almak zorundasınız. Aylık gideri nedir ona bakmak lazım.

Ali TOPALOĞLU:

Mesela bende aylık geliri 2 milyon TL olan bir kısıtlı vardı. Vasi için aylık 40.000 TL ücret takdir ettim.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

402 nci maddeyi açabilir miyiz? Yani ücrete ilişkin olarak bir hüküm var ama yeterli mi? Onu biz tabii bilemiyoruz. Fulya Hocam dikkatimi çekti benim hemen şu hükme bakalım diye. Vekilin alacağı ücrete ilişkin vekâlette bir düzenleme yer alabilir. Eğer yer almıyor ise Yetişkinleri Koruma Makamı -ki bu resmi makamdır- vekilin görevlerinin kapsamının haklı gösterdiği ya da haklı gösteriyor veya bu görevler temayüller gereği ücretsiz olarak yerine getirilmekte ise uygun bir ücret belirlenebilir. Yani yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücreti siz belirleyebilirsiniz. Belirlememişseniz devlet bunu belirler hatta devlet bu tür şeylerin bila bedel yapıldığına da karar verebilir. "Ücret ve zorunlu masrafların ödenmesi vekâlet verenin yükümlülüğü altındadır." deniyor.

Katılımcı:

Çalışmalarınız için teşekkür ediyorum öncelikle. Şimdi yetişkinleri koruma makamından bahsediyoruz. Sanırım idari bir makam. Yargısal bir makam değil. Yargısal olmamasından kaynaklanan birtakım sıkıntılar olabilir.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Tasarıda 475 inci maddeyi açalım. Evet, yani bizim kanaatimize göre Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nda bir daire kurulabilir buna ilişkin olarak. İdare olarak yani biz yargının yükünü almak istiyoruz. Şu 475 inci maddeye bakalım mı ve 476 ncı maddeye. Yetişkinleri koruma makamı resmi bir makamdır. Kararı en az 3 üye ile alır. 476 ncı maddede de biz denetimi Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının yürütmesini daha uygun buluyoruz. Çünkü İsviçre'deki düzenlemede denetim makamını kantonlar kendi belirler diye bir hüküm var. Biz buradaki denetim makamını bir yargı makamının olmasının yerinde olmadığını düşünüyoruz tasarıyı hazırlayanlar olarak. Elbette tartışılabilir, elbette bu bir yargı makamı olsun denebilir ama sanki idare olursa daha iyi olur.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Başka bir komisyonda görevli şimdi bir eskiden sulh hukuk hâkimliği yapmış bir meslektaşımız hukukçu. Biraz önce geldi. Bu bahsettiğiniz konu üzerinde görüşlerini açıkladı. Dediği şu "Her şeyin hâkim eliyle yapılması büyük güçlükler doğuruyor. Tutanak tut, ara karar yaz, verilen kararları tebliğ et, bunların kesinleşmesini bekle." Onun da söylediği bu tamamen idari yoldan olsun. İdari yoldan yapılan bu işlemlere karşı -burada da düzenlendi- itiraz hakları yargı yoluyla gerçekleşsin. Yani zannederim bu işi yapan hâkimlerimiz açısından da önemli bir karmaşadan kurtarmış olacak yani o düşünülmüş.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Değerli arkadaşlar, hem Fulya Hanım'ın hem Murat Bey'in açıklamalarını büyük bir ilgi ile dinledim. Gayet güzel bir çalışma yapılmış ve bu alanda ne yapılması gerekiyorsa ilk köprübaşları atılmış. Bunu bir defa vurgulamak istiyorum bir. İkincisi çok fazla ayrıntıya girdik denetim makamı, falan makamı önce ilkeler üzerinde durmamız gerekiyor. Ben onun için söz aldım. Bir defa hepimiz anladığım kadarıyla ittifak halindeyiz. Bizim vesayet ile ilgili Türk Medeni Kanununun hükümlerinin acilen revizyona ihtiyacı var. O revizyonun da ana çizgileri gene İsviçre olacak anladığım kadarıyla. Şimdi bazı ülkelerde bu alan o kadar önem taşıyor ki "Elderly Law" diye Amerikan hukuk fakültelerinde yetişkinler hukuku diye bir ders var. Bu bazı fakültelerde seçimlik, bazı fakültelerde mecburi ve Amerikalı meslektaşlarınızla temas ettiğiniz zaman uzmanlık alanınız nedir deyince adam "Elderly Law" diyor. Allah Allah!! Çünkü diyor "Mr. Özsunay "Elderly Law" yani yetişkinler hukuku diğer insanların tabi olduğu hukuk kurallarından çok farklıdır." Hakikaten de belli bir yaşı açtıktan sonra bakın hukukla ilgili ilişkileriniz bambaşka bir alanda gelişiyor. Şimdi birinci nokta şunu vurgulayalım. Vesayet hukuku, kayyımlık hukuku, danışmanlık hukuku kısacası Türk Medeni Kanunumuzdaki düzenlemenin değiştirilmesi bir zorunluluk haline gelmiş bulunuyor.

İkincisi bu önceden talimat, hastanın önceden verdiği talimatlar falan da burada yer alıyor. Bu konu Avrupa Konseyinde yıllar önce tartışıldı. Buna Amerikalılar "Living Will" diyorlar. Yani yaşayan vasiyetname filan gibi Türkçe'ye çevriliyor ama aslında bu hastanın daha önceden vermiş olduğu talimatların izlenmesi veya bunlara uyulması. Avrupa Konseyi bu konuyu "terminal aşamadaki hastaların tıbbi karara katılımı" adı altında düzenledi. Bayağı da bir kılavuz çıkardı ve bu kılavuz da Türkçe 'ye tercüme edildi. Yani terminal aşamada hastaya "Tedaviye devam mı yoksa seni Allah'a mı emanet edelim? Önceden bir "Living Will"in var mı? Önceden açıklanmış rıza rızan var mı? Bir kan kardeşin yahut işte ahiret kardeşin -ona da "Person of Trust" deniliyor.- itimat ettiğin, güvendiğin (bu eşi, anası, babası, kızı dışında) başka biri var mı?" "Benim kan kardeşim Mehmet'tir. Mehmet'e sorun." Çünkü sizin artık şey yapmaya karar mekanizmasına katılmaya mecaliniz yok veya açıkladığınız irade kanunun diğer hükümleri bakımından geçersiz. Temyiz kudretiniz yok. Onun için şimdi bu "Living Will" konusu ile ilgili bir kısım açıklamalar yapıldı. Arkadaşlar katkılarda bulundular. Fakat bunun bir özel çalışma grubu tarafında ele alınıp elden geçirilmesi lazım. Ben bu konuya hem Avrupa Konseyindeki çalışmalar dolayısıyla hem de tıp hukukçuları diye bir grup var, bunlar Türkiye'de bayağı aktif. Hatta bildiğimizden çok daha aktif, bir kısım uygulamaları gülünç sayılabilir. Mesela hiç hukuk fakültesi görmemiş hukuk okumamış ama babalık davası diye bir şey almış yarı tıp yarı hukuk ve böylece tıpçı hiç hukuk fakültesi görmediği halde hukuk doktoru. Hem tıp doktoru hem de hukuk doktoru. Bu şeylere imkân vermemek lazım. Çünkü bunlar uzmanlık alanını sulandırıyor. Bir yabancı ülkede bir tıpçının bir hukuk doktoru olabilmesi büyük bir olaydır. Şenlikler yapılır, eşe dostu gelir, kokteyller verilir falan filan. Onun için şimdi bu konuyu, bu "Living Will" konusunu yahut da hastanın önceden verilmiş talimatlarının ne olduğu, buna ne gibi önlemler getirilmesi gerektiği, bunun organizasyonunun daha derinlemesine bir çalışma grubu tarafından ele alınması gerekiyor. Şöyle

söyleyeyim. Ben o terminal aşamada hastanın tıbbi karara katılması ile ilgili kongreye bir tebliğ sundum. O tebliğde bir ölçüde Amerikan hukukunu, büyük ölçüde Avusturya, Alman hukuklarını da inceleyip sundum. Fakat daha sonra yayın aşamasına gelip aynı konu Türkiye'de tıp hukukçuları tarafından tartışılacağı zaman ben 2-3 eyaleti incelemiştim. Sonra New York, New Jersey, Washington değişik filan bakınca korkunç bir değişik çözümler ve ayrıntılar var. Çok koruyucu tedbirler var. Şimdi bunların ışığında önceden verilmiş talimatlara uyma konusunun bu taslak bağlamında daha derinlemesine incelenmesi gerekiyor. Bir şey yaptığımız zaman iyi bir şey yapmamız lazım.

Üçüncü olarak şunu söyleyeceğim. Avrupa Konseyinde yetişkinlere ilişkin, yetişkinlerin korunmasına ilişkin birtakım çalışmalar yapıldı. Bu çalışmaların bir bölümü aslında "istem dışı yerleştirme" ve "istem dışı tedavi" ile ilgiliydi. Temyiz kudretinizi kaybetmişsiniz, akıl hastası, akıl zayıflığı gibi temyiz kudretiniz yok. Bu gibi durumlarda size yardımcı olmak için istem dışı yerleştirme buna "Involuntary placement" öbürü de "Involuntary treatment" deniyor. Konsey bu çalışmayı yaptı 2016'dan 2018'e kadar. Çalışma bitti. Fakat bu çalışmaya hem üye devletlerden hem de Birleşmiş Milletlerden büyük reaksiyonlar geldi ve 2018 yılında çalışma durduruldu. Çünkü bu çalışmanın Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş ve birçok üyenin taraf olduğu başka uluslararası sözleşmelerle uyumlu olmadığı belirtildi. Onun üzerine de bu çalışmaya son verildi. Ama bu arada ilginç bir şey oldu. İsviçre işte bildiğiniz gibi o 397 nci maddeden başlayıp -bizde 432-437'ye kadar gidiyor, bazı çeviri eksiklikleri var ama- İsviçre kendine göre bir çözüm üretti. Bakın çözümün şeyi de şu: "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması" başlığını vermiş. Çünkü Avrupa Konseyi bu konuları hep insan hakları, insan onuru açısından, insan haklarının ve insan onurunun korunması açısından ele alıyor. İsviçre o kadar şeye girmeyip bu işi kendine göre kestirme bir şekilde halletti. Şimdi arkadaşların vermiş olduğu açıklamalar ve sizin yapmış olduğunuz katkılar karşısında şu anda ben de şöyle bir kanaat uyandı. Bir çalışma grubunun, uzman bir çalışma grubunun ki bu çalışma grubunun hekimlerden de oluşması lazım, bunların bir bölümü tıbbi kavramlar, hekimleri yakından ilgilendiren özel bir çalışma grubunun bu taslak çerçevesinde bu taslağı geliştirmesi ve yeni bir çalışma yapması gerekiyor. Onun için ben Bakanlığın bu konuda Türkiye Tabipler Birliği ile veya işte neyse hekim kuruluşları ile de temas etmesini tavsiye edeceğim. Çünkü ben Avrupa Konseyi'ndeki delegeliğim sırasında Sağlık Bakanlığı hiçbir katkıda bulunmadı. Adamlar bir şeyler soruyor, questionnaire (soru formu) gönderiyor. Ben Sağlık Bakanlığı'na soruyorum. Efendim işte müsteşarımız izin vermedi. Müsteşarın neye izin vermedi? Şeyi soruyor adam böyle böyle önceden verilmiş talimatlara uyulur mu, uyulmaz mı? Ama bu konu dediğim gibi bu çok ciddi bir konu. Hem sağlık hukukunu ilgilendiriyor hem kişileri hukukunu ilgilendiriyor. Bu çalışmayı yapanlara Allah razı olsun. Gayet şey ilk köprübaşları atılmıştır. Böylece devam etmesi arzusundayım. Çok teşekkürler.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Sayın Hocamıza biz de teşekkür ediyoruz. Bir iki cümle de ben söyleyeyim. Ondan sonra Sayın Topuz'a söz vereceğim. Zaten biz kitabın

isminde dahi kendi başımıza böyle bir kanun metni oluşturacağımız düşüncesiyle hareket etmedik. Sırf somutlaştırma adına İsviçre örneği bizim kanunumuza uygulansa idi ne olurdu? Ne ortaya çıkardı? Somut olarak görme açısından yaptık. Elbette Fransa örneği, Avusturya örneği, Almanya örneği ve başka Anglosakson örnekleri söz konusu olabilir. Çok daha geniş kapsamlı, çok daha farklı meslek gruplarından farklı alanlardaki bilim insanlarının düşüncelerinden yararlanarak bir yetişkinlerin korunması hukukuna zemin olacak bir yasa metni ortaya çıkarılıp Türkiye Büyük Millet Meclisi de takdir ederse böyle bir yasal düzenlemeye kavuşuruz düşüncesiyle bunu kaleme almıştık genç arkadaşlarımızla birlikte. Zannederim yeterince ilgi çektiğini de görüyoruz. Sayın Topuz'dan sözlerine devam etmesini istiyoruz. Buyurun Sayın Topuz.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Çok teşekkür ederim Hocam. Tabii biz bu İsviçre'deki hükümleri birebir almadık. Kendi hukukumuza uyarlayarak almaya çalıştık. Bizim hukukumuzda olmayan düzenlemeler vardı. Onun dışında konuşacak çok hüküm var. Bence merak edilen şeyler üzerinden gidebiliriz onun için de sorusu olan varsa onları tartışabiliriz. Nasıl yapalım?

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Anayasa Mahkemesi'nin bahsedildiği kararında geçen ilkeler doğrultusunda bir yetişkinlerin korunması hukuku hazırlanması çabası içinde olunduğu da hem kitapta açıklandı hem de Sayın Erlüle meslektaşım açıkladı. Yani orantılılık başta olmak üzere bir de kişinin kendi imkânlarının el verdiği durumlarda onun irade özgürlüğünü kullanması hangi yönde kullanacağını bunların ortaya çıkarılabilmesi çok güzel ifade edildi. Yaşayan vasiyetname. Yani bir taraf kendisi hayatta ama tekrar hukuken kabul edilebilecek bir irade açıklamasında bulunma imkânı olmadığı dönemde uygulanması gereken, uygulanması mümkün olan o konudaki irade açıklamaları da biraz önce bir soru üzerine açıklandı. Bu da bir hukuki işlemdir. Hukuki işlemlerin geçerliliğinin tabi olduğu tüm hükümlere elbette tabi olacaktır. O şekilde bir düzenlemeye sahip olmamız şimdiki vesayet hukukundan daha elverişli. Denir ki işte bir kimse bir diğerinin yaşlılığı ile alay edince Allah sana yaşlılığı göstermesin demiş. Yani inşallah hepimiz sağlıklı yaşlanmalar içinde oluruz ama olmayabiliyor. O durumlar için şimdiden hukuken geçerli bir hazırlık yapabilme imkânlarına da bu düzenleme veya benzeri bir düzenlemenin bize sağlayabileceğini kolaylıkla söyleyebiliriz.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Hocam şimdi yine Anayasa Mahkemesinin karar doğrultusunda Fulya Hocamın aldığı bir not var. Ben Hocamın notlarından okuyayım. İsviçre Medeni Kanununda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kavramı yerine bu revizyon ile beraber "koruma amacıyla yerleştirme" kavramı özellikle tercih edilmiş ve böylece ceza hukukunda yer alan özgürlüğün

kısıtlanması kurum ve kavramı ile Medeni Kanundaki bu kavram kesin çizgilerle birbirinden ayrılmıştır deniyor. O bakımdan da oldukça faydalı bir düzenleme denilebilir. Merak edilen başka hususlar varsa konuşulabilir.

Salim KÜÇÜK:

Şimdi Hocam Anayasa Mahkemesinin bakış açısını, -gerçi ben Anayasa Mahkemesinden ayrılalı 6 seneyi geçti. Orası adına konuşmayayım. Konu hep Anayasa Mahkemesine geliyor ama o hakka da sahip de değilim.- şöyle özetleyebiliriz. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sınırlama varsa o sınırlamanın ölçülerinin ortaya konulması bir. İkincisi ise hâkimin takdir hakkının ortadan kaldıran keskin ve toptancı bir yasaklama fikrini Anayasa Mahkemesi genelde eleştiriyor. Şimdi sınırlamalarda ölçütler var. Temel hak ve özgürlüğe bu mülkiyet hakkı da olabilir, yaşam hakkı da olabilir. Bu yaşlılar için yaşam hakkıdır. Gençler için mülkiyetin idaresidir. Özellikle kısıtlılık altına alınma mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirilebilir. Anayasa Mahkemesi özellikle o sınırlandırmanın üç alt başlık altında değerlendirildiğinde gerekli olup olmadığını zorunlu olup olmadığını ölçülülüğün alt kriterlerini uyguluyor. Diğer şeyde ise daha hafif bir tedbirle giderilebilecek bir kısıtlama imkânı var mı? Bunu hâkimin takdirine sunuyor. Hâkimin bunu değerlendirmesini istiyor. Toptancı ve keskin bir bakış açısıyla özellikle o son ihlal kararındaki temel yaklaşımı o. Yoksa keskin bir şey söyleyemeyiz. Keskin olarak Anayasa Mahkemesi şunu yasaklıyor ya da yasaklamıyor veya şu konuda bir kısıt koyuyor diyemeyiz. Fakat diyor ki kişinin hürriyeti bağlayıcı cezada aynı şekilde diğer kısıtlamalarda da. Takdir yetkisini aşan bir kısıtlama var mı? Daha hafif bir tedbirle giderilebilme noktasında hâkime takdir yetkisi tanınıyor mu? Dolayısıyla toptancı bir yaklaşımla bunun ele alınmasını yanlış buluyor. Bu konumuzla ilgili değil ama özellikle bakış açısını yansıtması bakımından örnek vermek istiyorum. Bu FETÖ sanıklarının mal varlığının ellerinden kanunla alınmasına ilişkin iptal kararında veya bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarda da benzer yöntemleri uyguluyor. Diyor ki hâkim yargılama sırasında muvazaa iddiasını kesin olarak delillerle kanıtlama imkânına sahip mi? Otomatik bir el koymayı kabul edemeyiz diyor. Buradaki mantıkla gidiyor sınırlandırma mantığıyla. Ama hâkim gerçekten o kişinin mal varlığının muvazaalı bir şekilde elinden çıkıp çıkmadığını deliller toplayıp takdir edebiliyorsa ben buna girmem diyor. Temel yaklaşımı bu. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması da diğer konularda da benzer yaklaşım bu benimsiyor. Teşekkür ederim Başkanım.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Bence soru cevap olarak gidelim. Yoksa maddeleri mi tek tek değerlendirelim? Çok madde var çünkü. Madde başlıklarını görelim mi en azından hocam?

Ali DENİZHAN:

Hocam saatimiz çok kısıtlı. O ayrı bir çalışma komisyonu gerektiriyor zaten. Bu bizim ciddi bir önerimiz oldu. Bunu Bakanlığa arz edeceğiz. Ayrı bir çalışma ortamında çalışılır. Diğer konulara da bakabiliriz. Madde madde girmemizin hiç gereği yok şu anda.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Son konumuz dâhil gündemdeki tüm konularla ilgili görüş almak isteyen varsa onları alalım mesela arkadaşımız İsviçre'deki kayyımlığı yazdı. Belki o konuda bir şeyler de söylemek isteyebilir.

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL:

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Hem Fulya Hocam hem de Murat Hocam zaten gayet kapsamlı bir şekilde açıkladılar. Ziyadesiyle aydınlandık. Konuyla ilgili olarak mihenk taşıdır eser. Dokuz Eylül Hukuk Dergisinde yayınlanan kayyımlık türlerine ilişkin İsviçre hukukundaki kayyımlık türlerine ilişkin makalemde de temel referans kaynağım idi. Sadece birkaç hususa değineceğim. Çok köklü bir değişiklik biraz önce de bahsedildiği üzere. Bizim bildiğimiz vasilik, yasal danışmanlık, kayyımlık kalkıyor yerine Hocalarımın belirttiği üzere 5 tür, hani orda yönetim kayyımlığını ben temsil kayyımlığının özel bir görünüm olarak ayrı bir başlık olarak 6 tür olarak ifade ediyorum. Ama netice itibariyle aynı şeyden bahsediyoruz. Hepsini en hafiften en ağırına doğru kayyımlık başlığı altında ve mahkemenin yükünü de hafifletecek bir şekilde dizayn ettiğini görüyoruz. Aslında esas bakış açılarından biri bu. Burada kayyımlık türleri bakımından özellikle orantılılık ilkesinin güçlendirilmesi somut olayda kişiye özgü tedbirlerin alınmasını sağlaması oldukça kıymetli. Bir de burada eski düzenlemeden farklı olarak artık söz konusu kayyımlıktaki bazı türlerin fiil ehliyetine etkisi söz konusu. Mesela temsil kayyımlığında, yönetim kayyımlığında, katılım kayyımlığında, karma kayyımlıkta ve kapsamlı kayyımlıkta bu mümkün. Ancak refakat kayyımlığında ise ilgili kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılmadığını görüyoruz. Çok köklü bir revizyon. Bizim hukukumuzu da belki derinden etkileyecek bir durum ama netice itibariyle mehaz kanundaki bu gelişmeye Türk kanun koyucusunun da gözünü kapatmaması gerektiğini biraz önce Ergun Hocamın da bahsettiği üzere netice itibariyle vesayetin yerine artık maalesef giderek yaşlanan bir toplum olarak yetişkinlerin korunması hukukuna ilişkin bilhassa mukayeseli hukukta İsviçre hukukundan da yararlanarak artık bizim de bir çözüm önerisinde bulunmamız gerekiyordu. Bu noktada Cevdet Hocamın, Fulya Hocamın ve Murat Hocamın önerileri çok kıymetli.

Hocam bir de bu konu haricinde de başka yormamak adına dinleyicileri söylemek istediğim iki husus var. Buradaki hâkim meslektaşlarımı tenzih ediyorum ama en son söyleyeceğimi en baştan söylemek istiyorum. Hâkimlerimiz genel itibariyle böyle değildir ama hâkimlerimiz kişilik hakkının ihlalinde manevi tazminata hükmederken bu karara cebinden ödeyerek herhalde hükmetmiyorlardır diye tahmin ediyorum. Şöyle

Konya'da bir dosyamız var. Empati yapmak bakımından önemli diye düşünüyorum. Bir hanımefendi, ilaç mümessili. Yaptığı iş bakımından da önemli yüzü. Yüzüne estetik için gidiyor. Estetisyen bir doçente gidiyor. Titri de var, güveniyor. Beş dakikalık bir operasyon. İki bin lirayı alacağım, halledeceğim diyor. Ne bir hasta formu var, ne de hasta hikâyesine ilişkin en ufak bir kayıt var. O beş dakikalık yüzdeki yağ aldırma operasyonunun neticesinde en son gelinen nokta da defalarca operasyona maruz kalıyor ve hanımefendi en sonunda kullandığı ilaçlar neticesinde artık çocuk sahibi olamayacak durumda. İşin en kötü tarafı şu beş sene sonunda ve doçent kliniğine gidildiğinde doçent de diyor ki "Ben adli tıpta görev yaptım. Benim aleyhime rapor alamazsınız. Papaz olmayalım. Bu işi sulh ile çözelim." Dokuz defa rapor alınıyor netice itibariyle 5 sene sonunda gelen nokta dosyada manevi tazminat miktarı 25.000 lira. Ben şunu soruyorum kendime. Yani manevi tazminat cezai amaçlı olmamalı ama yani manevi tatmini de herhalde sağlaması gerekir. Yani ne yaşaması gerekir ki yani yüzünden olmuş, işinden olmuş, müstakbel çocuklarından olmuş, belki yuvasından olmuş. Ne yaşaması gerekir ki gerçekten tatmin edecek bir tazminata hak kazanacak? İzahı pek mümkün değil gibi. Bir de bugün unutulma hakkından bahsedildi. O hususa da işaret etmek istiyorum. Uygulamada manevi tazminat miktarının çok düşük kaldığından bahsettik. Bir de bir dosyamızda yine adın korunması meselesine ilişkin olarak bir kitap yayınlanıyor. Kitapta hiç rumuzlanmadan isimler aleni bir şekilde hikâyeleştiriliyor. O bölgede, o yörede yaşanan hikâyeler yazarın ağzından ama hikâyede geçen karakterleri de hicvedecek ve hani onları da bir takım alavereli işlerden dolayı zor durumda bırakacak şekilde kalem alınıyor. Ben bu şekilde romanlaştırdım kardeşim diyerek işin içinden sıyrılacağını düşünüyor yazar ve haklı da çıkıyor maalesef. Burada mahkeme manevi tazminat talebini reddetti. Ben diyorum hani şeref ve haysiyetin ihlali olarak düşünülemeyebilir belki ama hani ad da bir kişilik değeri hiç olmazsa adın dahi ihlal edildiğinden bahsedilemez mi? Sabrınız için teşekkürler saygılarımı sunuyorum.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Biz de teşekkür ediyoruz. Buyurun.

Meltem KOÇOĞULLARI KARTAL:
(Yargıtay Tetkik Hâkimi)

8. Hukuk Dairesinde kadastro dosyalarını okuyorum. Yine aynı yere dönmüş olacağım ama idarenin bunu yönetmesi noktasında aklıma takılan birkaç husus var. Bu özellikle çekişmeli olan vasilik davaları var. Anne ve babasının kısıtlanmasını isteyen çocuklar, bazen çocuklar arasındaki kavga nedeniyle tasarruflar konusunda anlaşmazlık çıkabiliyor. Böyle bir durumda yani adam da kısıtlanmak istemiyor. Böyle bir durumda idare bu süreci nasıl yürütecek? Nasıl bir mekanizması olacak ki Adli Tıp'a gönderecek? Yani çekişmeli bir olay olduğunda mesela çocuğu başvurdu ilgili idareye ve dedi ki kısıtlanması gerekiyor. Yani o süreç yargıda şu an yürüyen süreç o zaman nasıl işleyecek? Bu kadar sağlıklı işleyebilecek mi? Fiil ehliyetini idari yoldan nasıl kısıtlayabilecek?

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Şimdi biraz önce söylendi. İdari makam belli. O çerçevede o kişi ile ilgili atanabilecek kişiler de belli. Onların yapacağı işlemlere karşı yargıda itiraz haklarının kullanılması söz konusu. Mesela bu çalışmanın ilgili bölümünde yargısal itiraz yollarına ilişkin usul diye bir bölüm var. Burada itiraz konusu ne? Kimler itiraz hakkına sahip olacak? İtiraz sebepleri neler? İtiraz süresi ne? İlk derece makamının görüşü, onun değerlendirilmesi, bakım amacıyla yerleştirmeye ilişkin özel hükümler gibi bunların hepsi düzenleme konusu yapılmış. Tabii vakit darlığından bunlara giremedik, giremiyoruz. Yani bu taslağı hatta kitabı gönderdik. İnşallah ileride tekrar sırf bu konuda özel toplantı olur. Bunları en ayrıntılı şekilde başkaca bilim alanlarındaki kişilerin de katılımıyla bu toplantı yapılır. Yani bu kanun hemen uygulanmıyor, önce bir kafamıza yatacak hale gelecek. Her türlü tedbiri alacak öyle diyoruz, ilgililerin de itiraz hakkı olacak. Deniyor ki mesela hâkim arkadaş geldi anlattı. Deniyor ki biz bir araba satacağız bunun için şu kadar gün beklememiz lazım. Bilirkişiye git bilmem ne falan. Bunlarla niye uğraşalım. Ben şu şekilde yaparım itiraz hakkı olan da gider itirazını yapar. İtiraz süreleri çok kısa kısa. Otomobili satacak diyor ki kız evlat yaşlı annesi veya babası yanında yaşıyor. Geliri de fazla değil. Babasının veya annesinin bir mal varlığı değerinin paraya çevrilmesine ihtiyacı var. Acil bir hastalık hadi kararını verin. Hâkimler vermiyor gerçekten vermiyor. Ve hâkim bunu acil iş görmüyor. Normal kendi yargı işleri içinde bir iş olarak görüyor. Bu en az 6 ay.

Katılımcı:

Vesayet için, satış için Türk Medeni Kanununun 462 nci maddesi gereği bir menfaatinin olması lazım. Yani "bir menkul mal varlığı bunu para bir meblağ acil işini görmeye yetmiyor. Bu arabanın satılması lazım." Çoğunluk uygulamada olan şey de ben yeni bir araba alacağım, 5 yıllık sürem doluyor. Yani bundan 5 yıl önceki alım seviyesi için konuşuyorum Passat'ı satıp Porsche almak istiyorum. Bu sebeple satış talep ediyorum diyorlar. Yani göründüğü kadar çok acil, inanılmaz acil şeyleri biz zaten elimizde bekletmiyoruz ve bununla ilişkin bir duruşma bir keşif verelim bir sosyal inceleme yapalım ayrı bir duruma gitmiyoruz. Sadece işte bir hastane raporu işinin acil olduğunu belgeleyen herhangi bir şey bile yetiyor bize. Buna ilişkin bir kıymet takdiri yapmak için tabii ki bir bilirkişiden faydalanıyoruz biz. Yoksa kısıtlanan araca şu an kendi araçlarımızı düşünelim 1 milyona da gidebilir 1,5 milyona da gidip 2 milyona da gidebilir. Bu ciddi bir rakam. Kısıtlının, kendini savunamayan bir insana korunmaya ihtiyacı olan bir insanın 1 lirası bile bizim için çok önemli ki bu satıştan elde edilen bedel de zaten tekrar mahkeme nezdinde açılan vesayet hesabına yatırılıyor. Vasi bu parayı kullanmak için kısıtlının adını hesabına harcama yaptığını da ispatlamak zorunda. Öyle ben parayı aldım, hadi ben gidiyorum demesi mümkün değil. Şöyle bir şey de olabilir hocam vasi her zaman akraba da olmuyor veya akraba her zaman iyi niyetli de olmayabiliyor. Ben işte sırf bu şöyle bizim vasilerimiz de oldu. Ben sırf sadece vasiliği şu Passat'ı kullanmak için yapıyorum diyenler de oldu.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Sen kendi açından en uç örneği veriyorsun, ben kendi açımdan en uç örneği verdiğimiz için anlaşmamız zor.

Katılımcı:

Ya çok ivedi bir ihtiyaç da zaten şey yapıyoruz. Ama bu tabii vesayet tüzüğüne göre şeyi değiştirmiyor hocam. Kısıtlının mal varlığı ya pazarlık sureti ile ya da siz çok daha iyi takdir ediyorsunuz açık artırma suretiyle. Bunun bir usulü oluyor. Tabii ki bir ilanları oluyor, bu ilanın onaylanması lazım. Bu prosedür bence en az 1-2 ayı alıyor.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Bu kişinin kendi aklının başında olduğu dönemlerde böyle durumlarda ki önceden ortaya koyması daha güzel. Hiç olmazsa kendi istedi kendi buldu deriz yani.

Katılımcı:

Bir B planı olması tercih edilir tabii. Anayasa Mahkemesinin kararını gayet uygulama açısından da uygun buluyorum bu aşamada. Özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle vesayet altına aldığımız şahısların kısıtlı olarak kabul ediyoruz. 1 yıl ve üzeri hapis cezası alanları kısıtlıyoruz. Kısıtladıktan sonra bizim için yürütme çok daha önemli. Şimdi bu saydığım tüm prosedürü hükümlü için de tekrar ediyoruz. Ne yapıyoruz peki? Hükümlüye soruyoruz. Muvafakatin var mı? Tamam, muvafakat var. Peki kaça satmak istiyorsun? 1 milyona. Sen bunu ceza infaz kurumuna girmeden bir gün önce de yapabilecekken ceza infaz kurumuna girdikten sonra kendine bir vekil atamaya muktedirsin ama kendi mal varlığını satmaya muktedir değilsin diyoruz. Onun için de Anayasa Mahkemesi'nin bu anlamda 407 nci maddedeki iptal kararına uygulama açısından çok faydalı buluyorum hocam.

Katılımcı:

Çok kısa bir şey söyleyebilir miyim yani aklıma belki bir çözüm olabilecek şey geldi de. Yani evet bu yönetim işleri ile ilgili yargısal süreçler süreci yavaşlatıyor olabilir ama bu ilk başta kişinin yani şu anki şöyle kişiye vasi atanması noktasında aslında fiil ehliyeti kısıtlanan ya da belki istemiyor da olabilir gerçek durumun tespiti için belki ilk kısıtlanma anında yargı eliyle kısıtlandıktan sonra devamında bunun takibi ve yönetimi kısmında idari bir kurul görev alabilir.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Zaten bu düzenlemede kısıtlılık kavramı yok. Biraz rencide edici bir kavram olarak değerlendiriliyor onun yerine daha uygun kavramlar kullanılıyor.

Ali TOPALOĞLU:

Hocam mevcut düzenlemenin hani devam ettiği edildiği varsayımından hareketle birkaç öneri sunmak istiyorum. 5 yıldır da ahkâm-ı şahsiye mahkemesine bakıyorum ve vesayetin özellikle idaresi ile ilgili bize gelen taleplerin %60-%70'ini aslında vasilerin yetkisi dâhilinde olan ancak kurum ve kuruluşların mahkemeden yetki getir şeklinde geri çevirmesinden kaynaklanan talepler olduğunu görüyorum. Özellikle de bazı kısıtlama dosyalarında vesayet dosyalarını da kısıtlama yargılamasının çok uzun sürdüğü ve özellikle de kısıtlama yargılamasında alınan yani yargılamanın başında alınan vesayet tedbirlerinin kötüye kullanılması günümüzde çok karşılaştığımız bir durum olduğu için burada mesela hatta müfettiş raporlarında bile geçiyor. İşte vesayet davalarının başında hemen vesayet tedbiri almalısın. Hâlbuki Türk Medeni Kanununun 420 nci maddesi kapsamında vesayet tedbirine başvurulabilmesi için açık bir vesayet görünüm sebebinin olması lazım veya işte bu bir ihtiyati tedbirin özel bir türü ise yaklaşık ispat kuralının uygulanması lazım ama bunların hiçbiri dikkate alınmadan davanın başında tedbir kararı veriliyor. Ve inanın bu davalar artık bir intikam aracı, yeri geldiğinde cezalandırma ve işte bu gibi şeyler için kullanılmaya başlandı. Ancak ben mevcut düzenlemede kısıtlama yargılamasının bir mahkeme eliyle yürütülmesi, vesayetin idaresi kısmının ise idari bir makama havale edilmesinin daha uygun olacağını düşünüyorum. Böyle bir görüşüm var.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Peki, teşekkür ederiz.

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS:

Hâkim arkadaşlara da sormak istiyorum. 30 yaşındaki bir kişiyi kısıtladığınız zaman anne veya babasını yasal temsilci olarak atadığınızda veli olarak mı atıyorsunuz vasi olarak mı atıyorsunuz? 24 tane mahkeme kararı gördüm. Uygulamada vasi olarak atanıyor.

Ali TOPALOĞLU:

Velayet altında bırakıyoruz. Velayet altında bırakılır. Yanlış olmuştur o kararlar.

Katılımcı:

Kısıtlanan ergin çocuklar kanuna göre velayet altına alınırlar. Kendileri ile ilgili yürütülen tüm işler de velayet hükümlerine göre aile mahkemesinde görülmesi lazım. Bu kanuni bir gereklilik. Öyle bir durumda alınacak bir ek kararla velayet altına alınabilir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS:

Hocam ben hâkime kararı gösterdim. X bir yerde görev yapan hâkime gösterdim. Buna rağmen vasi olarak atadı. BAM'da onayladı. Teşekkür ederim.

Ali TOPALOĞLU:

Şöyle Hocam aslında normalde Yargıtay Genel Kurulu'nun ve Yargıtay dairelerinin bu yönde kararları da var. Yani her ne kadar vasi olarak atanmış olsa bile o vasi atamanın aslında velayet olduğunu ve velayet olarak kabul edilmesi gerektiğini belirten kararları da var. Yani uygulamada tabii bizim çok ciddi sıkıntılarımız var. Mesela Türk Medeni Kanununun 432 nci maddesi talepleri ile ilgili zorunlu yatış taleplerinde, mesela ergin olmayan kişiler yönünden de talepler geliyor. Bunlarda mesela bazı bölge adliye mahkemeleri buna aile mahkemeleri bakar diyor. Özellikle uyuşturucu madde bağımlıları yönünden gelen taleplerde bazı bölge adliye mahkemeleri bunun "çocuk mahkemelerinin bulunduğu yerlerde çocuk mahkemeleri yoksa aile mahkemeleri görevlidir." diyen şeyler var daireler var. Tam tersi olarak 432 nci madde taleplerinde, "reşit olsun veya olmasın bu talebi değerlendirme yetkisi vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine aittir" şeklinde kararlar da var. Yani kim bakacak, dosya ortada yani pinpon topu gibi dosyalar, bir oraya bir buraya geliyor. Biz aslında çok ciddi sıkıntılar çekiyoruz. Vesayetin idaresinde de şöyle bir durum var. Vesayetin idaresi kadılık usulü gibi bir şey. Yani Yargıtay'a gitmiyor, istinafa gitmiyor. İtiraz merci -inanın yani şu anda bölünen mahkemeleri de sayarsak belki 60 tane asliye hukuk mahkemesi var Anadolu Adliyesi'nde.- Asliye Hukuk hâkimlerinin vesayete yani büyük bir kısmının hâkim olmadığını bu konuları çok iyi bilmediklerini anlayabiliyorum, kararlarından anlayabiliyorum. Yani biraz dosyalara şey gözüyle bakıyorlar. Çünkü değişik iş üzerinden geliyor. Dosyalar mesela geri geldiğinde kalem hiç belki de hâkim bir göz ucuyla bakıp kaleme havale ediyor. Bunlar çok ciddi sorunlar ve özellikle mesela bölge adliye mahkemelerinin çok değişik kararları var. Mesela vesayet tedbirinden bahsettim. Bölge adliye mahkemelerinin bir kısmı bu vesayet tedbirini Türk Medeni Kanununun 420 nci maddesi kapsamına aldığını, özel bir tedbir olduğunu ve Türk Medeni Kanunda düzenlendiği içinde ihtiyati tedbir olan HMK'daki ihtiyati tedbir kapsamında kabul edilemeyeceğini ve o prosedürün işletilemeyeceğini haliyle de itiraza tabi olduğunu kabul ediyor ve asliye hukuk mahkemesine gidiyor itirazlar. Bazı bölge adliye mahkemeleri ise ihtiyati tedbir gibi duruşmalı itirazın incelenmesi, ondan sonra istinafa gelmesi hangi esastan incelenmesi gerektiğini söylüyor. Yani bizim uygulamada çok farklı kararlar var. Bu bunlar aslında bizim ciddi

sorunlarımız bunların da ele alınması gerektiğini düşünüyorum teşekkür ederim.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Teşekkür ederiz. Vaktimizi doldurduk. Efendim bundan sonra çalışmamızın bir tutanağı var. O tutanak çerçevesinde tüm gruplar bir araya gelecek. Orada bu görüşler açıklanacak yeni salonumuz neresiyse orada buluşalım. Herkese teşekkürler. Kolay gelsin.

I. GRUP SONUÇ BİLDİRGESİ

Tartışma Konuları: Medeni Kanundaki Temel Düzenlemeler ile Kişiler ve Vesayet Hukuku

Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Yaklaşımlar ve Vesayete Alternatif Tedbirler

Görüş ve Öneriler:

- Anayasa Mahkemesinin 22/03/2023 tarihli ve 2022/105 Esas, 2023/54 Karar sayılı kararı ile, Türk Medeni Kanununun 407 nci maddesinin birinci fıkrasının iptaline karara verilmiştir.

Özet olarak, daha hafif bir temsilci atanması yönteminin de değerlendirilmesi gerekçesiyle **hükümlülük** halinde, otomatik kısıtlılık (vesayet) kararı verilmesine yönelik yasa maddesinin iptaline karar verilmiş olup, yeni yasal düzenleme yapılması beklenmektedir.

Bu kapsamda, **Vesayet Yerine Yetişkinlerin Korunması Hukuku Değişiklik Önerisi** hazırlanmış olup, ekte sunulmuştur (**EK-1).**

Yine, **Yetişkinleri Koruma Hukukuna İlişkin Genel Değerlendirme** konusundaki metin ekte sunulmuştur **(EK-2).**

- Yetişkinlerin korunması hukukunun ortaya çıkış nedenleri ve Avrupa ülkelerinde özellikle İsviçre'de yaşanan gelişmelerin TMK'nın **Vesayete İlişkin Hükümleri** Üzerinde Olası Etkileri konusunda ayrıntılı sunum ekte olup; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararını dikkate alan bazı ülkeler, **kişisel melekelerinde zayıflık ya da yetersizlik** bulunan yetişkinlerin korunması amacıyla iç hukuk kurallarını yeniden düzenlemişlerdir.

Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Yeni Kayyımlık Türleri

• **Refakat Kayyımlığı (İMK m. 393):** İlgili kişinin fiil ehliyetini sınırlandırmaz.

• **Temsil Kayyımlığı (İMK m. 394-395):** YKM ilgili kişinin fiil ehliyetini sınırlandırabilir.

• **Katılım Kayyımlığı (İMK m. 396):** Belli işlemler bakımından ilgili kişinin fiil ehliyeti kanun gereği sınırlandırılır.

• **Kapsamlı Kayyımlık (İMK m. 398):** Ayırt etme gücünün sürekli olarak kaybedildiği hallerde tesis edilir, ilgili kişinin fiil ehliyeti kanun gereği ortadan kalkar.

- Vesayete ilişkin hükümlerin yeniden ele alınması önem arz etmekte, bu konuda İsviçre Medeni Kanunundan yararlanılabilir. (Bu kapsamda ekteki **Taslak** metin hazırlanmıştır.) Konunun anlatımı için 2 ayrı sunum da hazırlanmış ve ekte sunulmuştur.

- **Sağlık Bakanlığı** temsilcisi tarafından, söz konusu Taslak metnin doktor-hasta çekişmesini artırabileceği, bu çekişmeyi asgari düzeye getirecek önlemlerin alınmasının önemli olduğu vurgulandı.

- **Sulh Hukuk Hakimi** tarafından, söz konusu yeni yapının ciddi bir maliyetinin olacağı olmakla birlikte, kurumsallığa katkı sağlayacağı da ifade edilmiştir.

- Taslak çalışmanın geniş katılımlı (Sağlık Bakanlığı, Aile Bakanlığı, TTB, Yargı mensupları) **komisyonu** tarafından çalışma yapılmasının önem arz ettiği ifade edildi.

Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasında Mevzuattan ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar

Görüş ve Öneriler:

- AB direktifleri kapsamında, bu konunun insan hakları ve insan haklarının korunması açısından ele alınmalıdır.

Derneklerin Kurulmasına İlişkin Mevzuatın Örgütlenme Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi

Görüş ve Öneriler:

Anayasanın 33. maddesi dernek kurma hürriyetini düzenlemekte olup; maddeye göre herkes önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma veya üyelikten ayrılma hakkına sahiptir. Aynı madde ile kişilerin bir derneğe üye olmasına veya dernekte üye kalmasına zorlanmaları da yasaklanmıştır.

Hem Türk Medeni Kanununda hem de Dernekler Kanununda, Anayasada yer alan örgütlenme özgürlüğü ilkesi gözetilerek, derneklere ilişkin hükümlerin yeniden gözden geçirilmesinin uygun olacağı ifade edilmiştir.

Tüzel Kişilerin Adil Yargılanma ve Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında Yaşadıkları Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Görüş ve Öneriler:

-AYM ve AİHM, tüzel kişilerin de adli yardım koşulları var ise yararlanmaması durumunda ihlal kararları verilmiş olup, bu konuda açık yasal düzenleme yapılmasının uygun olacağı.

-**Kat Mülkiyetine** tabi olan/olmayan taşınmazlarda, tüm hissedarların (kat malikleri kurulunun) **taraf olması** zorunluluğu, hak ve alacakların

korunmasını, mahkemeye erişimini zorlaştırmak olup, bu konuda yasal değişiklik yapılması düşünülebilir mi?

-Çok bloklu ve çok katlı binalarda, böyle bir düzenlemenin uygun olacağı...

-Uygulamada, Yargıtay kararları nedeniyle "**site yönetiminin**" pasif husumet ehliyeti olmaması, mahkemeye erişim engeli olduğu, yasal düzenlenmenin gerektiği değerlendirilmelidir.

-Feshedilmiş ve tasfiyeye karar verilmiş şirketler için UYAP ta **uyarı** verilmesinin, *(tıpkı ölü kişilerin ekranda uyarı olarak gösterilmesi gibi)* bu şirket hakkı sahiplerinin savunma haklarına katkı verecektir.

Unutulma Hakkı ve Kişilik Hakkının Korunmasında Güncel Sorunlar

Görüş ve Öneriler:

UNUTULMA HAKKI:

- Unutulma hakkı; Kişiye ait kişisel ve özel bilgilerin (**kimlik bilgisi, sağlık geçmişi, adli sicil kaydı** vs), internet üzerinden yayınlanmasının engellenmesini, arama motorlarında tutulmamasını istemeyi ifade eder.

Kişisel veri, sınırlı sayıda olmayıp, sadece özel hayat ve bilgi ile de sınırlı değildir. *(Literatüre AB Adalet Divanı- Google &Gonzalez kararı ile girmiştir.)*

- Unutulma hakkı yönünden Anayasanın 20. Maddesi yeterli olduğu. (bir görüş)

- AYM Kararına göre, kişiye geçmişte yaşanılan ve istenilmeyen hadiselerin unutulmasını isteme hakkı olduğu.

- Unutulma hakkı ilk olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi (1983), İsviçre Medeni Kanunu 28. maddesinde geçtiği.

- AYM Kararına göre; özel hayatın gizliliği kapsamında unutulma hakkına değinilmiştir.

- AYM kararlarına göre, belirli bir **süre kriteri,** 3-5 yıl az görülmüş, 11 yıl yeterli görülmüş; Yargıtay'a göre ise 4 yıl için unutulma hakkını istemenin yeterli olduğunu.

- Küçük **yaş kriteri** ile unutulma hakkı üstün tutulabilir, (Örneğin, 14 yaşında çocuk ise)

- Unutulma hakkının, Türk Medeni Kanununda ayrıca ve açıkça düzenlenmesinin gerekmediği ifade edildi.

-Adli sicil kayıtları, unutulma hakkı kapsamında değildir, ancak bunun kamuya açık olması halinde bu kapsamda değerlendirilmesinin uygun olacağı.

-Mağdur şahsın isminin açıkça yayımlanması, kişilik hakkının ihlaline konu. (HGK)

-Ülkemizde unutulmayı isteme hakkı hem **öğreti** hem de **yargı** ve **idari** alanında (AYM 2013 tarihli karar, Yargıtay ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararları ile) gelişme sağlanmıştır.

-Avrupa Birliğinde "Genel veri koruma Tüzüğü" karşılığı, ülkemizde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile ülkemizde yer almakta olup, ayrıca Türk Medeni Kanununa eklenmesi uygun değil.

-Unutulma hakkı önerisi medde önerisi; Unutulma hakkı geçmişte hukuka uygun olarak yapılmış kişisel verilerin zamanla meydana gelen değişiklikler nedeniyle kamuya sunulmasının kısıtlanması yetkisini veren haktır. Veri sahibinin kendisi ile ilgili kişisel verilerin herhangi birini gecikmeye mahal vermeksizin silinmesini talep etme hakkı bulunur ve aşağıdaki hallerden birinin geçerli olması durumunda kişisel verilerin herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin **silme yükümlülüğü** bulunur.

a) Kişisel verilerin toplama veya işleme amacıyla ilgili olarak artık gerekli olmaması.

b) Veri sahibinin işleme faaliyetine itirazda bulunması ve işleme faaliyetine yönelik ağır basan meşru bir gerekçe bulunmaması ya da veri sahibinin işleme yönelik itirazda bulunması.

c) Veri sahibinin işleme faaliyetinin dayandığı izni geri çekmesi ve işleme faaliyetiyle ilgili başka bir yasal gerekçe bulunmaması.

d) Kişisel verilerin yasa dışı işlenmiş olması.

e) Kişisel verilerin atıfta bulunulan bilgi toplama hizmetlerinin sağlanması ile ilgili toplanmış olması.

Basın ve İfade Özgürlüğü: Şeref ve itibarın korunmasında, ad ve ismin korunması ile unutulma hakkı önemli, bir anda tüm ülkeye yayılabilir, basına konu olabilir. Görünür gerçekliğe uygun ise basın özgürlüğü korunmalı. Ancak, basın özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması dengesinde; sonradan gerçek olmadığı anlaşılan kişinin isminin şerefinin korunması için, tüm arama motorlarından çıkarılmasını unutulma hakkı kapsamında isteyebilmesi mümkündür.

İfade özgürlüğü; Twiter, Wikipedia AYM kararı ile ifade özgürlüğü kapsamına erişim engelinin kaldırılmasına karar verildiği.

Alman Anayasası 19/3. maddesi ile "**yerli**" ile sınırlandırılmış olup, yabancılar yönünden kişisel hakların korunmasında yetersiz olduğu.

Ülkemiz anayasasında "Herkes" olarak düzenlenmiş olup, bizde de sınırlandırılabilir (görüş).

AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI:

Mutlak hak mıdır, nispi hak mıdır? (Bunun sonucuna göre 3. Kişi ile eşlerin aldatılması içtihadı birleştirme kararı değişebilir. (Farklı görüş ise; İçtihadı birleştirme kararında, eşlerin sadakat yükümlülüğü dışında 3. kişinin doğrudan haksız fiili olması halinde, 3. Kişiye dava yöneltilmesine engel bir durum olmadığı.)

Anayasa, ve uluslararası düzenlemeler olup, Anayasaya göre kişilik hakkı olup, mutlak hak olduğu görüşü, Türk aile yapısına daha uygundur. **Türk Medeni Kanununa bu konuda açık düzenleme konulabilir.**

BİR KİŞİLİK DEĞERİ OLARAK AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI

Prof. Dr. Murat TOPUZ[1]

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre saygı, değeri, üstünlüğü, yaşlılığı, yararlılığı, kutsallığı dolayısıyla bir kimseye, bir şeye karşı dikkatli, özenli, ölçülü davranmaya sebep olan sevgi duygusu, hürmet, ihtiram demektir. Ayrıca, başkalarını rahatsız etmekten çekinme duygusu olarak da zikredilmektedir. Bir şeye veya kimseye saygı hissi besleniyorsa ona saygı duyuluyor demektir. Aile, toplumun çekirdeğidir. Aile yaşamın her evresinde hayat boyu devam eden bir ilişki olarak kabul edilmektedir. Aile toplumun devamlılığı için vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Aile yaşamına saygı hakkı, mevcut bir aile yaşamının korunması ile ilgilidir. Bu hak açıkça Anayasa m. 20/1 de düzenlenmiştir. Buna göre, **herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.** Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Bu düzenleme AİHS m.8'deki aile yaşamının gizliliğine dokunulmaması hakkının karşılığıdır. Aile yaşamına saygı hakkı Anayasa'da "özel hayatın gizliliği" başlığı altında incelenmiştir. Anayasa'nın 41. Maddesi de ailenin korunmasını düzenlemiştir. Buna göre, "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar…*". Aile yaşamı kapsamında saygı gösterilmesi gereken hususular, eşler arasındaki ilişkiler, çocukla ebeveyn arasındaki ilişkiler, soybağı, velayet, soyadı, miras hakkı, hısımlar arasındaki ilişkileri, üreme, evlat edinme gibi hususları kapsamaktadır. Aile den kasıt hem geniş aile hem de dar aile yaşamını kapsamaktadır. Aile yaşamına saygı hakkının, koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkileri, henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkileri, homoseksüeller ve partnerleri arasındaki, çocuklu olsun veya olmasın ilişkileri, Özel hayat, bir evcil hayvan ve sahibi arasındaki ilişkiyi kapsamadığı belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi aile yaşamındaki temel ilişkinin kadın ve erkek arasındaki ilişkisi ile ebeveyn ve çocuk ilişkisi olduğuna dikkat çekmiştir. Aile ilişkisi gerçek kişiler için doğumdan itibaren başlar ve koruma altına alınır. Aile hukukunda ilişki tipleri sınırlı sayıdadır. Kurallar çoğunlukla emredicidir. Ailede zayıflar ve çocuklar korunur. Aile ilişkilerine devlet müdahalesi üst seviyededir. Aile hukukunda şekilcilik hakimdir. Yine aile hukukunda hakime geniş takdir yetkisi verilmiştir. Aile yaşamına saygı hakkı aynı zamanda ailenin ekonomik bütünlüğünü de kapsamaktadır.

[1] Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

Madde Önerisi:

TMK m. 185' bir fıkra daha eklenerek, **"Aile yaşamına saygı göstermek esas olup herkes gerek kendisi gerekse başkasının aile birliğini tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmak zorundadır."** şeklinde bir düzenleme getirilebilir.

1. Kişilik Hukukundan Kaynaklanan Diğer Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Görüş ve Öneriler:

- Kişisel hakların ihlalinde manevi tazminatının miktarının çok düşük takdir edildiği, olayın mağduriyetinin manevi zararını tam olarak karşılamadığı belirtilmektedir. *(Somut bir dosya özelinde böyle bir yargıda bulunulmuştur.)*

SAĞLIK HUKUKU

- Uluslararası düzenlemeler "Biyoloji ve tıbbın uygulanması Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi)", Ülkemiz sözleşmeye taraf olup, çocuk üzerinden organ ve doku alınamaz hükümlerine çekince koyarak imzalanmıştır.

- İç hukukta sağlık hukuku alanında temel kanun bulunmakla birlikte uygulama yönetmelik ve tebliğler ile düzenlenmiştir.

- Tebliğler ve yönetmelikler, normlar hiyerarşisine aykırı olduğu, örneğin ONAM FORMU alt düzenleyici işlemlerle getirilmiştir.

- Yapay zekâ konusunda yeni bir mevzuat getirilmeli, kişilik hukuku bağlamında ayrıca tartışılmalı, ülkemize uygun özellikler gözetilmeli. (Ancak bu konu Türk Medeni Kanunu kapsamında mı özel mevzuat kapsamında mı düzenlenmeli mi, tartışılmalı)

Madde Önerisi:

Türk Medeni Kanununun madde 24. Ek fıkra:

"Tıbbi müdahalelerde hastanın onamı gerekir. Hastanın onam verme yeteneğinin bulunmadığı hallerde, onam hastanın yasal temsilcisinden alınır. Hastanın, yaşam bütünlüğünün ciddi anlamda tehlike anlamda bulunduğu hallerde bu onam aranmaz. Bu onam, kanunda yer alan ayrık hükümler hariç her hangi bir şekle tabi değildir."

Gerekçe: Eklenecek olan fıkra ile birlikte TMK, 1219 sayılı Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliğinde yer alan düzenlemeler arasındaki uygulama farklılıklarının giderilmesi amaçlanmaktadır.

Mevzuat ve Uygulamadan Kaynaklanan Diğer Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Görüş ve Öneriler:

- Anayasa Mahkemesinin (AYM) kararları (ihlal kararları dâhil); yasama, yürütme ve yargı organları yönünden bağlayıcıdır.

- AYM kararlarına uyulmamasının ceza teşkil edilip edilmediği ayrıca değerlendirilebilir.

AYM kararlarının, adil yargılamanın teminatı olduğu açıktır.

EVLİLİK YAŞI VE ERGİN KILINMA

- Evlilik yaşının gözden geçirilerek, yükseltilmesi gerektiğini, erken yaşta evlilikte mutlak butlan davası açılabilmesinde sürenin uzatılmasının, çocukların korunmasına katkı sağlayacağı...

- Aynı yöndeki görüş, taraf olduğumuz sözleşmeler gözetilerek evlilik yaşının yükseltilmesinin uygun olacağı.

- Farklı görüş ise, yaş yükseltmenin çözüm olmayacağı, ancak ortaöğretim ve özellikle lise çağlarında verilecek eğitimlerle çocukların bilinçli olması gerektiği...

EK-1

PROF. DR. CEVDET YAVUZ
PROF. DR. FULYA ERLÜLE
PROF. DR. MURAT TOPUZ

TARAFINDAN HAZIRLANAN;

TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN "AİLE HUKUKU" BAŞLIKLI ÜÇÜNCÜ KİTABININ "VESAYET" BAŞLIKLI ÜÇÜNCÜ KISMININ "YETİŞKİNLERİN KORUNMASI" BAŞLIĞI ŞEKLİNDE DÜZENLENMESİ HUSUSUNDA DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

BİRİNCİ BÖLÜM
KİŞİSEL VE YASAL TEDBİRLER

BİRİNCİ AYIRIM
KİŞİSEL TEDBİRLER

A. İşlerini Gerektiği Gibi Yönetememe Nedeniyle Vekâlet

I. Kural

Madde 396.- Fiil ehliyetine sahip olan her gerçek kişi, ayırt etme gücünden yoksun kalması halinde, malvarlığının yönetimi ya da üçüncü kişilerle hukuki ilişkilerde temsili hususlarında, kendisine kişisel yardım sağlamak üzere bir gerçek veya tüzel kişiyi vekil olarak görevlendirebilir.

Bu kişi, vekiline vermeyi tasarladığı görevleri tanımlar ve bu görevleri nasıl ifa edeceğine ilişkin gerekli talimatları önceden verebilir.

Bu kişi, vekilinin bu görevler için uygun olmaması, vekâleti kabul etmemesi veya vekâlete son vermesi durumları için, yedek çözümler öngörebilir.

II. Kurulması ve Geri Alınması

1. Kurulması

Madde 397.- Vekâlet, kişinin el yazısı ile yazılmalı veya resmi şekilde verilmelidir.

El yazılı vekâlet, baştan sonuna kadar vekâlet veren tarafından el yazısı ile yazılmalı, tarih atılmalı ve imzalanmalıdır.

İlgili, vekâlet düzenlediğini ve tevdi yerini Merkezî veri tabanı ve Kimlik Paylaşımı Sistemini de kapsayan Merkezî Nüfus İdaresi Sisteminine kaydedilmesi için Nüfus İdaresine başvurabilir.

2. Geri Alınması

Madde 398.- Vekâlet veren, vekâletin kurulmasına ilişkin şekillerden birine uyarak vekâleti her zaman geri alabilir.

Vekâlet veren, belgeyi yok ederek de vekâleti geri alabilir.

Vekâlet veren, önceki vekâleti ortadan kaldırmaksızın yeni bir vekâlet yaparsa, kuşkuya yer bırakmayacak surette önceki vekâleti tamamlamadıkça, sonraki vekâlet onun yerini alır.

III. Geçerliliğin Tespiti ve Kabul

Madde 399.- Yetişkinleri Koruma Makamı, bir kişinin ayırt etme gücünden yoksun hale geldiğini öğrenirse ve bir vekâletin bulunup bulunmadığını da bilmiyorsa, bilgi almak üzere Nüfus İdaresine başvurur.

Bir vekâlet varsa Yetişkinleri Koruma Makamı;

1. Vekâletin geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığını,

2. Vekâleti gerekli kılan koşulların oluşup oluşmadığını,

3. Vekilin bu görevler için uygun olup olmadığını ve

4. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin başka önlemlerin gerekli olup olmadığını inceler.

Vekil, vekâleti kabul ederse, Yetişkinleri Koruma Makamı, Türk Borçlar Kanunun vekâlete ilişkin hükümlerinden doğan yükümlülüklerine dikkatini çeker ve sahip olduğu yetkileri gösteren belgeyi ona verir.

IV. Yorum ve Tamamlama

Madde 400.- Vekil, Yetişkinleri Koruma Makamından vekâletin yorumlanmasını ve yan noktalarının tamamlanmasını isteyebilir.

V. İfa edilmesi

Madde 401.- Vekil, vekâlet çerçevesinde vekâlet vereni temsil eder ve Borçlar Kanununun vekâlete ilişkin hükümlerine göre görevlerini özenle yerine getirir.

Vekâlet kapsamında yer almayan işlerin gerçekleştirilmesi gerekiyor veya bir hususta vekilin menfaatleri vekâlet verenin menfaatlerine aykırı düşüyorsa, vekil Yetişkinleri Koruma Makamını derhal bilgilendirir.

Menfaatler çatışması söz konusu olduğunda vekilin yetkileri kendiliğinden sona erer.

VI. Ücret ve Masraflar

Madde 402.- Vekilin alacağı ücrete ilişkin vekâlette bir düzenlemeye yer verilmemişse, Yetişkinleri Koruma Makamı, vekilin görevlerinin kapsamı haklı gösteriyor veya bu görevler teamüller gereği ücretsiz olarak yerine getirilmekte ise uygun bir ücret belirler.

Ücret ve zorunlu masrafların ödenmesi vekâlet verenin yükümlülüğündedir.

VII. Fesih

Madde 403.- Vekil, vekâleti iki aylık fesih süresine riayet ederek, Yetişkinleri Koruma Makamına yazılı olarak bildirmek suretiyle her zaman feshedebilir.

Vekil haklı sebeplerin varlığı halinde vekâleti derhal feshedebilir.

VIII. Yetişkinlerin Korunması Makamının Müdahalesi

Madde 404.-Vekâlet verenin menfaatleri zedelenmiş veya zedelenme tehlikesi varsa, Yetişkinleri Koruma Makamı kendiliğinden veya vekâlet verenin bir yakınının talebi üzerine gerekli tedbirleri alır.

Yetişkinleri Koruma Makamı vekile talimatlar verebilir, özellikle vekâlet verenin mallarının bir defterinin tutulmasını emredebilir, hesapların ve raporların dönemsel olarak sunulmasını isteyebilir veya yetkilerini tamamen ya da kısmen kaldırabilir.

IX. Ayırt Etme Gücünün Tekrar Kazanılması

Madde 405.- Vekâlet veren ayırt etme gücünü tekrar kazanırsa vekâlet kendiliğinden sona erer.

Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür.

Vekilin, sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden, vekâlet veren sözleşme devam ediyormuş gibi sorumludur.

B. Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar

I. Kural

Madde 406.- Ayırt etme gücüne sahip kimse, ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda hangi tıbbi işlemleri onayladığını veya onaylamadığını önceden verdiği talimatlar ile belirleyebilir.

Ayırt etme gücüne sahip kimse, aynı zamanda, ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda müdahalede bulunacak hekim ile tıbbi işlemler hakkında konuşacak ve onun adına karar verecek olan bir gerçek kişiyi de belirleyebilir. Ayırt etme gücüne sahip kişi, belirlediği kişiye talimatlar da verebilir.

Ayırt etme gücüne sahip kimse, belirlediği kişinin bu görevler için uygun olmadığı, vekâleti kabul etmediği ya da onu feshettiği hallerde, ikame tasarruflarda bulunabilir.

II. Kurulması ve Geri Alınması

Madde 407.- Önceden verilen talimatlar yazılı olarak düzenlenmeli, talimat veren tarafından tarih atılmalı ve imzalanmalıdır.

Önceden talimat veren, talimat verdiğini ve talimatının tevdi yerini sigorta kartına işletebilir. Federal meclis özellikle verileri girme konusunda gerekli düzenlemeleri yapar.

İşlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâletin geri alınmasına ilişkin hükümler önceden verilen talimatlarda da uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

III. Ayırt Etme Gücünden Yoksunluğun Ortaya Çıkması

Madde 408.- Bir hekim ayırt etme gücü bulunmayan bir kişiyi tedavi ediyorsa ve hastanın önceden talimat verip vermediğini bilmiyorsa bu durumu sigorta kartında açıklar. İvedi haller saklıdır.

Önceden verilen talimatlar, kanunun hükümlerine aykırı ise veya hastanın özgür ya da varsayılan iradesine uygun olmadığı hususunda esaslı bir tereddüt bulunuyor ise hekim, talimatları yerine getirmez.

Önceden verilen talimatların yerine getirilmediği durumlarda hekim, hasta dosyasında talimatlara uymama sebeplerini açıklar.

IV. Yetişkinlerin Korunması Makamının Müdahalesi

Madde 409.-Hastanın her hangi bir yakını aşağıdaki durumlardan biri gerçekleşmişse Yetişkinleri Koruma Makamına yazılı olarak başvurabilir:

1. Hastanın talimatlarına uyulmamakta ise;
2. Hastanın menfaatleri zedelenmekte veya tehlikeye düşmekte ise;
3. Önceki talimat hastanın özgür iradesini ifade etmiyorsa.

İşlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâletteki Yetişkinleri Koruma Makamının müdahalesine ilişkin hükümler, önceden verilen talimatlarda da uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

İKİNCİ AYIRIM
YASAL TEDBİRLER

A. Eşler Tarafından Temsil

I. Temsil Yetkisinin Koşulları ve Kapsamı

Madde 410.- Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişi, işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlet vermemiş ve bu kişinin bir kayyımlık aracılığıyla temsili sağlanamamakta ise, onun eşi, ayırt etme gücü bulunmayan ile birlikte yaşamakta veya bu kişiye düzenli olarak kişisel yardım sağlamakta ise yasal temsil yetkisine sahiptir.

Temsil yetkisi aşağıdaki işlemleri kapsar;

1. Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin ihtiyaçlarını karşılamada zorunlu olan her türlü hukuki işlemler;
2. Gelirlerinin veya diğer malvarlıklarının olağan yönetimi;
3. Zorunluluk varsa postalarının öğrenilmesi ve gereğinin yapılması.

Eş malvarlığı değerlerinin olağanüstü yönetim kapsamına giren hukuki işlemler için Yetişkinleri Koruma Makamının onayını almalıdır.

II. Temsil Yetkisinin Kullanılması

Madde 411.- Türk Borçlar Kanununun vekâlete ilişkin hükümleri temsil yetkisinin kullanılmasına uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

III. Yetişkinlerin Korunması Makamının Müdahalesi

Madde 412.-Temsilin koşullarının gerçekleşmesi hususunda bir tereddüt varsa, Yetişkinleri Koruma Makamı temsil yetkisi hakkında karar verir; duruma göre eşe yetkilerini gösteren bir belge verir.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin menfaatleri zedelenmekte veya tehlikeye düşmekte ise, Yetişkinleri Koruma Makamı, bir yakının talebi üzerine ya da kendiliğinden, eşin temsil yetkisini kısmen ya da tamamen ortadan kaldırabilir veyahut bir kayyımlık kurar.

B. Tıbbi Alanda Temsil (Sağlık Alanında Temsil Edilme)

I. Tedavi Planı

Madde 413.- Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişi, önceden verdiği talimatlarla tedaviye ilişkin bir düzenlemede bulunmamışsa, müdahaleyi gerçekleştirecek hekim, gerekli tedaviyi, tıbbi önlemlerde temsil yetkisi olan kişinin katılımıyla planlar.

Hekim, temsil yetkisine sahip olan kişiyi öngörülen tıbbi tedbirler açısından bütün durumlar hakkında, özellikle de tıbbı müdahalenin sebebi, amacı, türü, yöntemi, riskleri, yan etkileri, masrafları, tedavinin yapılmamasının sonuçları ve alternatif tedavi imkânları hakkında bilgilendirir.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişi mümkün olduğu ölçüde karar verme sürecine katılır.

Tedavi planı süre gelen gelişmelere uyarlanır.

II. Temsilciler

Madde 414.- Ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi temsile ve hekimin ayakta veya yatarak gerçekleştirmeyi tasarladığı tıbbi tedaviye onay verip vermemeye yetkili kişiler sırasıyla aşağıda sayılmıştır:

1. İşlerini yönetememe sebebiyle vekâlette veya önceden verilmiş talimatta belirlenmiş kişi;
2. Tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi temsil ile görevlendirilen kayyım;
3. Ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle birlikte yaşayan veya ona düzenli olarak kişisel destek sağlayan eş;
4. Ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle birlikte yaşayan veya ona düzenli olarak kişisel destek sağlayan kişi;
5. Ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle birlikte yaşayan veya ona düzenli olarak kişisel destek sağlayan alt soyu;
6. Ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle birlikte yaşayan veya ona düzenli olarak kişisel destek sağlayan ebeveyn;
7. Ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle birlikte yaşayan veya ona düzenli olarak kişisel destek sağlayan kardeşleri;

Birden fazla temsilcinin bulunması halinde hekim, iyiniyetli olarak, temsilcilerden her birinin diğerlerinin onayı ile hareket ettiğini varsayabilir.

Önceden verilmiş talimatla düzenlenme yapılmayan durumlarda temsilci, ayırt etme gücünden yoksun kişinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak karar vermekle yükümlüdür.

III. İvedi Durumlar

Madde 415.- İvedi durumlarda hekim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak tıbbi tedavileri gerçekleştirir.

IV. Psikolojik Bir Rahatsızlığın Tedavisi

Madde 416.- Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin psikolojik rahatsızlık sebebiyle bir psikiyatri kurumuna yerleştirilerek tedavi edilmesi, yardım amaçlı kurumlar hakkındaki hükümlere tabidir.

V. Yetişkinlerin Korunması Makamının Müdahalesi

Madde 417.-Yetişkinleri Koruma Makamı, ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi temsile yetkili birinin bulunmadığı ya da temsile yetkili kişilerden hiç biri onu temsil etmeyi istemediği hallerde bir temsil kayyımı atar.

Yetişkinleri Koruma Makamı, aşağıdaki durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde temsilci atar veya temsil kayyımlığı kurar:

1. Temsilcinin kim olduğu açıkça anlaşılamamakta ise;
2. Temsile yetkili kişiler birbirlerinden farklı görüşlere sahip ise;
3. Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin menfaatleri zedelenmekte veya menfaatlerinin zedelenme tehlikesi varsa.

Yetişkinleri Koruma Makamı, hekimin, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin bir başka yakınının talebi ile veya kendiliğinden müdahalede bulunur.

C. Kişinin Bakım-Sağlık Kurumuna Yerleştirilmesi

I. Bakım Sözleşmesi

Madde 418.- Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişi, bir Bakım-Sağlık Kurumunda uzun bir süre kalacak olursa, yazılı olarak yapılacak bakım sözleşmesinde, kurumun hangi edimleri yerine getireceği ve ücretin belirlenmesi gerekir.

Kurum tarafından yerine getirilecek olan edimlerin belirlenmesinde olanak bulundukça ilgili kişinin istekleri de dikkate alınır.

Bakım sözleşmesinin kurulmasında, değiştirilmesinde ya da sona erdirilmesinde, ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi kimin temsile yetkili olduğunun belirlenmesinde, tıbbi alanda temsile ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

II. Hareket Serbestisini Sınırlayan Tedbirler

1. Koşulları

Madde 419.- Kurum, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin hareket özgürlüğünü, sadece tedbirlerin yeterli olmaması veya yetersiz kalacağının başından belli olması ve bu sınırlamanın aşağıdaki hallere yönelik olması koşulu ile sınırlandırabilir;

1. İlgili kişinin veya üçüncü kişinin yaşamını ya da beden bütünlüğünü ciddi şekilde tehlikeye düşüren durumları önlemeye yönelikse veya

2. Toplum hayatındaki ciddi bir rahatsızlığı ortadan kaldırmaya yönelikse.

İlgili kişiye, önceden, tedbirin niteliği, sebepleri, muhtemel süresi ve bu süre esnasında kendisine bakacak kişinin adı bildirilir. İvedi haller saklıdır.

Tedbir olanak bulunur bulunmaz kaldırılır; her durumda tedbirin haklılığı düzenli aralıklarla incelenir.

2. Protokol ve Bilgilendirme

Madde 420.- Hareket özgürlüğünü sınırlandıran her tedbir protokol ile düzenlenir. Bu protokolde özellikle; tedbire karar veren kişinin adı ile tedbirin amacı, türü ve süresi yer alır.

Tıbbi alanda ilgili kişiyi temsile yetkili kişi, hareket özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin tedbir konusunda bilgilendirilir; bu kişi protokolü her zaman inceleyebilir.

Kurumu denetleyen kişiler de protokol hakkında bilgi sahibi olmaya yetkilidir.

3. Yetişkinleri Koruma Makamının müdahalesi

Madde 421.- İlgili kişi ya da yakınlarından biri her zaman hareket özgürlüğünün sınırlandırılması tedbirine karşı, kurumun bulunduğu yerdeki Yetişkinleri Koruma Makamına yazılı olarak itiraz edebilir.

Yetişkinlerin korunması makamı, tedbirin yasal düzenlemelere uygun olmadığını tespit ederse, tedbiri değiştirebilir, kaldırabilir veya yetişkinlerin korunmasına ilişkin bir başka tedbire karar verebilir. Zorunluluk varsa bu durumdan kurumun denetim makamını bilgilendirir.

Yetişkinleri Koruma Makamının bir karar verilmesine ilişkin her talep derhal denetim makamına iletilir.

III. Kişiliğin Korunması

Madde 422.- Kurum, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kişiliğini korur ve mümkün olduğunca kurum dışı kişilerle ilişki kurmasını destekler.

İlgili kişinin dışarıdan her hangi bir yardım görmemesi durumunda Kurum, Yetişkinleri Koruma Makamını durumdan bilgilendirir.

Haklı sebepler aksini göstermediği sürece ilgili kişiye hekim seçme özgürlüğü sağlanır.

IV. Kurumların Denetimi

Madde 423.- Kantonlar, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, ayırt etme gücü bulunmayan kişileri kabul eden kurumları Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı denetlemekle yükümlüdürler.

İKİNCİ BÖLÜM
KORUMA MAKAMINCA ALINACAK TEDBİRLER

BİRİNCİ AYIRIM
GENEL ESASLAR

A. Amaç

Madde 424.- Yetişkinleri Koruma Makamı tarafından alınan tedbirler ile yardıma muhtaç kişinin bakımı ve korunması sağlanır.

Bu tedbirlerde, olanak bulundukça kişinin kendi kararlarını kendisinin vermesine dikkat edilir ve kişi bu konuda özendirilir.

B. İkincillik ve Orantılılık

Madde 425.- Yetişkinleri Koruma Makamı aşağıdaki durumlarda tedbir alır:

1. Yardıma muhtaç kişiye, ailesi, ya da diğer yakınları veya özel ya da resmî kurumlar tarafından sağlanan yardım yeterli değilse veya önceden yetersizliği anlaşılıyorsa;

2. Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin korunması ve bakım ihtiyacı, kişisel veya yasal tedbirler ile hiç ya da yeterince sağlanmamakta ise.

Yetişkinleri Koruma Makamınca alınacak her tedbir zorunlu ve orantılı olmalıdır.

İKİNCİ AYIRIM
KAYYIMLIKLAR

A. Genel hükümler

I. Koşullar

Madde 426.- Yetişkinleri Koruma Makamı aşağıdaki hallerde ergin kişiye bir kayyım atar:

1. Zihinsel engeli, psişik rahatsızlığı veya kişisel durumunu etkileyen benzer bir durum nedeniyle menfaatlerini kısmen ya da tamamen kendisi koruyamıyorsa;

2. Ayırt etme gücünün geçici olarak kaybından ötürü veya halledilmesi gereken işlerde bizzat kendisinin hazır bulunmamasından dolayı ne kendisi işlerini görebiliyor ne de temsile yetkili bir kişi belirlemişse.

Yetişkinleri Koruma Makamı, yakınların ve üçüncü kişilerin korunmasını ve yükümlülüğünü dikkate alınır.

Kayyımlık, ilgili kişinin veya bir yakının talebi üzerine ya da kendiliğinden kurulur.

II. Görev Alanı

Madde 427.- Yetişkinleri Koruma Makamı, ilgili kişinin ihtiyaçlarına uygun olarak kayyımın görev alanlarını belirler.

Kayyımın görev alanları, kişisel yardımı, malvarlığı idaresi ve üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere ilişkindir.

Kayyım, ilgili kişilerin onayının olmadığı durumlarda, sadece Yetişkinleri Koruma Makamının açık izniyle onun postalarını açabilir ya da ilgili kişilerin konutuna girebilir.

III. Kayyımlık Kurmaktan Vazgeçme

Madde 428.- Kayyımlığın kurulması açıkça orantısız ise Yetişkinleri Koruma Makamı,

1. Özellikle bir hukuki işleme onay verme gibi benzer işleri bizzat kendisi üstlenebilir;

2. Özel görevleri yerine getirmek üzere bir üçüncü kişiye vekalet verebilir;

3. Bazı alanlarda bilgi ve görüş sahibi nitelikli bir kişi veya kurumu belirleyebilir.

B. Kayyımlık Türleri

I. Refakat Kayyımlığı

Madde 429.- Yardıma muhtaç kişinin rızası ile bazı işlerin görülmesinde ona yardım edilmesi gerekiyorsa refakat kayyımlığı kurulur.

Refakat kayyımlığı ilgili kişinin fiil ehliyetini sınırlandırmaz.

II. Temsil Kayyımlığı

1. Genel Olarak

Madde 430.- Yardıma muhtaç kişi, bazı işlerini göremiyor ve bu nedenle temsil edilmesi gerekiyorsa, temsil kayyımlığı kurulur.

Yetişkinleri Koruma Makamı ilgili kişinin fiil ehliyetini uygun şekilde sınırlandırabilir.

İlgili kişi fiil ehliyetini kullanmaya devam etse bile kayyımın hukuki işlemleri ile bağlıdır.

2. Malvarlığının Yönetimi

Madde 431.- Yetişkinleri Koruma Makamı, malvarlığını yönetmesi için bir temsil kayyımlığı kurmuş ise, kayyım tarafından yönetilecek olan malvarlığı değerlerini belirler. Yetişkinleri Koruma Makamı, gelirlerin veya servetin tamamını veya bir kısmını ya da mallar topluluğunu kayyımın yönetimine bırakılabilir.

Yetişkinleri Koruma Makamı başka şekilde kararlaştırmadıkça yönetim yetkisinin kapsamına, yönetilen gelirlerden elde edilen birikimler veya yönetilen malvarlığının getirileri de girer.

Yetişkinleri Koruma Makamı ilgili kişinin fiil ehliyetini sınırlandırmaksızın onun bazı malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırabilir.

Yetişkinleri Koruma Makamı ilgili kişinin bir taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmasını yasaklarsa bu durumu tapu siciline şerh ettirir.

III. Katılım Kayyımlığı

Madde 432.- Yardıma muhtaç kişinin menfaatlerini korumak için onun belli işlemlerini kayyımın rızasına bağlamakta ve bir zorunluluk söz konusu olduğu durumlarda katılım kayyımlığı kurulur.

Bu işlemler bakımından ilgili kişinin fiil ehliyeti kendiliğinden sınırlandırılır.

IV. Karma Kayyımlık

Madde 433.- Refakat, temsil ve katılım kayyımlığı bir arada olabilir.

V. Genel Kapsamlı Kayyımlık

Madde 434.- Bir kişi ayırt etme gücünün sürekli kaybından ötürü özellikle yardıma muhtaç ise genel kapsamlı kayyımlık kurulur.

Genel kapsamlı kayyımlık, bütün kişisel yardım, malvarlığı yönetimi ve üçüncü kişilerle hukuki ilişkiler alanlarını kapsar.

İlgili kişi fiil ehliyetinden kendiliğinden yoksundur.

C. Kayyımlığın Sona Ermesi

Madde 435.- Kayyımlık ilgili kişinin ölümü ile kendiliğinden sona erer.

Yetişkinleri Koruma Makamı, kayyımlığın devamı gerektiren bir sebep bulunmadığı takdirde, ilgili kişinin veya bir yakının talebi üzerine ya da kendiliğinden kayyımlığı kaldırır.

D. Kayyım

I. Atanma

1. Genel Koşullar

Madde 436.- Yetişkinleri Koruma Makamı, öngörülen ödevleri yerine getirmeye kişisel ve mesleki olarak uygun, bunun için gerekli zamanı ayırabilecek ve görevleri ciddiye alan, bir gerçek kişiyi kayyım olarak atar. Özel durumlarda birden fazla kişi atanabilir.

Haklı sebepler bulunmadığı sürece atanan kişi kayyımlığı kabul etmek zorundadır.

Yetişkinleri Koruma Makamı, kayyıma görevlerini yerine getirebilmede ihtiyaç duyduğu talimatları, tavsiyeleri ve desteği almasını sağlar.

2. İlgili Kişinin veya Yakınlarının İstekleri

Madde 437.- İlgili kişi bir kişiyi kayyım olarak önerir ise Yetişkinleri Koruma Makamı, önerilen kişi kayyımlık için uygun ve kayyımlığı kabul etmeye hazır ise istemi yerine getirir.

Yetişkinleri Koruma Makamı, olanak bulundukça aile bireyleri veya ilgili kişiye yakın diğer kişilerin isteklerini de dikkate alır.

İlgili kişi, bir kişinin kayyımlığına itiraz ederse Yetişkinleri Koruma Makamı, olanak bulundukça istemi yerine getirir.

3. Kayyımlığın Birden Fazla Kişiye Verilmesi

Madde 438.- Kayyımlık birden fazla kişiye verilmişse kayyımlar birlikte görev yapar veya Yetişkinleri Koruma Makamınca içlerinden her birine verilen yetkilere göre ayrı ayrı hareket ederler.

Rızaları bulunmadıkça birden çok kimse kayyımlığı birlikte yürütmekle görevlendirilemez.

II. Kaçınma ve Menfaat Çatışması

Madde 439.- Kayyım görevini yerine getirmekten kaçınırsa veya her hangi bir durumda kayyımın menfaatleri ile ilgili kişinin menfaatleri çatışırsa Yetişkinleri Koruma Makamı ikame bir kayyım atar ya da söz konusu işi kendisi düzenler.

Menfaat çatışmasının varlığı hukuken söz konusu işte kayyımın yetkilerini sona erdirir.

III. Ücret ve Masraflar

Madde 440.- Kayyım, kendisine uygun bir ücretin ve durumun haklı kıldığı masrafların ödenmesini isteyebilir; bu ödemeler ilgilinin malvarlığından karşılanır. Meslekten kayyım söz konusu ise ücret ve masrafların karşılanması işverene aittir.

Yetişkinleri Koruma Makamı ücretin miktarını belirler. Ücret belirlenirken özellikle, kayyıma verilen görevlerin kapsamı ve zorluğu dikkate alır.

E. Kayyımlığın Yürütülmesi

I. Göreve Başlama

Madde 441.- Kayyım görevlerin yerine getirilmesi için gerekli olan bilgileri toplar ve ilgili kişi ile kişisel iletişime geçer.

Kayyımlık malvarlığının yönetimini kapsıyorsa, kayyım Yetişkinleri Koruma Makamı ile iş birliği yaparak derhal yönetilen malvarlığı değerlerinin defterini tutar.

Koşullar gerektirdiği takdirde Yetişkinleri Koruma Makamı, malvarlığının resmî defterinin tutulmasına karar verebilir. Bu defter, miras hukukundaki resmî defterin alacaklılara karşı doğurduğu sonuçları doğurur.

Üçüncü kişiler defterin tutulması için gerekli tüm bilgileri sağlamakla yükümlüdürler.

II. İlgili Kişi ile İlişkiler

Madde 442.- Kayyım görevlerini, ilgili kişinin menfaatini dikkate alarak yerine getirir, olanak bulundukça onun fikirlerini dikkate alır ve onu dinleme gibi varlığını ortaya koyma iradesine saygı gösterir.

Kayyım ilgili kişi ile güven ilişkisi kurmaya, onun zayıflık durumunun kötüleşmesini önlemeye veya zayıflık durumunun etkilerini azaltmaya çalışır.

III. İlgili Kişinin Ayırt Etme Gücüne Sahip Olması

Madde 443.- Ayırt etme gücüne sahip kişi, fiil ehliyeti olmasa bile kişiler hukuku çerçevesinde kendi fiilleriyle borçlanabilir ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabilir.

IV. Malvarlığının Yönetilmesi

1. Görev

Madde 444.-Kayyım malvarlığını özenle yönetir ve bununla ilgili tüm hukuki işlemleri yapar. (MK. 460)

Kayyım özellikle;

1. Üçüncü kişi tarafından borçlanılmış olan edimi kabul edebilir;

2. Bildirilen borçları ödeyebilir;

3. İlgili kişiyi zorunlu hallerde mevcut ihtiyaçlarında temsil edebilir.

Aile ve Sosyal politikalar Bakanlığı, Adalet, İçişleri, Maliye ve Sağlık Bakanlığının görüşlerini almak suretiyle malvarlığının gelirleri ve korunmasına ilişkin usul ve esasları çıkaracağı yönetmelikle belirler.

2. Üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek miktar

Madde 445.- Kayyım, ilgili kişinin malvarlığından uygun bir miktarı onun serbestçe tasarrufuna bırakır.

3. Hesapların tutulması

Madde 446.- Kayyım, hesapları tutar ve hesapları Yetişkinleri Koruma Makamına, makam tarafından iki yıldan az olmamak üzere belirlenecek süre içinde onaması için sunar.

Kayyım ilgili kişiye hesapları gösterir ve talep halinde bir kopyasını verir.

V. Rapor Düzenleme

Madde 447.- Kayyım, Yetişkinleri Koruma Makamına gerekli oldukça, en azından iki yılda bir ilgili kişinin durumu ve kayyımlığın yürütülmesine ilişin bir rapor sunar.

Kayyım raporun hazırlanması süresince olanak buldukça ilgili kişiyi de dahil eder ve talebi üzerine raporun bir kopyasını ona verir.

VI. Yasak işlemler

Madde 448.- Kayyım ilgili kişiyi temsili çerçevesinde kefil olamaz, vakıf kuramaz ve alışılmış hediyeler dışında bağışta bulunamaz.

İlgili kişi ve ailesi bakımından özel değere sahip malvarlığı değerleri mümkün olduğunca devredilmemeye çalışılmalıdır.

VII. Özen ve sır saklama yükümlülüğü

Madde 449.- Kayyım, Türk Borçlar Kanununun vekâlete ilişkin hükümlerine göre görevlerini özenle yerine getirir.

Kayyım, üstün yararı aksini gerektirmedikçe sır saklamak yükümlülüğü altındadır.

Kayyımlık görevlerinin yerine getirilmesi açısından gerekli olduğu takdirde kayyımlık ile ilgili olarak üçüncü kişiler bilgilendirilmelidir.

VIII. Koşulların Değişmesi

Madde 450.- Kayyım, tedbirlerin değiştirilmesini veya sona erdirilmesini gerektiren koşullar hakkında Yetişkinleri Koruma Makamını derhal bilgilendirir.

F. Yetişkinleri Koruma Makamının Katılımı

I. Hesabın ve Raporun İncelenmesi

Madde 451.- Yetişkinleri Koruma Makamı hesapları inceler ve hesapları onar ya da onamaz, gerektiği takdirde bir rapor ister.

Yetişkinleri Koruma Makamı raporu inceler ve gerektiğinde raporun tamamlanmasını ister.

Yetişkinleri Koruma Makamı gerekli gördüğü hallerde ilgili kişinin menfaatlerini koruyacak tedbirler alır.

II. Onay Gerektiren İşlemler (Bkz. MK. 462-463)

1. Kendiliğinden

Madde 452.-Aşağıdaki hallerde kayyım ilgili kişiyi temsil ederken Yetişkinleri Koruma Makamı'nın onayını almalıdır:

1. Ev giderlerinin karşılanması ilgili kişinin konut olarak kullandığı yerlere ilişkin sözleşmenin feshedilmesinde,

2. İlgili kişinin yerleştirilmesine ilişkin sürekli sözleşmelerde,

3. Mirasın kabulü veya reddi için iradenin açıkça ortaya konmasının gerektiği durumlarda ve aynı şekilde miras sözleşmeleri ve mirasın taksimi sözleşmelerinde,

4. Taşınmazların kazanılması, devri ve ipotek edilmesi ve diğer ayni haklarla sınırlandırılmasında, binaların inşası gibi olağan yönetim dışında kalan işlerde,

5. Olağan yönetim kapsamına dahil olmadığı takdirde diğer malvarlığı değerlerinin kazanımı, devir ve rehnedilmesi ve bunlar üzerinde intifa hakkı kurulmasında,

6. Önemli ödünçlerin verilmesi ve kabulü, kambiyo taahhüdü altına girmede,

7. Bir hizmet sözleşmesi ile bağlantılı olarak mesleki güvence kapsamında olmadığı sürece ömür boyu emeklilik, ömür boyu aylık veya gelir bağlama veya ölünceye kadar bakma sözleşmeleri yapılması,

8. Bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması,

9. Acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması,

Ayırt etme gücüne sahip ilgili kişi onayını açıkladığı ve fiil ehliyeti kayyımlık tarafından sınırlandırılmadığı takdirde, Yetişkinleri Koruma Makamının onayı gerekli değildir.

Kayyım ile ilgili arasındaki ücretsiz vekâlet dışındaki sözleşmeler her zaman Yetişkinleri Koruma Makamının onayını gerektirir.

2. Düzenleme

Madde 453.- Yetişkinleri Koruma Makamı haklı sebeplerle başka işlemlerin de kendi onayına tabii olduğunu düzenleyebilir.

3. Onay vermeme

Madde 454.- İşlem, Yetişkinleri Koruma Makamının gerekli onayı olmaksızın yapılmış ise söz konusu işlem ilgili kişi bakımından kişiler hukuku hükümlerine göre yasal temsilcinin onayı olmaksızın yaptığı işlem hükmündedir.

G. Yetişkinleri Koruma Makamının Müdahalesi

Madde 455.- Kayyımın, Yetişkinleri Koruma Makamının vekalet verdiği üçüncü bir kişinin veya kurumun fiillerine karşı ilgili kişi veya onun bir yakını ve menfaati olan ilgili herkes Yetişkinleri Koruma Makamına itiraz edebilir.

H. Yakınlara İlişkin Özel Hükümler

Madde 456.- İlgili kişiye eşi, ebeveyni, altsoyu, kardeşi kayyım olarak atanmışsa, koşullar haklı gösteriyorsa Yetişkinleri Koruma Makamı söz konusu kişileri envanter tutma, rapor hazırlama ve hesap tutma yükümlülüğü ve belli işlemler için onların onayını almaktan tamamen veya kısmen kurtarabilir.

İ. Kayyımın Görevinin Sona Ermesi

I. Kanun Gereği

Madde 457.- Aşağıdaki hallerde kayyımın görevi sona erer:

1. Yetişkinleri Koruma Makamınca uzatılmadığı takdirde, sürenin dolmasıyla,

2. Kayyımlığın sona ermesiyle,

3. Meslek kayyımlığına dayanak teşkil eden iş ilişkisinin sona ermesiyle,

4. Kayyımın ayırt etme gücünü yitirmesi veya bu görevi yerine getirmede yetersiz duruma düşmesi.

II. Görevden ayrılma

1. Kayyımın İsteği Üzerine

Madde 458.- Kayyım en erken dört yıllık resmi görev süresinden sonra ayrılmayı talep edebilir.

Kayyım haklı sebepler varsa dört yıldan önce de ayrılmayı talep edebilir.

2. Diğer Haller

Madde 459.- Aşağıdaki hallerde Yetişkinleri Koruma Makamı kayyımı görevden alabilir:

1. Kayyımın görevleri yerine getirmede yetersiz hale gelmesi,

2. Görevden ayrılma için başka haklı sebeplerin varlığı.

İlgili kişi veya ona yakın bir kişinin talebi üzerine de ayrılma gerçekleşebilir.

III. İşlemlerin devam ettirilmesi

Madde 460.- Yetişkinleri Koruma Makamı başka bir düzenleme yapmadığı sürece kayyım, yenisi göreve başlayıncaya kadar zorunlu işleri yapmakla yükümlüdür. Bu hüküm meslek kayyımlığı söz konusu olduğunda uygulama alanı bulmaz.

IV. Son Rapor ve Kesin Hesap

Madde 461.- Son rapor ve kesin hesap belli zamanlarda verilen rapor ve hesaplar gibi Yetişkinleri Koruma Makamı tarafından incelenir ve onaylanır.

Yetişkinleri Koruma Makamı, son raporu ve kesin hesabı ilgili kişiye veya mirasçılarına veya yeni kayyıma sunar ve bu kişilere sorumluluklarına ilişkin hükümlere dikkatini çeker.

Yetişkinleri Koruma Makamı ayrıca anılan bu kişilere kayyımı görevden alıp almadığını veya son rapor veya kesin hesabı onaylamaktan kaçınıp kaçınmadığını bildirir.

Görev sona erdiğinde kayyım son raporu ve gerektiğinde kesin hesabı Yetişkinleri Koruma Makamına verir. Yetişkinleri Koruma Makamı iş ilişkisi sona erdiği takdirde meslek kayyımını bu yükümlülükten kurtarabilir.

ÜÇÜNCÜ AYIRIM
BAKIM AMACIYLA YERLEŞTİRME

A. Önlemler

I. Tedavi veya Bakım Amacıyla Yerleştirme

Madde 462.- Psikolojik bir rahatsızlığı veya zihinsel bir engeli bulunan ya da bakıma muhtaç olan kişi gerekli tedavisi veya bakım başka şekilde gerçekleştirilemediği takdirde uygun bir kuruma yerleştirilebilir.

Yakınların ve üçüncü kişilerin sorumlulukları ve korunmaları dikkate alınmalıdır.

İlgili kişi yerleştirmeye ilişkin koşullar yerine getirilemediği takdirde kurumdan çıkarılır.

İlgili kişi veya yakını her zaman çıkarılmayı talep edebilir. Bu talep gecikmeksizin yerine getirilir.

II. Kuruma serbest iradesiyle yerleşen kişinin alıkonması

Madde 463.- Psikolojik rahatsızlığı bulunan ve kuruma serbest iradesiyle yerleşmiş olan kişi, kurumdan serbest iradesiyle çıkmak isterse, aşağıdaki hallerde kurumun tıbbı yönetimi tarafından en fazla üç gün boyunca alıkonulabilir:

1. Kendi hayatını tehlikeye sokuyorsa veya

2. Üçüncü kişilerin yaşamlarını veya bedensel bütünlüklerini ciddi şekilde tehlikeye sokuyorsa.

Sürenin geçmesinden sonra ilgili şahıs, icra edilebilir bir yerleştirme kararı olmadığı takdirde kurumu terk edebilir.

İlgili kişinin mahkemeye itiraz edebileceği hususunda yazılı olarak dikkati çekilir.

B. Yerleştirme ve Çıkarmada Yetki

I. Yetişkinleri Koruma Makamı

Madde 464.- Yerleştirmenin düzenlenmesi ve çıkarma hususunda Yetişkinleri Koruma Makamı yetkilidir.

Yetişkinleri Koruma Makamı somut olayın gerektirdiği hallerde kurumdan çıkarılmaya ilişkin yetkisini devredebilir.

II. Hekim

1. Yetki

Madde 465.- Hekim tarafından yerleştirme, Yetişkinleri Koruma Makamının icra edilebilir yerleştirme kararı bulunmadığı takdirde en geç tespit edilen sürenin geçmesiyle sona erer.

Çıkarmaya kurum karar verir.

2. Usul

Madde 466.- Hekim ilgili kişiyi bizzat muayene eder ve onu dinler.

Yerleştirme kararında asgari olarak aşağıdaki hususlar yer almalıdır:

1. Muayenenin yeri ve tarihi,
2. Hekimin adı soyadı,
3. Bulgular, yerleştirmenin gerekçesi ve amacı
4. İtiraz yolları

Hekim veya yetkili mahkeme başka türlü karar vermediği takdirde hukuki yolların erteleyici bir etkisi bulunmamaktadır.

Yerleştirme kararının bir örneği ilgili kişiye, bir örneği de ilgili kişinin kuruma kabul edilmesi sırasında kuruma verilir.

Hekim olanak bulundukça ilgili kişinin bir yakınını yasal olarak yerleştirme ve mahkemeye itiraz etme yetkisi hususunda bilgilendirir.

C. Periyodik İnceleme

Madde 467.- Yetişkinleri Koruma Makamı yerleştirmeden itibaren en geç altı ay sonra koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini ve kurumun yerleştirmeye uygun olup olmadığını denetler.

Yetişkinleri Koruma Makamı sonraki altı ay içinde ikinci bir denetleme yapar. Sonuç olarak Yetişkinleri Koruma Makamı incelemeyi gerekli oldukça ama en az yılda bir defa gerçekleştirilir".

D. Güvenilir Kişi

Madde 468.- Kuruma yerleştirilen herkes bir kişiye kendisini kurumda kaldığı sürece ve herhalde yerleştirme sona erinceye kadar ve tüm bunlarla ilgili hususlarda destekleyecek güvenilir bir kişiyi belirleyebilir.

E. Psikolojik Rahatsızlıkta Tıbbi Önlemler

I. Tedavi Planı

Madde 469.- Psikolojik rahatsızlığı bulunan kişi kuruma yerleştirilecek olursa tedavi uygulayan hekim ilgili kişinin de katılımıyla ve gerektiğinde onun güvendiği kişinin katılımıyla onlara tedavi planını yazılı olarak sunar.

Hekim ilgili kişiye ve onun güvendiği kişiye bütün durumlar hakkında, öngörülen tıbbi tedavi açısından önemli olan, özellikle de tıbbı müdahalenin sebebi, amacı, türü, yöntemi, riskleri, yan etkileri, tedavinin yapılmamasının sonuçları ve alternatif tedavi imkânları hakkında bilgilendirir.

Tedavi planı ilgili kişinin onayına sunulur. Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişi söz konusu ise hastanın önceden verdiği talimatlar dikkate alınmalıdır.

Tedavi planı süre gelen gelişmelere uyarlanır.

II. Onay Alınmadan Gerçekleştirilen Tedavi

Madde 470.- İlgili kişinin onayı alınmamışsa ilgili birimin başhekimi tedavi planında öngörülen tıbbi tedbirleri yazılı olarak aşağıdaki hallerde düzenleyebilir:

1. İlgili kişinin tedavi edilmemesi kişinin sağlığı açısından ciddi bir tehlike yaratıyorsa veya üçüncü kişilerin yaşamı veya beden bütünlüğü ciddi bir tehlike altındaysa,

2. İlgili kişi tedavi gerektiren durum açısından ayırt etme gücünden yoksun ise,

3. Hali hazırda başvurulabilecek uygun bir tedbir bulunmuyorsa.

Söz konusu düzenleme ilgili kişiye itiraz yolları ile birlikte yazılı olarak bildirilir".

III. Zorunlu haller

Madde 471.- Zorunlu herhangi bir durumda ilgili kişinin veya üçüncü kişinin korunmasına ilişkin gerekli tıbbi önlemler de alınabilir.

Kurum tarafından ilgili kişinin ne şekilde tedavi olmak istediği biliniyorsa onun istekleri dikkate alınır.

IV. Çıkma

Madde 472.- Hastalığın nüksetme tehlikesi varsa, tedaviyi üstlenen hekim ilgili kişinin ayrılmasından önce ilgili kişi ile onun kuruma yeniden yerleştirilmesine ilişkin tedavi esaslarını belirler.

Ayrılmaya ilişkin söz konusu görüşme belgelendirilmelidir.

F. Hareket Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin Tedbirler

Madde 473.- İlgili kişinin kurum içerisinde hareket özgürlüğünü sınırlandıran tedbirlere, bakım kurumunda hareket özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Mahkemeye itiraz etme hakkı saklıdır.

G. Mahkemeye müracaat

Madde 474.- İlgili kişi veya onun bir yakını aşağıdaki hallerde yetkili mahkemeye yazılı olarak itiraz edebilir:

1. Hekim kararı ile düzenlenen yerleştirme,
2. Kurum tarafından alıkoyulma,
3. Kurum tarafından çıkarma sebebinin reddedilmesi durumunda,
4. Onay alınmadan bir psikolojik rahatsızlığın tedavisi durumunda,
5. Hareket özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin tedbirlerde,

Mahkemeye itiraz süresi kararın bildirilmesinden itibaren on gündür. Hareket özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin tedbirlerde mahkemeye her zaman başvurulabilir.

Bu itiraz yoluna yargılama usulüne ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde tatbik edilir.

Mahkeme önünde karar alınmasına ilişkin her talep derhal yetkili mahkemeye bildirilmelidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ORGANİZASYON

BİRİNCİ AYIRIM
MAKAMLAR VE YER İTİBARİYLE YETKİ

A. Yetişkinleri Koruma Makamı

Madde 475.- Yetişkinleri Koruma Makamı resmi bir makamdır.

Yetişkinleri Koruma Makamı kararlarını en az üç üye ile alır.

Yetişkinleri Koruma Makamı çocukları koruma makamının görevlerini de yerine getirir.

B. Denetim Makamı

Madde 476.- Denetim makamını Aile ve Sosyal Politikalar belirler.

C. Yer Bakımından Yetki

Madde 477.- İlgili kişinin yerleşim yerindeki Yetişkinleri Koruma Makamı yetkilidir. Derdest bir dava mevcutsa bu durumda yetki yargılamanın sona ermesine kadar devam eder.

Gecikme tehlikesinin bulunduğu hallerde ilgili kişinin bulunduğu yerdeki makam da yetkilidir. Bu makam bir tedbir alacak olursa yerleşim yerindeki makamı bu durumdan haberdar eder.

Kişinin gıyabındaki kayyım hususunda ilgilinin malvarlığının esaslı kısmının yönetildiği veya ilgili kişinin payına düşen yerdeki makam yetkilidir.

Kendisi hakkında tedbir alınan bir kimse yerleşim yerini değiştirecek olursa yeni yerleşim yerindeki makam aksini gerektiren haklı nedenler bulunmadığı sürece bu tedbirleri derhal alır.

İKİNCİ AYIRIM
USUL

A. Yetişkinleri Koruma Makamındaki Usul

I. Yetkili Makamı Bilgilendirme Hakkı ve Borcu

Madde 478.-Herkes yardıma muhtaç gözüken bir kişiyi Yetişkinleri Koruma Makamına bildirme hakkı vardır. Meslek sırrına ilişkin hükümler saklıdır.

Her kim resmi görevi sırasında böyle bir kişiden haberdar olursa yetkili makamı bilgilendirme yükümlülüğü altındadır.

II. Yetki İncelemesi

Madde 479.-Yetişkinleri Koruma Makamı yetkisinin olup olmadığını kendiliğinden inceler.

Kendisinin yetkili olmadığı sonucuna ulaşırsa işi derhal yetkili olduğunu düşündüğü makama gönderir.

Yetkisi konusunda tereddütleri varsa, yetkili olduğunu değerlendirdiği makamla görüş alış verişinde bulunur.

Bu iki makam uyuşamazsa işe ilk el koyan Yetişkinleri Koruma Makamı meseleyi yargı merciine taşır.

III. Geçici Tedbirler

Madde 480.-Yetişkinleri Koruma Makamı süreçte taraf olan bir kişinin talebi üzerine veya kendiliğinden bu süreçte gerekli önlemleri alır. Özellikle de yetişkinlerin korumasına ilişkin bir geçici koruma tedbiri alır.

Özellik arzeden acil durumlarda Yetişkinleri Koruma Makamı geçici tedbirleri, süreçte taraf olan kişileri dinlemeden alabilir. Aynı zamanda süreçte taraf olan kişilere pozisyon alma imkânı verir ve sonra nihai kararı verir.

Geçici tedbirler hakkında verilen kararlara karşı bildirimden itibaren 10 gün içinde itiraz edilebilir.

IV. Temel Yargılama Prensipleri

Madde 481.- Yetişkinleri Koruma Makamı vakaları kendiliğinden araştırır.

Hakim zorunlu delilleri araştırır ve toplar. Yetişkinleri Koruma Makamı üçüncü bir kişiyi veya makamı araştırma yapmakla görevlendirebilir. Zorunlu hallerde bilirkişi raporuna başvurur.

Yetişkinleri Koruma Makamı süreçte taraf olan kişilerin talepleri ile bağlı değildir.

Yetişkinleri Koruma Makamı hukuku kendiliğinden uygular.

V. Dinlenilme Hakkı

Madde 482.- İlgili kişi uygun düştüğü ölçüde bizzat dinlenir.

Bakım amacıyla yerleştirme durumunda Yetişkinleri Koruma Makamı ilgili kişiyi kural olarak heyet teşkil ederek dinler.

VI. İşbirliğine İlişkin Yükümlülükler ve İdari Yardım

Madde 483.- Süreçte taraf olan kişiler ile üçüncü kişiler maddi gerçekliğin ortaya çıkarılmasında iş birliği yapmak zorundadırlar. Yetişkinleri Koruma Makamı, korunması gereken menfaatler için gerekli önlemleri alır. Zorunlu hallerde iş birliği yükümlülüğünün zorla yerine getirilmesine karar verir.

Hekimler, diş hekimleri, eczacılar ve ebeler ile bu kişilerin yardımcıları ancak, ilgili kişi izin vermişse veya üst kurul, YKM'nın talebi ile söz konusu kişileri meslek sırrından kurtarmışsa iş birliği yapmakla yükümlüdürler.

Söz konusu prosedürde adı geçen din görevlileri, avukatlar, müdafiler, arabulucular ve bu dava için atanmış önceki kayyımlar iş birliği yapmakla yükümlü değillerdir.

İdari makam ve mahkemeler, korunmaya değer menfaatler aksini öngörmediği sürece zorunlu belgeleri sağlamakla, resmi raporları düzenlemekle ve talep edilen bilgileri vermekle yükümlüdürler.

VII. Kurum Raporu

Madde 484.- Psikiyatrik bir rapor gerekliyse ve derhal alınamıyor ise, Yetişkinleri Koruma Makamı ilgili kişiyi rapor almak üzere uygun bir kuruma yerleştirir.

Bakım amacıyla yerleştirmeye usulüne ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.

VIII. Temsil

Madde 485.- Yetişkinleri Koruma Makamı gerekli olduğu hallerde ilgili kişinin süreçte temsilini düzenler ve bakım ve hukuki alanda tecrübeli bir kişiyi kayyım olarak atar.

IX. Dosyaların incelenmesi

Madde 486.- Üstün bir menfaat aksini gerektirmedikçe sürece taraf olan kişiler belgeleri inceleme hakkına sahiptirler.

Makam, sürece taraf bir kişinin dosyadan bir belgeyi inceleme hakkını reddederse, yazılı veya sözlü olarak iş için zorunlu unsurları ona açıklamadıkça bu belgeye dayanamaz.

X. Bildirim yükümlülüğü

Madde 487.- Yetişkinleri Koruma Makamı aşağıdaki hallerde nüfus idaresini bilgilendirir:

1. Bir kişiye ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk nedeni ile kapsamlı kayyımlık tesis edilmişse,

2. Sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olan kişi için işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlet söz konusu ise.

B. Yargısal İtiraz Yollarına İlişkin Usul

I. İtirazın Konusu ve İtiraz Hakkına Sahip Kişiler

Madde 488.-Yetişkinleri Koruma Makamının kararlarına karşı yetkili mahkemede itiraz edilebilir.

İtiraza aşağıdaki kişiler yetkilidir:

1. Sürece dahil kişiler,

2. İlgili kişinin yakınları,

3. İtiraz konusu kararın iptalinde veya değiştirilmesinde hukuki menfaati olan kişiler.

İtiraz, mahkemeye yazılı ve gerekçeli olarak sunulmalıdır.

II. İtiraz Sebepleri

Madde 489.- Aşağıdaki hallerde itiraz edilebilir:

1. Hukuka aykırılık varsa,

2. Hukuki açıdan önemli olgular yanlış ya da eksik tespit edilmişler ise,

3. Karar elverişsiz ise.

Hakkın yerine getirilmesinde gecikme veya hakkın yerine getirilmesinden kaçınma sebebiyle de itiraz edilebilir.

III. İtiraz Süresi

Madde 490.- İtiraz süresi kararın bildirilmesinden itibaren 30 gündür. Bu süre, itiraz hakkına sahip olup da kararın kendisine bildirilmesi gerekmeyen kişilere de uygulanır.

Bakım amacıyla yerleştirmeye ilişkin kararlara itiraz süresi kararın bildirilmesinden itibaren on gündür.

Hakkın yerine getirilmesinden kaçınma veya hakkın yerine getirilmesinde gecikme hallerinde ise her zaman itiraz edilebilir.

IV. Erteleyici Etki

Madde 491.- Yetişkinleri Koruma Makamı ya da yargısal itiraz makamı başka şekilde karar vermedikçe itirazın erteleyici etkisi vardır.

V. İlk Derece Makamının Görüşü ve Yeniden Değerlendirme

Madde 492.- Yargısal itiraz makamı Yetişkinleri Koruma Makamının görüşünü alır.

Yetişkinleri Koruma Makamı görüş verme yerine kararını yeniden değerlendirebilir.

VI. Bakım (Koruma) Amacıyla Yerleştirmeye İlişkin Özel Hükümler

Madde 493.- Bakım amacıyla yerleştirme alanında alınan kararlara karşı yapılacak itirazlar gerekçelendirilmek zorunda değildir.

Yetişkinleri Koruma Makamı ya da Yargısal itiraz makamı aksine karar vermedikçe itirazın erteleyici bir etkisi yoktur.

Ruhsal (psişik) rahatsızlıklara ilişkin kararlar uzman raporuna dayanılarak verilmek zorundadır.

Yargısal itiraz makamı kural olarak, ilgili kişiyi kurul olarak dinler. Yargısal itiraz makamı gerektiğinde ilgili kişinin temsilini düzenler ve bakım konusunda ve hukuki alanda tecrübeli bir kişiyi kayyım olarak belirler.

Yargısal itiraz makamı, kural olarak itirazın tevdiini takip eden beş işgünü içerisinde karar verir.

C. Ortak hükümler

Madde 494.-Aksine bir düzenleme yoksa Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri, uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır.

D. Uygulanması

Madde 494a.- Yetişkinleri Koruma Makamı kararlarını, talep üzerine veya kendiliğinden uygular.

Yetişkinleri Koruma Makamı veya yargısal itiraz makamı, kararında uygulama önlemlerini düzenlemişse böyle bir karar doğrudan (derhal) uygulanır.

Kararı uygulamakla görevli kişi zorunlu hallerde polis yardımı talep edebilir. Doğrudan zorlayıcı tedbirler kural olarak, bildirilmelidir".

ÜÇÜNCÜ AYIRIM
ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİLER VE İŞBİRLİĞİ YAPMA BORCU

A. Sır Saklama Borcu ve Bilgi Verme

Madde 494b.- Yetişkinleri Koruma Makamı üstün menfaatler aksini gerektirmediği sürece sır saklamakla yükümlüdür.

Menfaatini inandırıcı bir şekilde ortaya koyan herkes, Yetişkinleri Koruma Makamından belirli bir kişiye ilişkin bir koruma tedbirinin varlığı ve etkileri hakkında kendisine bilgi verilmesini isteyebilir.

B. Tedbirlerin Üçüncü Kişiler Yönünden Etkileri

Madde 494c.- Yetişkinlerin korunmasına ilişkin bir tedbir iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.

Kayyımlık, ilgili kişinin fiil ehliyetini sınırlandırıyorsa, kayyım bu kişinin borçlularına borçlarını sadece kayyıma ifa ile borçlarından

kurtulabileceklerini bildirir. Kayyımlığın varlığı kendisine bildirilmeyen iyiniyetli borçlulara karşı ileri sürülemez.

Kendisi hakkında yetişkinlerin korunmasına ilişkin bir tedbir alınmış olan kişi, başka kişileri fiil ehliyetinin varlığı konusunda yanıltmışsa, söz konusu kişilerin bu nedenle meydana gelen zararlarından sorumludur.

C. İşbirliği Yapma Borcu

Madde 494d.- Yardıma muhtaç bir kişinin yaşamını veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacağı ya da üçüncü kişiye karşı bedensel, manevi veya maddi nitelikte ciddi bir zarara yol açacak bir suç ya da bir haksız fiil işleyeceği konusunda gerçek bir tehlike varsa, Yetişkinleri Koruma Makamı, ilgili kuruluşlar ve polis iş birliği yapmakla yükümlüdür.

Böyle bir durumda, resmi veya mesleki olarak sır saklama yükümlülüğü altındaki kişiler, Yetişkinleri Koruma Makamına zorunlu bilgileri bildirmeye yetkilidirler".

DÖRDÜNCÜ AYIRIM
SORUMLULUK

A. Kural

Madde 494e.- Yetişkinlerin korunmasına ilişkin resmi tedbirler çerçevesinde, hukuka aykırı bir fiil ya da ihmal yolu ile zarara uğrayan kimse, tazminat talep edebileceği gibi ihlalin ağırlığı haklı gösteriyorsa manevi tazminatta talep edebilir.

Aynı talep Yetişkinleri Koruma Makamının veya denetim makamının yetişkinlerin korunmasına ilişkin başka alanlarda hukuka aykırı davranmaları durumunda da ileri sürülebilir.

B. Zamanaşımı

Madde 494f.- Maddi ve manevi tazminat davası, zarar görenin zararı öğrendiği tarihten başlayarak bir yılın ve herhâlde zarar verici fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Eğer, zarar ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı süresi uygulanır.

C. Vekâlet Hukukuna Göre Sorumluluk

Madde 494g.- İşlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekil olan kişinin, ayırt etme gücünden yoksun kişinin eşinin veya tıbbi sahada önlemlerde temsilcinin sorumluluğu, bu kişiler kayyımlık sıfatları da yoksa Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerine göre belirlenir.

§ 4- TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN "AİLE HUKUKU" BAŞLIKLI ÜÇÜNCÜ KİTABININ "VESAYET" BAŞLIKLI ÜÇÜNCÜ KISMININ "YETİŞKİNLERİN KORUNMASI" BAŞLIĞI ŞEKLİNDE DÜZENLENMESİ DURUMUNDA BAĞLANTILI HÜKÜMLERE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

I- Türk Medeni Kanunu'nun Fiil Ehliyetinin Koşullarını Düzenleyen 10. Maddesine İlişkin Değişiklik Önerisi

TMK m. 10'da bir kişinin fiil ehliyetine sahip olması için üç temel koşulun varlığı aranmaktadır. Ancak yetişkinlerin korunması çerçesinde yapılacak bir değişiklik durumunda artık kısıtlılık hali söz konusu olmadığından, hükümde yer alan kısıtlı olmayan ifadesine yer verilmemelidir. Bu kapsamda TMK m. 10'un, ayırtetme gücüne sahip her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır şeklinde değiştirilmesi gerekir. Bu nedenle "kısıtlı olmayan" ifadesi İMK m.13 hükmünde olduğu gibi metinden çıkartılmıştır. Buna göre TMK m. 10 aşağıda belirtildiği gibi değiştirilmelidir.

Madde 10.- Ayırtetme gücüne sahip her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.

II- Türk Medeni Kanunu'nun Ayırt Etme Gücü Başlıklı 13. Maddesine İlişkin Değişiklik Önerisi

Fiil ehliyetinin koşullarından biri olan ve "*Ayırt etme gücü"* kenar başlığı altında TMK m. 13'de *"Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*." düzenlemesi mevcuttur.

TMK m. 13'e karşılık gelen İMK m. 16 hükmü ise, "Yaşının küçüklüğü yüzünden, zihinsel engellilik, psikolojik bir rahatsızlık, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir." şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre İMK'ndaki eski hükümde yer alan "akıl hastalığı", "akıl zayıflığı" kavramları hükümden çıkarılmış; ayrıca alkole bağlı sarhoşluğu ifade eden "Trunkenheit" kavramı yerine, uyuşturucu ve benzeri durumların sebep olduğu sarhoşluğu ifade eden "Rausch oder ähnlicher Zustände" kavramlarına yer verilmiştir. Böylelikle ayırtetme gücünü kaldıran hallerin kapsamı genişletilmiştir. Buna göre TMK m. 13 aşağıda belirtildiği gibi değiştirilmelidir.

Madde 13.- Yaşının küçüklüğü yüzünden, zihinsel engellilik, psikolojik bir rahatsızlık, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.

III- Türk Medeni Kanunu'nun Fiil Ehliyetsizliği Kenar Başlıklı 14. Maddesine İlişkin Değişiklik Önerisi

TMK m. 14'de, "*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur.*" hükmüne yer verilmiştir. İMK m. 17'ye göre, ayırt etme gücü bulunmayanların küçüklerin ve kapsamlı kayyımlık altında olanların fiil ehliyeti yoktur. İMK'nın eski düzenlemesinde yer alan, "kısıtlıların" ifadesi yerine "kapsamlı kayyımlık altında bulunanlar" ifadesine yer verilmiştir. Ancak belirtelim ki, diğer kayyımlık türleri fiil ehliyetini ortadan kaldıran nedenler arasında sayılmamıştır. Buna göre TMK m. 14 aşağıda belirtildiği gibi değiştirilmelidir.

Madde 14.- Ayırt etme gücü bulunmayanların küçüklerin ve kapsamlı kayyımlık altında olanların fiil ehliyeti yoktur.

IV- Türk Medeni Kanunu'nun Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükler ve Kısıtlılar Kenar Başlıklı 16. Maddesine İlişkin Değişiklik Önerisi

TMK m.16/1'de, "*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. - Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.*" şeklinde düzenleme yer almaktadır. İMK m. 19/1'e göre, ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler sadece yasal temsil temsilcilerin rızasıyla borç altına girebilir veya haklar kazanabilir. İMK m.19/2'de ise ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayanların karşılıksız kazanma ve gündelik yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan önemsiz işleri yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Eski İMK hükmünde metindeki "küçükler ve kısıtlılar" ifadesi yerine "ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan" ifadesine yer verilmiş, eski metinde yer alan "kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları" ifadesi yerine" gündelik yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan önemsiz işleri" ifadesi eklenmiştir. Hükümün son fıkrasında ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin haksız fiillerinden sorumluluğunun bulunduğu ifade edilmiştir. TMK m. 16'nın kenar başlığındaki "kısıtlılar" ifadesi çıkarılmalıdır. Buna kapsamda TMK m. 16 aşağıda belirtildiği gibi değiştirilmelidir.

Madde 16.- Ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler sadece yasal temsil temsilcilerin rızasıyla borç altına girebilir veya haklar kazanabilir. Ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayanların karşılıksız kazanma ve gündelik yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan önemsiz işleri yapabilirler.

Ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler haksız fiillerinden sorumludurlar.

V- İsviçre Medeni Kanunu'nda Yasal Temsilcinin Rızası Kenar Başlıklı 19a Hükmünün Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenmesine İlişkin Öneri

Yasal temsilcinin rızası kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/a'ya göre, kanunda aksi öngörülmediği sürece yasal temsilci rızasını açık ya da örtülü olarak işlemden önce veya sonra açıklayabilir. Yasal temsilci karşı tarafın veya mahkemenin belirlediği uygun süre içinde rıza göstermez ise karşı taraf işlemle bağlı olmaktan kurtulur. Söz konusu hüküm İMK'nda bulunmayan yeni bir hükümdür. Söz konusu hüküm TMK'nda aşağıda belirtildiği gibi düzenlenmelidir.

Madde 16a.- Kanunda aksi öngörülmediği sürece yasal temsilci rızasının açık ya da örtülü olarak işlemden önce veya sonra açıklayabilir.

Yasal temsilci karşı tarafın veya mahkemenin belirlediği uygun süre içinde rıza göstermez ise karşı taraf işlemle bağlı olmaktan kurtulur.

VI- İsviçre Medeni Kanunu'nda Rızası Bulunmaması Kenar Başlıklı 19b Hükmünün Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenmesine İlişkin Öneri

Rızanın bulunmaması kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/b'ye göre, yasal temsilci rıza göstermez ise her iki taraf da ifa edilmiş edimleri geri isteyebilir. Ancak fiil ehliyeti bulunmayan kişi, edim onun yararına kullanılmış ise veya geri verme zamanında mevcut zenginleşmeden ya da kötüniyetli olarak elden çıkardığı zenginleşmelerden sorumludur. Fiil ehliyeti bulunmayan kişi karşı tarafı fiil ehliyetinin varlığı hususunda yanıltmışsa vermiş olduğu zararlardan sorumludur. Söz konusu hüküm İMK'nda bulunmamaktaydı. Söz konusu hüküm TMK'nda aşağıda belirtildiği gibi düzenlenmelidir.

Madde 16b.- Yasal temsilci rıza göstemez ise her iki taraf da ifa edilmiş edimleri geri isteyebilir. Ancak fiil ehliyeti bulunmayan kişi, edim onun yararına kullanılmış ise geri verme zamanında mevcut zenginleşmeden ya da kötüniyetli olarak elden çıkardığı zenginleşmelerden sorumludur.

Fiil ehliyeti bulunmayan kişi karşı tarafı fiil ehliyetinin varlığı hususunda yanıltmışsa vermiş olduğu zararlardan sorumludur.

VII- İsviçre Medeni Kanunu'nda Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Kenar Başlıklı 19c Hükmünün Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenmesine İlişkin Öneri

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/c'ye göre, ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanırlar, ancak kanunun yasal temsilcinin onayını aradığı haller saklıdır. Yasal temsilci, temsilin mümkün olmadığı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dışında ayırt etme gücü bulunmayan kişi adına hareket eder. Söz konusu hüküm İMK'nda bulunmayan yeni bir hükümdür. Söz konusu hüküm TMK'nda aşağıda belirtildiği gibi düzenlenmelidir.

Madde 16c.- Ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanırlar, ancak kanunun yasal temsilcinin onayını aradığı haller saklıdır.

Yasal temsilci, temsilin mümkün olmadığı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dışında ayırt etme gücü bulunmayan kişi adına hareket eder.

VIII- İsviçre Medeni Kanunu'nda Fiil Ehliyetinin Sınırlandırılması Kenar Başlıklı 19d Hükmünün Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenmesine İlişkin Öneri

Fiil ehliyetinin sınırlandırılması kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/d'ye göre, fiil ehliyeti yetişkinlerin korunmasına ilişkin bir tedbir ile sınırlandırılabilir. Söz konusu hüküm İMK'nda bulunmayan yeni bir hükümdür. Söz konusu hüküm TMK'nda aşağıda belirtildiği gibi düzenlenmelidir.

Madde 16d.- Fiil ehliyeti yetişkinlerin korunmasına ilişkin bir tedbir ile sınırlandırılabilir

IX- İsviçre Medeni Kanunu'nda Yerleşim Yeri Kenar Başlıklı 23. maddesinin Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenmesine İlişkin Öneri

İMK m. 23/1'e göre, yerleşim yeri bir kimsenin, sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kişinin eğitim amacıyla bir yerde bulunması, bir kimsenin yetiştirme veya bakım kurumuna yerleştirilmesi, hastane ya da cezaevinde bulunması buraların tek başına yerleşim yeri sayılmasını sağlamaz. İMK'nın eski 23. maddesinin birinci fıkrasında sadece yerleşim yeri bir kimsenin, sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir ifadesi yer almaktaydı. İkinci ve üçüncü fıkra aynen korunmuştur (TMK m. 19, 22). Söz konusu hüküm TMK m. 19/1 ile TMK m. 22'de ayrı ayrı düzenlenmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi bu iki hükmün birleştirilmesi yerinde olacaktır. Bu düzenleme kapsamında aşağıda da belirteceğimiz üzere TMK m. 22, İMK m. 26'ya uygun şekilde yeniden düzenlenebilecektir. Söz konusu hüküm TMK'nda aşağıda belirtildiği gibi düzenlenmelidir.

Madde 19.- Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir öğretim kurumuna devam etmek için bir yerde bulunma ya da eğitim, sağlık, bakım veya ceza kurumuna konulma, yeni yerleşim yeri edinme sonucunu doğurmaz.

Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz.

Bu kural ticarî ve sınaî kuruluşlar hakkında uygulanmaz.

X- İsviçre Medeni Kanunu'nda Kapsamlı Kayyımlık Altındaki Erginlerin Yerleşim Yeri Kenar Başlıklı 26. maddesinin Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenmesine İlişkin Öneri

İMK m. 26'ya göre, kapsamlı kayyımlık altında bulunanın erginin yerleşim yeri YKM'nın bulunduğu yerdir. Söz konusu hüküm Eski İMK'da yer almayan bir hükümdür. Bu kapsamda söz konusu hüküm TMK'nda aşağıda belirtildiği gibi düzenlenmelidir.

Kapsamlı Kayyımlık Altındaki Erginlerin Yerleşim Yeri

Madde 22.- Kapsamlı kayyımlık altında bulunanın erginin yerleşim yeri Yetişkinlerin Korunması Makamının bulunduğu yerdir.

XI- Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Yapılacak Değişiklik İle Uyum Sağlaması Bakımından İsviçre Medeni Kanunu'nun 90. Maddesine Karşılık Gelen TMK m. 118'nin Değiştirilmesine İlişkin Öneri

TMK m. 118/2 de yer alan "veya kısıtlıyı", ifadesinin madde metninden çıkarılarak hükmün aşağıdaki şekilde değiştirilmesi gerekir.

Madde 118.- Nişanlanma, yasal temsilcilerin rızası olmadıkça küçüğü bağlamaz.

XII- Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Yapılacak Değişiklik İle Uyum Sağlaması Bakımından TMK m. 127'nin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Öneri

Yürürlükten kalkan İMK m. 94/2'ye göre, kısıtlı, yasal temsilcinin izni olmadıkça evlenemez. Kısıtlı rızanın verilmemesi durumunda mahkemeye başvurabilir şeklindeki hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Zira yeni düzenlemede kısıtlılık kurumu bulunmamaktadır. Bu nedenle TMK m. 127'de mevcut olan, "Kısıtlı, yasal temsilcisinin izni olmadıkça evlenemez." Hükmü yürürlükten kaldırılmalıdır. Ayrıca bununla uyumlu olarak TMK m. 128'de yer alan "veya kısıtlının" ifadesinin de madde metninden çıkarılması yerinde olacaktır.

XIII- Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Yapılacak Değişiklik İle Uyum Sağlaması Bakımından TMK m. 136'nin hükmünün Değiştirlmesine İlişkin Öneri

Belgeler kenar başlıklı TMK m. 136'da yer alan "veya kısıtlı" ifadesinin madde metninden çıkarılması gerekir.

XIV- Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Yapılacak Değişiklik İle Uyum Sağlaması Bakımından TMK m. 153 Hükmünün Değiştirilmesine İlişkin Öneri

Yasal temsilcinin dava hakkı kenar başlıklı TMK m. 153/1'de yer alan "veya kısıtlı" ifadesinin ve TMK m. 153/2'de yer alan " kısıtlı olmaktan çıkar" ifadesinin madde metninden çıkarılması gerekir.

Madde 153.- Küçük, yasal temsilcisinin izni olmadan evlenirse, izni alınmayan yasal temsilci evlenmenin iptalini dava edebilir.

Bu suretle evlenen kimse sonradan onsekiz yaşını doldurmak suretiyle ergin olur veya karı gebe kalırsa evlenmenin iptaline karar verilemez.

XV- İsviçre Medeni Kanunu'nda Sözleşme Ehliyeti Kenar Başlıklı 183. maddesinin Türk Medeni Kanunu'nda Karşılık gelen 204. Maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Öneri

Yürürlükten kalkan İMK m. 183/2'ye göre, küçükler ile kısıtlılar mal rejimi sözleşmesi yapabilmek için yasal temsilcisinin rızasını almak zorundadırlar hükmü, kayyımlık altında bulunan hem ergin (yasal yaş erginliği) hem de küçüklerin bir mal rejimi sözleşmesi yapabilmeleri için yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu hükümden kısıtlı olma kavramı çıkarılmıştır. Bu nedenle söz konusu hükme karşılık gelen TMK m. 204/2'de yer alan, kısıtlılar ifadesinin madde metninden çıkarılması gerekir.

XVI- İsviçre Medeni Kanunu'nda Sözleşme Ehliyeti Kenar Başlıklı 183. maddesinin Türk Medeni Kanunu'nda Karşılık gelen 204. Maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Öneri

Yürürlükten kalkan İMK m. 260/2'de yer alan, tanıma beyanında bulunan kimse küçük ya da kısıtlı ise veli ya da vasinin rızası gereklidir şeklindeki hüküm, tanıyan küçük ise, kapsamlı kayyımlık altında ise veya YKM uygun bir düzenleme yapmışsa bu hallerde ilgililerin yasal temsilcililerinin rızası gereklidir şeklinde değiştirilmiştir. Buna bağlı olarak İMk m. 260'a karşılık gelen TMK m. 295/2'nin aşağıdaki şekilde düzenlenmesi gerekir.

Madde 295.- Tanıma beyanında bulunan kimse küçük ise, kapsamlı kayyımlık altında ise veya Yetişkinleri Koruma Makamı uygun bir düzenleme yapmışsa, ilgililerin yasal temsilcililerinin rızası gereklidir

XVII- İsviçre Medeni Kanunu'nda Erginlerin Evlat Edinilmesi Kenar Başlıklı 266. maddesinin Türk Medeni Kanunu'nda Karşılık gelen 213. Maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Öneri

Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde kısıtlılık kurumu kaldırıldığından İMK m. 266'da kısıtlıların evlat edinilmesine ilişkin hükümde sadece erginlerin evlat edinilmesine yer verilmiştir. Bu kapsamda TMK'nın 313. madde başlığından metninden "kısıtlıların" ifadesi, medde metninden de "veya kısıtlı" ifadesi çıkarılmalıdır.

XVIII- Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Yapılacak Değişiklik İle Uyum Sağlaması Bakımından TMK m. 337 Hükmünün Değiştirilmesine İlişkin Öneri

Ana ve baba evli değilse kenar başlıklı TMK m. 337/2 hükmünde yer alan "kısıtlı veya" ifadesinin madde metninden çıkarılarak aşağıdaki şekilde düzenlenmesi gerekir.

Madde.- 337- Ana küçük, ölmüş veya velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir.

XIX- Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Yapılacak Değişiklik İle Uyum Sağlaması Bakımından TMK m. 342/son Hükmünün Kaldırılmasına İlişkin Öneri

Çocuğun temsil edilmesi başlıklı TMK m. 342/son'da, vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır düzenlemesi mevcuttur. Kısıtlılara ilişkin hükümler kaldırıldığı için TMK m. 342/son aşağıdaki gibi düzenlenmelidir.

Madde 342.- Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler.

İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler.

XX- Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Yapılacak Değişiklik İle Uyum Sağlaması Bakımından TMK m. 369 Değiştirilmesine İlişkin Öneri

Sorumluluk kenar başlıklı TMK m. 369/1'de yer alan "kısıtlının" ifadesi madde metninden çıkarılarak aşağıdaki şekilde düzenlenmesi gerekir.

Madde 369.- Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.

XVIII- Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Yapılacak Değişiklik İle Uyum Sağlaması Bakımından TMK m. 503'ün Değiştirilmesine İlişkin Öneri

Miras sözleşmesinde kenar başlığını taşıyan TMK m. 503'de yer alan "kısıtlı bulunmamak" ifadesinin çıkarılarak aşağıdaki şekilde düzenlenmesi gerekir.

Madde 503.- Miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak gerekir.

PROF. DR. CEVDET YAVUZ
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi (E.)

PROF.DR. FULYA ERLÜLE
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

PROF.DR. MURAT TOPUZ
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

EK-2

YETİŞKİNLERİ KORUMA HUKUKUNA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME[2]

İsviçre Medeni Kanunu (İMK)'nun Vesayet Hukukuna ilişkin hükümleri (İMK Art. 360-455), İMK'nun 1912 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına ilişkin hükümler (Art. 397a-f) hariç, değişikliğe uğramamıştır. Ancak bu durum günümüzde hakim olan ilişkiler ve bakış açısına uygun olmadığından vesayet hukukunun esaslı bir şekilde değiştirilmesi gereği duyulmuştur. Söz konusu revizyonun en önemli amaçlarından biri, "Kendi Kaderini Belirleme Hakkı"nı teşvik etmektir[3].

Söz konusu düzenlemenin "*İşlerini Gerektiği Gibi Yönetememe Nedeniyle Vekâlet*"e ilişkin 360-373 maddeleri İsviçre Medeni Hukuku'nda iki yeni hukuk kurumunu tartışmaya açmıştır. Birincisi, fiil ehliyetine sahip bir kişi, işlerini gereği gibi yönetememeye ilişkin bir vekalet vererek, kendisinin ayırt etme gücünden yoksun kalacağı durumlarda, kişisel veya malvarlığına ilişkin meseleleri üstlenmesi veya kendisini hukuki ilişkilerde temsil etmesi için bir gerçek veya tüzel kişiyi yetkili kılabilmektedir. İkincisi, ayırt etme gücüne sahip bir kimse, ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda hangi tıbbi işlemleri onayladığını veya onaylamadığını önceden verdiği talimatlar ile belirleyebilmektedir. Bunun yanında, ayırt etme gücüne sahip kimse, ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda, söz konusu hususta karar verme yetkisine sahip bir gerçek kişiyi de belirleyebilmektedir[4].

---

[2] Bu başlık altındaki değerlendirme ve açıklamalar Cevdet Yavuz/Fulya Erlüle/Murat Topuz, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: YETİŞKİNLERİN KORUNMASI HUKUKU (İsviçre Örneği), İstanbul 2016, s. 1-30 arasından alınmıştır.

[3] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7002; İsviçre'de vesayet hukukuna ilişkin çalışmaların birinci aşaması için bkz. **HÄFELI, C.,**Commentaire du droit de la Famille, Protection de L'adulte, Berne 2013, N. 7; ikinci aşaması için 15 N.; üçüncü aşaması için s. 36 vd.; dördüncü aşaması için 44 N.; beşinci aşama için 51 N.; altıncı aşama için 54 N.; Vesayet hukukunun sosyal bilimler alanındaki temel verileri için bkz. **VOLL, P.,** Commentaire du droit de la Famille, Protection de L'adulte, Berne 2013, N. 1, s. 32.

[4] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7002; Türk hukuku bakımından geçerli olan uygulama, korunmaya muhtaç yetişkinlere bu korumanın vesayet kurumundan faydalanılarak sağlanmasıdır. Mahkemece verilecek bir kısıtlama kararı üzerine haklarında vesayet tesisi ve kendilerine bir vasi atanması ile bu kimseler, bir taraftan özellikle hukukî işlemlerde temsil edilme imkânına kavuşurken, bir taraftan da, denetim makamının faaliyetleri dikkate alındığında görüleceği üzere, adeta resmî bir himayeye kavuşmaktadırlar. Kanun koyucu, vasinin atanması hususunda getirdiği düzenlemelerle, kısıtlamaya ve resmî makamların konuya dâhil olmalarına rağmen, kısıtlanan kimsenin muhtaç olduğu

Günümüzde bir kişi geçici olarak ya da – örneğin, ömrünün son yıllarında- ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybedecek olursa, uygulamada pragmatik şekilde davranılmaktadır. Yeni "*Yetişkinlerin Korunması Hukuku*", bu nedenle ayırt etme gücünden yoksun kişinin yakınlarının, büyük zahmetlere girmeden, belli kararları alabilmelerini, önemsemektedir. Böylece aile bireyler arasındaki dayanışma güçlenecek ve resmi makamların sürekli olarak kayyımlık tesis etmelerinin önüne geçilmiş olacaktır[5].

korumanın aile içinde sağlanmasını da kısmen mümkün kıldığı belirtilebilir. Bu sebeple vesayet kurumunun esas itibarıyla, resmî müdahalenin tâliliği ilkesine değilse bile, aile birliğinin güçlendirilmesi ilkesine uygun olduğu söylenebilir. Vesayet kurumu ile sağlanamayan, ancak İsviçre Medenî Kanunundaki son değişikliklerle getirilen son derece önemli bir imkân ise kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını (Selbstbestimmungsrecht) kullanmasının sağlanmasıdır. Vesayet kurumu çerçevesinde alınan tedbirler, her ne kadar korunmaya muhtaç yetişkinin menfaatlerine hizmet etmekteyse de, bilhassa kısıtlamanın akıl hastalığı veya akıl zayıflığına dayandığı durumlarda, vesayet altına alınan kimseye söz hakkı tanımamaktadır. Zira vesayet, ancak vesayeti gerektiren hallerden biri ortaya çıktığı takdirde söz konusu olabilir. Başka bir deyişle, hakkında vesayet tesisi ile kendisine vasi atanacak olan kimse, kısıtlama sebebine bağlı olarak, bu aşamada artık kendisi hakkında bizzat karar verebilecek durumda değildir. Hal böyle olunca vesayetteki durum aslında kısıtlının, gerektiğinde şahsının ve malvarlığının en iyi biçimde korunması için güveneceği kişinin ve menfaatlerinin sağlanması için izlenmesi gereken yolun, bir başkası tarafından belirlenmesinden ibarettir. İsviçre kanun koyucusu, vesayet ve kısıtlama kurumlarını bütünüyle yürürlükten kaldırdığı değişiklikle, kişinin kendisi hakkında bizzat kararverebilmesine hizmet eden iki yeni kurum getirmiştir. Bunlardan biri hastanın önceden verdiği talimatlar (Patientenverfügung), diğeri ise **i**şlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlettir. (Vorsorgeauftrag). Bu iki kurumun ortak noktası, bir kimsenin, henüz ayırt etme gücüne ve fiil ehliyetine sahipken, gelecekte ayırt etme gücünü kaybetmesine yol açacak bir durumla karşı karşıya kalma ihtimalini düşünerek, bu dönemde yapılacakları geçerli hukukî düzenlemeler çerçevesinde belirlemesini mümkün kılmasıdır. Hasta tasarrufu, ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin, ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde söz konusu olabilecek tıbbî tedbirlere ilişkin tasarruflarını ifade etmektedir (İMK m.370). İşlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlette ise, fiil ehliyetine sahip bir kimse, ileride ayırt etme gücünü kaybettiği takdirde, şahsî bakım ve korunmasını sağlamak, malvarlığını yönetmek ve kendisini hukukî işlemlerde temsil etmek üzere bir temsilci belirlemektedir (İMK m.360). **KESKİN, D.,** İsviçre Hukukunda Tedbir Vekaleti, AÜHFD, 64 (2) 2015, s. 367-368; **İMAMOĞLU, H.,** İsviçre Medeni Kanununun Tıbbî Tedbirlerde Temsil Hakkındaki Yeni Hükümlerine Bakış, www.e-akademi.org, (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Sayı: 132, Nisan 2013, s. 3.

[5] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7002; Yeni düzenleme ile korunmaya muhtaç durumdaki yetişkinler için için alınacak tedbirler hükme bağlanmaktadır. Yapılan değişikliklerde öne çıkan temel amaç, korunmaya muhtaç yetişkinlerin, mümkün olduğunca resmî müdahale ile karşı karşıya bırakılmadan, gerektiğinde ailelerinin desteğini de alarak, ihtiyaç duydukları bakım ve korunmaya kavuşturulmalarıdır. Böylece kanun koyucunun yaklaşımının, aile birliğinin kuvvetlendirilmesi ve resmî müdahalenin tâliliği ilkelerine uygun olduğu görülmektedir. **KESKİN,** s. 366.

Ayırt etme gücünden yoksun bir kişinin bazı yakınları, hastanın önceden verdiği talimatlar bulunmadığı sürece, ayırt etme gücünden yoksun kişinin yerine tıbbi tedaviye onay verip vermeme hususunda yetkili kılınmalıdırlar (İMK m. 378). Bununla birlikte özel kanunlardaki, örneğin sterilizasyona, organ ve doku nakline ya da bilimsel araştırmalara ilişkin hükümler saklıdır[6].

Öte yandan söz konusu düzenleme ile ayırt etme gücü bulunmayan kişinin eşine postalarını açma, gelirlerini veya diğer malvarlığını olağan yönetiminde ve ayırt etme gücü bulunmayan kişinin ihtiyaçlarını karşılamada zorunlu olan tüm hukuki işlemleri yapabilme yetkisi tanımıştır[7].

Kurumlara yerleştirilmiş olan ayırt etme gücü bulunmayan kişiler, her zaman ihtiyaç duydukları ilgiyi göremezler. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenleme, bu duruma bir çözüm bulmayı da amaçlamaktadır (İMK m. 382-387). Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemede yerine getirilecek görevler yönünden şeffaflığı sağlamak amacıyla, söz konusu kişiler için yazılı bir bakım sözleşmesinin akdedilmesinin gerektiği ifade edilmektedir[8].

Günümüzde vesayet makamı ya da kayyımlık gibi resmi makamlar tarafından alınan tedbirlerin, önceden belirlenmiş belli bir içeriği vardır ve bu nedenle orantılılık ilkesi yeterince dikkate alınmamaktadır. Şayet bir kişi, zihinsel özrü, psikolojik rahatsızlığı ya da bunlara benzer başka bir zayıflık ya da güçsüzlük halinden ötürü, işlerini gerektiği gibi yerine getiremiyor ve yakınları tarafından ya da özel veya resmi kurumlar tarafından sağlanan destekler de yeterli olmuyorsa; söz konusu kurumların yerini, tek bir hukuki kurum, yani kayyımlık kurumu almalıdır (İMK m. 390-425)[9].

Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde dört farklı türde kayyımlığa yer verilmiştir. Bunlar, refakat kayyımlığı, temsil kayyımlığı, katılım kayyımlığı ve kapsamlı kayyımlıktır. Bunlar üzerinde kısaca durmakta fayda bulunmaktadır: Refakat kayyımlığı sadece yardıma muhtaç kişinin rızası ile tesis edilebilir ve kişinin fiil ehliyetini etkilemez. Temsil kayyımlığında, kendisine kayyım atanan kişi onun fiillerini dikkate almalıdır. Yetişkinleri Koruma Makamı ise duruma göre, ilgili kişinin fiil ehliyetini bazı alanlarda sınırlandırma yetkisine sahiptir. Katılım kayyımlığı ise, yardıma muhtaç kişinin korunması amacıyla, onun bazı fiillerinin, kayyımın onayına bağlı olduğu hallerde tesis edilir. Kapsamlı kayyımlık ise "kısıtlılık" durumunun yerine geçen kurumdur ve kişinin fiil ehliyetinin kanun gereği kaldırılmasına neden olmaktadır (İMK m. 369-372). Kapsamlı kayyımlık,

---

[6] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7002.

[7] Belirtmek gerekir ki İsviçre Hukukunda söz konusu yetki sadece eşe değil tescil edilmiş hayat arkadaşına da tanınmıştır. Türk Hukuku'nda ise tescil edilmiş hayat arkadaşlığı gibi bir hukuki kurum bulunmamaktadır.

[8] İsviçre hukukunda, yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemede, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin hareket özgürlüğünün hangi koşullarda sınırlandırılacağı belirtilmiş ve ayırt etme gücünden yoksun kişilerin bakıldığı bakım evlerini denetleme yetkisinin Kantonlara ait olduğu ifade edilmiştir.

[9] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7003.

özellikle bir kişinin ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybettiği hallerde tesis edilir. Refakat, temsil ve katılım kayyımlığı birbirleri ile kombine edilerek de düzenlenebilirler. Kapsamlı kayyımlıkta, kayyımın görev alanı, ilgili kişinin korunmasına, malvarlığının korunmasına ve hukuki işlemlerine ilişkin tüm meseleleri kapsarken, diğer kayyımlık türleri ilgili kişinin ihtiyaçlarına göre belirlenir[10].

Koruma amacıyla bir kuruma yerleştirmede de hukuki koruma sağlanarak bu alanda yaşanan boşluklar giderilmeye çalışılmıştır. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenleme ile ayrıca hekimin sevk etme yetkisi sınırlandırılmakta ve usule ilişkin önemli kurallar yasal olarak düzenlenmektedir. Ayrıca, Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenleme ile güven duyulan bir kişiye başvurulması ve makamın kayyımı periyodik olarak denetlemesi de öngörülmektedir. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemede, psişik bir rahatsızlığı olan kişinin, onayı alınmaksızın hastanede yatarak tedavi edilmesi önerilmiş ve bu arada kişinin kendi kaderini belirleme hakkının da olanak bulundukça korumasına çalışılmıştır[11]. Vesayet kurumu günümüzde bir birlik arz etmemektedir ve girift bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır[12].

Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin yürürlüğe girmesiyle birlikte, çocukların ve yetişkinlerin korunmasına ilişkin kararlar uzman bir makam tarafından alınacaktır (İMK m. 440)[13].Mülga İsviçre Vesayet Hukuku'na göre (İMK m. 426), ortaya çıkan zararlardan hem temsilciler/vekiller hem de vesayet makamının üyeleri birinci derecede şahsen sorumludurlar[14]. Bu arada koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında 1981'den bu yana, devletin doğrudan sorumluluğu söz konusudur. Ancak devlet, kusuru bulunanlara rücu edebilmektedir (Mülga İMK m. 429a). Bu tür bir sorumluluk hükmünün, yetişkinlerin-ve çocukların korunması alanında da geçerli olması gerekir[15].

Yetişkinlerin-ve çocukların korunması, kişiler hukukundaki fiil ehliyeti ile doğrudan ilgilidir. Bu alan günümüzde boşluklarla doludur. Bu nedenle,

---

[10] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7003.

[11] İsviçre yetişkinleri koruma hukukunda Kantonlar, resmi makamlar tarafından düzenlenmiş olan ayakta tedavi uygulamasını ilgilinin karşı koymasına rağmen gerçekleştirebilirler.

[12] Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7003; İsviçre'de bazı kantonlarda vesayet makamları kural olarak mahkemeler iken bazı kantonlarda ise hukukçu olmayan ve özellikle uzman olmadığı gibi böyle bir görevi yerine getirmek zorunda da bulunmayan kişilerden oluşturulmaktadır. Söz konusu makamların teşkil edilmesinde siyasi eğilimler de etkili olmaktadır.

[13] İsviçre'de makamın iç organizasyonundan ise Kantonlar sorumlu olacak ve uzman makam olarak idari bir makam ya da mahkeme tayin edilecektir.

[14] **HÄFELI**, CammFam., N. 1 vd.; Sadece zararı tamamen tazmin edemedikleri hallerde, İsviçre'de Kantonlar ve yerel idareler sorumlu olmaktadır.

[15] **HÄFELI**, CammFam., N. 1 vd.; İsviçre'de rücuya ilişkin koşulların düzenlenmesi ise Kantonlara bırakılmaktadır.

Vesayet Hukuku'na ilişkin hükümler genelleştirilmekte, biraz genişletilmekte ve kişiler hukukuna entegre edilmektedir. (m. 19-19c)[16].Ayrıca ergin olmayan kişilere/küçüklere ilişkin Vesayet Kurumu da, Çocuk hukuku alanında yeniden düzenlenmektedir[17].

II. YETİŞKİNLERİN KORUNMASINA YÖNELİK YAPILMASI GEREKEN DEĞİŞİKLİKLERİN TEMEL AMAÇLARI

A. Kişiye Kendi Kaderini Belirleme Hakkının Verilmesi ve Kendisine İlişkin Önlemleri Önceden Almasına İmkan Tanınması

Tıp biliminde yaşanan hızlı gelişim ve uygulanmakta olan yeni tedavi yöntemleri insan ömrünü her geçen gün biraz daha uzatmakta, ancak buna bağlı olarak yaşlıların Alzheimer ya da demans (bunama) gibi hastalıklara yakalanma riskini artırmaktadır. İsviçre'de 65 yaş üzerindeki kişilerin % 8'i, 85

[16] İMK m. 19/1'e göre, ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler sadece yasal temsil temsilcilerin rızasıyla borç altına girebilir veya haklar kazanabilir. Eski metindeki "*küçükler ve kısıtlılar*" ifadesi yerine ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan ifadesine yer verilmiştir. İMK m. 19/2'ye göre, ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan karşılıksız kazanmada ve gündelik yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan önemsiz işleri yapabilir. Eski metinde yer alan "*kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları*" ifadesi yerine "*gündelik yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan önemsiz işleri*" ifadesi eklenmiştir. 19/f. son uyarınca, ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin haksız fiillerinden sorumluluğu bulunmaktadır. Bu hususta bir değişiklik yoktur. Diğer taraftan İMK'na yeni hükümler eklenmiştir. Şöyle ki; "*Yasal temsilcinin rızası*" kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/a'ya göre, "*(1) Kanunda aksi öngörülmediği sürece yasal temsilci rızasının açık ya da örtülü olarak işlemden önce veya sonra açıklayabilir. (2) Yasal temsilcinin veya mahkemenin belirlediği uygun süre içinde rıza göstermez ise karşı taraf işlemle bağlı olmaktan kurtulur*.". Söz konusu hüküm İMK'da yer almamaktaydı. "Rızanın bulunmaması" kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/b'ye göre, " *(1) Yasal temsilcinin rıza gösterilmez ise her iki taraf da ifa edilmiş edimleri geri isteyebilir. Ancak fiil ehliyeti bulunmayan kişi, edim onun yararına kullanılmış ise veya geri verme zamanında mevcut zenginleşmeden ya da kötüniyetli olarak elden çıkardığı zenginleşmelerden sorumludur. (2) Fiil ehliyeti bulunmayan kişi karşı tarafı fiil ehliyetinin var olduğu hususunda yanıltmışsa vermiş olduğu zararlardan sorumludur.*". Söz konusu hüküm İMK'nda bulunmayan yeni bir hükümdür. "*Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar*" kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/c'ye göre, "*(1) Ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanırlar, ancak kanunun yasal temsilcinin onayını aradığı haller saklıdır. (2) Yasal temsilci, hiçbir şekilde temsilin mümkün olmadığı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dışında ayırt etme gücü bulunmayan kişi adına hareket eder*".

[17] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7004; Ayrıntılı bilgi için bkz. **HÄFELI**, CammFam., N. 1 vd.

yaş üzerindeki kişilerin de % 30'u Alzheimer ya da demans'ın farklı türleri ile mücadele etmektedir[18].

Bu nedenle yaşın ilerlemesine bağlı olarak gelişen bu tür hastalıklara yakalanan kişilerin bakımlarının nasıl sağlanacağı, söz konusu kişilere ilişkin tıbbi tedbirlere, kimin söz konusu kişiyi temsilen onay vereceği ya da onay vermeyeceğinin belirlenmesi gerekir.

Günümüz tıp uygulamasında, hastanın önceden verdiği talimatlar büyük bir önem arz etmekte ve bu nedenle de İsviçre'de Kantonların sağlıkla ilgili mevzuatın kapsamına dahil edilmektedirler. Hastanın önceden verdiği talimatlar, onlara özellikle de hayatlarının son evresinde istek ve arzularını açıklama imkanı sağlamaktadır. Hastanın önceden verdiği talimatların önemi, farklı bakış açılarına göre değişse de, kişinin kendisi hakkında karar verme/kendi kaderini belirleme hakkının da sınırları vardır. Bu nedenle hiç kimse, bir kişiden, kendisine intihar etmesinde yardımcı olmasını isteyemez, kişiyi bu tür bir yükümlülük altına sokamaz. Tıp alanı dışında kalan, işlerini gereği gibi yönetememe sebebiyle vekaletin geçerliliği öğretide tartışmalıdır. Bununla birlikte, Federal Mahkeme yeni tarihli bir kararında, bir kez verilmiş olan temsil yetkisinin ayırt etme gücünün kaybıyla derhal sona erecek olmasının, temsil yetkisi verenin yararına olduğunu ifade etmiştir[19].

Yetişkinlerin Korunmasına ilişkin düzenleme, İsviçre'de mevcut olan hukuki düzendeki yetersizlikleri gidermek ve bütünlük arz eden şeffaf bir düzeni hayata geçirmek amacıyla yapılmıştır. Buna bağlı olarak, "*İşlerini Gereği Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekâlet*" başlığı altında iki yeni hukuki kuruma yer verilmiştir. Bunlar, "*İşlerini Gereği Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekâlet*" ve "*Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar*" olarak zikredilmiştir. İşlerini gereği gibi yönetememe sebebiyle vekâlet söz konusu olduğunda, fiil ehliyetine sahip olan bir kişi, kendisinin ayırt etme gücünden yoksun duruma düştüğü hallerde, kişisel veya malvarlığına ilişkin meseleleri üstlenmesi veya kendisini hukuki ilişkilerde temsil etmesi için bir gerçek veya tüzel kişiyi yetkili kılar (İMK m. 360)[20].

Öte yandan, ayırt etme gücüne sahip kimse, ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda hangi tıbbi işlemleri onayladığını veya onaylamadığını önceden verdiği talimatlar ile belirleyebileceği gibi; ayırt

---

[18] Tıp ve psikiyatri bilimleri ile yetişkinlerin koruması tedbirleri arasındaki ilişkiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **NIVEAU, G.,** Commentaire du droit de la Famille, Protection de L'adulte, Berne 2013, N. 1 vd.; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7011;

TÜİK ölüm nedeni verilerine göre, 2010 yılında Alzheimer hastalığından ölen yaşlı nüfus oranı %2,7 iken bu oran 2011 yılında %2,9, 2012 yılında ise %3,4'e yükselmiştir (Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, Sa. 16057, 19 Mart 2014. http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=16057).

[19] **NIVEAU**, CommFam., N. 1 vd.; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7012.

[20] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7012.

etme gücünü kaybetmesi durumunda kendisine müdahalede bulunacak hekim ile uygulanacak tıbbi işlemler hakkında konuşacak ve onun adına karar verecek olan gerçek kişiyi de belirleyebilir. Belirtelim ki, hastanın önceden verdiği talimatların kapsamı ve bağlayıcılığı hastalığın belli aşamaları ile sınırlı değildir. Söz konusu hukuki imkan, ayırt etme gücünün ortadan kalktığı bütün durumları kapsar[21].

Hiç şüphesiz, işlerini gereği gibi yönetememe sebebiyle vekâlet, vekalet verilen/kendisine güvenilen kişi tarafından kötüye kullanılabilir. Bu kişi görevini arzu edilenden farklı şekilde yerine getirebilir. Öte yandan, ayırt etme gücünün sürekli olarak kaybedilmiş olduğu hallerde, vekaletin geri alınması da mümkün değildir. Bu nedenle resmi makamların belli bir ölçüde müdahalede bulunmasına imkan tanınmıştır (İMK m. 363-368). Aynı şekilde hastanın önceden verdiği talimatlar söz konusu olduğunda da, belli koşullar altında kurumların müdahalesi mümkün olmalıdır (İMK m.373)[22].

B. Aile Kurumunda Dayanışmanın Güçlendirilmesi ve Devletin Sorumluluğun Hafifletilmesi

İsviçre'de mülga vesayet hukuku sisteminde, ayırt etme gücünden yoksun olan ve bu nedenle de İMK m. 17 uyarınca, kanun gereği fiil ehliyeti ortadan kalkan kişilere ilişkin özel bir tedbir mevcut değildir. Bu tür durumlarda, vesayet makamının, bir kişiyi kayyım ya da vasi olarak ataması gerekir. Ancak söz konusu süreç oldukça yıpratıcı olduğu ve ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin yakınları da vesayet makamına gitmekten çekindikleri için uygulamada pragmatik bazı çözüm yolları üretilmiştir. Bu anlamda uygulamada ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin yakınları çoğu zaman söz konusu kişiyi temsil etme hakkına sahip olup olmadıklarını açıklamaksızın işlemlerde bulunmaktadırlar. Ayırt etme gücünden yoksun olan kişi, imza atabildiği sürece işlemin karşı tarafı da ayırt etme gücünün yoksunluğunu fark edememektedir[23].

İsviçre hukukunda, ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin yakınlarının hukuki fiillerini yasal bir zemine kavuşturmak için kimi zaman, İMK'nun "*Evlilik Birliğinin Temsili"*ne ilişkin 166. maddesi hükmü geniş şekilde yorumlanmakta ve maddenin uygulama alanı genişletilmektedir. Bazı durumlarda ise, yakınların fiillerine hukuki dayanak olarak, İBK'nun "*Vekaletsiz İş Görme*"ye İlişkin 419 vd. hükümlerinden yararlanılmaktadır[24].

---

[21] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7012; Ayrıca bkz. **NIVEAU**, Commfam., N. 1 vd.

[22] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7012.

[23] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7013; Ayrıca bkz. **HÄFELI**, CammFam., N. 1 vd.

[24] İsviçre hukukunda bu tür durumlarda alınan tıbbi önlemlere bakıldığında ise, Kantonlar arasında bir birlik bulunmadığı söylenebilir. Örneğin, Jura, Tessin ve Neuenburg Kantonlarının sağlıkla ilgili mevzuatında, ayırt etme gücü bulunmayan

*Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenleme, "*İşlerini Gereği Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekâlet*" ya da "Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar*"ın *bulunmadığı durumlarda, a*yırt etme gücünden yoksun olan kişiyi kimin temsile yetkili olduğu ve hekimin ayakta veya yatarak gerçekleştirmeyi tasarladığı tıbbi tedaviye onay verip vermeme hususunda kimlerin yetkili olduğunu sırasıyla belirlemiştir (İMK m. 377 vd.).Yakınlarına tanınmış olan temsil yetkisi, onlar ile ilgili kişi arasındaki ilişkinin doğal bir sonucudur ve kural olarak ilgili kişinin varsayımsal rızasına uygundur. İlgili kişi başka bir yöntemin uygulanmasını istiyorsa, "İşlerini Gereği Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekâlet*" ya da "Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar*" yolu ile güvendiği kişiyi belirleyebilir[25].

Yakınların ayırt etme gücünden yoksun olan kişiyi temsile yetkili bulunması, yakınların bir takım sorumluluk üstlenmelerini de beraberinde getirir. Bu nedenle yakınlar tek başlarına hareket edemezler. Onlar ayrıca denetime tabiidir zira, tıbbi personel, yakınların bir tedbiri haklı bir gerekçeleri olmaksızın onamaktan kaçınmaları durumunda, YKM'na başvurabilir. Belirtelim ki, Transplantasyona, Sterilizasyona ve insanlar üzerinde yürütülen deneylere ilişkin özel yasal düzenlemeler saklıdır. İMK m. 374'de, i*şlerini gereği gibi yönetememe sebebiyle vekâlet ya da duruma uygun bir kayyımlık tesis edilmemiş ise,* ayırt etme gücü bulunmayan kişinin eşine ilgili kişinin ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu olan her türlü hukuki işlemi yapması, gelirlerinin veya diğer malvarlıklarının olağan yönetimini gerçekleştirmesi ve zorunluluk varsa postalarına bakılması ve gereğinin yapılması imkanları tanınmıştır[26].

Temsil yetkisi sayesinde ilgili kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğu hallerde, YKM'ye başvurmasına gerek olmaksızın onun temsili sağlanmaktadır. Bu durum İMK m. 159/III'te düzenlenmiş olan dayanışma yükümlülüğü ile de doğrudan ilgilidir. Böylece aile kurumundaki dayanışma güçlendirilmekte ve makamların Yetişkinlerin Korunmasına yönelik olarak 388 vd. maddeleri uyarınca sistematik olarak, tedbirler almalarından kaçınılmaktadır. Temsil yetkisinin fiili beraberlikleri kapsayacak şekilde

---

yetişkin bir kişinin tedavisine ilişkin onamı ayırt etme gücü bulunmayan kişinin bir yakınının ya da bir aile üyesinin verebileceği düzenlenmiştir. Aargau, Appenzell A. Rh., Bern ve Luzern gibi diğer Kantonlar ise acil bir durum söz konusu olmasa bile, karar verme hakkını hekime tanımakta ancak yakınların da görüşlerine başvurulmasını aramaktadırlar. Ancak belirtelim ki söz konusu çözüm, İsviçre'nin onaylamak istediği 4 Nisan 1997 tarihli "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"ne uygun değildir. Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7013.

[25] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7014.

[26] Belirtmek gerekir ki İsviçre Hukukunda söz konusu imkanlar sadece eşe değil tescil edilmiş hayat arkadaşına da tanınmıştır. Türk Hukuku'nda ise tescil edilmiş hayat arkadaşlığı gibi bir hukuki kurum bulunmamaktadır. Temsil yetkisi İMK m. 166 uyarınca eşe ve yine Tescil Edilmiş Beraberlikler Kanunu m. 15 uyarınca tescil edilmiş hayat arkadaşına verilen temsil yetkisini genişletmektedir. Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7014.

genişletilmesine yönelik talep reddedilmelidir. Zira burada yasal dayanışma yükümlülüğü, temsil yetkisi ve bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır (İMK m. 159, 163, 166, 170, PartG m. 13, 16)[27].

C. Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişilerin Bakım Evleri Tarafından Daha İyi Korunmalarının Sağlanması

Kurumlarda kalan ayırt etme gücünden yoksun kişilerin, her zaman ihtiyaç duydukları hukuki ve psikolojik korumayı elde ettikleri söylenemez. Kamuoyunda daha ziyade hastaların yatılı olarak kaldığı kurumlardaki eksikliklere işaret edilmektedir. Bu nedenle tartışmalar genellikle hizmet kalitesi, kişisel bakımdaki eksiklikler ve kurum ile kurumda kalan kişiler arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkinin şeffaf olmaması noktasında toplanmaktadır. Keza kurumda kalan kişilerin yalnızlığa mahkum edildikleri ve bu kişilerin kişisel ihtiyaçlarının yeterince dikkate alınmadığı da sıklıkla dile getirilmektedir[28].

Belirtelim ki, yetişkinlerin korunması hukuku, bakım kurumunda kalan kişilerin korunmasını iyileştirmeye belli noktalarda hizmet etmektedir (İMK m. 382). Buna bağlı olarak dikkate alması gereken problemlerin başında, ayırt etme gücü bulunmayan bir eşin, akrabanın ya da bir diğer yakının adına kimin bakım sözleşmesi akdedebileceği gelmektedir. Bu tür durumlar için sürekli olarak, temsil kayyımlığının tesis edilmesi yetişkinlerin korunmasını zorlaştıracak ve kurumları ağır bir yük altına sokacaktır. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenleme, tıbbi tedbirlerin alınması hususunda temsil yetkisine sahip olan kişileri, bakım sözleşmesi yapma hususunda da yetkili kılmaktadır. Ancak, yardıma muhtaç kişiyi, rızası hilafına bir bakım kurumuna yerleştirme yetkisi kendilerine tanınmamıştır. Burada daha ziyade koruma amacıyla yerleştirmeye ilişkin hükümler belirleyici olacaktır. Öte yandan yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde, kişinin hareket özgürlüğünü sınırlandırmaya yönelik tedbirlerin hangi koşullar altında alınabileceği de düzenlenmiştir [29].

---

[27] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7014.

[28] Belirtmek gerekir ki, İsviçre'de pek çok Kanton, yasal düzenlemelerinde takdir edilecek düzeyde gelişmelere imza atmışlardır. Buna Freiburg Kantonun 1999 tarihli Sağlık Yasası örnek gösterilebilir. Diğer taraftan Federal Devlet'in, Yetişkinlerin Korunması Hukuku alanındaki bakım hakkını nihai olarak düzenleyemeyeceği belirtilmelidir. Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7014.

[29] İsviçre'de ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin kaldığı bakım evlerini denetleme yetkisi Kantonlara verilmiştir. Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7015.

D. Resmi Tedbirlerin Ölçülü Olması

Kişinin kısıtlama kararı sonucunda fiil ehliyetini kaybetmesi, çoğu zaman kısıtlanan kişiyi toplumda damgalayan orantısız bir müdahaledir. Keza günümüzde uygulanan şekli ile yasal danışmanlık da yetersiz bir kurumdur. Yasal danışmanlığın söz konusu olduğu hallerde de, malvarlığına sınırlı olarak müdahale edilmekte ve kişinin fiil ehliyeti sınırlandırılmaktadır. Kanun koyucu söz konusu tedbirde (yasal danışmanlıkta), kendisine yasal danışman atanmış olan kişinin ayrıca kişisel olarak bakımın sağlanmasını öngörmemiştir[30].

Bu nedenle kesin ve değişmez düzenlemeler içeren kısıtlılık ve yasal danışmanlık gibi kurumlara yeni Yetişkinlerin Korunması Hukukunda artık yer yoktur[31]. Kısıtlılık ve yasal danışmanlık kurumunun yerini, tek bir kurum

---

[30] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7015-70016.

[31] Gerçekten de İMK'nda 2013 yılında yetişkinlerin korunmasına yönelik yapılan düzenlemeler İMK'nın bir çok hükmünü etkilemiştir. Bunlardan en önemlisi kısıtlılık kurumunun kaldırılmasıdır. Buna göre örneğin, İMK m. 13'e göre, ayırtetme gücüne sahip her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. Söz konusu hükümde yapılan değişiklikle kısıtlı olmayan ifadesi metinden çıkartılmıştır. İMK m. 16'ya göre, Yaşının küçüklüğü yüzünden, zihinsel engellilik, psikolojik bir rahatsızlık, sarhoşluk yada bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir. Eski kanunda akıl hastalığı, akıl zayıflığı bir de alkole bağlı sarhoşluk ifadesi vardı, yeni hükümde ise hem alkol hem de diğer uyuşturucu maddelere bağlı olarak ortaya çıkan sarhoşluk hüküm kapsamına alınmıştır. İMK m. 17'ye göre, ayırt etme gücü bulunmayanların küçüklerin ve kapsamlı kayyımlık altında olanların fiil ehliyeti yoktur. Eski kanunda kısıtlıların ifadesi yerine kapsamlı kayyımlık altında bulunanlar ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla diğer kayyımlık türleri fiil ehliyetini ortadan kaldırmamaktadır. İMK m. 19/1'e göre, ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler sadece yasal temsil temsilcilerin rızasıyla borç altına girebilir veya haklar kazanabilir (eski metindeki küçükler ve kısıtlılar ifadesi yerine ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan ifadesine yer verilmiştir.İMK m. 19/2'ye göre, karşılıksız kazanmada ve gündelik yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan önemsiz işleri yapabilir. Eski metinde yer alan kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ifadesi yerine gündelik yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan önemsiz işleri ifadesi eklenmiştir. Buna göre, son fıkra uyarınca, ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin haksız fiillerinden sorumluluğu bulunmaktadır. Yasal temsilcinin rızası kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/a'ya göre, (1) Kanunda aksi öngörülmediği sürece yasal temsilci rızasının açık ya da örtülü olarak işlemden önce veya sonra açıklayabilir. (2) Yasal temsilcinin veya mahkemenin belirlediği uygun süre içinde rıza göstermez ise karşı taraf işlemle bağlı olmaktan kurtulur. Söz konusu hüküm İMK'da yer almamaktaydı. Rızanın bulunmaması kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/b'ye göre, (1) Yasal temsilcinin rıza gösterilmez ise her iki taraf da ifa edilmiş edimleri geri isteyebilir. Ancak fiil ehliyeti bulunmayan kişi, edim onun yararına kullanılmış ise veya geri verme zamanında mevcut zenginleşmeden ya da kötüniyetli olarak elden çıkardığı zenginleşmelerden sorumludur. (2) Fiil ehliyeti bulunmayan kişi karşı tarafı fiil ehliyetinin var olduğu hususunda yanıltmışsa vermiş olduğu zararlardan sorumludur. Söz konusu hüküm İMK'nda bulunmamaktaydı. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/c'ye göre, (1) Ayırtetme gücüne sahip fiil ehliyeti bulunmayan kişiler kişiye sıkı

almalıdır. Bu kurum kayyımlık kurumudur (İMK m. 390 vd.). Belirtelim ki, kendilerine kayyım atanabilecek kişiler günümüz uygulamasında, büyük ölçüde vesayet altına alınan kişiler ile örtüşmektedir[32].

Yetişkinleri Koruma Makamının, standart tedbirler yerine -Federal AY.'nın 5. maddesinde düzenlenmiş olan orantılılık ilkesine uygun olarak-, ölçülü başka bir deyişle, somut olay açısından devletin müdahalesinin gerekli olduğu oranda tedbirler alması gerekir. (İMK m.389). Keza kişinin kendisi hakkında karar verme, kendi kaderini belirleme hakkı ve bağımsızlığı resmi tedbirler çerçevesinde mümkün olduğu ölçüde korunmalıdır[33].

Bununla birlikte yeni yetişkinleri koruma hukuku, kayyımlık kurumunu farklı türlerde tesis etme yoluna gitmiştir. Düzenlenen kayyımlık türleri şunlardır:

1- Refakat kayyımlığı (m. 393): İsviçre Medeni Kanunu'nun 394. maddesindeki kayyımlıkla ilgili düzenlemeye karşılık gelmektedir. Refakat kayyımlığının ilgili kişinin fiil ehliyeti üzerinde bir etkisi olmaz ve kişinin onamı aranır.

---

sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanırlar, ancak kanunun yasal temsilcinin onayını aradığı haller saklıdır. (2) Yasal temsilci, hiçbir şekilde temsilin mümkün olmadığı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dışında ayırt etme gücü bulunmayan kişi adına hareket eder. Fiil ehliyetinin sınırlandırılması kenar başlığını taşıyan İMK m. 19/d'ye göre, fiil ehliyeti yetişkinlerin korunmasına ilişkin bir tedbir ile sınırlandırılabilir. İMK m. 23/1'e göre, yerleşim yeri bir kimsenin, sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kişinin eğitim amacıyla bir yerde bulunması veya bir kimsenin yetiştirme veya bakım kurumuna yerleştirilmesi, hastane ya da cezaevinde bulunması buraların tek başına yerleşim yeri sayılmasını sağlamaz. Eski hükmün birinci fıkrasında sadece yerleşim yeri bir kimsenin, sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir ifadesi yer almaktaydı. İMK m. 26'ya göre, kapsamlı kayyımlık altında bulunanın erginin yerleşim yeri YKM'nın bulunduğu yerdir. Yürürlükten kalkan İMK m. 94/2'ye göre, kısıtlı, yasal temsilcinin izni olmadıkça evlenemez. Kısıtlı rızanın verilmemesi durumunda mahkemeye başvurabilir şeklindeki hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. (zira yeni düzenlemede kısıtlılık kurumu bulunmamaktadır. Yürürlükten kalkan İMK m. 183/2'ye göre, küçükler ile kısıtlılar mal rejimi sözleşmesi yapabilmek için yasal temsilcisinin rızasını almak zorundadırlar hükmü, kayyımlık altında bulunan hem ergin (yasal yaş erginliği) hem de küçüklerin bir mal rejimi sözleşmesi yapabilmeleri için yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar. Bu hükümden kısıtlı olma kavramı çıkarılmıştır. Yürürlükten kalkan İMK m. 260/2'ye göre, tanıma beyanında bulunan kimse küçük yada kısıtlı ise veli yada vasinin rızası gereklidir şeklindeki hüküm, tanıyan küçük ise, kapsamlı kayyımlık altında ise veya YKM uygun bir düzenleme yapmışsa bu hallerde ilgililerin yasal temsilcililerinin rızası gereklidir şeklinde değiştirilmiştir. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde kısıtlılık kurumu kaldırıldığından İMK m. 266'da kısıtlıların evlat edinilmesine ilişkin hükümde sadece erginlerin evlat edinilmesine yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **BÜCHLER, A./MICHEL, M.,** Commentaire du droit de la Famille, Protection de L'adulte, Art. 370-373, Berne 2013, N. 1 vd.

[32] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7016.

[33] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7016.

2- Temsil kayyımlığı (m. 394-395): Temsil Kayyımlığı, İsviçre Medeni Kanunu'nun kayyımlığa ilişkin 392 ve 393. maddesindeki hükümlerle, İMK'nun 395. maddesinde düzenlenmiş olan yönetim danışmanlığına dayanmaktadır. Temsil kayyımlığında kendisine kayyım atanan kişi kayyımın fiillerini, dikkate almak durumundadır. Yetişkinleri Koruma Makamı duruma göre, ilgili kişinin fiil ehliyetini bazı alanlarda sınırlandırabilir.

3- Katılım kayyımlığı (m. 396): Katılım Kayyımlığı İMK'nun 395/I. fıkrasında düzenlenmiş olan katılım kayyımlığına ilişkin hükme karşılık gelmektedir. Yeni düzenlemeye göre eski düzenlemeden farklı olarak Yetişkinleri Koruma Makamı ilgili kişinin yani yardıma muhtaç kişinin, yardım ihtiyacını dikkate alarak, onay gerektiren fiillerin neler olduğunu kararında belirtmelidir.

4- Kapsamlı kayyımlık (m. 398): Kapsamlı Kayyımlık "Kısıtlılık" kurumunun yerine geçen kurumdur ve kişinin fiil ehliyetinin kanun gereği kaldırılmasına neden olur (İMK m. 398/III). Kapsamlı kayyımlık, özellikle kişinin ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybettiği ve açıkça yardıma muhtaç olduğu hallerde tesis edilir[34].

E. Kayyımlığın Gerçek Kişilerle Sınırlı Olması

İMK'nun 397. maddesinin 4. ve 5. bentlerine göre, vesayet makamları tüzel kişiler söz konusu olduğunda da yetkilidirler. Yeni Yetişkinlerin Korunması Hukukunda Çocukları ve Yetişkinleri Koruma Makamının yetkisi, geçek kişilerle sınırlandırılmaktadır. Bu nedenle yeni İMK m. 83. maddesinde, şayet vakıflarda organizasyon yeterli olmaz ise, denetim makamının eksik olan organı ya da idareci kişiyi belirleyebileceği düzenlenmiştir[35].

F. Velayet Hakkının Genişletilmemesi

Günümüzde bir kişi hakkında, İMK m. 369-372 uyarınca kısıtlama kararı verilecek olursa, vesayet makamı o kişiye ya bir vasi atar ya da o kişinin ebeveynlerine genişletilmiş velayet hakkı tanır (İMK m. 385/III). Belirtelim ki genişletilmiş velayet hakkı, daha ziyade zihinsel bir engel ile dünyaya gelen kişiler için söz konusu olur. Genişletilmiş velayet hakkı, öğretide eleştirel bir şekilde değerlendirilmektedir[36].

---

[34] Refakat, temsil ve katılım kayyımlığı birbirleri ile kombine edilerek de düzenlenebilirler (İMK m. 397). Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7016-7017.

[35] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7017.

[36] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7017-7018.

Buradaki en büyük ikilem, bir yandan zihinsel engeli bulunan çocuklara en iyi şekilde bakabilecek kişilerin, o çocukların anne ve babaları olmaları, öte yandan da velayet hakkının genişletilmesinin, zihinsel engelli kişinin kendi ayakları üzerinde durmasını ve hayata atılmasını zorlaştıracak olmasıdır. Yetişkinlerin Korunması Hukukunda, kararlar verilirken orantılılık ilkesi gözetilecektir. Bu nedenle, 398. madde anlamında kapsamlı kayyımlığın sınırlı olarak uygulama alanı bulacağı söylenebilir[37].

Yetişkinlerin Korunması Hukukuna göre, anne ve baba sadece kayyım olarak tayin edilebileceklerdir. Böylece genişletilmiş velayet hakkını veli sıfatı ile kullanan ve vekâlete ilişkin hükümler (İMK m. 398) uyarınca sorumlu olan ebeveynler ile sadece "*vasi*" olarak atanmış olan ve vesayet kurumunun sorumluluğa ilişkin hükümleri (İMK m. 426 vd.) uyarınca sorumlu olan ebeveynler arasındaki farkta ortadan kalkmış olacaktır. Bu nedenle yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde ebeveynlere kolaylık sağlayan bazı imkanlara yer verilmiştir. Buna göre YKM, ebeveynleri, envanter yükümlülüğünden, düzenli olarak rapor ve hesap verme yükümlülüğünden ve belli işlemler söz konusu olduğunda YKM'nın onayını alma yükümlülüğünden kısmen ya da tamamen kurtarabilmelidir. Artık her durumda sorumluluk Yetişkinleri Koruma Hukukuna göre belirlenecektir (İMK m. 454 vd.)[38].

G. Fiil Ehliyetinin Sınırlandırılması ya da Kaldırılmasının İlan Edilmemesi

Günümüzde ergin bir kişinin vesayet altına alınmış olduğu, yerleşim yerinde ya da memleketinde resmi bir bültende yayınlanması gerekmekte bu ise kişinin kişinin damgalanması şeklinde algılanmaktadır. (m. 375, 377/III, 397/II ve III). Keza, vesayet kararının ilanı ile vesayet altına alınmış olan kişi ile hukuki ilişkiye gireceklerin, durumdan haberdar edilmelerinin amaçlandığının ileri sürülmesi de günümüz toplumunda bir varsayımdan öteye geçememektedir. Bu nedenle vesayet kararının ilanının, orantılılık ilkesine uygun olup olmadığı da ayrıca tartışmalıdır. Öte yandan vesayet kararının ilan edilmesi, Federal Anayasanın 10. maddesinin II. fıkrası ile güvence altına alınmış olan kişisel özgürlüğün ihlali anlamına geldiği gibi AİH Sözleşmesinin 8. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayatın korunmasına saygı gösterilmesi hakkının da ihlali anlamına gelmektedir[39]. Bu nedenle Kararın ilanı, yabancı hukuklarda bu alanda yaşanan gelişmeler dikkate alınarak Yetişkinlerin Korunması Hukukunda kendisine yer bulmamalıdır. Bununla birlikte menfaatinin bulunduğunu inanılır kılan herkes, YKM'dan,

---

[37] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7018.

[38] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7019.

[39] Yetişkinlerin korunması hukukunun temel haklarla olan ilişkisi için bkz. **GÄCHTER, T./KAUFMANN, M.**, Commentaire du droit de la Famille, Protection de L'adulte, Berne 2013, N. 14 N. vd. (Kişiliğin anayasal koruması; N. 15 (İnsan Onuru); N. 16 (kişi özgürlükleri); N. 26 vd. özel hayatın korunması.; N. 30 evlenme hakkı.

yetişkinlerin korunmasına ilişkin bir tedbirin alınmış olup olmadığını öğrenebilir (İMK m. 451/II). Ayrıca, Yetişkinlerin Korunması Hukukuna ilişkin düzenlemenin 413. maddesinin III. fıkrasına göre, kayyımlık görevlerinin yerine getirilmesi açısından gerekli olduğu takdirde üçüncü kişiler kayyımlığa ilişkin olarak bilgilendirilmelidir. Yine Yetişkinlerin Korunması Hukukuna ilişkin düzenlemenin 452. maddesinin II. fıkrasında, kayyımlığın, ilgili kişinin fiil ehliyetini sınırlandırdığı hallerde, kayyımın, ilgili kişinin borçlularına, borçlarını sadece kayyıma ifa ile borçlarından kurtulabileceklerini bildireceği ve kayyımlığın tesis edildiğinin kendisine bildirilmemiş olan iyiniyetli borçlulara karşı ileri sürülemeyeceği de düzenlenmiştir[40].

H. Hukuki Korumanın Güçlendirilmesi ve Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Alanında Mevcut Olan Eksikliklerin Giderilmesi

Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, İMK'nun 397a vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemede, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması alanında, hekim tarafından kuruma yerleştirilmeyle ilgili iki yenilik göze çarpmakta, başka bir ifadeyle, hekim tarafından kuruma yerleştirilme iki açıdan sınırlandırılmaktadır. Birincisi, hekimler tarafından uygulanacak olan yerleştirme, kanton hukukuna göre tespit edilen azami altı haftalık süre içerisinde ve Yetişkinleri Koruma Makamı tarafından alınan bir karar ile onaylanması, ikincisi, yerleştirmeyi gerçekleştirebilecek nitelikte olan hekimlerin Kantonlar tarafından belirlenmesidir[41].

Bu alanda getirilen bir diğer yenilik de YKM'nın yerleştirmeyi düzenli olarak denetlemekle yükümlü kılınmış olmasıdır (İMK m. 431). İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni tarihli kararlarında, koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanacak ve tedavi amacıyla kuruma yerleştirilecek olan kişinin rızasının alınmamasını gerektiren haklı bir sebebin bulunmadığını belirtmiştir. Bu nedenle yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemede, psikolojik bir rahatsızlığın tedavisine ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmiştir (İMK m. 433 vd.). Buna göre, psikolojik rahatsızlığı bulunan bir kişi kuruma yerleştirilecek olursa, tedaviyi gerçekleştirecek olan hekim, ilgili kişinin ve gerektiğinde onun güvendiği kişinin katılımıyla, tedavi planını yazılı olarak sunacaktır. Söz konusu düzenlemenin amacı, ilgili kişinin arzularını mümkün olduğunca dikkate almaktır. İlgili kişinin rızası hilafına bir tedaviye ancak bazı önemli durumlarda başvurulabilir. Örneğin ilgili kişinin tedaviyi gerektiren durum açısından ayırt etme gücünden yoksun olması, tedavi edilmemesi durumunda kişinin sağlığı açısından ciddi bir tehlike meydana gelecek olması, tedavi

---

[40] **HÄFELI**, CammFam., N. 1 vd.; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7018-7019.

[41] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7019.

edilmeme durumunda üçüncü kişilerin yaşamının veya beden bütünlüklerinin ciddi bir tehlike altında olması. Belirtmek gerekir ki, kişinin rızası hilafına onun tedavi edilmesine son çare (ultima ratio) olarak başvurulması gerekir. Ayrıca tedavi, sadece koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması çerçevesinde mümkün olmalıdır[42].

I. Uzman Bir Makam Olarak Çocukları ve Yetişkinleri Koruma Makamı

İsviçre de vesayet makamı görevini, mahkemeler yerine getirmektedir. Buna karşılık İsviçre'de yeknesak bir uygulama yoktur. Örneğin bazı yerlerde belediye meclisi ya da özel bir komisyon vesayet makamı görevini yerine getirmektedir. Belediye meclisi, politik görevleri yerine getirmek üzere demokratik olarak seçilmiş ve vesayet ile ilgili görevleri yerine getirmek zorunda olmayan kişilerden oluşmaktadır. Görüldüğü üzere İsviçre'de vesayet kurumu bir birlik arz etmemektedir. Bu nedenle vesayet makamlarına ilişkin bu yapının denetlenmesi kaçınılmaz olmuştur. Keza, politik sorunları çözmek üzere seçilmiş belediye meclisinin, bir çocuğun anne-babasının rızası alınmaksızın evlat edinilmesine karar verilmesi örneğinde olduğu gibi, temel haklardan biri olan kişisel özgürlük hakkına yönelik müdahaleleri de Anayasa ile bağdaştırılmamaktadır. Yine yaşanan deneyimler göstermiştir ki, belediye meclisi tarafından verilen kararlar çoğunlukla itiraz merciinde usule ilişkin eksiklikler nedeniyle reddedilmişlerdir[43].

Yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Çocukların –ve Yetişkinlerin Korunması alanında verilen bütün kararlar, tek bir makam tarafından alınacaktır (İMK m. 440) Ancak bu makamın uzman bir makam olması gerekir[44].

İ. Usul Hukukuna İlişkin Önemli İlkelerin Medeni Kanuna Alınması

İlgili kişinin hukuken korunabilmesi için sadece maddi hukuk değil, aynı zamanda usul hukuku da son derece önemlidir. Nitekim bu durumu

---

[42] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7019-7020.

[43] Yetişkinlerin korunması hukukunun uygulanması için uyulması gereken Anayasal ilkeler olarak bkz. **GÄCHTER/KAUFMANN**, CommFam., N. 5 (Genel Olarak); N. 6 vd. (Orantılılık İlkesi), N. 11 vd. (Talilik İlkesi); Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7020.

[44] Bu nedenle bazı kantonlar, gerekli yapısal değişiklikleri Yetişkinlerin Korunması Hukukundan bağımsız olarak kendiliğinden gerçekleştirmiş, bazıları da değişiklikleri gerçekleştirmek üzere harekete geçmişlerdir. Belirlenen uzman makamın iç organizasyonundan Kantonlar sorumludur.

dikkate alan kanun koyucu, İMK'nda Usul Hukukuna ilişkin hükümlere de yer vermişlerdir. (İMK m. 374, 375, 420)[45].

Belirtelim ki Çocukların- ve Yetişkinlerin Korunması alanında, temel haklar büyük bir öneme sahiptir. Bu nedenle usule ilişkin kuralların belirlenmesinde bu durumun ayrıca dikkate alınması gerekir. Öte yandan, usule ilişkin hükümler sevk edilirken, Çocukların- ve Yetişkinlerin Korunması alanında, basit ve seri bir şekilde, bürokrasiye takılmadan gerçekleştirilebilecek ve gerçekleştirilmesi gereken pek çok hukuki işlemin bulunduğu da göz ardı edilmemelidir[46].

J. Yetişkinleri Koruma Hukukunun Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukuku ile İlişkisi

Bilindiği üzere, Çocukların- ve Yetişkinlerin Korunması Hukuku ile Kişiler Hukukunun fiil ehliyetine ilişkin hükümleri arasında çok sıkı bir bağlantı bulunmaktadır ve bu alanda giderilmesi gereken pek çok eksiklik mevcuttur. Bununla birlikte kendilerine kayyım atanmış olan küçükler ile yetişkinlerin fiil ehliyetlerine ilişkin temel ilkelerin Kanuna alınması mümkündür. Bu nedenle vesayet altına alınmış kişilerin bizzat gerçekleştirebilecekleri fiillere ilişkin İMK'nun 410 ve 411. maddeleri genelleştirilmiş, biraz genişletilmiş ve Kişiler Hukukuna entegre edilmiştir (İMK m. 19-19b). Öte yandan, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması yeni bir hükümle ayrıca düzenlenmiştir (İMK m. 19c).

Vesayet Hukukuna ilişkin revizyon ile öncelikle, Yetişkinlerin Korunması hedeflenmektedir. Bununla birlikte ergin olmayan kişilere ilişkin vesayet hükümleri de Vesayet Hukukunda düzenlenmiştir (İMK m. 368). Ancak bu alana, ayrıca bir ayrılmamıştır. Zira Vesayete ilişkin hükümlerin büyük bir çoğunluğu, hem yetişkinlere hem de ergin olmayan kişilere yani küçüklere uygulanabilmektedir. Yetişkinlerin Korunması Hukukunda, kısıtlılık kurumu klasik ve en önemli tedbir olan Vesayet kurumu ile ortadan

---

[45] Geleneksel görev dağılımına göre, maddi hukuk alanında Federal Devlet, usul hukuku alanında ise Kantonlar yetkilidir. Ancak pratikte bugüne değin hiçbir Kanton, Çocukların –ve Yetişkinlerin Korunmasına ilişkin özel ve kapsamlı bir Usul Yasası çıkartmamıştır. Vesayet hukukuna ilişkin usul hukuku hükümleri ya İMK'nun uygulanmasına ilişkin kanunlarda ya da Kantonların özel düzenlemelerinde yer almaktadır. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemede, uzmanlık mahkemesi, Çocukları- ve Yetişkinleri Koruma Makamı olarak öngörülmemiştir. Uzmanlık makamı sıfatıyla, idari bir makamının mı yoksa bir mahkemenin mi görev yapacağı daha çok Kantonların takdirine bırakılmıştır (İMK m. 440/I ve III). Bu değişikliği dikkate alan Federal Meclis, özel bir Usul Kanununun yapılmasına gerek kalmadığını ancak Çocukların- ve Yetişkinlerin Korunması ile ilgili Usul Hukukuna ilişkin önemli ilkelerin Medeni Kanuna dahil edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (İMK m. 433 vd.). Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7020.

[46] Bu konuda özellikle bkz. **GÄCHTER/KAUFMANN**, CommFam., N. 14 (Kişiliğin Anayasal Güvencesi); Belirtelim ki Federal Yasa nedeniyle, sürelerin geçmesi, delillerin toplanması gibi durumlarda Medeni Yargılama Hukuku uygulama alanı bulur. Ancak Kantonlar aksini düzenleyebilirler (İMK m. 450 vd.).

kaldırıldığı için, yetişkinlerin ve küçüklerin, kanuni temsillerine ilişkin kapsamlı bir düzenlemeye gidilmesini gerektiren haklı bir sebep bulunmamaktadır[47].

Bu nedenle düzenlemede küçüklere ilişkin vesayet kurumu, çocukların korunmasını amaç edinmiş olan, Çocuk Hukukunda, beşinci **kısmın/bölümün (Abschnitt)** altında düzenlenmiştir. Bu başlık altında, çocuğun korunması amacına yönelik olarak, velayetin kaldırılması ve küçüklerin vesayeti ile ilgili hükümler gibi en önemli tedbirlere yer verilmiştir. Aynı zamanda, vesayet altındaki küçükler ile velayet altındaki küçüklerin hukuki durumları da eşitlenmiştir (İMK m. 327a, 327b ve 327c). Son olarak belirtelim ki, yetkili makam, vasinin atanması, vasinin denetimi ve sorumluluğu gibi hususlarda, Yetişkinlerin Korunmasına ilişkin hükümleri uygulayacaktır[48].

K- Türk Hukuk Bakımından Genel Bir Değerlendirme

İMK'nda yapılan ve yetişkinleri korumaya yönelen düzenlemelerin temal amacı, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının geliştirilmesi ve aile içi dayanışmanın güçlendirilmesidir. Belirtelim ki, değişikliğin gerekçesi incelendiğinde tıp alanındaki gelişmelere özellikle vurgu yapılması dikkat çekmektedir. Gerçekten tıp alanındaki hızlı gelişmeler neticesinde önemli sağlık sorunlarında bile ölüme engel olunabildiği görülmektedir. Fakat ölüm olayı gerçekleşmese bile geçirilen sağlık sorunları kişinin ayırt etme gücünü, geçici veya sürekli olarak kaybetmesine neden olabilmektedir. Özellikle ileri yaşlarda görülen Alzheimer hastalığına yakalanma veya başka bir nedenle bunama gündeme gelebilmektedir. Bu duruma düşen bir kimse, devlet makamlarına ve onun yardımcı personeline bağımlı olmak istemeyebilir. Bu durumda kişilerin, artık iktidarını kaybettiği hallerde kendisiyle kimin ne şekilde ilgilenmesini istediğini, önceden belirleyebilmelidir. Buna bağlı olarak kişinin, ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi ihtimalini göz önünde bulundurarak, zamanında kendi tedbirini alma hakkı olmalıdır. Bunun sonucu olarak da kişinin kendi hakkında bizzat karar verebilmesi hakkı ayırt etme gücünü kaybetmesinden sonra da devam edebilecektir. Tabi ki, bu sonuç, Anayasa'da teminat altına alınan insan haysiyetine de uygun bulunmaktadır. Diğer taraftan söz konusu düzenleme birçok önemli hususta devletin yükünü de azaltmaktadır[49].

İsviçre'de yapılan değişiklikler göre tıbbî tedbirlerde aile bireylerine tanınan temsil yetkisiyle aslında mevcut bir durumun kanunlaştırılmasından öte bir durum değildir. Çünkü yetişkinleri koruma hukukundan önce yürürlükte olan vesayet hükümleri, ayırt etme gücünü kaybeden ve bu suretle kanun gereği ehliyetsiz hale gelen kişiler için özel bir tedbir öngörmemekteydi. Böyle bir durum söz konusu olduğunda vesayet makamı

---

[47] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7022.

[48] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7023.

[49] Ayrıntılı bilgi için bkz. **HAUSHEER, H./ GEISER, T./ AEBI-MÜLLER, R. E.,** Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, Rz. 2.03; **İMAMAOĞLU**, s. 14.

tarafından daima bir vasi veya bir kayyım atanması söz konusu olmaktaydı. Bu mekanizmanın en önemli dezavantajı ağır işlemesi ve aile bireylerinin resmi makamlara müracaat etmekten çekinmesiydi. Resmî makamların kapsamlı bir denetimi söz konusu olduğu takdirde, süreç daha da zorlaşıyordu. Böyle bir durumda uygulamada değişik yöntemlere başvuruluyor ve çoğu kez aile bireyleri, hukuken geçerli olarak yetkilendirilip yetkilendirilmediklerini açıklamaksızın, ilgili kişi adına hareket ediyorlardı. Tüm bu açıklamalardan sonra, söz konusu düzenlemeler yapılırken ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin aile bireylerinin, büyük zahmetler olmaksızın belirli kararları alabilme ihtiyacı da nazara almıştır denilebilir[50].

Türk hukuku bakımından da yukarıda belirtilen hususlar büyük öneme sahiptir. Çünkü kişi hayatının sonraki bir döneminde hastalık veya kaza sonucu ya da ileri yaşta ortaya çıkabilecek bunama vb. sebeplerle ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, vesayet altında bir bakım veya yaşlılar yurdunda değil, önceden belirlediği güvenebileceği bir insanı menfaatlerini korumakla görevlendirerek, kendi tercih ettiği bir düzende yaşamak isteyebilir. Ona bu imkânı vermek gerekir. Esasen bu durum, aynı zamanda kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının gereğidir ve insan haysiyetine uygundur.

Türk hukukunda, İMK'da öngörüldüğü şekilde işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlet ve hastanın önceden verdiği talimatlar hususunda kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçi kişinin önceden açıkladığı isteklerinin göz önüne alınması yönünde hastanın önceden verdiği talimatlara ilişkin bir hükmü içeren Biyotıp Sözleşmesi, Türkiye tarafından onaylanmıştır. Ancak bu konuda gerekli kanunî düzenlemeler yapılmamıştır. Belirtelim ki, Türk hukukunda bir kişi tarafından hastanın önceden verdiği talimatlar olarak düzenlenen bir belgenin bağlayıcı niteliği yoktur. Bununla birlikte, böyle bir belgenin, Biyotıp Sözleşmesi çerçevesinde acil durumlarda veya kanunî temsilci tarafından temsil yetkisinin kullanılması esnasında, kişinin farazî iradesinin belirlenmesinde dikkate alınması mümkündür. Diğer taraftan, böyle bir belgede, ayırt etme gücünün kaybedilmesi halinde, tıbbî tedbirlerde karar yetkisine sahip bir kişi de gösterilmiş olabilir. Böyle bir durumda da gösterilen kişinin, kanunda öngörülen diğer şartların da bulunması halinde, ayırt etme gücünü kaybeden hasta için vasi veya kayyım olarak atanması mümkündür (TMK m. 415)[51].

İşlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlet, Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Ancak belirtelim ki, borçlar hukuku anlamında vekâlet sözleşmesinin, vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmesinden sonra da devam edeceği kararlaştırılabilmektedir (TBK m. 513/ I). Buna karşılık vekâlet sözleşmesinin, ancak vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde hüküm ifade edeceğinin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı, diğer bir ifadeyle vekâlet sözleşmesinin sonuçlarını meydana getirmesinin, ayırt etme gücünün kaybedilmesi şartına bağlanabilip bağlanamayacağı tartışmalıdır[52].

---

[50] **İMAMOĞLU**, s. 14.

[51] **İMAMOĞLU**, s. 15.

[52] Ayrıntılı bilgi için bkz. **HAUSHEER/ GEISER/ AEBI- MÜLLER**, Rz. 2.04-2.05; **SCHMID, H.**, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360- 456 ZGB, St. Gallen 2010, Art. 360, N. 1; **İMAMOĞLU**, s. 15.

İMK'nda tıbbî tedbirlerde aile fertlerine ve diğer yakın kişilere tanınan temsil yetkisi değerlendirildiğinde ise Türk hukukuna göre bir kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, acil durumlar dışında, tıbbî müdahale için kanunî temsilcinin rızasına ihtiyaç vardır (TŞSTİDK. m. 70; HHY. m. 24/I, III). Kanunî temsilcinin atanması ise resmî makamların müdahalesini ve belirli bir zamanı gerektiren bir süreç olduğu da göz ardı edilmemelidir. Fakat belirtelim ki, hukukumuzda kanunî temsilcinin olmadığı veya hazır bulunamadığı ya da hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde tıbbî müdahaleye rıza şartının aranmayacağı yönünde bir düzenleme mevcuttur (TŞSTİDK. m. 70; HHY. m. 24/I)[53].

Kanunî temsilcinin bulunmadığı bir halde Türk hukuk bakımından da aile bireylerinin temsile yetkili kılınması, pratik bir çözüm teşkil eder ve özellikle tıbbî personelin müdahalesi açısından hukukî güvenliği de garanti altına alır. Ayrıca aile bireyleri, esas itibarıyla hastayı en iyi tanıyan kişilerdir ve bu itibarla tıbbî müdahale için karar alınırken hastanın görüş ve değerlendirmelerini en iyi şekilde ifade edebilmeleri açısından da önemlidir. Tabi ki hastanın karar alma sürecine dahil edilmesi de mümkün olduğunca sağlanmalıdır. Bu süreçte ayırt etme gücü bulunmayan hastanın menfaatleri tehlikeye düştüğü veya artık korunmadığı takdirde, yetkili makamın müdahalesi de sağlanmalıdır. Sonuç olarak, tıbbî tedbirlerde aile bireylerine temsil yetkisi tanıyan bir düzenleme, Türkiye'nin onayladığı Biyotıp Sözleşmesiyle de uyumlu olacağı için bir sakınca da doğurmayacaktır[54].

Yukarıdaki açıklamalarımıza ek olarak belirtelim ki, Türk hukuku bakımından ayırt etme gücünden yoksun yetişkinlerin korunması için öngörülen nihai koruma tedbiri, bu kimselerin kısıtlanarak vesayet altına alınmasıdır. Türk Medenî Kanunu m. 405 hükmü uyarınca, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin, kısıtlanır. Kısıtlama ile ergin olan ve velayet altında olmayan bir kimsenin fiil ehliyeti, kanunda yer alan sebeplere dayanılarak, kişinin doğrudan doğruya kendisinin ve dolaylı olarak başkalarının korunması amacıyla, mahkeme kararıyla sınırlandırılmış olur. Ayırt etme gücüne sahip erginler bakımından kısıtlama kararı, tam ehliyetli kişinin ehliyetini sınırlar ve onu sınırlı ehliyetsiz hale getirir. Bununla birlikte ayırt etme gücü olmayan ergin kimse hakkında verilen kısıtlama kararının fonksiyonu, yalnızca mevcut tam ehliyetsizlik durumunu tespit etmektir[55].

Türk hukukunda ayırt etme gücünü kaybeden yetişkinin tabi olduğu bu sistem, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının önceliği ilkesi açısından elverişsiz bir sistemdir. Vesayet hukukunda, kısıtlanan kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını kullanmasına kısmen de olsa imkân sağlayacak yegâne hüküm, MK m. 415'te yer alan ve haklı sebepler olmadıkça, vasiliğe, vesayet altına alınacak kişinin ya da ana ve babasının gösterdiği kimsenin atanacağını öngören hükümdür. Hükmün uygulama alanı ise hemen anlaşılacağı üzere, vesayet altına alınacak kişinin ayırt etme

---

53 **İMAMOĞLU**, s. 16.

54 **İMAMOĞLU**, s. 16-17.

55 **AKINTÜRK, T./KARAMAN, D.,** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2013, s. 482.

gücüne sahip olması haliyle sınırlıdır. Başka bir deyişle, ayırt etme gücünden yoksun erginin kısıtlanması durumunda, vasi atanacak kişinin belirlenmesinde, kısıtlananın isteğinin ve iradesinin hiçbir rolü yoktur. Bu durum, vasiliğe atanmada vesayet altına konulan kişinin eşine ve yakınlarına tanınan öncelik hakkıyla (MK m. 414) ve özellikle ayırtım gücünü kaybeden erginin malvarlığının önem arz ettiği vakalarda ilgililerin menfaat durumlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, uygulamada önemli problemlerin doğumuna zemin hazırlamaktadır.

Ayrıca vesayet sistemi içerisinde, ayırt etme gücünü kaybeden yetişkinin, kendisine atanacak vasinin vesayeti nasıl yürüteceğine dair önceden -ayırt etme gücüne sahip bulunduğu dönemde- belirteceği iradesinin dikkate alınması da söz konusu değildir. Oysa işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlette vekalet veren, yapacağı düzenlemede, vekâletin kapsamını ve icra tarzını ayrıntılı olarak belirleme imkânına sahiptir.

İşlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlet ile ayırt etme gücünü kaybeden yetişkin kimseye tanınan kendisi hakkında bizzat karar verme imkânı, Türk hukuku bakımından, ayırt etme gücünün kaybı erteleyici şartına bağlanmış bir vekâlet sözleşmesiyle kısmen sağlanabilir gözükmektedir. Erteleyici şarta bağlı işlemlerde, erteleyici şartın gerçekleşmesiyle şartlı işlem kesinleşerek hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar[56].

Taraflardan biri, sonradan şartın gerçekleştiği anda, ölmüş veya fiil ehliyetini kaybetmiş olsa bile, şartlı işlem hüküm ve sonuçlarını kendiliğinden meydana getirir. Vekâlet sözleşmesinin, vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi erteleyici şartına bağlanmasında özellik gösteren husus, şartın gerçekleşmesinin aynı zamanda vekâlet verenin fiil ehliyetini kaybetmesi anlamına gelecek olmasıdır. Bu noktada, vekâletin sona ermesini düzenleyen BK m. 513/I hükmünün dikkate alınması gerekir. Buna göre, vekilin veya vekâlet verenin ehliyetini kaybetmesi, kural olarak vekâletin kendiliğinden sona ermesine yol açar. Bununla birlikte, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Böylece, vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi erteleyici şartına bağlı olarak kurulan vekâlet sözleşmesi, şartın gerçekleşmesiyle, vekâlet verenin fiil ehliyetini kaybetmiş olmasına rağmen, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Vekâlet sözleşmesinin, hemen her zaman olduğu gibi, temsil yetkisini de içermesi halinde, temsil olunanın ayırt etme gücünü kaybetmesinin temsil yetkisine etkisi de, vekâlete benzer şekilde düzenlenmiştir. BK m. 43/I hükmü uyarınca, hukukî işlemden doğan temsil yetkisi, temsil olunanın fiil ehliyetini kaybetmesiyle sona ererse de, bu kuralın aksi taraflarca kararlaştırılabilir veya işin özelliğinden anlaşılabilir[57].

Vekâletin erteleyici şarta bağlanması suretiyle oluşturulabilecek, işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlete benzer bu yapı, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının önceliği ilkesi açısından, vesayet kurumundan daha elverişli görünmektedir. Bununla birlikte, ayırt etme gücünden yoksun kişinin muhtaç olduğu korumanın sağlanmasında, şartlı vekâlet de işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlete kıyasla

[56] **KESKİN**, s. 393.

[57] **KESKİN**, s. 392.

yetersizdir. Bu yetersizlik özellikle iki temel noktada ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, ayırt etme gücünü kaybetmesiyle birlikte şarta bağlı vekâlet veren hakkında başlayacak olan vesayet süreci ve bu sürecin sonuçlarıdır. Gerçekten, ayırt etme gücünü kaybeden kişinin kısıtlanarak kendisine bir vasi tayin edilmesi gerekir[58].

Mahkeme tarafından tayin edilecek vasi, ayırt etme gücünü kaybetmiş olan vekâlet verenin yasal temsilcisi sıfatını taşır. Bu sıfata ve vesayetten kaynaklanan yetkilerine dayanarak vasinin, vekâlet veren tarafından yetkilendirilmiş olan iradi temsilcinin temsil yetkisini kaldırması, hatta hüküm ve sonuçlarını ayırt etme gücünün kaybından sonra doğuracağı kararlaştırılmış olan vekâlet sözleşmesini de sona erdirmesi ihtimal dâhilindedir. Bu yöndeki tasarrufların her ne kadar kısıtlının menfaatlerinin korunması amacıyla yapılması gerekirse de, netice itibarıyla bu suretle, kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olduğu dönemdeki iradesine aykırı hareket edilmiş olmaktadır. Oysa işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlet ile gerçekleştirilebilir hale gelen kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı, tam da bu iradenin gereğinin yerine getirilmesini amaçlamaktadır.

Ayırt etme gücünün kaybı erteleyici şartına bağlı vekâletin, İşlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlete nazaran yetersiz kaldığı ikinci husus, işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlette vekâlet veren için öngörülen koruma tedbirlerinin, borçlar hukuku anlamında bir vekâlet sözleşmesi bakımından söz konusu olamayacağı vâkıasıdır. İşlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlette Yetişkinleri Koruma Makamı, hem vekâletin yürürlüğe girmesi aşamasında hem de vekâlet devam ettiği sürece, ayırt etme gücünden yoksun durumdaki vekâlet verenin menfaatlerinin tehlikede olup olmadığını değerlendirmekte ve bu amaçla tedbir vekâletinde yetkilendirilen kişiyi de denetlemektedir.

Yetişkinleri Koruma Makamının işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlete müdahale etme, yetkilendirilen kişiye talimatlar verme ve gerektiğinde vekâleti kaldırma yetkileri, vekalet devam ederken, vekalet düzenleyenin menfaatlerinin korunmasına hizmet eden yetkilerdir. Taraflar arasında yapılacak, borçlar hukuku anlamında bir vekâlet sözleşmesi çerçevesinde, böyle bir korumanın sağlanması ise mümkün değildir. Ayırt etme gücünün kaybı sebebiyle kısıtlanan kişiye atanacak vasinin ve dolaylı olarak denetim makamının vekil üzerinde de böyle bir denetimi gerçekleştirebileceği düşünülebilirse de, vasinin ve vesayetin yürütülme biçiminin belirlenmesine ilişkin problemler, etkili bir denetim faaliyetinin icra edilmesine mani olacaktır. Bu sebeple ayırt etme gücünün kaybı erteleyici şartına bağlı bir vekâlet sözleşmesinin kurulmasıyla oluşturulacak yapının, ayırt etme gücünden yoksun yetişkinler işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekâlet ile sağlanan korumayı sağlayamayacağı sonucuna varılması zorunlu görünmektedir.

[58] **WEBER, R. H.**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 2003, 2166.

III . TERMİNOLOJİ

Yetişkinlerin korunması hukuku, yetişkinlerin korunmasına ilişkin önlemleri ve koşullarını tanımlamak üzere düzenlenmiştir. Öğretide bir görüşe göre, insanları belli ifadelerle damgalayan kavramlarla tanımlamaktan uzaklaşmak gerekir. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, kötü yaşam tarzı, savurganlık, kötü yönetim gibi kavramlar modern yetişkinlerin korunması hukukunda kendine yer bulmamaktadır. Aynı şekilde kısıtlılık, vesayet, vasilik gibi kavramlarda kişiyi damgalamakta, bu nedenle de modern yetişkinlerin korunması hukukundan bu kavramların ayıklanması gerekmektedir. Günümüzde kısıtlanan kişilerle ile kendisine kayyım atanan kişiler arasında yapılan derecelendirmeler de farklı şekilde değerlendirilen kavramlar arasında karışıklık meydana getirmektedir. Buna karşılık öngörülen yeni kavram olan kayyımlık bütün kavramları üst kavram olarak kapsayacak ve kavram kargaşası tehlikesini de bertaraf edecektir[59].

Çocuğun korunması alanında İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan kayyımlık ile karışmaması için şimdiye kadar olduğu gibi "vesayet" kavramı kullanılmaya devam edecektir. Bu kavrama uluslararası metinlerde örneğin Birleşmiş Milletler Çocuk Konvansiyonu 2. maddesinde yer verilmektedir. Bu kavram küçükler bakımından da kullanılabilir, çünkü küçüklerin vesayet altına alınmasının nedeni zayıf olmalarından kaynaklanmamakta onların ebeveynlerinin ölmüş olması veya velayetin kaldırılmış olması nedeniyle velayet altında olmamasından kaynaklanmaktadır[60].

Eski İsviçre Medeni Kanunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 5 terminolojisine uygun olarak koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanmasından söz etmektedir. Buna karşılık Yeni İsviçre Medeni Kanunu koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması kavramı yerine koruma amacıyla yerleştirme kavramına yer vermiştir. Böylece İMK, ceza hukukundaki özgürlüğün kısıtlanması kavramından ayrılmış olmaktadır. Belirtelim ki, yakın sayılabilecek bir süre önce İsviçre dışındaki diğer Avrupa ülkelerinde de yetişkinlerin korunması hukuku alanında birçok yeni düzenlemeye imza atılmıştır. Bu anlamda ilk esaslı düzenleme 1983 yılında Avusturya'da gerçekleştirilmiş, 1990 yılında Almanya, 1995'te Danimarka, 2003 yılında İspanya, 2004'te İtalya, 2005'te İngiltere gerekli düzenlemeleri gerçekleştirmiştir. İsviçre Hukukundaki yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler, Avrupa Parlamentosu Bakanlar Komitesinin "yardıma muhtaç yetişkinlerin yasal olarak korunmasına ilişkin R (99) 4 sayılı tavsiye kararı" esas alınarak gerçekleştirilmiştir[61].

---

[59] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7023.

[60] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7023.

[61] Mukayeseli hukuktaki gelişimler için bkz. **PRETELLI, I.,** Commentaire du droit de la Famille, Protection de L'adulte, Berne 2013, N. 1 vd.; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7023-7024.

Avrupa Parlamentosu Bakanlar Komitesi, Üye ülkelere, farklı durumları da dikkate alan tamamlayıcı ya da ihtiyari koruma düzenlemeleri gerçekleştirmelerini tavsiye etmektedir. Avrupa Parlamentosu Bakanlar Komitesi üye ülkelere, gereklilik, orantılılık, talilik (ikincillik) prensiplerini gözetmelerini, mümkün olduğunca ilgili kişinin isteklerini dikkate almalarını da tavsiye etmektedir. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler aynı zamanda, Avrupa Parlamentosu Bakanlar Komitesinin "*İnsan Haklarının Korunması Ve Psikolojik Açıdan Rahatsız Kişilerin İnsan Onurunun Korunması İlişkin R (2004) 10 Sayılı Tavsiyesi*"ne dayanmaktadır.

Belirtelim ki, yetişkinlerin korunmasına ilişkin söz konusu bu düzenleme Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin tavsiyelerine, aynı zamanda Avrupa Konseyi *İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesine de uygundur. Sonuç olarak, söz konusu düzenlemeler hem yabancı hukuklarda gerçekleştirilen reformlara hem de Avrupa hukuku düzenlemelerine paraleldir*[62].

Yetişkinlerin, özellikle yaşa bağlı olarak ortaya çıkan aklî ve/veya fizikî melekelerindeki yetersizlikleri ya da noksanlıkları nedeniyle gerek bireysel olarak, gerek malvarlıkları bağlamında korunmaları, milletlerarası düzeyde 13 Ocak 2000 tarihli "Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi" ile düzenlenmiştir[63].

IV. YETİŞKİNLERİN KORUNMASI HUKUKUNUN AVRUPA HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI VE BİRBİRLERİ İLE İLİŞKİLERİ

Yakın sayılabilecek bir geçmişte pek çok yabancı ülkede, Yetişkinlerin Korunması Hukuku alanında revizyonlar gerçekleştirilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu alanda ilk esaslı reform, 1983 yılında Avusturya'da gerçekleştirilmiş onu, 1990 yılında Almanya, 1995 yılında Danimarka, 2003 yılında İspanya, 2004 yılında İtalya ve 2005 yılında İngiltere izlemiş; Fransa da reform çabaları 2007 yılında yapılmaya çalışılmıştır. Söz konusu reformların, genel eğiliminin ne olduğuna baktığımızda, bir yandan klasik koruma tedbirlerinin, ölçülü bir şekilde alındığını diğer taraftan yardıma muhtaç kişilerin gereksinimlerinin somut olay açısından karşılanmasının amaçlandığını görürüz. Ayrıca kendi kaderini belirleme hakkına önem verildiğini ve Alzheimer gibi hastalıklara ya da başka sebeplere bağlı olarak ayırt etme güçlerini kaybetmeden önce kişilere gerekli düzenlemeleri gerçekleştirme imkanının verildiğini görürüz[64].

Ayrıca gerçekleştirilen reformların radikal olduğunu da söyleyebiliriz. Danimarka'da, Almanya'da, İngiltere'de ve Avusturya'da, somut olayın gereksinimlerine uyarlanabilen, sadece bir tek resmi tedbir bulunmaktadır. Söz konusu tedbire, tek bir işlem için başvurulabileceği gibi; yardıma muhtaç

---

[62] **GÄCHTER/KAUFMANN**, CommFam., N. 57 vd.

[63] *Ayrıntılı bilgi için bkz. SARGIN, F., "Yetişkinlerin Milletlerarası Planda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi", AÜHFD 2003, C. 52, Sa. 2, 1-75.*

[64] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7024.

kişinin kapsamlı olarak temsil edilmesinde de başvurulabilir. Buna karşılık, İtalya ve İspanya klasik koruma tedbirlerini özellikle de kısıtlılık ile vesayet kurumunu korumaya devam etmişler ama bunun yanında ilgili kişinin korunmasına ilişkin tedbirleri iyileştirmişlerdir. Alman, İngiliz, İtalyan ve İspanyol yasaları ise kişiye, kendisini korumak amacıyla bizzat ve önceden vekaletname düzenleme imkânı tanımışlardır. İşlerini gereği gibi yönetememe sebebiyle vekalet kurumunun öncülüğünü, 1990 yılında gerekli yasayı başarıyla çıkaran Quebec üstlenmiştir. Avusturya hükümeti 2006 yılının ilk yarısında, parlamentoya, işlerini gereği gibi yönetememe sebebiyle vekalete ve yakınlara yasal temsil yetkisi verilmesine ilişkin bir tasarı sunmuştur[65].

Yetişkinlerin korunmasına ilişkin İsviçre tasarısı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, "*Yardıma Muhtaç Yetişkinlerin Yasal olarak Korunması"na ilişkin, R (99) 4 sayılı tavsiye kararı*"na dayanmaktadır. Söz konusu kararda üye ülkelere, birbirinden farklı koşul ve durumların dikkate alınmasını sağlayacak şekilde ihtiyari düzenlemeler öngörmeleri, gereklilik, orantılılık ve talilik ilkelerini uygulamaları ve olanak bulundukça, ilgili kişinin isteklerine uygun davranmaları tavsiye edilmektedir. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin İsviçre tasarısı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, "*İnsan Haklarının Korunması ve Psişik Açıdan Rahatsız Olan Kişilerin İnsan Onurunun Korunmasına ilişkin R (2004) 10 sayılı tavsiye kararı*" nı da dikkate alarak hazırlanmıştır.Öte yandan yetişkinlerin korunmasına ilişkin İsviçre tasarısı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin tavsiyelerine ve aynı zamanda Avrupa Konseyi *İnsan hakları ve Biyotıp sözleşmesine de uygundur*. Sonuç olarak, Yetişkinlerin Korunması Hukukuna ilişkin İsviçre düzenlemelerinin, yabancı hukuklarda gerçekleştirilen reformların ve Avrupa Hukukunun ışığında hazırlandığı söylenebilir[66].

---

[65] **PRETELLI**, Commfam., N. 1 vd; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7024.

[66] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7024-7025.

II. GRUP GÖRÜŞMELERİ

II. GRUP TARTIŞMA KONULARI

Aile Hukuku-I

- Türk Hukukunda Özel ve Genel Boşanma Sebepleri
- Boşanma ve Kusur İlişkisi
- Nafaka ve Tazminat Sorumluluğu İle Katılma Alacağından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri
- Aile Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Bilirkişilik Uygulamaları
- Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü ile Ayrı Bir Usul Kanununa İhtiyaç Duyulup Duyulmadığı
- Aile Hukukunda Arabuluculuk
- Mevzuat ve Uygulamadan Kaynaklanan Diğer Sorunlar ve Çözüm Önerileri

II. GRUP ÇALIŞMASI

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA (Oturum Başkanı):

Sayın Hazirun, hepinize günaydın. Hoş geldiniz. Öncelikle hepinize birer dakika söz vereceğim ve kendilerini bir dakika bile sürmeyecek şekilde kendinizi sırayla tanıtmanızı biraz sonra isteyeceğim. Ondan sonra bir röportör gençlerden isteyen bir ya da iki kişiyi röportör olarak belirlemek istiyorum. Buradaki konuşmalarda bazı önemli yerleri not almalarını ve en sonunda benim raporumu oluşturabilmem için birlikte son çalışmayı yapmak istiyorum. Ondan sonra da konu başlıklarına göre sizlere söz hakkı vereceğim. Buyurun Hocam.

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA:

Tüm Hazirunu saygıyla selamlıyorum. Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Ana Hukuk Bilim Dalı Öğretim Üyesiyim. Benimkisi biraz karışık. 2000 Yılında Ankara Hukuktan mezun olduktan sonra önce ticareti hukuku yüksek lisansı yaptım. Ardından medeni usul ve icra iflas hukuku doktorasını tamamladım. Yargısal hak ve özgürlükler üzerinde çalışmalarım oldu. Son dönemde arabuluculukla ilgili çalışmalarım var ama. Eşya, taşınmaz arabuluculuk çalıştım. Çocukların adalete erişimi ile ilgili çalışmalarım oldu. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması ile ilgili çalışmalarım oldu. Bunun dışında aleniyet ilkesi ile ilgili çalışmalarım var. Sizden aleniyetle ilgili bir başvuru bekliyorum ben de. Son Anayasa mahkemesi kararından sonra. Verimli bir çalışma olmasını diliyorum teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

1982 İstanbul Hukuk mezunuyum. 1983 yılından itibaren İstanbul Hukuk Medeni Hukuk kürsüsünde önce Zahit İmre rahmetli hocamla başladım. Daha sonra Aytekin Ataay, Necla Giritlioğlu kürsüsüyle devam ettim. Daha sonra emekli olup arada İstanbul Ticaret Üniversitesinde altı yıllık bir çalışmam oldu. Daha sonra da eski ismi Kemerburgaz Üniversitesi olan yeni ismi Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesinde kurucu dekan olarak fakülteyi kurdum. İki dönem dekanlık yaptım. Şimdi sadece düz öğretim üyesiyim. Ama bu arada Barolar Birliği eğitmeni olarak il il eğitimler yapıyoruz. Bunun yanında Aile Hukuku Derneği kurmuştuk ve on beş sene önce Aile Hukuku Derneği olarak da hem mal rejimleri hem miras hukukunda nitelikli bilirkişi hesaplamalarına devam ediyoruz. Teşekkür ediyorum. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA:

Hepinizi öncelikle saygıyla selamlıyorum. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Rektör Yardımcılığı, Hukuk Fakültesi Dekanlığı gibi idari görevlerde bulunduk. Medeni Hukukun da çeşitli alanlarında çalışmalarımız oldu. Borçlar hukukunda doktora tezimiz var. Evlilik birliğinin temsili konusunda doçentlik çalışmamız oldu. Bu çalışmanın da hepimiz için ülkemiz milletimiz için yararlı olmasının temenni ediyorum.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Herkese merhabalar. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalında öğretim üyesi olarak görev yapıyorum. Ben de bu alanda mal rejimi alanında çalıştım. Hali hazırda da işte eşya hukuk dersleri veriyorum. 1996'dan beri aynı fakültede çalışıyoruz. Umarım olumlu bir katkı sağlarız.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Boşanma sebepleri boşanma ve kusur ilkesi iki başlığı birleştirerek bu konuda sizlerden fikirlerinizi ve önerilerinizi alacağım. Ama izin verirseniz öncelikle Cansu Hocamdan yapmış oldukları proje çalışması kapsamında kısa bir özet almak istiyorum. Çünkü o projenin kapsamında bu konuda vardı. Adalet Akademisi, Adalet Bakanlığı ve Avrupa projesi kapsamında sizin yaptığınız projeyi ve çok kısa olarak birkaç dakika özetleyebilirseniz sevinirim.

Doç. Dr. Cansu KAYA KIZILIRMAK:

Teşekkür ediyorum Sayın Hocam. Projenin kapsamında açıkçası sadece tabii boşanma hukukunun esasına ilişkin revize yok. Günün sonunda projenin başlığı itibariyle özellikle kadınların ve çocukların da menfaatlerinin korunması ve boşanma hukukumuzun genel anlamıyla yani usul hukuku, arabuluculuk, işte velayete ilişkin bir kısım alternatif çözüm önerileri de dâhil olacak şekilde, hatta 6284 uygulamaları kapsamında da, farklı modüllerde yoğun çalışmalar yapılıyor, yapıldı, yapılmaya devam ediyor. Şimdi en son en yakında Şubat'ta Adalet Akademisi ile bir eğiticinin eğitimi programımız olacak. Farklı boyutlarda hem raporlar hazırlanıyor, hem toplantılar yapılıyor farklı paydaşlarla. Kusur ilkesi özelinde ama konuşmak gerekirse proje açısından, yaptığımız toplantılarda hem raporumuz ve ona bağlı olarak bir kılavuzumuz da yayınlandı. Kılavuz sanıyorum daha tam yayınlanma aşamasında ama rapor yayınlandı. Türk boşanma hukukunda ve esasa ilişkin Türk Medeni Kanunundaki hükümlerde artık bir revize, değişiklik ihtiyacı konusunda mutabık olundu açıkçası. Yani hem Bakanlıkta ki mevzuatta çalışanlar da bu konuda istekli en azından teorik olarak. Hem hâkimler çok ciddi mağduriyetler yaşandığını yargı akışı açısından ve aynı zamanda yargıya intikal eden sürece bağlı olarak tüm ilgililer öncelikli olarak da bir kırılgan

grup diye kategorize ettiğimiz çocuklar ve kadınlar önceliğinde. Tabii yargılamanın süresinin uzunluğu başlı başına bir insan hakkı ihlali mertebesine ulaşmış durumda.

Türkiye özelinde bildiğim bir AİHM kararı yok ama Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çok fazla farklı ülkelerde boşanma yargılamasının süresinin uzunluğunun başlı başına bir ihlal teşkil ettiğine dair kararları mevcut. Ayrıca zaten şimdi bu Anayasa Mahkemesi'nin yargılama süresine ilişkin bireysel başvuruları "ben almam artık, görmem" demesi üzerine Türkiye'de de eli kulağındadır diye düşünüyorum. Doğrudan işte "Benim boşanma yargılamam on yıl sürdü. Ben kendi hayatıma bu anlamda devam etmekte zorluk çektim. Sadakat yükümlülüğünü de bu anlamda gözetti yargı bu süre boyunca." gibi bir kısım başvuruların da olacağı öngörüsündeyiz açıkçası. Ki kadınlar açısından da bir önceki toplantıda hâkimlerimiz altını çizmişti. Yani yeri geliyor kadının boşanma yargılamasının süresi boyunca yeni bir ilişki, evlilik kuramama sebebiyle çocuk yapabileceği biyolojik dönemini de atlamasına sebep olduğumuz mağduriyetler var. Kadın ve erkek özelinde değil genel olarak eşlerin, birer birey olmaları itibarıyla kendilerine yeni bir hayat kuramamaları, bu evliliği arkalarına hukuken atamamaları noktasında yargılama süresi başlı başına zaten bir problem. Ama sadece yargılama süresi değil kusur ilkesi ile bağlantılı olarak kusurun ispat edilmesi gerekiyor ki boşanılabilsin. Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin çok etkin kullanması, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin aynı fıkranın ikinci cümlesinin varlığından haberi yokmuş gibi ilerlemesi, açıkçası o noktada ciddi problemlerimiz var. Zaten bu iki kişi boşanacak. Anlaşmalı boşanmıyorlar. Kusur ilkesi sürecine girmişler. Zaten aralarında bir sosyal psikolojik husumet olduğu aşikâr. Biz bunu "Hukuk eliyle de nasıl daha da teşvik ediyoruz? Nasıl alevlendiriyoruz? Sonrasında şiddet sorunumuz var ve bağlantılı olarak çocukları da bu süreçte nasıl mağdur ediyoruz?" konuları üzerinden herkes mutabıktı.

Çocuklar hem tanıklık sürecinde hem üzerlerine atılı bir kısım iddialara konu olmak hasebiyle hem de genel olarak anne ve babanın veli/velayet yükümlülüklerini yerine getirme sürecinde aslında kendi aralarındaki uyuşmazlığın çocuğa zarar verdiği hem uluslararası doktrinde, İsviçre Medeni Kanundaki Değişikliğin gerekçesinde, İngiltere'deki 2022 yılında yapılan revize gerekçesinde açıkça net bir şekilde kabul ediliyor ve doktrinde de çok net bir şekilde bu ortaya konulmuş durumda. Hem yasa koyucular hem doktrin artık bu konuda mutabık ki kusur ilkesine bağlı bir boşanma sistemi her paydaşı boşanma hukukunun boşanma davasının her paydaşı açısından zarar verici bir insan hakkı ihlali, bir kişilik hakkı ihlali noktasına gelmiş durumda. Artık modern hukuklar açısından bir zorunluluk olarak kabul ediliyor kusur ilkesinin kaldırılması. Öneri olarak da şunlar proje üzerinde var. Anlaşmalı boşanmanın belki süresinin biraz daha kısaltılması ve teşvik edilmesi, anlaşmalı boşanmadan bağımsız olarak bizim şu anda kusur ilkesine tabi şekilde yürüttüğümüz kriterlerin veya şartların tamamen değiştirilerek mümkünse fiili ayrılık üzerinden bir ilerleme yapılabilir diye düşünüldü Hocam. Tabii bağlantılı olarak nafaka ve tazminatın da kusurdan bağımsızlaştırılması noktasında bir sorun mesele gündeme geliyor. Burada şeyi kesinlikle önermiyoruz. Proje kapsamında da hâkimlerin çoğu da bu hassasiyeti gösteriyor. "Davayı görelim, nafaka ile tazminat sonra görülsün. Orada kusuru yine konuşuruz." gibi ayrımı sorunu yine çözmeyecek sadece

öteleyecektir. Mal rejiminde yaptığımız hatayı orada da yapmış oluruz. Nafakayı da, bizim hukukumuzda yoksulluk nafakasıdır adı, yurt dışına yoksulluk nafakasının süresine dair tartışmalarda dayanak gösterilen yurt dışındaki o üç yıllık beş yıllık düzenlemeler aslında yoksulluk sınırını değil kişinin gerçek anlamda hayata dair bir ekonomik hayata katılımını destekleyebilecek, yoksulluk nafakasına ilişkin olarak etkin bir nafaka. Yani eş nafakası dediğimiz şey yoksulluk sınırından bir tık kurtarmak olmamalı nafaka alacaklısını. Etkin bir nafaka sistemi öngörülerek boşanmada tazminatın da belki o sağladığı, koruduğu menfaatlerin de nafakanın kapsamına dâhil edilmesi suretiyle ve nafaka sisteminin de etkin bir hale getirilmesi, tahsil edilebilirliğinin etkinleştirilmesi kapsamında geniş bir çerçevede kusur ilkesi kaldırılsın ve beraberinde etkin bir sistem getirilsin önerisi ile ilerliyoruz şu anda Hocam özetle.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Şimdi ben sağımdan başlamak istiyorum Hocamdan böyle bu şekilde tekrar döneceğiz. Konu başlığımız Türk hukukunda özel ve genel boşanma sebepleri ve boşanma kusur ilişkisi. Hocam konuşmak ister misiniz bu konuda? Peki, siz? Sırayla o zaman buradan başlıyoruz konuşmak isteyenlere. İsim söyleyebilir miyiz?

Semra UZUN:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi Başkanı)

Bizler hâkimleriz, uygulayıcılarız. Dolayısıyla bizim yasa koyma gibi bir yetkimiz yok. Şöyle söyleyeyim diğer kişileri bilemem ama dediğim gibi 1995'ten beri ben Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tetkik hâkimi olarak görev yaptım. Arşivlerde belki yüze yakın bu konudaki çalışmaya katıldığımı görebilirsiniz. Defalarca konuşuldu. Hatta buraya geldikten sonra dört sayfa olarak yargılamadaki hızlandırmalar nasıl olur diye, Mihriye Hâkimin de bir önerisi vardı ki çok iyi bir öneriydi o, bunu defalarca sunduk. Murat Başkan bizden defalarca aldı ama zerre kadar etkili olmadı. Dolayısıyla birebir insanların yaşamış olduğu sıkıntılar bizim elimizde. Dolayısıyla akademisyenler olarak bunun kanun yazımı olarak, biz kanun yazımı ile bilemeyiz düzgün olur olmaz, ama bize kulak verilmesini istiyoruz, defalarca söyledik. Kusur durumu. Türk insan yapısını da bilmeniz gerekiyor. Son ana kadar yiyorlar birbirlerini tabir buysa. Ama karar veriliyor, bitiyor. Paşa paşa geliyor, diyor ki hayır vazgeçtim. Ya da diyorsunuz ki bu karar verilemez. Böyle bir kişisel ilişki kuramayız. Kurarsak Yargıtay bozar. Ama efendim diyor başka çözümümüz yok. Biz bu çocukla böyle anlaştık. Peki diyorum madem öyle çocuğu örselemeyelim. Biz o kişisel ilişkiyi kuruyoruz. İnanın daha bir saat sonra temyiz dilekçesi geliyor, daha kara yazılmadan önce. Sadece biz değiliz. Evet, biz de hata yapıyoruz ama yargılamaların uzaması, efendime söyleyeyim kusur durumu hala 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki usullere göre gidiyor. Son dakika celse bitmek üzere sizden talepte bulunuluyor. Yani çok sizleri tenzih ediyorum çünkü kıymetlidir benim gözümde hocalar. Hem insan kalitesi olarak çok değişti Türk toplum yapısı, hem de apartmandan bozma

üniversitelerden mezuniyetin ağır diyetini ne yazık ki toplumdaki insanlar ödüyor. Kusur diyorsunuz, kusuru nasıl kaldıracağız? Türk toplum yapısına göre bunu nasıl ispatlayacaksınız bir düşünün. Şöyle ki kol kırılır yen içinde kalır. Artı İslami inanç düzeyinin ağır uygulandığı bir toplum yapısı var. Dolayısıyla geliyor diyor ki, ben örnek vereyim size, beni bir kadınla aldatırsa beni aldatmıştır, ama erkekleyse bana ne diyor. Aldatmakta kadın-erkek diye bir kavram var mıdır? Aldatmak aldatmaktır. Sizin kişilik haklarınıza saldırıdır. Veyahut diyor ki efendim "kadın, kocamı ayartmıştır." diyor. Diyorum ki "Ayarttığını söylediğiniz hanımefendi evli mi? Diyorum. "Hayır." diyor. "O zaman bunun sorumluluğu eşinize ait. Çünkü bir akit tarafı olan o kişidir. O yüzden siz kadını suçlamayın."

Özellikle buraya başkan olarak atandığımdan beri sağ olsun bütün arkadaşlarım da dâhil olmak üzere biz toplu yoksulluk nafakasını çok veriyoruz. Ama bunda da kendimizce bir kriter oluşturduk. Bu eski Medeni Kanun zamanında da vardı. Her ne kadar dün "eski" denilmemesi gerektiği söylenildi ise de. Bunu verirken tarafların yaşı, evlilik durumları, müşterek çocuklarının olmayışını bir done olarak kabul etmek zorunda kaldık. Gene çok değerli bir kadın dernekleri başkanı olan bir avukat arkadaşımız bir gün hesap sordu bana. Dedi ki "Siz böyle yapıyorsunuz. Çok ciddi kadına şiddet uyguluyorsunuz". Dedim ki "Değerli arkadaşım, bu beyefendi boşandıktan sonra evlendi mi? Evlendi. Evlendiği kişi kadın mı? Kadın. Farkında değilsiniz, o kadına ekonomik şiddet uygulanıyor. Bir de buna bakın". Şimdi sizler için belki dışarıdaki avukat arkadaşlar için niye bu kadar az para verildi, şu oldu, inanın 50 lira için 45 dakika tartışıyoruz biz müzakere salonunda. 50 lira. Veya bilemediniz bir çocuğun velayetinin teslimi. Bu yüzden arkamdan taş kalpli diye bağırıldı. Ben de döndüm dedim ki "Sizin gibi insanlar yüzünden taş kalpli oldum." Çocukları dinlerken veya o çocuğun velayetini düzenlerken anne çocuğa şiddet uygulamaktan dolayı yargılanıyor. Babaysa diğer kız çocuğuna tecavüzden dolayı 18 yıla mahkûm olmuş. Biz bu çocukları ayıramıyoruz. İki kardeşi kime verelim? Önerim şu: Bizi dinleyin. Yani toplantılara katıldığımız zaman inanın vaktimizden alıyoruz çünkü aynı zamanda sizin dosyalarınızın çözüm yerinde görev yapıyoruz. Dinlenmemek bizi üzüyor. Defalarca geliyoruz, yazılı olarak da sunuyoruz. Öncelikle Türk toplum yapısını da dikkate alın. Akademik olarak belirlemenin ötesinde bu da çok önemli.

Hülya ÖZSOY:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi Başkanı)

Ben kusurun ayrılarak boşanma kararı verilmesi sonra tekrar değerlendirilmesi görüşüne katılmıyorum. Yani bu sorunları ortadan kaldırıcı değil çoğaltıcı olduğunu düşünüyorum.

Mihriye TARLAN:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 56. Hukuk Dairesi Başkanı)

Amacımız boşanmayı bir an önce bitirmek mi? Ya da işte hani "bu boşanma davası uzun sürmemeli, bitsin." Tek derdimiz çabuk bitirmek olmamalı. Yani amacımız "adil olan nedir?" ona ulaşmak olmalı diye düşünüyorum. Eğer kusur durumunu dikkate almadan boşanma kararı vereceksek ne yapacağız? Birisi gelecek diyecek ki "Ben boşanmak istiyorum." İyi, tamam. Biz o zaman kusur durumuna bakmıyoruz. O zaman ne olacak? Tek taraflı irade ile boşanmak olacak. O da bize uygun değil. Değil mi? O zaman ne yapacağız işte yabancı hukuk sisteminde ne var? Geliyor diyor ki "Ben boşanmak istiyorum." Bir süre tanınıyor. O sürenin sonunda hala boşanmakta kararlı ise boşanıyor. Hani bunlar altı aydır bir araya gelmediler ya da bir yıldır bir araya gelmediler. Gelmedikleri tescillendi o zaman boşanma gerçekleşir. O zaman otomatik bir şekilde boşanma gerçekleşiyor. O zaman sorun halloluyor, boşanma bir an önce bitiyor. Ama toplumdaki sorun bitiyor mu? Yani bu kusura bakmadan boşanma kararı vermek bizim toplum yapımıza uygun değil gibi geldi bana. Bir taraf boşanmak istiyor. Bir an önce bitsin istiyor. "Kusur durumuna bakmayalım, hadi boşanma kararı verelim." Olmaz. İster istemez kusur durumuna bakmak durumunda kalıyoruz.

Öte yandan da ne geliyor karşımıza "kimse kendi kusuruna dayalı olarak hak menfaat elde edemez." İşte evlilikte geçimsizliğe yol açıp sonra da "Biz geçinemiyoruz, aramızda şiddetli geçimsizlik var ya da evlilik birliğimiz temelinden sarsıldı. Boşanmak istiyorum." diye gelirse onu da kabul etmiyoruz. Az da olsa karşı tarafın bir kusuru olması ve hakkın kötüye kullanılmaması gerekiyor. Bu durumda ne oluyor? Karşımıza işte bu sorunlar çıkıyor. O diyor "ben az kusurluyum, öbürü daha fazla kusurlu" falan. Amacımız eğer yargılamayı kısa sürede sonuçlandırmak ise tek şey eğitimin çok iyi olması gerekiyor. Yani insanlar dertlerini çok iyi anlatabilmeli. Ben kürsüde iken de boşanma davası geldiği zaman bıraksam tanıştıkları güne gidecekler. Veya nişanlandığı güne gidiyor. Ben hep derdim ki kürsüde "Benim miladım evlilik. Yani evliliğe gelin. Nikâhı kıydık, ondan sonrasına bakalım." Ben onu oraya getiriyorum, sonrasında gerçekleşen kusurları, olayları anlatmasını istiyorum. Veya bir araya gelmişse "Sen artık affetmişsin, oraya dönemiyorum. Barıştıktan sonrakileri anlatın." diyorum. Tanıklar, insan girince işin içine ya da işte taraflar, tanıklar da bu sefer taraflarla olan husumetlerini dile getiriyorlar. Bunlar koşuyor yine barışma öncesine gidiyor vesaire. Yani tam bir matematik olmamalı.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Siz şunu görebiliyor musunuz? Yani o "Evlilik aslında çökmüştür"ü görebiliyor musunuz? Yani asıl şey bu bence Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesindeki. Yani bir hâkim olarak görebiliyor musunuz?

Mihriye TARLAN:

Benim kriterlerim farklıdır, sizin kriterleriniz farklıdır. Objektif bir yaklaşım olmalı mutlaka. İşte insan giriyor ya işin içine mesela yıllarca uğraşıyorsunuz dosya klasör, klasör, klasör oluyor. Tam geliyorsunuz boşanma kararı vereceksiniz. Barıştık diyor, barıştık. Hayır, "ben sizi boşayacağım" diyesim geliyor ama işte insan ilişkileri çok değişken olduğu için bunu tam bir matematiksel hale getirmemiz mümkün değil. Bence kusur durumuna bakılmalı. Artı insanlar dertlerini güzel anlatabilmeli -gerek vatandaş gerek avukat gerekse hâkim- ne istediğimizi, neyin ispat edilmesi gerektiğini anlatabilmeli onlara. Onlar da bize sorunlarının ne olduğunu anlatabilmeli ve evlilik öncesine veya barışma öncesine gitmemeli. İşte en önemli şey de dürüst olmalı. İstediği amaca ulaşabilmek için hikâyeler yaratmamalı. Ben insanıma, tanığıma, delillere güvenmeliyim. İşte tüm bunlar da eğitimle olacak şeyler. Hani kusurdan vazgeçemeyiz gibi geliyor bana. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Serdar NART:

Şimdi tabii kusur ilkesi özellikle Türkiye'de baktığımızda, Avrupa ülkelerine de baktığımızda, hep aynı şeyi görebiliyoruz. Kusur ilkesinin bulunduğu ortamlarda ailelerin ayrılması sırasında çok büyük sorunlar, problemler oluyor. İngiltere'de ben uzun süre "Family Law" İngilizce İngiliz hukuku dersleri de verdim. Orda da elli yıl hatta 2022'de 6 Nisan'a kadar kusur ilkesi vardı. "Fault princip" diye. Şimdi "No fault" sistemine geçtiler tam anlamıyla. Özellikle işte bir genç, bir aralarında yaş farkı olan bir çiftin boşanma davasında mutlaka bir kusur uyduruyorlardı artık. Çünkü ayrılmak istiyor mesela. Yaşlı olan ayrılmak istemiyor. Taraflar birbirlerine kusur atfedemiyorlar ve uzun süre birlikte yaşamak zorunda kalabiliyorlardı. Davaların uzun sürmesi söz konusuydu. Bu sebeple yani kusur ilkesine özellikle Avrupa aslında baktığımızda dinsel yetkiler dedik. Evet, aslında evlilik tam anlamıyla dini bir kurum. Yani bu hem Katolikler için geçerli hem Yahudiler için geçerli hem İslam dünyası için geçerli. Normal şartlarda işte bir aile için evlilik şart mıdır gibi tartışmalar da yapılıyor son zamanlarda. Özellikle yurt dışındaki istatistiklere baktım şimdi. Mesela Almanya'da doğan çocukların yüzde otuzu evlilik dışı doğuyor. Fransa'da bu %60'a kadar çıkıyor. Yani dolayısıyla bizim bunu aleni bir şekilde ortaya koyacağımız bir evliliğe ihtiyacımız var mı gibi tartışmalar var. Ama tabii ben evliliğe ihtiyaç yoktur demiyorum Tabii ki kutsal bir müessese. Ama nihayetinde özellikle dini etkiye bakacak olursak "boş ol, boş ol, boş ol" yani. Bizim İslam hukukunda boşanma için yeterli bir sebeptir. Yani dolayısıyla aslında zorlaştıran bir durum değildir bizim dini açıdan. Tam tersine Katolik hukukuna baktığımızda Portekiz'de yanlış hatırlamıyorsam 1979'da boşanmaya imkân verildi. Daha öncesinde boşanma yoktu. Sadece ayrılık imkânı vardı dün Haluk Hocamın da bahsettiği gibi. İşte bizdeki ayrılık kararı Katolik hukukuna dayanmaktadır. Dolayısıyla aslına baktığımızda da hep bir işte karşı taraf "sen daha kusurlusun" şeklinde artan bir şiddet eğilimi oluyor. Hukuki bir şiddet oluyor davalarda. Dolayısıyla bunu da ortadan kaldırabilecek ve bundan da en çok -mesela İngilizce hukukuna yapılan değerlendirmelerde- en çok

etkilenen kişiler çocuklar bu kusur ilişkisi içerisinde. Özellikle ortak velayete de belki gelinecek sonra. Onda da mesela taraflar işte anlaşmazlık olduğunda ortak velayete çok karar veremiyorlar ama çocuğun yararı gerektirdiği durumlarda işte aileler giriyor, hep büyük bir karmaşa meydana geliyor. Kusur ilkesinden vazgeçilmesi bu uyuşmazlığı ortadan kaldıracakmış gibi geliyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Serdar Hocam kanundaki özel sebepler ve genel sebeplerdeki kusur ilkesini düşünerek nasıl olmasını önerirsiniz?

Doç. Dr. Serdar NART:

Canan Hocamın da önerdiği gibi bir ayrılık süresi olabilir. O süre içerisinde bir birliktelik sağlanamıyorsa mahkemenin boşanmaya karar vermesi uygun olacaktır. Fiili ayrılık olabilir. Çünkü şöyle bir şey de var mesela. Zinadan bahsediyoruz. Aslında davaların, zina bile olsa, çoğunlukla zinaya başvurmadıklarını görüyorum. Kimse kendini bunu kondurmak istemiyor. Zina konusunu açmak istemiyorlar davalarda. Genelde o koz olarak kullanılıyor ve anlaşmalı boşanma sırasında istediklerini alabilmek için bir durum yaratılıyor. Yoksa bunu ifşa ederim diyor. Bu sefer de yine mesela çocuk anneden ayrılıyor. Çocuk anneyi göremiyor ya da babayı göremiyor sırf bu sebepten dolayı ya da başka sebepler olduğunda. Aslında daha çok bir koz olarak kullanılıyor. Dolayısıyla bu tarz durumlarda dahi sonuçlar bakımından çok daha barışçıl ortamlarda boşanma olabilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Siz kusurdan bağımsız boşanma olsun, birkaç sebeple sınırlandırılsın diyorsunuz. Öneriniz budur. Teşekkürler. Başka söz almak isteyen var mı?

Sıdıka ERSOY:
(Hatay Aile Mahkemesi Hâkimi)

Ben de şu aşamada kusur durumunun bizim için yargılamada önemli olduğunu düşünüyorum. Ama tabii ki alternatif çözüm odaklı bir olursa öneri olursa kaldırılabilir. Ancak şu anda benim bir fikrim yok bu konuda. Sadece şunu söylemek istiyorum. Türk toplumu yapısı gereği insanlar boşanma davası açarken öfke haliyle gelip bunu kazanılacak bir şeymiş gibi görüyor. Bilinçsizlikten kaynaklı olduğunu düşünüyorum. Biraz önce hocalarımız da söylediler. Türkiye yapısının eğitim düzeyi gereği öncelikle dava açarken bu konuda bilinçlendirilmesi gerektiklerini düşünüyorum. Mesela anlaşmalı boşanmada karşıma geldikleri zaman ben protokolün taraflara uygun olmadığını bazen görüyorum. Çünkü anlaşmalı boşanma sonrasında çok fazla nafaka talebi oluyor. Mal rejimine yönelik başka taleplerle geliyorlar. Ben

kendilerini emin misiniz diye uyardığımda vazgeçen taraf çok fazla oluyor. Bu özellikle boşanma konusunda ya da ferileri konusunda.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Vazgeçen taraf genelde kadınlar mı?

Sıdıka ERSOY:

Erkek de vazgeçiyor kadın da vazgeçiyor. Tereddütlü geldikleri zaman ben sormasam "boşanmak istiyor musunuz?" dediğim anda "Tamam" diyorlar. Ama biraz daha ciddi bir şekilde konuştuğum zaman vazgeçme çok fazla oluyor ya da boşanma kararını veriyorum birkaç gün sonra vazgeçerek geliyorlar. Ya da ferileri konusunda başka talepleri olduğunu öne sürüyorlar.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bu verdiğiniz örneklerde avukatları yok mu? Etki ediyor mu avukatsız bir protokol düzenlenmesi?

Sıdıka ERSOY:

Avukatları olan da oluyor olmayan da oluyor. Bence öncelikle vekilleri tarafından çok iyi bilinçlendirilmesi lazım. Şimdi boşanma sürecine girdiğin zaman tamam sen tazminat istiyorsun da bunu sana getirisi ne olacak? Kaybı ne olacak? Bunu bilmeden ilerliyor tarafların çoğu. Bu da hem çocukların hem de tarafların kaybına yol açıyor. Kazanılacak bir şey olarak görüyorlar bunu. Vekiller aracılığıyla olabilir, daha sonra arabuluculuk ya da başka hukuki bir süreç araya eklenerek bu konuda taraflar bilinçlendirilerek mahkemeye geldiğinde beklentisinin daha farklı olmadığını anlar. Yani taraf bize geldiği zaman zannediyor ki hâkim onun her şeyini bilecek, evde ne yaşadıklarını hissedecek, getirdiği tanıklarla her şey açığa çıkacak, yüzde yüz hakkaniyetli bir şekilde, onu düşüncelerini hâkim hissedecek şeklinde hareket ediyorlar. Tabii ki boşanmada duygusal bir durum olduğu için taraflar da tamamen bağımsız bir şekilde beyanda bulunamıyor. Biz de sadece gördüğümüz kadarıyla kusur durumunu belirleyebiliyorsunuz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani kusur kalkmasın, gene kusura dayalı olsun ama tarafların bilinçlendirilmesi gerekir.

Sıdıka ERSOY:

Daha iyi bir şey bulunana kadar, daha iyi bir öneri gelene kadar kusur durumunu kaldırılmaması düşüncesindeyim.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Evet peki. Buyurun Birsen Hanım.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Şimdi boşanma ve kusurun birbirinden ayrılmasına geçtiğimiz zaman kusuru ayırmak yargılama sorunlarını çözmeyecek. Çünkü oradan oraya koymuş olacağız. Biz nafakayı ve tazminatları kusur araştırmasına gireceğiz. Yargılama sorunlarının temelinde aslında, sırf boşanmada değil bu sorunlar, temelinde çözülmesi için toplantılar yapılmalı. Çözüm önerileri sürülmesi lazım. Ceza yargılamaları olsun hukuk yargılamaları olsun çok uzun sürüyor Yani bu sadece boşanmanın sorunu değil. Şimdi tazminatların kaldırılması...

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Çok özür diliyorum. Orada söylemek istediğiniz usul kanunu açısından mı uzuyor? Yani HMK bunu uzatıyor mu demek istiyorsunuz. Neden bunu soruyorum. Çünkü sonraki oturumda da "Aile mahkemeleri için ayrı bir yargılama olmalı mı?"yı tartışacağız ya onun için ona dikkat çekmek istedim.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Yargılamanın uzunluğu her dava için söz konusu. Onu önce söyleyeyim. İkincisi "tazminatlar kaldırılsın" yanlış anlamadıysam "sadece nafaka bunu kapsasın" gibi bir düşünce ileri sürüldü. Bu nafaka, tazminatlar bölümündeki mağduriyeti kapsamayacaktır. Diyelim ki ben bugün bir öğlen yemeği yedim ve zehirlendim. Bu sebeple oluşan zarar nedeniyle maddi manevi tazminat alabilecekken evlilik birliği içinde oluşan zararları sırf nafaka ile telafi etmeniz mümkün değil. Yani aldatılma olsun, dövülme olsun veya mal varlığında meydana gelecek eksilme olsun. Onu da tasfiye ile çünkü mümkün değil. Tasfiye ile mümkün değil. Boşanma sırasındaki bulunan mal varlığı ile hani o süreci çözüyoruz. O sebeple tazminatların kaldırılması evliliklerde büyük mağduriyetlere sebep olur. Yani şurada başıma taş düşse hukuk yoluyla alabileceğim bir tazminattan birden vazgeçmiş oluyorum. Nafaka zaten sorunlu. Onu ayrı bir sonraki oturumda konuşuruz.

Boşanma neden bu kadar uzuyor diye baktığımızda bir kere anlaşmalı boşanmanın süresi çok uzun. Bir yıl. Bu nedenle taraflar bunu zaten anlaşmışlar aslında. Süre nedeniyle engele takıldıklarından nizalı hale getiriyorlar. Dolayısıyla da bunlar da nizalı hale geliyor O anlaşmalı boşanma sürecinde çözülebilecekken -evlilikler duygusal birliktelikler.- süreçte bir şey oluyor. Vazgeçebiliyorlar bazen. Süreç iyice büyüyebiliyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani sizce o süre ne kadar olmalı?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Yani bana göre bir ay bile olabilir. Ortak iradeleri ile anlaşmışlar ise onları zorla birlikte tutmanın bir yararı ve faydası olduğunu düşünmüyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Anlaşmalı boşanma süresi uzun kısaltılabilir.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Evet, bu uzunluk nizalı hale gelerek davaları çoğaltan bir yapı oluyor. İkinci olarak tabii bir anlaşmalı boşanmanın da ciddi ele alınması lazım. Yani bu protokolü taraflar internette buldukları boşlukları doldurarak değil veya gidip bir arzuhalciye -önleyemediğimiz bir arzuhalci sistemi var. Dava dilekçelerini de protokolleri de onlara yazdırıyor- bunlarla değil, tarafların mutlaka vekille temsil edilmesi lazım. Eğer maddi durumu uygun değilse adli yardımdan vekil ataması yapılması lazım. Yani anlaşmalı boşanmada vekillik sisteminin getirilmesi, mecburi olarak vekille temsilin getirilmesi lazım.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Tüm boşanmalarda olsa iyi olmaz mı?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

İyi olur da adli yardım sisteminde biz atama yapamıyoruz şu an var olan ekonomik sıkıntılar yüzünden. Adalete erişemeyip vazgeçiyorlar davalardan. Yani barolar olarak bu sıkıntı. Onu anlatsam çok uzun sürer. Çok güzel ama ne yazık ki sıkıntılı bir şey.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Diğer boşanma sebepleri için ne dersiniz?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Özel ve genel boşanma sebeplerimiz var. Özel boşanma sebepleri ne yapacağız? Zinadan var, hayata kasttan var ki bunlar aynı zamanda mal rejimi ile ilgili kanun maddelerini de ilgilendiriyor. İşte yani demin bir konuşmacı arkadaşım da bildirdi "Tek taraflı irade beyanı ile birden feshedilebilir." Siz bir inşaat sözleşmesini bile öyle yapamıyorsunuz. "Feshettim" deseniz bile yargılamaya aksettirmek zorundayken evlilik kurumu gibi bir sözleşmeyi böyle tek taraflı irade beyanı ile "tamam bunlar anlaşamıyor, boşayalım." demek çok doğru değil.

İkincisi taraflar bir anda vazgeçebilir de. Yani üç yıl sürüp vazgeçip devam da edebilirler. Onların bu iradesine de karışamayız bana göre. Yani niye şey yapıyorlar, niye yargıyı oyalıyorlar gibi bakmamak lazım. Bu çünkü çok farklı bir kurum. Zabıta araştırması diye bir sistemimiz var.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Hülya Hanım'ın dediği gibi o dönemde Hâkimler bence psikolog görevi görüyorlar taraflara. Birbirleriyle iletişimi kurtarıyorlar. Ondan sonra bir şekilde barışabilirler. Olabilir.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Yine zabıta araştırması diye bir sistemimiz var. Aslında çok gereksiz bir sistem. Yani gidiyor kolluk onu kişinin kendisine soruyor. "Nereye borcun var? Ne evin var? Nereden alacağın var? Gelirin ne?" Onu getiriyor. Bu araştırmalar uzun sürüyor. Yani gereksiz ekonomik durum araştırması. Şu an ulaşılabilir yani "bir tapu araştırması", "gayrimenkul araştırması" "çalışıyor mu çalışmıyor?" Bunları mahkeme kalemlerinden de çok kolaylıkla yapılabilir olduğunu düşünüyorum. Çünkü nafakalar da bu sebeple geç tahsis ediliyor.

Şöyle bir sorun daha var. Tam dava bitme aşamasına geliyor, taraflardan biri tam boşanmayı da düşünmüyorsa gidiyor başka bir dava açıyor. Orada gene replik-düplik dediğimiz aşamalar tamamlanıyor. O dava diğeri ile birleştiriliyor. Bunun gibi birkaç tane daha var. Çünkü evlilik birliği süresi içinde de sadakat yükümlülüğü devam ettiği için boşanma davası süresi içinde birkaç tane daha var sonradan boşanma davası açıldıktan sonraki olayları ileri sürebilmek için açılan davalar birleştiriliyor. Onlar uzun sürüyor.

Velayet söz konusuysa son anda delil bildirilebiliyor tekrar. Bunlar da gene uzun sürmesinin nedenlerinden biri.

Uzun sürmesinin nedenlerinden birkaç tanesi daha bunlar olduğu için yani sırf kusurdan kurtulalım demekle de kurtulamayacağız bundan. Buradaki çözümün kusurdan ayırarak veya tazminattan vazgeçerek çözüleceğine inanmıyorum. Çünkü bir şekilde anlaşmalı boşanmanın her iki tarafın menfaatine olduğunu taraflar bir noktada biliyorlar. Sadece onun bazen sıkıntısı bir duygusal şeyi olabiliyor. Ama orada dediğim gibi hak kayıpları olmasın diye. Çünkü o da bir mahkeme kararı niteliğinde oluyor. Hâkimin müdahalesi var ama o müdahalede de çok sınırlı olduğundan avukat katkısıyla bunu çözebiliriz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Espri olarak söylüyorum, ciddiye almayın. Avukatlık Kanunu 35/A ile boşanma mümkün olabilir miydi?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Şimdi yani 35/A'ya gerek var mı, anlaşmalı boşanma diye bir kurum varken? 35/A'yı burada tartışmak istemiyorum. O sebeple zaten anlaşmalı boşanma diye bir şey var.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Protokolü bu kapsamda avukatlar yapsa sonra mahkemeye sunsalar ve taraflar değiştiremese. Böyle bir şey mümkün mü?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Hâkim yine müdahale edecek. Ben müdahale etmesin demiyorum ama internetten yazılan bir belgenin neresine edecek. Yani neresini tutsanız elinizde kalıyor. Onu dile getirmek istedim. Ön inceleme duruşması uzun sürüyor. Çünkü biz sahada olan insanlar olduğumuz için veya oradaki kişilerin de şikâyetleri bize geldiğinden biliyoruz. Ben kendi dosyamdan biliyorum. Dilekçeler teatisi aşaması bittiği halde ön inceleme duruşmasını altı ay beklediğimizi oluyor. Yani belki boşanma davalarında direkt yargılama yapılabilir. Boşanma davalarında ön inceleme yapılmayabilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Sürem şu an kalırsa tekrar size söz vereceğim. Sizin söylemek istediğiniz "boşanma kusurdan bağımsız olmamalı. Sürelerin uzaması da sadece yargılama usulündeki bazı eksiklikler veya hatalar nedeniyle oluyor."

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Yani o zaman iki tane davamız olacak. Bir boşanma önümüzde olacak. Sonra da kusurla ilgili diğer ferilerle ilgili gene yargılama yapacağız

Gülşen GÖLCÜK BIKMAZ:
(Beykoz Aile Hâkimi)

Ben 4 yıldır aile mahkemesine bakıyorum. Anlaşmalı boşanmalar var, çekişmeli boşanmalar var, nafaka vesaire var bunlara bakıyoruz. Ancak şunu fark ettim. Biz çekişmeli boşanma devam ederken insanların psikolojik olarak ne kadar yıprandığını ben bir hâkim olarak görüyorum. Bu süreç her iki tarafı da yıpratıyor. Boşanma davaları uzadıkça iki taraf da yıpranıyor. Ben boşanmanın tek taraflı irade beyanıyla gerçekleştirilmesinden yanayım. Çünkü biz tarafları boşamayınca mutlu yuvalarına geri mi dönecekler? Hayır! Ayrı yaşamaya devam ediyorlar. Evli desen evli değiller. Bir arada yaşamıyorlar. Boşanmanın statüsünü yaşayamıyorlar, yeni bir hayat kuramıyorlar. Özellikle kadınlar için bu durum daha vahim çünkü kadının bir

doğurganlık yaşı var. Bu hep es geçiliyor. Kadın diyelim ki otuz yaşında evlendi. Eşiyle uyum sağlayamadı. Çekişmeli boşanma davası açtı. Çocuk yok. Özellikle çocuk olmayınca çekişmeler daha çirkin hale geliyor. Çocuk olunca en azından biraz hani çocuk hatırına biraz geri durabiliyorlar ki durmayan da çok fazla var. Bizim mahkemede davalar en az iki yıl sürüyor. Çünkü yıllık gelen dosya sayımız 1300.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

O sizin mahkemedeki süre. Bir de ondan sonra ki kesinleşmesine kadar geçen?

Gülşen GÖLCÜK BIKMAZ:

İstinafa gidince üç yılda orada bekliyor. Beş yıl gitti. Daha sonra bir Yargıtay aşaması var. Oradan biraz çabuk geliyor. Bir yılda halloluyor. Altı yıl. Diyelim ki bozdu, Yargıtay tekrar ilk derece mahkemesine gönderdi. Biz baştan başlayacağız. Bir on yıl gitti yani. Bu kadının bir daha çocuk sahibi olma imkânı kalmadı. Mümkün değil. Kadınlar, yani toplum olarak bunu bilmiyoruz çoğumuz. Kadınların yumurtaları doğuştan gelir. Sonradan yeni bir yumurta olayı söz konusu olmuyor. Her ay bu yumurtaların bir kısmını tüketiyorlar. Bu yumurtlamalar kırk yaşından sonra yani çok çok azalıyor. Kaliteli doğum azalıyor. Yani bunun da dikkate alınmasını istiyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Öneriniz nedir?

Gülşen GÖLCÜK BIKMAZ:

Tek taraflı irade beyanı ile boşanma gerçekleşsin. Biz boşanmaları zorlaştırdıkça evlilik dışı ilişkileri de arttırıyoruz. Kadın bizim toplumumuzda kadın yine namusunu koruyabiliyor ama koruyamayanlar da maalesef var. Ama erkek ne yapıyor gidiyor imam nikâhıyla biriyle evleniyor. Yargılama devam etsin süründüreceğim seni diyor. Özellikle ben şuna da dikkat ettim. Çekişmeli boşanma davalarında tarafların yüzde doksanı boşanmak istiyor. Sorun ne? Sorun maddi/manevi tazminat, sorun velayet, sorun nafaka. Biz bunları çözebiliriz. Sonra da çözebiliriz. Biz bunları sonra çözmek için her şeyi yapabiliriz. Yani mahkemeyiz sonuçta. Mahkeme uzasa ne ama mahkeme devam ederken onlar yeni hayatına devam edebilir, evlenebilir, çocuk yapabilir. Yani kadın cinayetleri diyoruz ama bu davalar çok etkili. Çünkü bazen çocuğu göstermiyor. Sen boşanmazsan benden ben de sana çocuğu göstermem, yok bana şu kadar nafaka vermezsen şunu yapmam. Nafaka olayı başka bir konu. O konuya girmek istemiyorum. Ama tek taraflı irade beyanı ile yapılması gerekli. Çünkü ben evlenirken nasıl eşimi tercih edebiliyorsan boşanırken de ondan ayrılmak benim tercihim. Bu başkasına bırakılamaz, bir hâkime bırakılamaz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki teşekkürler. Buyurun.

Dilek Arzuhan YEŞİL:
(Mevzuat Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi)

Evlilik bir sözleşme. Tabii ki her sözleşmeden insanların cayma hakkı var ama artık burada iki tarafı da birebir ilgilendirdiği için biraz daha tek taraflıdan zor olması gerektiğini düşünüyorum açıkçası. Yani anlaşmalı boşanma mesela. Süresi kısaltılmalı mı? Evet kısaltılmalı. Ama ben de evliyim on üç yıldır. İlk zamanlarda, öncesinde tanıdığınız, bildiğiniz, evlenmeye karar verdiğiniz insanla evlenme sonrasında bir arada yaşadığınızda bazı zorluklarla karşılaşabiliyorsunuz. Diyorum ki eğer bir yılın altında olsaydı anlaşmalı boşanma, evlenenlerin yüzde sekseni o ilk bir yılda boşanır zaten. Çünkü biraz karar verme, alışma süreci olmalı insanların birbirine. Tamam, kısaltılmalı ama bir ay değil. Üç ay değil. Belki dokuz ay, on ay. Ama bence o süre biraz kıymetli gibi geliyor bana. İnsanların doğru yolu bulmaları için. Tabii ki fiziksel şiddet, aldatmalardan ari olarak söylüyorum. İnsanların birbirine alışma süreci olmalı diye düşünüyorum. Evet, yargılamalar çok uzun sürüyor, mağduriyetler çok oluyor. Dün bir hocamız bahsetti. Aslında tek bir boşanma sebebi var. Evliliğin çekilmez hale gelmesi/temelinden sarsılması. Hepsi aynı noktaya çıkıyor gerçekten. Bunu ispat ettikleri takdirde boşanmalılar. Kusurdan belki ayrılmalı. Nafaka ve tazminat sonradan görülmeli. Çünkü insanlar yollarına bakmalı. Evet, herkes kendi hayatını kurmalı. O yüzden bunu ispat ettikleri zaman boşanmalılar. Nafaka ve tazminatta belki kusur ya da başka kriterlerle sonrasında devam edilebilir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki teşekkürler. Buyurun.

Av. Ümmü Gülsüm DEMİRKIRAN:

Ben yeni bir avukatım. Yani çok bir tecrübe sahibi değilim. Ancak bu zamana kadar elime gelen boşanma davalarından yarısından fazlasında vazgeçildiğine şahit oldum. Tarafların kafa karışıklığı ve tehdit süreçlerini yargıyla sürdürdükleri inanıyorum. Bu sebeple bu yargı sürecine, yargıya olan inancı zedeliyor. Yakın süreçte bir boşanma davamda karşı tarafı aradığımda karşı taraf diyor ki "o zaten vazgeçer. Daha önce de açmıştı." Yani taraftarın birbirlerini tehdit etmek için, kafa karışıklığı süreçlerini bu uzun yargılama sürecinde düşünmek için yargıyı kullandıklarını düşünüyorum. Ancak yargı daha kısa sürse, boşanmalar gerçekten kısa sürede gerçekleşse taraflar bu süreci yargıya başvurmadan önce hallederek gerçekten boşanmaya inandıkları, boşanmaya emin oldukları dönemde yargıya başvuracaklarına inanıyorum. Aynı şekilde bu biraz önce de bahsedilen ayrılık kararı verildiği kısa sürede taraflardan belki bir psikolojik danışmandan destek almaları

talebinde bulunulabilir. Üç aylık bir ayrılık kararı verilerek burada bir aile terapistine gitmeleri şart koşularak gerçekten bir psikolog eşliğinde ayrılmaya karar verip vermedikleri netleştirilebilir. Aile kurumunu önemsiyoruz ama aile kurumunu önemsemekten ziyade bence sağlıklı bir aile kurumunu önemsememiz gerekiyor. Uzatılmış yargı süreci, tarafların birbirlerine var olan nefretini körüklüyor. Bu sebeple ben kusurdan ayrı bir şekilde boşanmanın gerçekleştirilmesini ve tarafların gerçekten boşanacağını bilerek yargı sürecine başvurmaları gerektiğine inanıyorum. Bu aşamada bu şekilde düşünüyorum teşekkürler.

Av. Hicran KANDEMİR:

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesiyim. Aynı zamanda TÜBAKKOM Kadın Hakları Komisyonunun Koordinatör üyesiyim. Aslında çok temel bir kanunla ilgili konuşuyoruz. Türk Medeni Kanununu, yani her ferdin varoluşundan ölümüne hatta sonrasında da haklarını konu edinen bir kanunla ilgili konuşuyoruz. Aslında bir gelişmiş ülke için düşündüğünüzde bir temel kanunun değişmesi için çok uzun zaman gerekir aslında. Evet, yeniliklerle ilgili küçük düzenlemeler yapılabilir ama biz henüz 20 yıl önce aslında biz bu kanunu konuştuk. Tamamı üzerinde güncelleme yapıldı. 950 maddesinin sanırım dili sadeleşti. Biz bu kadar önemli bir kanun değişikliğini ya da bunlar üzerinde yapılacakları konuşuyorsak çok disiplinler arası çalışma yaparak konuşmamız gerekir. Yani biz bugün sadece hukukçular ile konuşmamalıyız bunu. Evlilik diyoruz. Bunu konuşuyorsak, bunun neticelerini konuşacaksak onlar da olmalıydı. Onları da dâhil etmeliyiz. Bu çalışmalar yapılırken bize açıkçası çok kısa süre öncesinde geldi ve işte biraz evvel konuşulan bir projeler vesaire. Bunlardan hiçbirimizin haberi yok. Daha sağlıklı konuşmak için bunların da bize iletilmiş olması gerekirdi. Biz bugün çok eksik başlamış bir çalışmadayız. Ama bundan sonrası için en azından doğru hedefler koymak gerekiyorsa bir kere buraya sosyologları da dâhil etmeliyiz. Psikologları da dâhil etmeliyiz. Uygulamada temel olarak en çok sorunu yaşayan hâkimler ve avukatlar. Akademisyenler ve sizler çok kıymetli ama o duruşma salonuna girdiğimizde her şey değişiyor. O yüzden birebir sorunu yaşayan sahadaki isimleri daha çok bu çalışmalara dâhil etmeliyiz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Onlar var zaten. Bütün salonlarda var şu anda var hâkimler, avukatlar var.

Av. Hicran KANDEMİR:

Var tabii ama bu ön çalışmalarda bize gelen şeyler biz çok az yer aldık Barolar Birliği Komisyonu olarak, Kadın Hakları Komisyonu olarak maalesef. Yani onun için istiyorum zaten ya bu sözü almamın nedeni de o. Mutlaka, çok kıymetli çünkü neticelerini sonra hep beraber görürüz. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Canan Hocam siz herhalde sonra mı geldiniz? Tekrar bir tanıyalım.

Doç. Dr. Canan YILMAZ:

Marmara Medeni Hukuk Ana Bilim Dalında Öğretim Üyesiyim. Bu konuşmalar üzerine öneri niteliğinde bu konuşulanlar üzerine İsviçre Medeni Kanunundaki anlaşmalı boşanmaya ilişkin "kısmi anlaşmalı boşanma" yöntemini aklıma getirdi bu konuşmalar. Yani tarafların boşanma üzerinde anlaşıp geri kalan kısımları boşanmanın sonuçlarını hâkime tamamlanma noktasındaki talepleri. Dolayısıyla bu hem yargılamanın hızlanmasını sağlayacaktır diye düşünüyorum hem de bu sıradaki kusur sorunlarında, o kısır çekişmelerde özellikle çocukları koruyacaktır. Çünkü bu kusur problemlerinde evet eşler son derece çirkinleşebiliyor ama bundan en çok çocuklar zarar görüyor ve ciddi travmalar geçiriyorlar. Buna çok girmek istemiyorum belki ortak velayet kısmına bunu tekrar değiniriz hocam ama bir diğer nokta yine İsviçre Medeni Kanununda bizden farklı olarak anlaşmalı boşanmada hâkime tarafları ayrı ayrı ve birlikte birden fazla kez dinleme yetkisi veren hüküm. Dolayısıyla burada sonradan "ben son anda vazgeçtim" şeklindeki belki problemler çok önceden bu şekilde önüne geçilebilir. Hâkim veya gerektiğinde psikolog, sosyal hizmet uzmanları vesaire devreye girebilir. Son bir nokta hocam yine bu fiili ayrılık süresi, üç yıllık sürenin son derece uzun olduğuna ilişkin ki gerçekten de modern hukuk sistemlerinde mesela İsviçre'de iki yıla indirildi.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki, süre mi uzun ön açılan boşanma davasının kesinleşmesi şartı mı var?

Doç. Dr. Canan YILMAZ:

Evet, o da bir sorun. Orada mesela hiç böyle bir dava açılıp bu davanın reddedilmesi şeklinde bir ön şart da yok. Doğrudan doğruya iki yıllık ayrı yaşamanın bir boşanma sebebi olarak kabul edildiğini görüyoruz ki burada yaşadığımız birçok sorunun da aslında önüne geçilebilecek olan bir şey. Önceden dört yıldı 2000 tarihli revizyonlu İsviçre'de. Sonradan bu özellikle iki yıla indirildi. Benim doçentlik tezim birlikte yaşamaya ara verilmesi. Tarafların bu birlikte yaşamayı ara verilmesi İsviçre'de küçük boşanma olarak nitelendiriliyor. Bu şekilde iki yıllık adeta gerçek boşanma öncesi küçük boşanma dediğimiz iki yıllık sürede birçok sorun hallolabiliyor. Dolayısıyla sadece öneri niteliğinde bunlar tabii ki bizim toplumsal yaşamımıza göre değiştirilebilir ama öneri niteliğindeki fikirlerimi burada ifade etmek istedim Teşekkür ediyorum hocam.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bir tek şey soracağım. O iki yıllık süresinin başlangıcı için ne yapmak gerekiyor İsviçre'de? Yani onu ispatı ne? Hâkim mi karar veriyor ayrılık süresine?

Doç. Dr. Canan YILMAZ:

Hayır hocam. O iki yıllık ayrılık süresi fiili ayrılık süre. O yüzden de orada birlikte yaşamaya ara verilmesi bizde o kadar önemsenmiyor ama orada gerçekten son derece önem kazanmış. Özellikle bu iki yıllık sürenin doğrudan bir boşanma sebebi olarak kabul edilmesinden sonra hüküm adeta orada yeniden revize edildi, canlandı. İki yıllık bir ayrılık süresi bir anlamda gerçekten küçük boşanma onlar için. Çünkü boşanmanın sonuçlarına ilişkin her türlü düzenleme de orada var çocuklar dâhil olmak üzere. ya bu şekilde

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Boşanmayı kafasına koyan taraf evden ayrılıp gittiğinde süre başlıyor doğru mu?

Doç. Dr. Canan YILMAZ:

Fiili ayrılık süresine ilişkin olarak Hocam.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

İşte bu biraz sorun yaratacaktır onun için. Yani onun için hâkimin bir kararı olmalı bence. Ayrılık kararı hâkim tarafından verilmeli belki, kısa süreli birliktelikler.

Murat DEMİRELLİ:
(Ankara Aile Hâkimi)

Şimdi benim de Semra Uzun Başkanımın dertleri dertlerim var. Toplantılara katılıyoruz. İnşallah bunlar değerlendirilecektir. Tabii bu konuda tabi ki siyasi iradenin buradaki temsilcisi değilim. Hâkime hanıma çok iş düşüyor. Çok iyi notlar alması lazım. Şimdi kusur kısmına son kısımda deneyeceğim hızlı hızlı geçmek istiyorum. Maalesef her katıldığım toplantıda böyle. F-16 hızında konuşmak zorunda kalıyorum çünkü süre hep sınırlı oluyor. Türk Medeni Kanununda genel sebepler ve özel sebepler açısından değerlendirme yapıldığında bana göre bazı maddelerin kaldırılması gerekiyor. O kaldırılması gereken maddelerin başında da Türk Medeni Kanununun 164 üncü maddesi geliyor. Ben avukat olsam, burada bir sürü baro temsilcisi var, 164 üncü maddeden kesinlikle dava açmam. Neden diyeceksiniz? Çünkü ihtar çıkaracağız. İşte şu kadar süre kalıyor. İşte anahtarı

şuraya koyacaksın. Gideri vesaire bir yere yatır. Onları falan hepsini geçtim. Bu davaya karşı dava açıldığında siz bu ana kadar olan her şeyi -ihtarı çıkarttığınız için- affetmiş sayılıyorsunuz. Geçmiş olsun maça 5-0 yenik başladınız. Şimdi 164 üncü madde oluştururken tabii bu düşünülmüyordu. Daha sonra Yargıtay içtihatlarıyla geliştirildi ama şurada bağıran bir madde var. Türk Medeni Kanununun 164 üncü maddesi. 164 üncü maddenin insanlara zarar vermesi, taraftara zarar vermesi nedeniyle kaldırılması gerekiyor. Diğer bir madde mesela işte şu an anlaşmalı boşanma ile ilgili fikirler var. Ben şunu gördüm hayatımda. Birçok şeyi Bakanlığı anlattım. Ben kendim eski Bakanlık mensubuyum. Orada da görev yaptım. Daire Başkanlığı falan da yaptım. Anlatıyorsunuz, anlatıyorsunuz. Karşıdaki anlamadıysa orada kalıyor. O zaman orada bir makam var Anayasa Mahkemesi diye. Kendimi tanıtırken şey demiştim: "Özel zevklerim arasında Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak var." Beni Anayasa Mahkemesine başvurmayı bu çıldırık durum itti. Ya anlatıyorum arkadaş bak şu madde bağırıyor. Burası yanlış. Burası insan haklarına aykırı. İşte şurası yanlış. Kimseye anlatamadım. Üç yıl kadar uğraştım. En son kılıcımı çektim. Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesinin üçüncü fıkrası yani anlaşmalı boşanmadaki o bir yıl Anayasaya aykırıdır diye başvurdum. İnşallah üç gün sonra ben netice bekliyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Çok özür diliyorum. Süre açısından mı başvurdunuz?

Murat DEMİRELLİ:

Tabii süre açısından başvurdum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Ne dediniz peki süre tamamen mi kaldırılsın diye mi?

Murat DEMİRELLİ:

Benim kanaatime göre sürenin tamamen kaldırılması gerekiyor. Niye diyeceksiniz. Şimdi tabii nişanlılık dönemi var, flört dönemi var. Ne yapıyoruz? Geliyoruz bir insanı seviyoruz. Duygusal bir ilişki, imzayı basıp evleniyoruz. Onunla geçen bir süreç var biliyor musunuz? Onunla geçinemiyoruz, birbirimizi hırpalıyoruz, hakaret ediyoruz, karşılıklı didişiyoruz. Olmayacağını anlıyoruz, mahkemeye başvuruyoruz. Hâlbuki mahkeme bir gün bile kalsa bir yıla ne yapıyor? Sizi ben anlaşmalı boşayamam. Hâlbuki anlaşmışlar ferilerinde. Yani insanların didiştikleri tazminatta anlaşmışlar, nafakalarda anlaşmışlar. Siz bu kadar anlaşma varken devlet olarak aileye ayakta tutacağız diye -ki bana göre ailenin ayakta tutulması için sosyal, ekonomik, psikolojik bazı destekler gerekiyor,- dediğim gibi yani geride bunların bir flört dönemi var. Öbür türlü de didişiyorlar

zaten, anlaşamıyor, geçimsizlik var. Tamam. Gel arkadaş ben boşayayım. Peki, biz şu anda ne yapıyoruz uygulamada? Ben diyorum ki bir tane tanık getir. Ve kibar dinliyorum üç gün sonra gene yüzlerine bakacakları için kibar dinliyorum. Diyorum ki işte anlaşamadınız değil mi, hakaret ettiler vesaire. Tamam. Çok hızlı bir şekilde dava son buluyor ve Allah razı olsun deyip çekip gidiyorlar. Bakın bu şekilde Anayasa Mahkemesi'ne başvurdum. İnşallah netice bekliyorum. Diğer Anayasa Mahkemesi'ne başvurduğum daha feci, Türk Medeni Kanununun 166/son maddesi. Daha önceki toplantıda anlattım. Şimdi arkadaşlar o üç yıl, üç yıl değil. Davayı açtınız. Yargılama sürecini geçirdi. 5 yıl kadar gitti. Bekledik. Reddi aldık. İşte BAM aşaması, Yargıtay aşaması. Ondan da üç yıl bekledik. Sekiz yıl etti mi? Etti. Ondan sonra ikinci davayı açtıktan sonra bir beş yıl daha bekliyor sizi. On iki, on üç yıla varıyor. Ya insan ömrü kaç yıl? O yüzden dedim ki bu da aykırı Anayasaya. Onu da götürdüm. Diğeri Türk Medeni Kanununun 286/1 maddesi kapsamında. Zaten ondan netice aldık. Soy bağının reddini annesi açabilecek. Gerçek babanın açabilmesi olayı da başıma geldi. Onu da ben götürdüm. O da Türk Medeni Kanununun 291 inci maddesi üzerinden şimdi gidiyor. Kusur kısmına geçeyim, daha başka şeyler de konuşmak istiyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Siz zaten Mevzuat Genel Müdürlüğünün görevini üstlenerek Anayasa Mahkemesine giderek iptal ettirdiniz.

Murat DEMİRELLİ:

Gerçek babanın dava açması. Oradaki süre sınırı falan nedir? Arkadaşlar bakın, Türk Medeni Kanununun gerçekten adam gibi bir revizeye ihtiyacı var. Benim gözlemim her on yılda bir memlekette acayip değişiklikler oluyor ve insanların yapısında değişiklikler oluyor. Bu yirmi yılda daha fazla artıyor. Şimdi Türk Medeni Kanununun maddelerinin 2001'de mevzuata girdiğini herkes biliyor. Dolayısıyla bir şeylerin eskidiği görünüyor. Dolayısıyla bunların değişmesi gerekiyor ama değişirken çok dikkatli bir şekilde değiştirilmesi gerekiyor. Her ihtimalin göze alınması gerekiyor ve gerçekten kürsüdeki insanları, aslında kürsüde olan insanlar bir şeyler demek istiyor akademisyenlere ama akademisyenler…

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Şunu hatırlatayım yirmi yıldan fazla bunlar. Biliyorsunuz önceki Medeni Kanun da 1988 değişikliği ile getirilmişti. Yani yirmi yıldan daha fazla süreden getirilen düzenlemeler.

Murat DEMİRELLİ:

Biz sahneden çok net görüyoruz. İyi niyetle bir şeyler yapılıyor. Akademisyen arkadaşlar savunuyorlar. Güzel. Geliyoruz, sahneye girince hiç

umulmadık şeyler oluyor. Hiç öngörülmedik şeyler oluyor. Öngörülmedik kısmını yargı kısmındaki hâkimler ve avukat arkadaşlar görüyor. Şimdi vakit darlığı için şu kısmı da bir iki cümle ile toparlamak istiyorum.

Şimdi bakın arkadaşlar ben de çok fazla davalarda gördüm. Şimdi bazı insanlar diyor ki "Ben orada beni aldattığını görmek istiyorum, o da yazacak." diyor. "Onun kusurları yazsın." diyor. Şimdi kadın cinayetleri gerçeği var memlekette. Hatta erkek cinayetleri gerçeği de olmaya başladı. Bu yazın birçok kadın tarafından öldürülen erkeği gördük. Şimdi bir geçiş süreci de gerekiyor. Bence birçok şeyde yaptığımız gibi hâkimin takdirine bırakmamız lazım olayın özelliklerine göre. Her şeyi tam düzenleyemiyoruz. Sert yapsak dengeyi bozacağız. Yumuşak yapsak olmayacak. O yüzden hâkim -gene güveneceksiniz bu memleketin hâkimlerine.- şimdi olayın özelliğine göre kusuru o değerlendirecek. Gerekirse gereği düşünüldü deyip tensiben boşanmaya karar verebilecek. Anlatabiliyor muyum? Gerekirse "bunun biraz sürecini beklemesi gerekiyor." diyebilecek. Çünkü her olay özelliği farklı. Şimdi müşahhas olaylara girmeye kalksak burada toparlamayız. Benim fikrim de bu şekilde. Bazı olay olur ki, işte kadının yaşı kırka yaklaşmıştır. Bu yargılama uzun sürdüğünde Hâkime Hanımın bahsettiği gibi doğurma şansını kaybedecektir. Ama bir de yeni bir evlilik vardır. Çocuk yoktur. Orada gereği düşünüldü deyip tensiben boşanmalarına dersiniz. Velayet kısmı varsa onu, nafaka kısmı varsa onu ve tazminat kısmını da sonra halledersiniz. Anlatabiliyor muyum?

Benim kanaatime göre aile hâkimlerinin ayrı bir tayine tabi olması lazım. Yani sulh hukuk hâkimini aile mahkemesine getirirseniz mahvedersiniz.

Ben konuyu çok dağıtmamak adına hemen hocam şunu demek istiyorum. Mesela Türk Medeni Kanununun 166/2 maddesi var. Şimdi siyasi irade "hızlı boşanma sağlansın" dediğinde ya da "işte biraz uzasın" dediğinde Türk Medeni Kanununun 166/2 maddesinin değişmesi gerekiyor. Niye? Çünkü "kusurlu eş gidiyor ben boşanmak istiyorum." Diyor. Hâkim bakacak. Evlilik hakikaten bitmiş. Kadını kaç kere dövmüş. Ondan sonra mahvetmiş, çocuklara bakmıyor. Fecaat bir durumda. Kadının geliri yok. Hiçbir şeyi yok. Döneceği bir memleketi yok. Annesi, babası yok. Hâkim bunları değerlendirerek artık orada bir dakika deyip -işte bakın orada iş tazminata ve nafakaya geliyor, tedbir nafakasına ve yoksulluk nafakasına ve tazminata geliyor- orada hâkimin bunlar yüksek belirleyerek, hiç yoksa o canı yanmış kadını bir kurtarması ve rahatlatması gerekiyor. İşte burada da çok fazla olayın detayları olduğu için ve çok fazla rol olacağı için burada Hâkime bırakmak gerekiyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Şimdi bakın, Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesinin ikinci fıkrasında zaten evlilik birliği sarsılmış ise hâkim bunu değerlendirip boşanmaya karar verir.

Katılımcı:

Az da olsa kusuru olması gerekiyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

O Yargıtay'ın ortaya çıkardığı bir şey.

Murat DEMİRELLİ:

Akademisyen büyüklerimiz var ve burada yargıdaki büyüklerimiz var. Biz de orta seviyede falan diyelim, küçüklerimiz ve arkadaşlarımız da var. Bu Yargıtay'ın sorunu dediğimizde aslına Yargıtay'ın dediği oluyor zaten hayatta. Siz olması gereken hukuku gösteriyorsunuz. Diyorsunuz ki Bakın bu yanlış böyle böyle. Şimdi burada onunla kopuk olmamamız gerekiyor.

Doç. Dr. Cansu KAYA KIZILIRMAK:

Çok özür dilerim. Olması gereken hukuk diyebilmemiz için kanunun olmaması lazım. Kanun hükmü birinci cümle ve ikinci cümle tamamen birbirine zıt iki durumu düzenliyor. Yargıtay'ın uygulaması en iyi ihtimalle kanuna aykırı olabilir. Aykırılığa işaret ediyor olabiliriz doktrinde. Olması gereken hukuk diye nitelendiremeyiz.

Murat DEMİRELLİ:

Olması gerekeni söylemek istiyorum Gerçekten 162 nci maddenin yazılma tekniği itibariyle bana göre de yanlış. Daha net ibareler kullanılabilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Onun uygulanmasında sorun var. O sorunu da Yargıtay yaratıyor diye düşünüyorum. Teşekkürler.

Alican BÜLBÜL:
(İstanbul Aile Mahkemesi Hâkimi)

Benim gördüğüm yargılamanın uzamasına neden olan en büyük sorun tanıklar. Öyle tanık listeleri veriliyor ki on tane bir taraftan, on tane diğer taraftan yirmi tane tanık. Bırakın yirmi taneyi beşer tane olsa bile toplamında on tane tanık dinlemek, talimat yazılma ihtimalini de düşündüğünüzde, zaten bir-bir buçuk sene tanık dinlemekle geçiyor. Daha sonrasında eğer işlemsiz de kaldıysa bir süre, -herhangi bir sebepten dolayı bu hâkimin raporlu olması olabilir, izinli olması olabilir, avukatın mazeret bildirmesi olabilir, tarafın işlemsiz bırakması olabilir, tanığın gelmemesi olabilir vs- bu durum en başka

tanıkların dinlenilmesine harcanan mesai en çok uzamasına sebep veren konulardan biri.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki, bu kusurun ortaya çıkarılması için gerekli değil mi? Gerekli.

Alican BÜLBÜL:

Dolayısıyla eğer tanıkları yargılamaya uzatan en büyük doneyse, tanıkları neden dinliyoruz? Kusurun ortaya çıkarabilmesi için. Kusurun ortaya çıkarılabilmesi yani ispat durumu azaltırsak, minimuma indirirsek tanıkların dinlenilmesine gerek kalmayacak bizim yargılama sistemimizde. Dolayısıyla 163/3 bizim sistemimizde en büyük kilit. Anlaşmalı boşanma ile anlaşmalı boşanmanın türevlerini artırırsak -bu arabuluculuk olur, başka bir durum olur- artırırsak yargılama süresini oldukça kısaltabiliriz diye düşünüyorum. Bu sadece anlaşmalı boşanma olarak adlandırılmamalı. Tarafların irade beyanları her nasıl olursa olsun uyuşuyorsa veya uyuşturulabiliyorsa buna imkân sağlanmalı. Taraflar geldiğinde, ben taraflara söylediğimde, herhangi bir sebepten dolayı anlaşamadıklarında, bakın eğer anlaşamazsanız "iyi ihtimal iki sene uğraşırsanız." dediğimde taraflar zaten kendileri söylüyorlar bir daha görüşelim diye. Buna imkânın kanunu sağlaması lazım diye düşünüyorum birincisi. İkincisi de hâkim Murat Beyin söylediği şeylere katılmakla birlikte bir yere dikkat çekmek isterim. Ben aynı zamanda 6284 sayılı Kanunun uygulayıcısıyım. 2. Aile Mahkemesi olması dolayısıyla itirazlarına bakıyorum. Kanun özelinde hâkime çok fazla takdir yetkisi tanındığını görüyorum. Beş senedir uyguluyorum bu kanunu ben. Ve dolayısıyla aile mahkemesi hâkimlerine takdir yetkisi tanınsın, ben de aynı şeyi düşünüyorum. Fakat aile mahkemesine hâkimine ne kadar yetki tanınırsa, vatandaşla o kadar karşı karşıya geliyor. Ben her gün aşağı yukarı on kişiye, on vatandaşa veya avukata -yazılı olarak değil sadece- sözlü izah etmek zorunda kalıyorum. Benim kararımı avukat gördüğünde diyor ki "Hâkim bey neden böyle bir karar verdiniz? "Avukat bey kararda gerekçesi yazıyor diyorum." Yok, ikna olmuyor. "O zaman itiraz edebilirsiniz veya başka bir hukuki yöntem varsa ona başvurabilirsiniz." diyorum. Dolayısıyla bu durumu da çözmek gerekiyor diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Söylediğiniz durum 6284 sayılı Kanun ile ilgili anladığım kadarıyla. Boşanma ile değil.

Alican BÜLBÜL:

Hâkim Murat Bey'in söylediği takdir yetkisinin tanınmasıyla ilgili duruma örnek vermek amacıyla söylüyorum. Yani bir hâkime ne kadar takdir

yetkisi verirseniz. Bizim toplumumuz Ortadoğu toplumu. Kabul edelim, etmeyelim.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani boşanmada da hâkimin takdir yetkisi olmasın diyorsunuz.

Murat DEMİRELLİ:

Hâkimin derdi çok olur diyor.

Alican BÜLBÜL:

Bakınız büyük adliyelerde çalışıyoruz. Benim İstanbul'a geldiğimde en büyük hayalim kapımın çalan vatandaş sayısının az olması. Ben sadece dosyalarıma bakayım. Gün içinde mümkünse, ihtimal dâhilindeyse, bölünmeyelim. Ama görüyorum ki vatandaş bazen bunu taciz boyutuna getiriyor. Gün içinde inanın on iyi bir sayı. Hâkime bir takdir yetkisi tanınsın ama buna bir sınır getirilsin.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Benim bildiğim hâkim takdir yetkisini sebepsiz kullanmaz. Bu sebepleri ve gerekçeleri de hukuki dayanağını vererek yazmalıdır. Böyle yaparsanız bir sorun olacağı inancında değilim ama hâkimlik yapmadığım için sıkıntıyı siz çekiyorsunuz. Biz bu şekilde söylemek zorundayız.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Boşanma hukukunda büyük bir fırsat kaçırıldı. Bütün Medeni Kanun değişirken eski 743 sayılı Kanun aynı şekilde muhafaza edildi. Sadece makyaj denecek düzeltmeler yapıldı. Onu da yaparken göz yapayım derken kaş çıkarmak demin bahsettiği hâkim beyin mesela terk sebebiyle boşanmada 3 aylık olan süre 6 aya çıkarıldı ve tamamen işlevsiz hale getirildi. Dolayısıyla gerçekten en başta reforme edilmesi gereken hukuk, medeni hukuk içinde, aile hukuku içinde boşanma hukukudur. Burada ve şu anda konuştuğumuz en büyük sorun boşanmaya ilişkin hakikaten aile hukukundaki en çetrefilli ve bir an önce düzeltilmesi gereken konudur. 2002 yılında, hocamla dün konuştuk, tam da bu konuda Almanya 'da düzenlenen bende Türkiye adına katılmıştım. Sonuç bildirgesinde yapılan tebliğlerde bütün ülkelerden olmak üzere başta Avrupa Birliği ülkeleri olmak üzere Yunanistan'dan Çekoslovakya'ya kadar o dönemde istisnasız bir tek bizim Türk hukukunda boşanma sebeplerinin halen kusura dayalı olduğu sonuç bildirgesinde de açıklandı. Yani hakikaten çağ dışı kalmış bir kurum. Şunu ifade edeyim, ben şöyle örnek veriyorum Hâkime hanımın da demin söyledi. yani evlilik tamamen özgür iradeyle olan bir gönül bağıdır. Bir hayat ortaklığıdır. Bir taraf yokum diyorsa onu kanun

gücüyle bir arada tutmanın hiç kimseye faydası yok. o insanlara da bir faydası yok. Bu nedenle hukukçunun veya hukuk düzeninin hukukun sonuçları adil bir şekilde düzenlemesi gerekiyor. Yoksa bir arada tutmanın hiç kimseye bir faydası yok. Belki tek taraflı irade Türkiye için erken. Bu arada onu söyleyeyim. O şekilde olan sistemlerde var. Hatta mahkemeye başvurmadan direk nüfus idaresine başvuruyorlar anlaşıyorlarsa da.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Hocam nafaka ve tazminatta ne düşünüyorsunuz?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Onu da söyleyeceğim. Şöyle bir örnekle anlatayım. Eşim avukat. Onun bir davası vardı. Tam da bu konuda. Erkek tam bir maganda. Bütün boşanma sebepleri var. İçki içiyor, kumar oynuyor, şiddet uyguluyor, aldatıyor. Dava kazanıldı, tazminat istendi. O zaman 20 bin maddi, 20 bin manevi. 5'er bine hükmetti mahkeme. Toplam 10 bin TL. Bu yetmedi karşı dava açtı karşı taraf. Gerekçe de şu. Şunu yapmış. Mahrem olan cinsel birlikteliklerini gizli olarak kameraya almış. Sonra kendisini buzlayarak bunu porno sitesine yüklemiş.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Erkek mi yapmış bunu? Boşanmamak için mi uğraşıyor?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Karşı dava açıyor. Davayı kaybetti.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Uzatmaya çalışıyor?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Karşı dava açıyor. Davayı kaybetti. Uzatmaya çalışıyor. Ve bu şekilde sonrada bu şeklide kişisel verilerin korunması vesaire hiçbirinden sonuç çıkmadı. O porno sitesi de kapanmış. Kadıncağızın düşünün halini. Neyse bu şekilde uzadı yıllarca. 2015 yılında açılmış dava 2019 oldu. İstinafta dört yıl sürüdü. Daha yeni 2023 Aralık'ta geldi istinaftan. Şimdi temyiz etmişler Yargıtay'a gidecek. Şu andaki şeyi 10 bin TL. maddi- manevi tazminat. Aslında asgari ücretin yarısı. Bunun kadına faydası ne? Yani o tazminatın korunmasının bir anlamı yok. Ne yapılması gerekir Birsen Hanım? Hani bir örnek verdik şurada yemek yesem, zehirlensem niçin açamıyorum? Tabii ki açmak lazım. Ama ne yapıyoruz genel hükümlere göre açıyoruz. İsviçre de yapıldığı gibi genel hükümlere bırakalım. Orada yine açsın. Tabii ki

açabilmesi gerekir. Ama ne oluyor uzatıyor bu şekilde. Bütün sorunların kaynağında var. Tanıklar onun için dinleniyor, onun için uzuyor. Bu insan onuruna aykırı bir şey.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Yani nafaka ve tazminat olmasın mı demek istiyorsunuz?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Borçlar hukuku genel hükümlerine göre tekrar düzenlensin. İsviçre'de öyle.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Peki nafaka kusura mı dayansın Hocam? Kusura dayalı mı değil mi?

Murat DEMİRELLİ:

Şimdi biz ne yapıyoruz? Boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren maddi manevi tazminatı, yasal faizi o şekilde belirliyoruz. Dava tarihinden itibaren yasal faiz verilecek desek bu meseleyi çözeriz.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

10.000 TL'ye yasal faiz uygulasanız ne olur ki Allah aşkına.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Yani hakkın tam alınamaması o haktan vazgeçelim sonucunu mu doğuracak? Yani orada 10.000 lira tazminat verilmesinde sıkıntı var zaten. Yani "nasıl olsa 10.000 alıyorlar. Hadi bunu da almasın." sonucu çok kabul edilebilir bir sonuç değil.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Şunu düşünüyorum. Tazminatlar genel hükümlere göre olacak. Nasıl bana hakaret ettiğinde, beni dövdüğünde, beni yaraladığında genel hükümler onu boşanmayı uzatmasın ve bu nedenle uzuyor. Ve gerçekten çirkin bir zeminde oluyor. Az önce 6284 sayılı Kanundan bahsedildi. O da dejenere oluyor. Artık insanlar bir neden bulmak için onu kullanıyorlar. Hiçbir şey yoksa da ben şiddet gördüm vesaire…

Semra UZUN:

Yargıtay'da öyle bir koruma kararı 4320 de alındığı zaman biz boşanma sebebi kabul ettik. Baktık ki o tedbir anlamındadır. 6284 yüz tane bile olsa onları sebep olarak değerlendirmiyoruz.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Karşı taraf kusurlu göstermek için her çareye başvuruluyor. Orada gerçekten çok çirkin bir zeminde seriliyor. Buna maalesef avukat meslektaşlarımız da ona zemin hazırlıyorlar. Donuna kadar alırım, boşarım vesaire. En olmadık şeyler. Mesela çocuklardan bahsedelim. "Çocuklar varsa etkilenmesin." Öyle değil. Bizim Türk yapımızda tam tersine çocuğu tanık olarak gösteriliyor. Çocuk da bu uyuşmazlığın içine çekiliyor. Çocuk da taraflardan birinden kopmak zorunda kalıyor. Yani kusur ilkesinin kesinlikle tamamen terk edilmesi lazım. Temelden sarsılma. Yapacağımız şey çok basit temelden sarsılma onu araştıracak hâkim. Her önüne geleni de boşamayacak. Mesela deprem ülkesiyiz. Yakında da üzücü bir deprem yaşadık. Evliliği de ona benzetiyorum ben. Bir ev nasıl yıkıldıysa deprem sonucunda bir deprem sonucunda. Biz ona bakıyoruz. İçinde oturabilir miyiz? Oturamaz mıyız? Yoksa müteahhit çalmış, deprem şiddetliymiş ona bakar mı? Evliliğe de böyle bakmak lazım.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Hayır, şunu demek istiyor. Bir taraf ısrarla ben bu ailede oturacağım diyor. Ben eşimden memnunum diyor. Diğer taraf istemiyor.

Katılımcı:

Kişilik haklarını veya anayasanın koruduğu dava açma özgürlüğü ya da kendini savunma özgürlüğünü ihlal etmiş olursunuz. Bakın bir taraf istemiyor. Bir taraf yüzde yüz kusurlu. Karşı taraf "Hayır, ben seviyorum." diyor, "ben devam etmek istiyorum." diyor. Burada alternatifiniz ne oluyor biliyor musunuz? Türk Medeni Kanununun 166/1 maddesi gereğince tam kusurlu diye ret diyorsunuz. Türk Medeni Kanununun 166/son'daki o kısa süreyi bitireceksiniz.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Değiştireceğiz hâkime hanım o şey değişecek. Yani burada nasıl evlenirken tek taraflı evlilik olmuyor. İki kişinin rızası boşanma da bir kişi ben istemiyorum

Katılımcı:

Sizin dedikleriniz ne kadar güzel keşke öyle olsa.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Başka Beşir Hocam?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Hocam gayet basit olması gerekir. Aynen Alman hukukunda olduğu gibi bir tek boşanma sebebi olacak Evlilik birliğinin temelden çökmesi. Onun için de karineler getirilir. Belli bir süre ideal olur. Alman hukukunda o şekilde. Belli bir süre fiili bir ayrılık varsa artık hâkim hiçbir araştırma yapmıyor. Temelden çökmüş olarak kabul ediyor. Bir de anlaşma varsa her ikisinde de artık başka hiçbir şeye bakmıyor. Onun dışında duruma göre temelden çökme yoksa o kusurluydu ben kusurluydum, senin çamaşırların daha temiz, benim çamaşırlarım daha temiz. Artık bu çağ dışı bir davranış.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yan sonuçlarda ayrı olarak düzenleniyor.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Onun da sadeleştirilmesi gerekiyor. Sadece çocukların durumu ve nafakanın düzenlenmesi lazım kusurdan bağımsız bir şekilde.

Katılımcı:

Şimdi bir yıl süre deniliyor ya ben İstanbul çevresi için yani İstanbul Bölge Adliyesi olarak gelen dosyalardan edindiğim bir şeyi söyleyeyim. Genelde çiftler arasında bir sorun olduğu zaman boşanma davaları zaten yani ilk birkaç ayda hadi diyelim en fazla altı ayda zaten açılmış oluyor. Yani şimdi o bir yıl sınırı getireceğiz de o bir yılın üstündekiler.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Anlaşma varsa, bir gün bile ayrıysa temelden sarsılma kabul ediliyor.

Katılımcı:

Yani bilemiyorum o kadar çok tek taraflı olur yalnız. Biraz önce denildi. Evliliğe giderken iki kişi de evet diyor. Boşanmaya giderken neden bir taraf

boşanmak istiyorum diyor, diğeri istemiyor. Onun iradesini hiç dikkate almayalım?

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani sonuç olarak sizin söylemek istediğiniz kusur olmalı ve kusurlu taraf boşanamamalı.

Katılımcı:

Hocam anlaşmalı boşanma için değil. Bir yıl ayrılık varsa resen boşanılsın denildiğinde ben yine de çok sonuç doğuracağını düşünmüyorum. Çünkü ailede bir itilaf çıktığında zaten belli bir sürede hemen boşanma davaları açılıyor. Hatta karşılıklı boşanma davası açılıyor. Bizim dosyalarımızı öyle şeyler var ki şimdi evlilik birliği içerisinde meydana gelen nedenlerle açılan boşanma davaları ile bir dosyada altı tane boşanma davasını biz değerlendiriyoruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Beşir hocam şunu demedi. Yani boşanmak için mutlaka bir yıl ayrı kalsınlar demek istemiyor. Kusurlu davranışlarla da açılabiliyor. Evliliğin temelinden sarsılması. Süre yok. Fiili ayrılık nedeniyle açılabiliyor. Anlaşmalı boşanma. Avrupa'da bu şekilde olduğu için.

Murat DEMİRELLİ:

Şimdi hani niye kusurdan hemen vazgeçilmezin belki ispat açısından. Memlekette yaşıyoruz doğusu, batısı, işte kuzeyi, güneyi, Karadenizli vesaire. Hızlı aceleci milletiz. Şimdi bunu bir yere yazdık. Keşke Alman hukukundaki uygulandığı gibi bazı şeyler bizim ülkemizde uygulanabilir mi? Hayır niye? Gece zina ettiğini gördüğü kadın, sabah boşanma davası açtı, tensiben küt diye boşandı. Adam onu vurur. Bir de der ki; "Hem dün zina etti. Sabah boşanma davası açtı. Bir de benden tazminat istiyor, bir de nafaka istiyor. Çocukların velayetini istiyor." der. Gider onu vurur. Bir anda pat diye kusuru kaldıramayız. Bakın orada yapabileceğimiz şey olayın özelliklerine göre biraz bazen soğumasında da fayda var. Çünkü hayat bir daha geri gelmiyor. Anlatabiliyor muyum? 6284'te istediğiniz kadar elektronik kelepçe uygulayın. Sinyal versin mesafeye, gider yine vurur. Bu hususa da dikkat edilmesi gerekiyor, not edilmesi gerekiyor.

Katılımcı:

Sabah talep ediyor öğleden sonra diyor ki barıştım. Sabah talep ediyor, akşam diyor ki aman kocamı seviyorum. Ya da sabahleyin bu kadını benden uzaklaştır diyor. Saat 4.00'te geliyor diyor barıştık diyor.

Murat DEMİRELLİ:

Başkanım ben şey için söylüyorum. Zina gibi sert olaylar için söylüyorum. Yani zina etti, çocuğu var yeni doğmuş. Zina ettiğini gördü koca. Kadın gitti boşanma davası açtı. Biz hemen boşadık. Bir de boşanmanın yanında tazminat nafaka istedi. Velayet istedi. Adam o hırsla, sinirle gider vurur kadını. Onu demek istiyorum. Böyle bir sosyal realite de var.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki, teşekkür ederim buyurun.

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ORAL MANAV:

Hocam çok teşekkür ederim. Öncelikle anlaşmalı boşanmanın süresine ilişkin bazı hususlar üzerinde özellikle sürenin kısaltılmasına ilişkin önerilerde bulunuldu. Ben naçizane elbette ki bu senenin kısaltılabileceğini ancak bunun da belirli bir süreye kadar kısaltılabileceğini -söz gelimi altı ay, dokuz ay olabilir- düşünüyorum. Çünkü evlilik birliği esasında çok zor bir birliktelik bir yandan. Çünkü iki farklı aileden, iki farklı dünya görüşüne sahip, iki farklı cinsiyetten iki insana "Gel, normal şartlarda ömür boyu kırk sene, elli sene birlikte yaşa" demek çok kolay bir şey değil. İki insanın farklı görüşlere sahip iki insanın birbirine bir süre alışması gerekiyor. Dolayısıyla söz gelimi buna hiçbir süre bırakmayalım veya 1 ay bırakalım gibi bir şey derse bir anda bu iki insanın o zamana kadar da özgür bir şekilde birey olarak yaşamış iki insanın tamamen inatçı bir şekilde birbirinden ayrılmasına sebep olabiliriz. Bu sebeple ben oradaki bir yılın belki evet altı aya indirilebilir kolaylaştırılması bağlamında ama çok da fazla kısaltılmaması gerektiği veya sürenin tamamen kaldırılmaması gerektiğini.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Anlaşmalı boşanmada süre altı aya indirilebilir. Başka?

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ORAL MANAV:

Belki. İkinci olarak da kusurun ben de bizim ülkemiz bakımından tamamen kaldırılması gerektiği kanaatindeyim. Şundan dolayı. Çünkü evet kusur belki işleri zorlaştırıyor ve çok uzun olmasına sebep olabiliyor ama eğer kusuru kaldıracaksak mutlaka boşanma sebeplerinin de Alman hukukundaki gibi tek bir sebebe indirilmesi gerekiyor bence de. Çünkü mal rejimlerinin mal rejiminin tasfiyesi bakımından da esasında zina ve hayata kast durumunda mal rejimine de etkileyen bir durum söz konusu. Bundan dolayı da bunun da göz önüne alınması gerektiği kanaatindeyim. Ben fazla zaman almamak için şimdi hocam isterseniz bununla bitireyim nafaka durumunda tekrar söz almak isterim.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Yani kusur ilkesini muhafaza edilmesi kadın cinayetlerini engellemez ve hiçbir şeyi de önlemez. Gazetelerde de geçmişti. On bir yıl önce boşandığı eski eşini başkasıyla gördüğü için sokakta çekip vuran insanlar var. O bir zihniyet sorunu. Ne olacak onu kusura devam ettirirsek? Gidecek başka – gerçek veya değil- kirli çamaşırlarını ortaya koyacak. Onun zihniyetini değiştireceğiz. Kanunda yanlışı devam ettirerek, kusur ilkesini devam ettirerek o çekişmeyi iyice yıllara yaymış oluruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Hızlı boşanma şiddeti azaltır mı demek istiyorsunuz? Hızlı boşanma şiddeti önler mi?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Hukukun amacı bir an önce sosyal barışı tesis etmek. İnsanlar yoluna gitsin. Bir önce hayata gitsin.

Murat DEMİRELLİ:

Bakın ben şunu demek istemiştim. Niye hâkimin takdirine bırakın dedim? Her olayın özelliği farklı olduğu için. Şimdi ben misal olarak bir tane misal verdim. Hocam da mesela bir misal olarak karşılık verdi. Ben buna değer veriyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Sorum şu hızlı boşanma şiddeti azaltır mı? Sorumun cevabını istiyorum.

Murat DEMİRELLİ:

Hocam bana göre hızlı boşanma tamamen olayın özelliklerine göre bakmamız gerekir. Genel bir şey söyleyemeyiz. Bizim burada yapabileceğimiz hata da biraz bu olur. Yani buna bir şey dersek hata olur.

Katılımcı:

Bence işin çirkinleşmesini engeller.

Katılımcı:

Sürelerinin kısaltılması ile ilgili daha doğrusu anlaşmalı boşanmada sürenin korunması gerektiği çünkü çiftlerin birbirine alışma süresinin dikkate alınması gerektiği ile ilgili cümleler kuruluyor. Bunun mahkemenin işi olmadığını düşünüyorum ben. Evlenirken evlilik birliğini iki tarafında arzu etmesi gerekir. Anlaşmalı boşanmada süre olmamalı kesinlikle. Eğer iki tarafın birbirine alışma süresi bunu gözetmesi gereken kişinin evlilik birliğinde olan taraflar olduğunu düşünüyorum Bu mahkemenin işi değildir diyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Anlaşmalı boşanmada süre olmamalı peki. Size de soruyorum. Hızlı boşanma şiddeti azaltır mı bizim toplumumuzda?

Katılımcı:

Bence azaltır. Çünkü yalama oluyor. Taraflar arasında bir baktığımız davalarda görüyoruz.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Hızlı boşanma şiddeti önlemez. Eğer siz ferileriyle sağlarsanız nafakayla tarafların hayatlarını kurmalarını kolaylaştırmış ve şiddetten korunmaları için tedbirlerini almış olursunuz. Çünkü şiddetin sebebi "zinada gördüm öldürdüm." değil. Onlar sadece ceza davaları savunmalarıdır. Kadınlar genellikle ayrılmak istedikleri için öldürülüyor. Yani ister evli olsun ister evlilik harici bir birliktelik olsun kadınlar ayrılmak istedikleri için, zina yapsa bile zina sebebiyle öldürülmeyen, ama boşanacağım dediği için öldürülen kadınlar var. O sebeple hızlı boşanmayı sağlamanız şiddeti önlemeyecek.

Doç. Dr. Cansu KAYA KIZILIRMAK:

Öncelikle son mevzuya ilişkin olarak empirik çalışmaların, yani sadece teorik olarak biz böyle uygun gördük veya gözlemledik değil rakamlarla ortaya konulmuş bilimsel çalışmaların sonucudur dolayısıyla bir netlik vardır diyebiliriz, Bilimsel olarak kusurun kaldırılması şiddeti azaltmaktadır. İspanya'da da örnek vardır, Mısır'da da örnek vardır. Bu bir bunu bir kenara koyalım. İkincisi terminolojisini lütfen düzeltelim. Hızlı boşanma başka şey, kusurunun kaldırılması başka şey. Kusurun olumsuz sebeplerinden biridir boşanmanın yargılamasının uzatılması ama amacımız hızlı bir şekilde eşleri boşandırıp toplumda böyle bir toplum mühendisliği yapmak değildir. Bunun altını çizmek isterim. Çünkü karşı argümanlar muhafazakâr kesimlerden kusurun kaldırılmasına ilişkin dünyanın her tarafında aile kurumunu

zayıflatmak ile bağlantılı gelir. Ama bunun da karşı argümanının altını çizeyim.

İrlanda gibi katı Katolik, 1996'ya kadar boşanma hakkını tanımamış bir ülkede dahi 2002 yılında yanılmıyorsam boşanma hakkı kusurdan bağımsız olarak regüle edilmiştir. Yani onlar o kadar katılar ki arada bir kusur dönemleri dahi olmaksızın "bu bir toplumsal ihtiyaçtır, aile kurumunu yadsımaksızın onu örselemeksizin makul bir boşanma sistemini ön görmeli ve bu vatandaşlara vermeliyiz." demişlerdir. Ve günün sonunda ne muhafazakârlıkları ne dini özgürlükleri halel görmüştür. Kusurdan bağımsız fiili ayrılığı önceleyen bir boşanma sistemi kabul etmişlerdir. Burada kavramların bu anlamda altını çizmek isterim. Benim kendi önerilerime gelecek olursak, kusur sisteminin kalkması gerekir Türk hukukunda. Murat Bey'in önerdiği gibi etkin bir kusur sisteminin Türk hâkim uygulaması ve hâkim niteliği sebebiyle uygulanabileceğini düşünmüyorum. İdeal bir dünyada olabilirdi. Ama kusurun kalkması gerekir. Kusurun kalkması ile birlikte davaların ayrılması sisteminin kabul edilmemesi gerektiğini düşünüyorum. "Nafakayı ayıralım, tazminatı ayıralım." biz de çalışabilir bir sistem değildir. Yine yargımızı otomatik olarak kusur değerlendirmesi refleksine bırakırız. Yargımızın refleksi ile ilgili olarak şunu anlayabiliyorum. Yani yıllardır pirinçle pilav yapan aile hâkimlerine pirinç yok pilav yapın diyoruz. Nasıl yapacağız tepkisi geliyor. Ama öyle değil. Günün sonunda biz onlara etkin bir bulgur sunabilirsek bulgurla da pilav yapılabileceği bir sisteme geçilebilir. Bunu şundan anlatıyorum. Bizim kusur belirlemesine tabii hiçbir sonucumuzun da olmaması gerekiyor. Belki bazı ülkelerdeki gibi ağır şiddet, ağır zina durumları ile ilgili detaylar bırakılabilir toplumun yapısına göre. Ama dava şartı kaldırılsın, süre kısaltılsın diye not almışım. Kusur kalktı ne gelecek? Evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını görüyor musunuz? Kusurdan bağımsız olarak ama görüyor musunuz vakalarda hâkim olarak? Evet, o zaman bu insanlar boşanabilmeli.

İkinci husus fiili ayrılık etkin bir şekilde düzenlenirse, süre kısaltılırsa, dava şartı kaldırılırsa bunun üzerinden ilerlenebilir. Anlaşmalı boşanmanın süresinin kısaltılması, altı ay olması uygun olabilir. Hatta büyükşehirlerde bu süre niye vardır? Hâkime hanımlar belirtiyor. Bir değerlendirme, bir soğuma süresi olması ve iradenin netliği açısından önemlidir. Ama hani gün geliyor üç ay sonraya da biz anlaşmalı boşanma duruşma tarihi alabiliyoruz İstanbul'da. O nokta da belki o da onu karşılıyor olabilir. Ama küçük yerler açısından altı ay olması uygun olabilir. Bu anlamda kusur kalkıyor. Evlilik birliği temelinden çökmesi temeli ile ve fiili ayrılık temeli ile belki bir boşanma sistemi ön görülebilir. Nafakanın kusurdan bağımsız olarak ihtiyaca ilişkin bir kısım somut olaydaki kriterlerle belirlenmesi, tazminatın genel hükümlere bırakılması ve usul kurallarında aile hukukunun hususiyetlerine ilişkin bir kısım düzenlemelerin, aile mahkemelerine özgü yeni bir usul kanunu ya da mevcut kanunda revizeler ile getirilmesi önemlidir. Teknik önerilerim bu şekilde. Son bir husus var. Hâkime Hanımlara düşünsel boyutta bir şey eklemek istiyorum son olarak hocam. Hâkime hanımların "Evet toplumumuzun yapısı bu. Bu şartlarda bir kusur süreci olmadan nasıl yürüteceğiz?" noktasında "Davaları aslında uzatan, uyuşmazlıkları, husumetleri, mağduriyetleri yaratan taraflardır ya da avukatların uygulamalarıdır." dediğiniz noktada toplum bu şekilde bir şeyleri yanlış uyguluyor diye sistemi korumak yerine toplum eliyle de olsa toplumun

mağdur edilmemesi için nasıl bir sistem getirebiliriz? Kusur kötüye kullanılıyorsa o zaman kötüye kullanılmayacak ve menfaatlerin korunacağı bir sistem öngörmemiz gerekir bizim artık diye de bir düşünsel boyutta fikrim arz etmek isterim. Saygılarımla.

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA:

Medeni hukukçu değilim. Medeni usul hukukçusuyum. Ama boşanma davaları bakımından usul hukukunda farklı sorunlar var. Onlara yeniden yeri geldiğinde değinmeye çalışacağım. Kusur açısından gözlemim kusurun aranması yargılamada hukuka aykırı delillere başvurulmasını çoğaltıyor. Bu da hâkimlerin işini daha da bir zorlaştırıyor. Hâkimlerin işini zorlaşmasından öte taraflar bundan büyük zarar görüyor. Tarafı olmayan çocuklar apayrı zarar görüyor. Kusurun aranmadığı, boşanma sebeplerinin sadeleştirildiği bir sistem usul hukuku bakımından da hızlanacaktır. Aile kurumunun da bundan daha fayda göreceğini düşünüyorum. Buraya gelmeden evvel biraz sosyolojik araştırma yapmaya çalıştım. Bütün ikilere, üçlere, dörtlere evlilikle ilgili ne düşünüyorsunuz? Neden evlenirsiniz? Neden evlenemezsiniz? diye sordum. Evlenmek istemiyoruz dediler. Gençler evlenmek istemiyorlar. Bunun bir sürü sebebi var ama ekonomik sebeplerden ziyade temel sebep "Hocam ben bencil bir insanım." diyor. "Biz bencil yetiştirildik." diyorlar. Ben şunu gözlemledim: 90'lı yıllardan sonra bütün arabaların arkasında prens ve prenses vardı. Türkiye bu kadar prens ve prensesi kaldıramadı. Bu kişiler evlilik hayatını yürütemiyorlar. Bizim çok farklı şeyler yapmamız lazım. Türk Medeni Kanunu açısından boşanmayı zorlaştırmak aile kurumunu korumayacak. Boşanmanın kolay olduğu bir sistem mi demem lazım -belki doğru mu ifade ettim yani böyle dememek lazım belki de- bence birey dostu, insan dostu bir boşanma sisteminde kusur aranmadığında ben gençlerin evlenmeye daha imtinalı yaklaşacaklarını düşünmüyorum. Yurt dışında farklı farklı çalışmalar var ama Amerika ile ilgili farklı eyaletlerde uygulanan bir sistemden bahsetmek istiyorum. Özellikle bu kusurdan kaynaklı öfke kontrolünü sağlamak üzere mahkeme merkezli boşanma eğitimleri düzenleniyor. Kusur belki ileri sürülemiyor ama "bunu yaptı, şunu yaptı" diyememenin sıkıntısından kaynaklanan öfkenin kontrolünü bu boşanma merkezli eğitimlerle sağlıyorlar. Bunu arabuluculukla birleştiren eyaletler, modeller de var. Ama neticede kusurun kaldırılmasının ve boşanma sebeplerinin sadeleştirilmesinin hem sosyolojik açıdan hem medeni hukuk ve medeni usul hukuku açısından faydalı olduğu kanaatimi bildirmek isterim teşekkür ediyorum.

Katılımcı:

Uygulamacıları dinledikten sonra bizim fikrimizi açıklamamızı daha isabetli olduğunu gördüm. Çünkü onlar alandalar. Olayları daha iyi görüp analiz edebilme imkânı buluyorlar. Biz daha teorik bakıyoruz olaylara. Ama şu bir gerçek ki Türk toplumu gerçekten mukayese ettiğimiz, bazı adını söylediğimiz ülkelere nazaran çok daha farklı özellikleri taşıyor. Türk aile yapısının da kendine göre oluşturduğu gelenekleri çok farklı. Boşanma davalarına da bunların yansıdığını görüyoruz. Her olay kendi içinde bağımsız

sebepleri oluşturuyor. Şimdi sebeplere baktığımız zaman, dün Haluk Hoca da söyledi, herhalde %90 üzerinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davaları açılıyor. Bu dava açıldığı zaman da ilk başta -tabii boşanma kararı beraberinde diğer feri unsurları da getiriyor ama- ilk başta hâkimin oluşturduğu kanaat bu evlilik birliği temelinden sarsılmış mı? Burada kusuru aramadan önce o sunulan sebeplere bakıyor. Bu evlilik birliği içerisinde yükümlülükleri yerine getirmeye yönelik kimin bir suiistimali var? Kim bir davranışta zafiyet gösteriyor? Buna bakıyor. Bu davranışlar zaten kendi içinde kusuru da ortaya çıkartıyor. Yani kusuru görmeyelim ama bu evlilik birliği temelden sarsılmış. Koca eve gelmiyor. Koca evlilik birliğinin giderlerine katkıda bulunmuyor, çocukların bakımını üstlenmiyor. Her şey kadına yüklemiş. "Benim kusurum yok." Kusur yok ama evlilik birliği temelden sarsıldı. Dolayısıyla kusurdan bağımsız zaten evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebinin değerlendirilmesi mümkün değil.

Katılımcı:

Bir tek akıl hastalığı ve şey..

Katılımcı:

Onlara pek dayanan yok zaten. Dediğim gibi o özel sebepleri kaldırsak da kanunun uygulanması açısından çok fazla bir uygulamaya yansıyacak sorun yok. Bizim burada masaya yatırdığımız evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebi. Bunda da kusur olmadan zaten bu sebebi hâkimin ilk baştaki kanaati tespit ediyor. Ama beraberindeki olaylar nasıl değerlendirilecek? Hadi nafakayı da hallettik. Ama diğer tarafta tazminatla ilgili durum var. Bence o tazminatı da yine aile hukukunun kendi ilkelerine göre orada değerlendirmekte yarar var. İşte orada kusura ihtiyaç var. İkinci fıkraya değindi hâkim bey. "Dava açanın kusuru varsa diğerinin itiraz hakkı var." Zaten beraberinde diyor "Hakkını kötüye kullanıyorsa" Yani koca her türlü şiddeti uyguluyor. Koca bütün evlilik birliğinin yükümlülüklerini ihlal ediyor ama gitmiş bir de utanmadan dava açmış. Türk kadının durumu ortada. Yuvayı yapan dişi kuştur, her şeye katlanan odur. Çocuklarının dağılmaması için o yuvayı tutacak. Gidecek yer yok. Ana babanın evine gitmeyecek. Diyor ki "ben bu evde oturmak pahasına katlanayım bu adama." Dolayısıyla şimdi hâkim bunu görecek işte. İkinci cümleyi görecek kocanın kusuru meselesini. Davayı reddettiği zaman kadını uçuruma atıyor.

Anlaşmalı boşanmaya geldiğimiz zaman ilk günler mutlaka anlaşamamazlık olmuştur. Ufak tefek farklılıklar olmuştur. İnsanların aklına gelen de "bu evlilik yürümeyecek hadi boşanalım." Hadi bir de inatlaşılır ise koştururlar anlaşmalı boşanmaya. Ama bir müddet sonra o yaptıklarından da pişman olurlar. Söylediklerinden de pişman olurlar. Birbirlerine alışmaya başlarlar. Evlilik zaten bir müddet sonra sevgi saygıdan sonra alışkanlığa dönüşüyor. Ama bir süre veriyor. İnanın eleştiriyoruz "önceki kanunu aynen kabul ettiler." diye ama hepsinin arkasında bir sosyolojik sebep var. O zamanki kanun koyucunun aldığı, beslendiği kaynaklara baktığın zaman Türk toplumunun analizi ile onlar oluşturulmuş. Türk kadınının yapısı, refleksleri,

Türk erkeğinin o davranışları hepsi göz önünde bulundurarak. Anlaşmalı boşanma da diyor ki üçüncü ayda bunlar mutlaka bir problem yaşarlar ama koşturup hemen gitmesinler. Bunu bir aralarında çözerler. Aile meclisleri vesairelerle bunun mutlaka çözerler diye. O yüzden o süre tartışılabilir ama hiç sürenin olmamasını doğru bulmuyorum. Mesela eskiden o kavram kullanılıyordu. Hâkim sordu "niye boşanmak istiyorsunuz?" "Fikren ve ruhen imtizaçsızlık yaşıyoruz." Şimdi bunu söylediler. Zaten bunu yaşıyorsanız anlaşmalı boşanmaya götürün. Ama iki taraf da inat yapıyor. "Sen getir protokolü ben imza atacağım", "Sen getir ben imzalayacağım." Zaten bunu söylediği zaman ruhen ve fikren imtizaçsızlık ama kusur yok zaten temelden sarsılmış. Burada biz kusuru arayacak mıyız yine de? Bitti. Dolayısıyla bu kapsamda değerlendirmek lazım. Aynı şekilde devam dediğim gibi bu temel sebeple zaten kusur olmadan da biz uygulama da sorunları çözebilecek şekilde bir işleyiş sağlıyoruz. Kusur olmadığı zaman diğer konularda tıkanma ortaya çıkacak. Tazminat vesaire.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Yani biz de hızlı bitsin davalar istiyoruz. Sanki boşanma olmasın gibi hani öyle bir yanlış anlaşılma olmasın. Ferileri ile birlikte yargılama sorunları ortadan kaldırılarak hızlı bitsin.

Katılımcı:

"Hızlı bitsin" Türk Medeni Kanununun sorunu değil. Usul Kanunu sorunu. Yani şimdi hâkime hanım gerçekten haklı. On beş tane tanık mı olur? Önce birisi tanık listesi sunduğu zaman "Kaç kişi sunmuş avukat bey? On beş mi? Biz yirmi sunalım." İnatlaşmışlar. Hâkim dinlemediği zaman da hâkime veryansın ediyor.

Katılımcı:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu bütün tanıkları dinleyin demiyor.

Murat DEMİRELLİ:

Bakın ben Ankara 18. Aile Hâkimi olarak ne yapıyorum. Bana da listeler geliyor. On tanık bir yanda, on beş tanık bir yanda. Diyorum ki öninceleme duruşmasında "Arkadaşlar bu davanın kaç yıl sürmesini bekliyorsunuz?" Benim için diyorum öbür celse üçer tane tanığınız yeter. Üçer tane tanık yeterli olabilir benim için diyorum. "Siz daha önce çek edin, bütün vakaları gören insanlar varsa ben onları tanık olarak dinlemek istiyorum" diyorum. Ve karşılaştırmalarını da yapıyoruz, işte birbirlerinden farklı şeyler söylerse yüzleştirme yerini falan yapıyoruz. Burada olması gereken işte beş tane vakaya dayandı, sekiz tane kusura dayandı. Ben birçok dosyada sekiz tane kusura dayandığını ispat ederken ki yargılama yaparken zaten hemen dosya gömleğindeki çizelgeme artı-eksi koyuyorum oraya. Hepsi olmuşsa; "gereği

düşünüldü" diyorum. "Hukuk Muhakemeleri Kanununun 241 inci maddesi gereğince dosya benim için aydınlanmıştır. Diğer tanıkların dinlenmesine yer olmadığına" diyorum. Talepleri reddedip ondan sonra; "Hukuk Muhakemeleri Kanununun 186 ncı maddesi gereğince öbür celse karar vereceğim" diyorum. Genelde üç celsede bitirmeye çalışıyorum. Fakat bu böyle kolay olmuyor. Direten insanlar oluyor. Hepsini dinlemek istiyorum diyor vesaire. Ama tabii hâkimin çok hızlı olması gerekiyor. Kendi mahkemem için söyleyeyim her gelen dilekçe bana mutlaka geliyor. Benim odama bir gelseniz her taraf dosya doludur. Çünkü o gelen taleplerle ilgilidir. O talepler en son akşama kadar biter. Sabah arkadaşlar geldiklerinde benden önce görürler ki bir sürü hâkim talimat yazmış. Ama nasıl? Maalesef çantayla her gece eve dosya götürüyorum ama her gece bunu yapıyorum. Böyle olmasa da olmuyor. Bu çok insanüstü bir gayret gerektiriyor. Beşir Hocamın dediği gibi keşke kusuru kaldırabilirsek aile hâkimlikleri harika hâkimlikler olur yani. Şu anda gelen arkadaşları görüyoruz Ankara'da ve büyükşehirde bir yıl kadar kalıp ondan sonra ağır cezada üye olmaya gidiyorlar. Ben kaç tane böyle arkadaş gördüm. Beş, altı tane temel arkadaşlar duruyor, diğerleri sürekli değişiyor.

Katılımcı:

İki durum var. Lütfen hâkimlerimiz ve usul hocamız buna bir cevap versin. Hâkim "Ben sadece iki tanık dinlerim duruşmada." diyor. On beş tanık var. Bir tarafın tanığını yedi duruşmada dinleyecek. Usulde yeri var mı? İkincisi "Ben iki tarafın tanıklarını aynı duruşmada dinlemem çünkü dışarıda kavga ediyorlar?" Var mı bunun usulde yeri? Ondan sonra niye bu davalar uzuyor!!!

Murat DEMİRELLİ:

Birinci soruya cevap vereyim şimdi. Malum olduğu üzere çalışma günü beş gün. Kendimden örnek vereyim. Haftada iki güne çekişmeli dosyaları koyuyorum. Salı ve Perşembe. Çarşamba günü anlaşmalı ve talimat koyuyorum. Bir de gerekçeli kararların yazılması var. Şimdi bir pazartesi bir de cuma kalıyor. Yetmiyor, cumartesi ve Pazar da çalışıyorsunuz. Hanım yakında bana boşanma davası açacak, tamam mı? Allah'tan sabrediyor bizim gibi bir adama.

Şimdi dediğinizi çok iyi anlıyorum. Fakat ben 28-29-30 tane dosyayla çıkıyorum. 30 taneye yakın tanık dinliyorum. Allah'tan çok hızlı bir kâtibim var. Duruşmaları da hızlı hızlı yapıyorum. Tanıkla maç benim aramda geçiyor. HMK'da dediği gibi ne biliyorsan anlat demiyorum. Sözünü kesme demiyorum. Şu vakayı gördün mü diyorum. Direkt spesifik "Şunu gördün mü? Evlilik devam etti mi?" lüzumsuz konuşturuyorum. Üç cümle benimle konuşmuyor. Tanık çıktıktan sonra "Hâkim benden daha çok konuştu." diyordur. İnanın tek tek bütün vakaları, tek tek bütün tanıklara soruyorum. Avukatların soracağı soru kalmıyor. Böyle olunca ancak idare edebiliyorum. Bu benim gösterdiğim performansı yeni arkadaşlara geldiğimizde olmuyor ister istemez. Mesela bilmiyor HMK'nın 241 inci maddesini. Duruşmada, genç

olması nedeniyle avukatların bir kısmı maalesef kötü niyetli olarak yanlarından müvekkilleri olduğu için şov yapmaya çalışıyorlar. Maalesef duruşmayı baltalamaya çalışıyorlar. Bu sorunları falan yaşıyoruz. Ben de çok vardır: Gereği düşünüldü "avukatın uyarılmasına". Olmadı mı? Dinlemiyor mu? Duruşmaya ara verildi. Hadi bakayım arkadaşlar, bir dışarı çıkın siz. HSK'ya şikâyet eden var mı? Mutlaka vardır. Başa çıkamıyorsunuz. Çünkü para almış, mesleğin zorlukları var. Bir de etik anlayış var. Onları da anlıyorum. Ben de üçer üçer dinliyorum. İki iki dinleyenleri biliyorum. Fakat üçer üçer dinlendiği zaman genelde problemler çözülüyor. Bu konuda anlaşıyorlar. Hatta diğer tanıklardan feragat kısmını, malum karşı tarafın kabulüne tabii, son kısımda yapıyorum. Teşekkürler.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Şimdi ben de diyecektim. Kusurlu olan kusur ilkesi değil yargılama. Faruk Hocam buyurun.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Ben kıymetli katılımcıların her bir konuşmasından çok şey öğrendim. Kendi adıma müteşekkirim. Bu çok hassas bir konu. Kanaatimce çok çok önemli bir konu. Hepimize dokunan bir konu. Ben ağırlıklı olarak mal varlığı hukuku üzerine çalışıyorum. Yani kira sözleşmesi filan, işte ipotek çalışıyorum doçentlik tezim. Bu tür konular Almanya'da Fransa'da aşağı yukarı her yerde benzer. Ama aile hukuku, evlilik, eş, ebeveynlik, velayet bunlar doğrudan benim kalbime dokunuyor, bana dokunuyor. Dolayısıyla çok hassas. Burada çok güzel iyi bir dengenin kurulması gerektiği net. Bu bir yön. Dolayısıyla söylemlerimiz, kişisel kanaatim böyle, çok köşeli olmamalı. Daha böyle altın orta derler, öyle bir şey oluşturmak lazım. Herkes böyle düşünüyordur ama nasıl olacak. Bu çok problemli bir konu.

İkincisi, bir hanımefendi çok güzel bir şey söyledi. Bu tür toplantılardan elde edilecek verim daha evvel yapılan -kurumların olabilir, kuruluşların olabilir- benzer çalışmaları varsa bunu üniversitelerle diğer paydaşlarla paylaşması lazım. Bizler de bilelim, okuyalım, öğrenelim, aydınlanalım değil mi? Katkı sağlayabilelim. Bu olmadı mı işte eş dost verirse öğreniyoruz. Yani pat diye geliyoruz. Ne yapacağız yani? Bu açıdan bir eleştiri. Üçüncü bir nokta bu konu kesinlikle sadece hukukçulara bırakılacak bir şey değil. En azından bizim kadar ekonomistlerin sosyal güvenlik uzmanlarının, hekimlerin, herkesin katılımıyla aydınlığa kavuşacak bir konu. Dolayısıyla ben hukukçuya şöyle bakıyorum. Subjektif bakış açım. Hukukçu toplumun önünde de gitmez ardında da gitmez. İçinde gider. Sağına soluna bakar, insanların adalet duygusunu tatmin edeni kurallaştırır. Aksi halde toplumun çok önünde veya arkasında giderseniz toplumu kriminalize edersiniz. Şahsi başka kanaatlerim olabilir ama adalet duygusunu tatmin etmek zorundayız.

Her şey adalet duygusunun tatmini ile ilgilidir. Parasız kalabiliriz, aç kalabiliriz ama adil olmadığını düşündüğümüzde ona kimse katlanamaz. Önemli olan bu duyguların tatmin edilmesi. Dolayısıyla İngiltere'de Almanya'da şurada, burada elbette ki bunlardan istifade edeceğiz ama

koyduğumuz kural Levent'te de uygulanıyor Ümraniye'de de uygulanıyor. Her yere uygulanıyor. Herkesin aşağı yukarı adalet duygusunu tatmin etmesi gerekiyor. Bu açıdan da meseleye bakılması lazım. Dördüncü bir nokta kusur kavramı. Kusurun teknik anlamı "kast, ihmal"dir. Ama burada o kast edilmiyor. Burada kastedilen haksızlıktır. Yani evlilik birliği gibi çok özel bir sözleşme yapan eşlerin birbirlerine yapmış olduğu haksızlığın karşılığıdır o kavram. Yoksa basit bir ispat hukuku meselesi değildir. Eşler birbirlerine ömür boyu beraber yaşama, sadakatli olma, yardımlaşma gibi bir takım karşılıklı sevgi saygı eksenli bir taahhütte bulunur ve bir yuva oluştururlar. Böyle bir yapıda siz öldürmeye teşebbüs edeceksiniz, zina edeceksiniz, ne bileyim hakaret edeceksiniz, şiddet uygulayacaksınız, buradaki kusur haksızlıktır. Böyle kusuru bunlardan ayrı soyut, müphem ne idiği belirsiz bir kavrama dönüştürüp havalarda uçuşturmamak lazım. Bunun adı şudur aslında. Eşinizi öldürmeye teşebbüs etseniz boşanabilir misiniz? Veya eşinizi aldatsanız boşanıp üstelik nafaka ve tazminat alabilir misiniz? Yani somut gerçekliği, kavram yoğunluğu içerisinde akıl zincirleri ile belki etkisizleştirebilirim ama günün sonunda şu anlaşılır: Eşine haksızlık eden bu davayı kazandı mı? Boşandı mı? Tazminat aldı mı? Nafaka aldı mı? diye sorulur. Zaten de adalet burada tecelli eder. O açıdan kusuru soyut, böyle rastgele bir kavram olarak algılamayın lütfen.

Kusur, evlilik birliği hukukunda eşlerin birbirine karşı yükümlülüklerini ihlal etmesi anlamında, haksızlık anlamındadır. Bunun ötesi önemli değildir. Bu yöne de bakmak lazım. Bir diğer husus İngiltere, Almanya ve İsviçre hukuklarındaki bu tür değişikliklerin esprisine bir işaret etmek istiyorum. Benim kişisel kanaatim Almanlar ve İsviçreliler toplum dizaynında aileyi terk etmişlerdir. Ve bunu kabul ediyorlar. Birey eksenli bir yaşamı tercih etmişlerdir. Biz de tercih edebiliriz, kişisel kanaatim bu da olabilir, ama bunu bilerek konuşmamız lazım. Dolayısıyla bu yapı evlilik birliğine bakış açısını değiştirmiştir. Almanya ve İsviçre hukukunda İngilizler de dâhil evlilik birliğine aile hukuku kurumu olarak bakmıyorlar. Ekonomik bir yapı olarak bakıyorlar. Ekonomik bir birliktelik hatta tanımlarında şu vardır: "Ekonomik yönü ön planda olan bir yapı." Şimdi bu bakış açısıyla bakıyorlar. Biz de böyle bakmalıyız diyebiliriz. Ya da tam tersini de söyleyebiliriz. Ama bunlar ortaya konmadan hem "aileyiz, birbirimize yardımlaşma dayanışma yükümlülüğümüz var, geleneklerimiz var." deyip, bir yandan da ekonomik bir yapı gibi kusur kavramına dair tartışmaları bu şekilde bu harmoniyi bozar tarzda konuşmamak lazım. Bana göre kusurdan bağımsızlık demek evlilik birliğinin ekonomik bir sözleşmesel yapı olarak ele alınması ile direkt bağlantılıdır. Ve bu da bireyselleşen batı toplumlarının standardıdır. Doğrudur, yanlıştır. Bu tercih meselesidir. İngiltere'de bu kabul edildikten sonra üçte bir oranında evlilikler azalmıştır. 2053 yılında nüfusun azalacağı söyleniyor. Bu işin nüfus problemi de yönü de vardır. Yani sadece bu basit bir şey değil yani. Nüfus probleminin yansımaları, SGK sistemi, güvenlik sistemi. Alabildiğine birçok problemi beraberinde getirecektir. Dolayısıyla burada bir karar vereceğiz. Bu benim kişisel tercihim.

Şimdi kişisel tercihimi söylüyorum. Ben ailenin korunmasının hukuk yoluyla olduğuna inanmıyorum. Aileyi koruyan şey sizlerin de çok güzel ifade ettiğiniz gibi gerçekten nitelikli dürüst, eğitimli, -Kemalettin Birsen hocamızın aile hukuku kitabında vardır- "seciyesi yüksek insanlar"ın yetişmesidir. Ama hali hazırdaki sorunu da çözmek zorundayız. İyi veya kötü

hiçbir değer yargısında ifade etmeden söylüyorum. O açıdan kişilik kavramı son derece önemli ve bizim bireyselleşmeye doğru yol aldığımızın farkındayım. Özellikle kişilik hakları üzerinden bu kişilik hakkının içeriğinin kanun tarafından tanımlanmaması, listelenmemesi. Açıkçası bir hakkın içeriğini istediğiniz gibi genişletirseniz iki şahsı bir arada yaşayamaz hale getirebilirsiniz. Bakın göreceksiniz yirmi sene sonra iki şahıs bir arada yaşayamayacak hale gelebilir. Çünkü bir hanımefendi söyledi "bencil". Yani kişilik analizinde psikologlar şöyle söylüyorlar. Sağlıklı bir kişide üç özellik bulunur. Özgüven, özdenetim, sosyal bilinç. Üçünden biri eksik olursa diyor. Mesela özgüven eksik olursa köle olur diyor, özdenetim ve sosyal bilinç olmazsa bencil olur diyor. İkisi de bir işe yaramaz. Bencil insanlar bir arada yaşayamazlar ki. Yani anlatabiliyor muyum? Bu açıdan biraz önce o bir yıllık sürenin azaltılması ile ilgili bir arkadaşımız evliliği bir denesinler biraz hani çok da kısaltmayalım anlaşmalı boşanmayı dedi. Çok haklı. Denesinler. 6 aydan aşağı asla olmamalı. Yani başlamış bir denesinler. Belki 9 ay olabilir daha makul süre. Dolayısıyla bu kişilikle alakalı yönü unutmamak lazım.

Şu hususu önemle belirtmek istiyorum hocam da izin verirse. İsviçre'deki değişikliğin arka planına dair Gaiser'in bir tespiti var. Şöyle diyor "Bizim kusuru kaldırmamıza dair yaptıklarımız üç varsayım üzerine kurgulanmıştır. Bir diyor "Bizim vatandaşlarımız, ebeveynlerimiz olgun insanlardır. Hâkimden daha iyi bilir." diyor. Hâkime Hanım çok güzel bir şey söyledi. Eşler evlilik birliğine dair her hususu hâkimden daha iyi bilirler. İsviçre'deki önerme, değer yargısı şu: "Olgun vatandaşlardan oluşur bizim ebeveynlerimiz." İkincisi diyor ki "Yaşanan gerçeklik ile hukuk uyuşmuyor, insanlar evlenmiyor, birlikte yaşıyorlar, evlenenler de ekonomik bir birliktelik tarzında yaşıyorlar. Çocuk yapmıyorlar." Hatta Almanya, İsviçre'de yaşayanlar bilirler hafta sonları beraber olurken hafta içi herkes işinde gücünde. Yani çok tanıdığım var. Akrabalarım bile var. Dolayısıyla aileye bakış açısı farkı var. Böyle olmalıyız da diyebiliriz ama bu subjektif bir şey. Biraz önce dedim ya ben şunu düşünüyorum. Yanlış ya da doğru. Hukukçu ne toplumun önünde olmalı ne de arkasında kalmalı. Toplumun içinde yaşayarak gider. Sağına soluna bakar. İnsanların adalet duygusunu tatmin eden çözümler üretir. Bu benim işim değil öğretmenin işi o, ekonomistin işi. Onlar çocuklarımıza hanıma saygı duymayı, eşe saygı duymayı, kadına saygı duymayı, erkeğe saygı duymayı, insan onurunu onlar öğretecek. Ben değil. Dolayısıyla bu yönüyle mehazdaki değişikliği böyle anlamak lazım. Şöyle deniliyor bir de. İsviçre'de bu değişiklik yapıldığı gün itibariyle boşanmaların %98 ile anlaşmalı boşanma. Yüzde ikiye düşüyor kusura dayalı boşanma tartışmaları. Dolayısıyla diyorlar ki kusuru tartışsak ne tartışmasak ne! Olgun vatandaşlar var. Zaten durum böyle, kusur gereksiz diyorlar. Bakın burada ne çıkıyor bizdeki boşanma davalarının seyrini uygulamacılarımız çok iyi biliyor. Neler oluyor çekişme boyutu ne? Yüzde kaçı çekişmeli? Yüzde kaçı anlaşmalı boşanma? Sahneye bakmamız lazım. Sahaya bakmamız lazım. Gönlümden geçen budur demek bir başka şey. Dolayısıyla ben meseleyi çok şey görmüyorum. Tabii ki yargılamanın uzun sürmesi problem, çok tanık dinleniyor problem. Bütün bunları ben mahkemeden çıktığımda "bana haksızlık edildi" dediğimde çözmüş olmuyoruz. Yani uzun sürer, kısa sürer bunun yarattığı travma azdır. Ama kısa veya uzun siz bana haksızlık ederseniz, hiçbir suçum olmadığı halde, günahım olmadığı halde yargılamada beni haksız çıkarırsanız o daha büyük bir travmadır.

Önerim kesinlikle mevcut şartlarda çok yönlü multi disipliner bir değerlendirme yapılmalı. Boşanma oranlarına iyi bakılmalı. Sosyologlardan yardım alınmalı. Hâlihazırda eksiklikler var. Anlaşmalı boşanmaya dair kurallar incelenebilir vesaire ama kusur kavramının bırakılmasının evlilik birliği bakımından tam bir devrim olacağını hatırlatmak isterim. Dolayısıyla ben çok korkuyorum bu alanda. Korktuğum için de "hayır" diyorum.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Hocam çok özür dilerim bir cümle ekleyeceğim. Hocam, söylediğiniz her şeye katılıyorum Faruk hocam kesinlikle. Yalnız şu var. Verdiğiniz örneklerde işte zina yapıyor, cana kast ediyor vesaire. Onu o genellikle erkekler uyguluyor. "Şiddet uygulayan, aldatan, cana kasteden kişiyle evli kalmak zorundasın." demekle o mağdur olan eşi veya evliliği korumuş olmuyoruz Sayın Hocam. Yani burada asıl olan, yapılacak şey sonuçların adil bir şekilde düzenlenmesi ve asıl önemli olan sonuçları.

Katılımcı:

Kusurlu insan kusurun meyvelerini yiyemez. Bu temel bir adalet duygusudur. Rencide olmamak koşuluyla başka çözümler üretilebilir.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Zaten beni öldürmeye teşebbüs edenle yaşamam mümkün değil. Ama bana bir de nafaka ödettirirseniz veya tazminat ödettirirseniz ben buna adalet diyemem.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY

Çekişmeli olmasının en büyük sebebi o son ekonomik sonuçlar. Yani inanın kusurdan bağımsız bir şekilde adil bir şekilde düzenlediğiniz de o çekişmeleri ortadan kaldıracağız.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Beşir hocam sizin fikriniz de çok hoşuma gitti. Bakın neler istifade ediyoruz. Genel hükümlere bırakılsın çok güzel bir şey o. Yani tazminat mevzu bir haksız fiil varsa hakikaten onu genel mahkemeler çözsün.

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ORAL MANAV:

Ben de evliliği yalnızca bir sözleşme olarak görmemizin tehlikeli olacağı kanaatimdeyim. Çok büyük hocalarımızdan birisi -ismini vermek istemiyorum aramızda olmadığı için- "Evlilik de bir sözleşmedir. Dolayısıyla her on yılda bir müruru zamana uğraması gerekir." derdi. Hani bir espri

yaparak söylerdi elbette bunu. Ama bunu eğer şu an günümüzde uygularsak, eğer kusuru kaldırırsak sonuç buraya da gidebilir. O yüzden ben de kusurun kalması ama uygulamanın da kanuna daha uygun hale getirilmesini, uygulamadaki yavaşlığın buraya etki etmemesini, kusurun kaldırılmasına sebep olmaması gerektiği kanaatindeyim. Naçizane bunu dile getirmek istedim.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Söylenenlerden çıkardığım çelişkiyi söylemek istedim sadece. Görüşümü zaten bildirmiştim. "Anlaşmalı boşanmalarda süre uzun tutulsun, kaldırılmasın" ama "tek taraflı boşanmada kusur kaldırılsın. Bir kişi istemiyorsa da boşanılsın." Bu iki görüşü aynı anda savunanlar oluyor. Şimdi ne oluyor bu durumda? Kişiler anlaşmışken bir yıl dolmadı diye gidip anlaşmalı olarak boşanmıyor. Ama bir aylık evli birisi tek taraflı olarak gidip ben boşanmak istiyorum dediğinde yeterli hale gelmiş oluyor. Yani iki görüş savunduğunu zaman çelişkili bir durum çıkmış oluyor ortaya. Onu sadece söylemek istedim.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Sanıyorum yanlış anlaşılıyor. Ben boşanmak istiyorum diyen boşanamaz. Yine evliliğin temelinden sarsılması sebebinin oluşması şartı.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Ama zaten kusur dediğimiz o değil mi hocam? Yani onu tespit etmek için kusuru da tespit etmiş olacaksınız.

Semra UZUN:

Sadece şunu söylemek istiyorum uygulamacı olarak. Sanılıyor ki anlaşmalı boşanma ile bu iş bitiyor. Sadece size şunu söyleyebilirim. Boşanma protokolünün uyarlanması davaları inanın anlaşmalı boşanma sayısından kat ve kat fazla. Biz bunlarla uğraşıyoruz bu bir. İkincisi çok kısa bir şey öne döneceğim. Özel ve mutlak boşanma sebeplerinden iki tanesinde zinada ve hayata kast, pek fena muamelede hâkimin takdir yetkisi yok. Bunu karıştırmayın arkadaşlar. Eğer af yoksa biz mutlak surette boşuyoruz. Ama siz bu özel nedenleri 166/1 olarak kullanırsanız o zaman kusur kıyası yoluna gidiyoruz. Biz hep onu söylüyoruz burada. Eğer iyi bir avukatsa hakaret mi etti? Özel nedene gel kardeşim. Af olmadıktan sonra ben tartışmayacağım karşı tarafın kusurunu. O yüzden özel maddelerden iki tanesini lütfen uygulayın diyoruz. Uygulanılmadığı için, 166'nın genel şemsiyesi içine tıkıldığı için biz de onun kusur oranlamasına gitmek zorunda kalıyoruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bir doktora öğrencim var. Avukat kendisi ve konu olarak bunu seçti. Türk Medeni Kanununun 162 nci maddesi. "Hocam araştırdım, çok tez konusu yok ama biz uygulamada avukat olarak aslında 162 nci maddeden kaynaklı açılabilecek davaları hep 166 ncı maddenin içine sokuyoruz" demişti.

Semra UZUN:

Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesinin içine koyduğunuz zaman mecbur kalıyoruz kusur oranlamasına. Zinadan açılmışsa dayak yiyen darp edilen, bıçaklanan kadını bile mutlak surette boşuyoruz. Ama Türk Medeni Kanununun 166/1 maddesi için de karşılıklı dava varsa ben o zina ile kusuru oranlamak zorunda kalıyorum. Çok yeni bir direnme kararı verdik. Bir taraf zinadan boşanma kararı istedi, diğer taraf Türk Medeni Kanununun 166/1 maddesinden. 166/1 maddesinden boşanma davası da kabul edildi, çünkü şiddet var. Ama zina da sabit oldu, o da kabul edildi. Fakat bize gelmeden önce zina kesinleştiği için biz Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesini değerlendirdik ve dolayısıyla mutlak boşanma sebebi gerçekleştiği ve bize gelmeden kesinleştiği için tazminat ödedik diğer şiddet uygulayana. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bozdu dedi ki; "eşit kusurdur, veremezsin". Şimdi direndik. Dedik ki; "bize gelmemiş olsaydı boşanma, ikisi birden gelseydi değerlendirecektim". Ama bir tarafın boşanma talebi zinadan kabul edilip kesinleşti. Türk Medeni Kanununun 236 ncı maddesi bağlandı ona. Kusurların takası söz konusu olmaz burada. Şimdi bekliyoruz bakalım ne olacak. Dün Adem Albayrak ile konuştum. Böyle bir şey mi yaptın dedi. Evet, böyle bir şey yaptık heyet olarak, tek ben yapmadım dedim. Özel maddeleri kullanın arkadaşlar. Özel maddeyi kullanırsanız benim takdir hakkım kusur kıyaslama hakkım yok.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Evet, ikinci oturumumuzun konu başlıkları nafaka ve tazminat sorumluluğu ile katılma alacağından kaynaklanan sorunlar ve çözüm önerileri. Bunun ardından belki şeyi de hemen tartışalım mı? Aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda bilirkişilik uygulamaları diye bir başlık da var. Öncelikle nafaka ve tazminat sorumluluğu zaten ilk oturum biraz bunlara da değinildi. Burada nafaka ve tazminat sorumluluğu bu ayrı bir başlık gördüğüm kadarıyla. Katılma alacağından kaynaklanan sorunlar ve çözüm önerileri bu da ayrı bir başlık. Ama ikisini de birleştirdiğimizde şöyle oluyor eğer eşlerden birinin mal rejiminden kaynaklı yüklü miktarda bir katılma alacağı çıkacaksa bu maddi tazminatı da ve yoksulluk nafakasını da aslında etkiliyor. Hani bunu da konuşmak lazım. Ama bizde birlik ilkesi olmadığı için, ayrı ayrı görüldüğü için mal rejimleri davası buna dikkat edilmiyor. Boşanmada bunlar gündeme geliyor. Oysaki yani bunun amacı bu mal paylaşımının amacı bir nevi diğerinin tazminatı yerine de geçebilir ya da yoksulluğunun kaldırılması sonucunu da doğurabilir. Bunu da bir değerlemeye sokmak istiyorum çünkü İsviçre'de birlik ilkesinde bunlar çoğunlukla hepsi bir arada görülüyor ve hani yoksulluğa düşmüyor veya

ihtiyacı yok diye değerlendiriliyor. Ama biz önce bunu ayıralım. Nafaka ve tazminat bu konudaki görüşlerinizi almak istiyorum şimdi. Söz almak isteyenlerden başlayayım. Buyurun.

Semra UZUN:

Boşanmanın haricinde, boşanma davası dışında nafaka veya tazminat talep ettiğiniz zaman bunlar nispi harca tabi. Ama boşanmanın içerisinde talep edildiği zaman böyle bir yükümlülük yok. Artı bunların kabul ve reddi yönünden de vekâlet ücreti takdir edilmiyor. En çok karşılaştığımız sorunlardan bir tanesi harca tabi olmadığı için rakamlar korkunç yüksek. 2002'ye kadar son derece makul rakamlar kabul edildi Yargıtay tarafından. Ama ondan sonra dediler ki biz infaz aşamasına karışmayız. Takdir edilir ya da edilmez bu bizim sorunumuz değil. Ondan sonra korkunç rakamlarla, tazminatlarla karşılaştık biz. Şimdi de en büyük sıkıntılarımızdan bir tanesi maddi vakayı denetleme yetkisi olmadığı halde, biz bir rakam belirlediğimizde, Yargıtay tarafından sürekli "azdır" "çoktur" -bu nafaka için de aynı tazminatlar içinde aynı- buna dair bir sıkıntı yaşıyoruz. Pekâlâ, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 373 üncü maddesi gereğince kendisi madem bir aşamadan geçti, istinaftan da geçti, değer takdir edebilir, bir belirleme yapabilir. Çünkü dosyanın içinde zaten malla ilgili, yani mal varlıkları ile ilgili, durum tespit edilmiş konumda. Ayrıca şöyle diyoruz, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 178 inci maddesi kullanılarak açılmış olan bir davada harç yatırılması gerekiyor. Kesinlik sınırına tabi bunlar.

Gerek nafaka gerekse tazminatlar eğer ki istinafa gelmeden önce hükmün boşanma bölümü kesinleşmiş ise ve bizde de bunlar değerlendirilmiş ise artık 1 lira bile olsa Yargıtay'a gidecekken gitmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Bununla ilgili Bakanlığa bir çalışmada sundum. Daha doğrusu sunulan çalışmadaki maddelerden biri buydu. Yani kimine göre dayak çok incitir, kimine göre aldatma incitir. Dolayısıyla makul bir rakam belirlemek istiyoruz. Buna çabalıyoruz ama karşılaştığımız sıkıntılardan biri de şu mal rejimi tasfiyesinin sonucunda karşı taraf yoksulluk nafakasının kaldırılması davası açıyor. Tasfiye bitiyor, mal alıyor ya da bedel alıyor. Artık yoksulluktan kurtulmuştur diye bir yoksulluk nafakasının kaldırılması davası çıkıyor. Dolayısıyla hakikaten çok göreceli. Her dosyaya göre, şahsa göre belirlenmesi gerekiyor. Belli bir rakam, ticari bir ilişki değil, ticari işletme değil, belirlemesi de çok zor. Tamamıyla dosyaya yansıyanlar. Re'sen benim araştırma yetkim yok. Çünkü ben istinaf olarak bakıyorum. Veyahut da istinaf değil ilk derece de olsa sokağa inecek de dolanacak da değilim. Türkiye'de ne yazık ki ancak bizim gibi sabit, devletten ya da işte belli bir kurumdan maaş alan insanların geliri belli. Onun dışında hiçbiri belli değil. Ama inanın hani bu nafakalarda ve tazminatlarda hiç kimseyi memnun edemiyoruz. Çünkü biz de dosyaya ne yansımışsa onu veriyoruz. Sadece bir tek dosyada, buna Mihriye Başkanım da şahittir. Dosya bitti, kararı çıkardık istinaf olarak. Üç bayan yargıcız kürsüde. Hanımefendi giderken döndü bize dedi ki "Hoşça kalın altın kızlar." Bir teşekkürümüz oldu bizim. Adam da şikâyet etmedi. Dedik ki iki tarafı da memnun eden bir karar vermişiz.

Nafaka en çok şikâyet ettiğimiz noktalardan bir tanesi. Asgari ücret almak kişiye yoksulluktan kurtarmaz. Bu devlet ilkesi ile uyuşmuyor yani.

Asgari ücret senin yaşamını idame ettirebilecek bir bedeldir deniliyor. Öbür taraftan da biz hukukçular olarak diyoruz ki yoksulluktan kurtarmaz. Dolayısıyla asgari ücret alan bir kişi eğer karşı tarafın mali durumu ondan çok daha iyi değilse, heyet olarak biz yoksulluk nafakası vermiyoruz. Benim katılmış olduğum bir iki sunumda yurt dışında özellikle Almanya'da üç yılla sınırlandırılmıştı. Çünkü konuştuğum zaman oradaki Hâkim Bey dedi ki "Üç yıl yeni bir yaşam kurma süresidir, kurabilir". Ama onlar da işsizlik parası denilen ciddi bir rakam var. O yüzden zaman sınırlaması çok zor olabilir ama şu var: evlilik çok kısa sürmüşse bunu zorluyoruz. Tarafların yaşı çok gençse, hele hele fiziki olarak nikâh yapılmış düğün olmamış, karı koca olmamışlarsa, biz hak etmişse toplu yoksulluk vererek -evet bunun da dezavantajı şu, kaldırma yetkisini kişinin elinden alıyorsunuz ama bu tasarrufu da yapmak zorundasınız.-

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Kaç yılla bağlı olarak veriyorsunuz onu?

Semra UZUN:

Yani şimdi genellikle evlilik süresi kadar ya da şöyle diyeyim. Bir yıl evli kalmışlar. Bir yıl bile değil iki ay evli kalmışlar. Dava hemen açılmış. Tahmini iki-üç ama çok ciddi bir örselenme varsa yani kadın çok dövülmüş, şu olmuş bu olmuş. O zaman bir beş yıla kadar çıkıyoruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Ama o maddi tazminatın karşılığı değil mi maddi ve manevinin? Onu da yoksulluğa mı yüklüyorsunuz?

Semra UZUN:

Onu da yoksulluğa yüklüyoruz. Çünkü öbüründe ilanihaye ödeniyor. Bir de şöyle bir şey var dediğim gibi kayıtlar çok iyi tutulmadığı için yoksulluk nafakasının kaldırılma şansını ispat etmek, yani bir başkasıyla birlikte yaşamasının dışında, ispat çok zor. Çünkü kişi çalışıyor ama resmi olarak üzerine bir kayıt olmuyor. Çocukların nafakasına gelince, yardım nafakasında eğer çocuğun kendine ait olan geliri ya da mal varlığı yoksa mutlaka yardım nafakasına hükmediyoruz. Ama onu takdir ederken yarısının da diğer davalı değil davacının karşıladığını düşünerek takdir ediyoruz.

Mal rejiminin tasfiyesine yönelik davaların hakikaten arabuluculuk aracılığı öncelikle arabuluculuğa gitmesi gerektiğine inanıyorum. Çünkü Türkiye'de, Şükran Hocamla arada konuşmada da söyledim, şirket sahibi olan kadın çok az. Dolayısıyla ben bile bir şirketin tasfiyesi ya da değeri yönünden ciddi sıkıntı yaşayabilirim. Bilemeyebilirim bu kavramları ki bu konularda biz bile bilirkişiye gidiyoruz. O nedenle öncelikle bir oraya gitmesi gerektiğini, ondan sonra bize geliş yapmasını istiyorum. Ama anlaşmalı boşanma

protokolünde, evet gerçekten boşanmanın ferilerin niteliğinde bir açıklama izahat yoksa mal rejiminin tasfiyesi davasını görüyoruz. Ama buna dair bir şey varsa açıklama varsa o söz konusu değil.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Boşanma ile açılan tazminat davalarının harca tabi olması gerektiğini,

Semra UZUN:

Evet, yoksa istenen rakam çok yükseliyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Karşı tarafı biraz böyle öfkelendiren 10 milyon, 20 milyon yazılabiliyor. Ve bunu söylediniz, bu bir nispi harç mı olmalı?

Semra UZUN:

Evet, başvuru harcı tüm talepleri karşılar. Ya da hocamın dediği gibi bunlarla hiçbir şekilde boşanmada değerlendirmeyeceğiz. Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendireceğiz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Acaba bu nispi harç boşanma davalarına mahsus olarak daha indirilebilir mi?

Semra UZUN:

İndirilebilir ama şu koşulda zaten en büyük endişemiz hepimiz adli yardım talepleri ile karşı karşıya kalacağız diye düşünüyoruz. Rakamlar çok yüksek oldu çünkü. Belki şu olabilir bunlardan takdir edilecek vekâlet ücretinin de uyarlanması olabilir. Yani harçtan ziyade, çünkü o devletin alacağı, vekâlet ücreti uyarlanabilir. En basitinden şunu söyleyeyim. Nafaka az diye istinaf talebini kabul edip nafaka veriyoruz ama verdiğimiz nafaka 1000 lira, verdiğimiz vekâlet ücreti 17.900 TL.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bir de Yargıtay'ın uygulamasına değindiniz. Orada da dediniz ki bizim verdiğimiz rakamlara artık Yargıtay dokunmamalı.

Semra UZUN:

Dokunmamalı. Yasanın amir hükmü bu. Ama buna rağmen Hukuk Genel Kurulu Başkanı da diyor ki özel dairedir. O yüzden biz dairenin uygulamalarına müdahale etmek istemiyoruz. Eğer dokunacaksa da yasada açık hüküm var. Lütfen yerine geçip hüküm kursun. Dosyanın içindeki donelere göre zaten biz nafaka ve tazminat takdir ediyoruz. O doneleri o da görecek.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bir de şu var yani ben bunları tekrarlıyorum. Diğerleri de aynı şeyler üzerinde konuşabilir veya farklı şey olur. Yoksulluk nafakasının adının değişmesi bence de gerekiyor artık yoksulluğu kaldırıp uygun bir nafakaya hükmedilmeli. Ama bu önünüze gelen her somut olaya ilişkin olarak süre kaldırılmadan sizin hâkimlerin takdir yetkisi ile kriterler koyup bir şekilde uygulama tarafından da olabilir.

Semra UZUN:

Evlilik mesela 30 yıl sürmüşse, evlilik 25 yılı geçmişse, ciddi bir geçimsizlik sebep olmuşsa biz ona göre değerlendiririz. Uzun evliliklerde ise artık toplu vermiyoruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani bu konuda o maddenin değişmesine gerek yok diye düşünüyorsunuz anladım kadarıyla. Mal rejimleri davalarında dava şartı olarak arabuluculuk olsun dediniz.

Gülşen GÖLCÜK BIKMAZ:

Toplu nafaka verebiliyoruz. Bir de süresiz nafaka veriyoruz kadınlara yoksulluk nafakası olarak -tabii erkekler de duruma göre değişiyor. Onlara da bazen çok nadiren verdiğimiz oldu.- Toplu nafaka veriyoruz. Ve süresiz nafaka verebiliyoruz. Süreli nafaka hukukumuzda yok. Bunun getirilmesi gerekiyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Toplu verebiliyorsunuz. Ancak süreli veremiyoruz.

Gülşen GÖLCÜK BIKMAZ:

Bu getirilse hâkimler ona göre tayin eder. Dosyanın, kadının ya da erkeğin mağduriyet durumuna göre ekonomik durumuna göre değişebiliyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yoksulluk nafakası için bu. Tazminatlar için söyleyebileceğiniz bir şey var mı?

Gülşen GÖLCÜK BIKMAZ:

Ben aile mahkemesine ilk başladığımda bu tazminatı nasıl takdir edeceğim diye endişeleniyordum. Hatta diğer hâkimlere, daire başkanlarına soruyorduk. Hatta hiç unutmam bir daire başkanı bana şunu söyledi. "Hâkime hanım bu tazminat çok farklı bir konu. En son kimin düdüğü öterse onun dediği olur." dedi. Gerçekten de öyle yani. Ben mesela 50 bin maddi, 50 bin manevi tazminat takdir ettiğimde istinafa gidiyor. İstinaf başkanı, istinaf üyeleri az bulur, çok bulur kafasına göre. Ben de kafama göre veriyorum. Yani bir ölçüsü yok bunun.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Manevi tazminatı siz takdir edebilirsiniz ama maddi tazminatın biraz daha farklı olması gerekiyor benim bakış açımda. Hatta ben yıllar önce ilk aile mahkemeleri kurulduğunda bunu aile hâkimleri ile de paylaştım. Maddi tazminat para dışında da verilebilir. Keşke aile konutunu maddi tazminat kapsamında kadına verseniz demiştim. Bir hâkim demişti ki, emekli oldu Bülent Bey, "Hocam ben bunu yaptım ama Yargıtay bozdu." dedi. Şimdi hep o Yargıtay'a takılıyoruz.

Semra UZUN:

Talepte ayın olarak istemişse Yargıtay'ın onadığı kararlar var.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Belki onun için taleple ayın istenebilir. Ve bu da bir gayrimenkul olarak da bu verilebilir. Keşke aile konutu verilse kadına. Bu bir. İkincisi de bu olmuyorsa da boşanmanın sonuçları kısmında da aile konutunun eşlerden birine verilebileceği veya tahsis edilebileceği de -İsviçre'de var. Bizde düzenlenmedi.- bir de bunu önereceğim. Çünkü bu ikisi bence çok önemli. Maddi zararını zaten bunlarla karşılayabilir çoğu aile. Çoğu da tabii ki milyar dolarlar ister o ayrı ama. Bizde paylaşmalı mal ayrılığı yasağı rejim olarak öngörülmüştü onun sonuçlarında var 254 üncü maddede. Ama edinilmiş mal gelince unutuldu o. Hâlbuki edinilmiş mallara da eklenebilir. Ona eklenmeyip

boşanmanın sonuçlarına da eklenebilir. 169'a belki eklenebilir mesela. Hâkim talep halinde aile konutunu boşanmadan sonra da işte sonucunda olabilir.

Gülşen GÖLCÜK BIKMAZ:

Şimdi aile konutunu kadınlara tahsis ediyoruz ama kesinleşinceye kadar tahsis edebiliyoruz. Kanun bize bu kadar yetki veriyor. Ama kanun bize yetki verse ben o kadının mağduriyetini, o çocukların bir düzenin olması gerektiğini, aynı düzenden devam etmeleri gerektiğini gözeterek karar veririm. Ama kanun bana yetki vermediği için kesinleşmeden sonra veremiyorum.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Aslında verebilirsiniz. Boşluk var orada. Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesine göre, Hocam da söyledi unutulmuş bir hüküm, boşanma hükümleri alınmadığı için ve İsviçre'de boşanmada düzenlendiği için alınmayan bilinçsiz bir boşluk var. Çok rahat kural koyma, boşluk doldurma yoluyla.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Evet, seçimlik rejimde varken edilmiş mallarda da olabilmeli.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Türk Medeni Kanununun 1 inci madde muhteşem bir maddedir. Hâkime kanun koyucu gibi davranıp kural koyma yetkisi veriyor boşluk durumunda. Kesin klasik bir bilinçsiz boşluk var orada. Lütfen yapın onu.

Semra UZUN:

Harçları ne olacak? Vekâlet ücreti ne olacak? Bir de devamını da düşünün lütfen.

Gülşen GÖLCÜK BIKMAZ:

Uygulamada yoksulluk nafakasının arttırılması talepleri ile çok karşılaşıyoruz. Evlilik süresi bir yıl ya da beş ay. Yani bazen evlilikte sadece iki ay beraber yaşamış oluyorlar. Ama ömür boyu nafaka istiyor kadınlar. Kadınlara çalışmasına engel bir durum olup olmadığını soruyorum. İşte kolum ağrıyor, bacağım ağrıyor, bel fıtığım var, bilmem ne. Diyorum ki bak bende de bel fıtığı var, boyun fıtığı var. Ben çalışabiliyorum. Bu çalışmaya engel değil. Çalışmak isteyen her türlü çalışır. Kadın erkek eşitliğini savunuyoruz. Kadına pozitif ayrımcılık da yapalım tamam ama kadının erkeğin sırtından geçilmesine müsaade etmeyelim.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

İşte orada yine devletin görevi var. Ya devlet ona bir istihdam sağlayacak ya da çocukları küçükse hiç çalışamıyorsa bir destek çıkacak devlet. Ancak bu sağlanabilir ise belki süreli yapabiliriz.

Gülşen GÖLCÜK BIKMAZ:

Erkeğin durumu da önemli. Erkek yeniden evleniyor. Çocuk yapıyor. Ondan sonra ailevi sıkıntıları oluyor. Çocukları okula gidiyor. Ben davalarımda çoğu zaman adamın çocuğu varsa bakmakla sorumlu olduğu çocuğu varsa bazen yoksulluk nafakasının artırılması talebini reddediyorum. Diyorum ki bir baba olarak öncelikli görevi çocuğunun ihtiyaçlarını karşılamak. Eski eşi ikinci planda.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Tabii yani o nafaka yükümlüsünün ekonomik durumunun araştırılmasına bağlı. Uygun mu değil mi o açıdan bakılarak dengelemesi lazım. Sercan Hanım buyurun.

Selcan ÜNAL GÖKER:
(Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi)

Öncelikle ben nafaka ve boşanma okumadığım için çok hâkim değilim ama heyetten bana özellikle söylememi istenen husus 175 inci maddedeki süresiz ifadesinin kaldırılması gerektiği idi. Kaldırıldığı takdirde hâkimlerin bu evlilik süresi, tarafların gelirleri ve yaşam süreleri de dikkate alarak daha doğru bir nafakaya hükmedileceğini düşünüyoruz. Bir de nafakaların toptan ödeme uygulamasının arttırılması gerekmektedir. Bunun dışında boşanma ile ilgili kısımlar zaten genel olarak herkes değindiği için ben o hususlara değinmeyeceğim. Mal rejimi ile olarak özellikle söylemek istediğimiz en başta zaman aşımı sorunu. On yıllık bir süre çok geniş bir süre. Doğrudur, değildir hukuki tartışmalarına girmiyorum. En azından kanuni bir düzenleme ile bir çözüm üretilmesi çok daha yerinde olacaktır. Sonuçta on yıllık süre hukuki istikrar oluşturdu. Bunu tekrar içtihatla değiştirmek de bu hukuki istikrarı bozacak. O yüzden kanun değişikliği ile giderilmesinin herkes için daha doğru olacağını düşünüyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Süre konusunda bir öneriniz var mı?

Selcan ÜNAL GÖKER:

Üç-beş yıl arasında. Beş yılı geçmemesi temennimiz. On yıl uzun. Boşanmanın kesinleşmesinden itibaren başladığı için zaten kesinleşmeyi ve boşanma yargılamasının süresinin uzunluğu düşünülerek hesap edilebilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bence bir yıl olmamalı. Çünkü ölüm halinde de bir yıl hemen insanların aklına gelip açmıyorlar. En fazla iki ya da üç yıl. Ya da dediğiniz gibi beş yıl.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Boşanma ile ölüm ayrıştırılabilir. Bir de tanıma tenfiz dosyaları ile ilgili olarak yurt dışındaki boşanma davalarının tanınması ve tenfizine karar verildiğinde 8. Hukuk Dairesinin uygulaması -ve 2. Hukuk Dairesinden de bir iki karar çıkmıştı.- mal rejiminin tasfiyesinde zamanaşımı tanıma tenfiz kararının kesinleşme tarihinden itibaren on yıldı. Şimdi Hukuk Genel Kurulundan yeni bir karar çıktı. Yurt dışındaki davanın kesinleşme tarihinden itibaren. Büyük ihtimalle içtihadı birleştirmeye gitmesi gerekiyor. Yani ben de başvurmayı düşünüyorum bu hususta zaten. Bu konuda zaman aşımı düzenlenecek bir madde konulduğunda tanıma tenfiz dosyaları için de açık bir hüküm konulabilir. Yani bunu da değerlendirerek bir düzenleme yapılırsa en azından bu kadar temel bir konu olmasına rağmen bu kadar çok tartışmayı açmayacak düzenlemeler yapılabilir. Hâkimin takdirine kalmayacak hususlar olsun bunlar en azından. Zaten MÖHUK'taki maddeye istinaden Hukuk Genel Kurulu karar verdi. Büyük ihtimalle dairede böyle uygulayacak öyle gözüküyor. Türk Medeni Kanununun 213 üncü maddesi, mal rejiminin kurulması değişimi. Üçüncü kişinin alacak davası olarak söylüyoruz genellikle. Burada da bu maddenin en azından hangi mal rejimlerinde uygulanacağına ilişkin hükme bir madde konulursa…

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Gerekçesinde de var. Mal ortaklığı İsviçre'de de var. Herkes aynı şeyi söylüyor.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Gerekçede de net değil. En azından bir madde konulursa daha açık olur. Ben şimdi bu tartışmaları birebir yaşadım. Ben bu, Türk Medeni Kanununun 213 üncü maddesinin dosyasını beş kez büyük heyete anlattım. O tartışma süreçlerini bildiğim için soruların cevaplarını en azından bir madde konursa kanun koyucunun takdiri denir. Önümüz kapanır bizde uygulayıcı olarak gerekeni yaparız.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Birincisi mal ortaklığında uygulanıyor. İkincisi de bir mal devri varsa uygulanıyor. Hiç mal devri yok, hiçbiri birbirine bir şey vermemiş. Ama alacaklı onun yerine geçip de nasıl dava açabilir? Yani burada Türk Medeni Kanununun 213 üncü maddesinde illa ki mal ortaklığı ifadesini istiyorsunuz. 209 ve 210 uncu madde de "mal ortaklığını seçmiş olan eşler". Yani bence hiç gerek yok.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Envanter, hiç uygulamasını görmedim. Yani bir şekilde bunu sisteme nasıl sokarız nasıl uygularız? Çünkü envanter oluşturamadığı için Usul Kanunu da devreye girdiğinden külli tasfiye yapamıyoruz. Kanunu düzenleme şekli bir nevi külli tasfiye gibi oluyor. Bu sefer takas maddesini uygulamaya geldiğimizde, Türk Medeni Kanununun 235 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine geldiğimizde, bunu sanki genel hükümler gibi uygulamaya başlıyoruz. Yani ya o takas maddesi kaldırılsın, genel hükümler kapsamında süresinde takas mahsup talep etsin ve Türk Borçlar Kanunu genel hükümler kapsamında talepte bulunsunlar. Zaten külli tasfiyeyi uygulama olarak yapmıyoruz. Bizi en azından uygulamada bu ikilemli uygulamaların sonuna gelinebilsin.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Hukuk sisteminde boşanma davası açıldığı anda tarafların mahkemeye envanter sunma zorunluluğu olsun. Buna ne dersiniz?

Selcan ÜNAL GÖKER:

Yani şöyle uygulamasının çok zor olduğunu düşünüyorum. Biz toplumsal olarak yani vergi dairesine bile vergi bildirimlerimizi yapmayan bir toplum olarak bunu çalışmayan ya da eğitimi olmayan bireylere envanter olarak mahkemeye vermek zorunluluğunu tutmak uygulanabilir olduğunu düşünüyorum.

Katılımcı:

Dava şartı gibi mi olsun?

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Evet, boşanma davası açıldığında birincisi envanter verecek. İkincisi de tasarrufta bulunamayacak. Mahkemeden tasarruf için izin alacak. Tedbiri de kaldırıyor bu. Yani tamamen tedbiri oluyor ama istediğinde mesela işte

işletme için. Bunlar var, boşanmada böyle bir şey var. Ticari işletmeler onların dışında olur hocam şahsi mal varlığına verir.

Semra UZUN:

Mal rejimi tasfiyesi davasında konulan tedbirler yüzünden çok ciddi olarak hem hâkimler yargılandı hem insanlar duygusal açıdan ve mali açıdan zorda kaldılar. O biraz sıkıntılı.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bence mal rejimlerinin ruhu bunu gerektirir.

Mihriye TARLAN:

Sadece talep eden açısından bakmayıp bir de öbür taraf açısından da bakmak gerekiyor. Talep eden korunacak. Tedbirler alınacak ama karşı tarafın da mal varlığını bir şekilde koruması, ticari hayatını devam ettirmesi vesaire gerekiyor. Bildirimde bulunulması halinde yalan bildirimin ciddi yaptırımı olması gerekiyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Var. Hapis cezası da var bu söylediğim ülkelerde.

Mihriye TARLAN:

Hani uygulama açısından bildirimde bulunurken insan mahkemede tanıklık yaparken veya bir yere bildirimde bulunurken yanlış beyanda bulunduğunda ciddi bir yaptırımı olduğunu bilmeli ve ona bağlı olarak dürüst, doğru cevap vermeli ki o zaman bizim işimiz kolaylaşır.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani böyle bir ayrı usul kanunu yapılacaksa benim ilk koyacağım madde bu olabilir diye düşünüyorum.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Envanter şu şekilde olabilir. Envanter sunma şeklinde değil ama o envanterde zaten düzenleniyor normalde. Eşlere envanter düzenleme yükümlülüğü yüklüyor. Boşanma davası açıldığı zaman yanaşmıyorsa hâkimden izin alıp tek başına malların envanterini çıkartmak mümkün.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bunu ben de söylüyorum. Yani Türk Medeni Kanununun 195 inci maddesiyle buna gidebilir, Yargıtay üyelerimizle de yaptığımız toplantıda. Ama bu uygulanamıyor, uygulanabilir, yapılabilir. Envanter tutmaya zorlanıp sonra bir tespit gibi bir şey olurdu ön tespit.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Değer konusunda bir sorun yaşanıyor. Türk Medeni Kanununun 235 inci maddesinde. Yargıtay'ın uygulaması güncel değer. Güncel değerde makul süreye bakılıyor. Artık bir yıldan da daha kısa süreye çekmeye başladık fiyatların artışından dolayı. Ama özellikle deprem bölgelerindeki mallar konusunda boşanma dava tarihindeki mevcut mallar var. Biz boşanma dava tarihindeki durumuna göre bakıyoruz. Ve boşanma dava tarihinden sonra yıkılmış bir bina var. Mevcut duruma bakıldığı için bu bina varmış gibi değerlendirme yapılması gerekiyor. En azından bu tarz ekstrem durumlarda hâkime takdir yetkisi verilerek malların özellikle değerlerinin takdiri konusunda makul bir indirim hakkı tanınabilir. Yani toplumsal bir ihtiyaç olarak görüyorum. Çünkü deprem bölgelerinden bu çok fazla geliyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bunu ben de çok düşündüm nasıl yapılabilir diye. Bana da çok sordular. Ben de hakkaniyete göre hâkim burada bir değer belirlemeli dedim ama. Borçlar kanunda düşünüyorum hani bu bir işlem temeli çökmesi de değil de ne olabilir?

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Hükmün amacı ile lafzı çatışıyor. Bir boşluk doğuyor. Orada hâkim Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesini uygulayabilir. Değerlemede son günü esas alıyorsak fiziksel varlık olarak da sonu esas almamız lazım. Amaç-lafız çatışması var kanaatimce. Uygulanmaz.

Katılımcı:

Uyarlanabilecek bir bilirkişi raporu alsak olmaz mı?

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Hangi tarihe uyarlanabilecek?

Selcan ÜNAL GÖKER:

Benim önerim şu şekilde olmuştu. Deprem bölgesi olduğu bir risk faktörü olarak taşınmazın değeri belirtilerek bu şekilde taşınmaz değeri düşürülebilir. Sonuçta bir bina var boşanma dava tarihinde. Binanın varlığını biliyoruz. Evet, yıkıldı ama yargılama On yıl sürmüş. On yıl sonra yıkılmış. Yani o vaktinde ödemiş olsaydı, herkes yoluna bakacaktı. Burada taraflar dengesi açısından büyük sıkıntı oluşuyor. Bu nedenle en azından hâkimin takdir hakkının da bariz bir şekilde düzenlendiği bir düzenleme olursa burada takdir hakkını kullanarak hâkim yine mevcut bir mal gibi değerlendirir. Ama değer düşüklüğü yapar takdiren.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Şimdi siz kıymet takdiri esas alırken bugünü esas alıyorsunuz, ama vasıf olarak üç yıl evvelkini esas alıyorsunuz. Bir çelişki yok mu sizce? Amaç bir varsayım üzerine kurgulanmış. Enflasyonun olmadığı, değer değişiminin olmadığı. Bu varsayımlar üzerine kurgulanmıştır. Haliyle bu tür durumlarda o kural uygulanamaz yani.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Borçlunun kusuru dışında olan imkânsızlık oluyor. Ama borçlar kapsamında bunu hani yine de Türk Medeni Kanununun iki dürüstlük kuralı gereğince mi uyarlama yapar hâkim. Bir değil de iki mi kullanılabilir?

Şu olsaydı, yıkılanın gerçek bir sigorta bedeli olsaydı, bence hiç sorun olmayacaktı. Ama verilen nedir? Çoğunun da yok herhalde. Onun için burada hâkim hakkaniyet gereği bir değerlendirme yapabilir.

Katılımcı:

Sigorta şirketlerinden mesela şeyler alınabilir. Şu vasıftaki bir taşınmazın değeri yıkım halinde şu kadar ödenebilir diye o şablonlar getirtilebilir. Ona uygun olarak değerlendirilebilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

DASK dışında bir sigorta yaptırtsaydı olabilirdi değil mi?

Katılımcı:

Yaptırmamış olsa da olur. Ortada bir bina yok artık. Bu taşınmaza herhangi bir şey olsaydı sigorta şirketi ne kadar öderdi şeklinde bir bedel belirlenip ona göre değerlendirilebilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Tabii kentsel dönüşüme uygun olup olmadığı da belli değil. Ne zaman belli olacak o da belli değil. Acaba diyorum hani ileriye dönük de bir halefiyet kurabilir mi diye düşündüm O da yok. O da değil. Bence en güzeli burada bir hakkaniyet bedelinin belirlenmesi.

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA:

Artık o malın kaldığı eşin elinde bir arsa kalmış. O adamın kazancı o arsanın değeri. Daire yok. Artık kalmamış. Hakkaniyete göre bir şey düşünülebilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Çıplak arsa değeri.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Boşanma dava tarihinden mal rejiminin dava tarihine kadar kullanıyor eş onu. O faktörler de değerlendirilerek bir değerlendirme yapılabilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Ama dediğim gibi sonradan çıkan imkânsızlık. Yani borçlunun kusuru dışında sonradan çıkan imkânsızlık olabilir. Hakkaniyet olmalı. Ya arsanın çıplak değeri üzerinden hissesine düşen olabilir ya da hakkaniyete göre hâkim orada bir değer belirlemeli.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Türk Medeni Kanununun 241 inci maddesindeki hak düşürücü süre. Çünkü aynı anda ihbar edilenler de davanın tarafı oluyor. Temyiz hakkı vardır yoktur tartışmalarıyla boğuluyoruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

İsviçre'de 10 yılken bizde 5 yıla düşürülmüş.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Yani en azından buradaki sürenin başlangıç tarihi değişebilir. Buradaki düzenleme şu an hak düşürücü şeklinde.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Zamanaşımı olabilir mi? Bir mahsuru var mı hocalarım zaman aşımı haline çevrilmesinin?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Hukuki niteliği uygun değil. Bir alacak farkından çok orada tenkise benzer bir durum var. Niteliği uygun değil. Çözüm de değil. Zamanaşımı on yıl diyoruz katılma alacağı için. Orada doğumdan itibaren bir veya beş yıllık süreler. Bazen o hak doğmadan zaten süre doluyor.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Sürenin başlangıcını değiştirmek çok daha mantıklı oluyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

İşte onu da yapamıyoruz. Çünkü mal rejimi boşanma dava tarihinde bitiyor. Orada da süre öyle başlıyor 5 yıl.

Selcan ÜNAL GÖKER:

En azından borçlu eşten tahsil edilmediğine dair bir belge alındığı tarihten itibaren bir yıl denilebilir. Aciz vesikası alır. Bir yılda başlar.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bunu düşünelim. Yani bu süre nereden başlar? Gerçekten çok hak kaybı. Onun için Yargıtay'da buna bir uygulama geliştirdi. Davalı olarak aç. Onu tefrik et. Süreyi tutmuş oluyorsunuz. Ama ihbar ederseniz süreyi tutmamış oluyorsunuz hak düşürücü süreyi. Böyle bir yol üretti.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Bir de Türk Medeni Kanununun 240 ıncı maddesindeki düzenleme. Çekişmesiz yargı işleri kapsamında sayılan bir düzenleme. Yani Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382 nci maddesinde "Aile konutu tahsisi" aile başlığındaki çekişmesiz yargı işleri başlığı altında sayılıyor. Buradaki tartışmada şu; aile konutunun tahsisinin çekişmesiz yargı olması konusunda bir tereddüdümüz yok ama alacağın miktarını hesaplanmasına yönelik sorun var.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Ben bunu hiç anlamadım. Niye çekişmesiz diyorsunuz anlamadım. Onunla Türk Medeni Kanununun 240 ıncı maddesiyle bence hiç alakası yok. 240 ıncı maddedeki tasfiyede istenen bir ayni taleptir. Aile konutunun aynına ilişkin Türk Medeni Kanununun 194 üncü maddesine dayalı belki aile konutu tespiti olabilir. Ya da Türk Medeni Kanununun 169 uncu maddesinde işte hâkimin aile konutunun tahsisi. Yani onu ben anlayamadım.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Çekişmesiz yargı işlerinde Hukuk Muhakemeleri Kanununun 382 nci maddesinde aile hukukundaki çekişmesiz yargı işleri (b) bendinde "sağ kalan eşe aile konutu üzerinde ve ev eşyası üzerinde mülkiyet veya intifa hakkı tanınması" diyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bu yanlış Hukuk Muhakemeleri Kanununun düzeltilmesi gerekiyor.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Hukuk Muhakemeleri Kanununun düzeltilmesi için özellikle, sadece miras için Türk Medeni Kanununun 652 nci maddesi kapsamında kalsın. Yani kitaplarda da örnekleme yapılırken hep Türk Medeni Kanununun 652 nci maddesine değiniliyor, bu madde anlatılırken usul kitaplarında. Ama ifade ediliş şekli "sağ kalan eşe aile konutu üzerinde veya ev eşyaları üzerinde mülkiyet hakkı intifa hakkı tanınması" çekişmesiz yargı için tanındığı için Türk Medeni Kanununun 240 ıncı maddesinin başlığı da bu olduğundan burada bir tereddüt hâsıl oluyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Çekişmesiz yargı olamaz. Karşı tarafın aykırı talebi var. Diyor ki mülkiyet değil intifa seçsin. Çekişmeli bir yargı bu. Hukuk Muhakemeleri Kanununun kaçıncı maddesiydi?

Katılımcı:

Hocam çekişmesiz yargının aileye ilişkin hükümleri Hukuk Muhakemeleri Kanunundan çıksa, belli başlı bir aile usul kanunun içinde derli toplu düzenlense ve ayrıntılı yazılsa? Karşı taraftan bir talep bulunulduğunda dava, bir tespit söz konusuysa çekişmesiz yargı olsa?

Murat DEMİRELLİ:

Şükran Hocam uygulamada çok başımıza geliyor bu tam Hâkime Hanımın söylediği mevzu. Sulh hukuk mahkemesinde miras hakkına mahsuben açılan böyle bir dava sırasında buranın aile konutu olup olmadığını tespiti ile ilgili mahkeme süre veriyor davacıya. Davacı diyor ki burası aile konutudur. Ama işte orada da aslında usul ekonomisine aykırı bir durum oluyor. Kendi inceleyebilir mi bunu ayrı tartışılabilir.

Semra UZUN:

Ama bu aile hukukunu çok ilgilendirmiyor ki. Niye ilgilendirmiyor? Evlilik ölümle sona erdi artık. Dolayısıyla orada aile konutu pek kalmıyor. Bunu birazcık bu şekilde de düşünün.

Murat DEMİRELLİ:

Başka bir şey söylüyorum. Yani burada aslında gene düzenlenecek usul kanunu içerisinde bu o kadar güzel profesyonelce içine dercedilmeli ki ona bakacak aile mahkemesi aslında burada meseleyi halletmeli. Hem aile konutu olup olmadığı kısmını hem de ölüm kısmını.

Semra UZUN:

Evlilik ölümle sonuçlandıktan sonra tazminatla, nafakayla ilgili karar verebiliyor muyuz?

Murat DEMİRELLİ:

Başkanım zaten konuta şerh koymuyoruz. Ölüm tespit hükmü vermeye engel değil. Dolayısıyla bu kısmına Aile Mahkemesi bakıyor. Bu meselede aslında problem olmuş, kanayan bir yara. Çünkü her olayda iki tane dava açtırılıyor. Biri sulh hukuk mahkemesinde biri aile mahkemesinde. Bunun da yapılacak usul kanununda düzgün şekilde tanzim edilmesi gerekiyor. Yoksa vatandaşa git iki tane dava aç diyoruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Hocam bir şey tespit etti. Açılan davanın türünde esas diye açılıyormuş. Çekişmesiz değil. Türk Medeni Kanununun 240 veya 652 nci maddesine dayalı davalar esas olarak açılıyormuş. Bu sizi tatmin etmiyor mu? Neden etmiyor?

Selcan ÜNAL GÖKER:

Şimdi diğer maddelere de baktığımızda "paylaşmalı mal ayrılığında boşanma veya iptali halinde aile konutu ve ev eşyasının hangi işin kullanılacağına karar verilmesi" bunu da biz esastan görüyoruz. Temyize tabii değil. Çekişmesiz yargı işi.

Murat DEMİRELLİ:

Sulh mahkemeleri sürekli basit usulü olduğu için oradan da birbirine bir karışmışlık gibi girmişlik var.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Özellikle (B) bendinin 8, 9 ve 10 uncu alt bentlerinde bir düzenleme gerekiyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Şimdi mal rejiminden kaynaklanan davalar diye açıldığı için Türk Medeni Kanununun 240 ıncı maddesi bence çekişmeli. Türk Medeni Kanununun 652 nci maddesi de miras hukukunda mirasın paylaştırılması başlığı altında açılmalıdır. O da çekişmeli. Sizin dediğiniz şeyde paylaşmalı mal ayrılığı seçmişlerdi ki boşanmada hâkimin takdiri ile aile konutu özgüleniyor ya o ayrı. İşte onları ayırmamız lazım.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Hocam Türk Medeni Kanununun 652 nci maddesinde ne yapıyor mahkemeler? Orada süre veriyor. "Git aile mahkemesinde bunun aile konutu olup olmadığını tespit et." diyor. Hâlbuki bu bir ön mesele. Sen mahkeme değil misin? Onu ön mesele olarak incele.

Selcan ÜNAL GÖKER:

Orada görev hususundan dolayı gönderiyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki, bunun da aldım notunu başka var mı? Vallahi hiç ilgimi çekmemişti ama şu anda çok ilgilendim bu konuyla. Başka orada söz almak isteyen? Sıradan gidiyorum. Birsen Hanım buyurun.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Biz yoksulluk nafakası konusunda aslında kanuni düzenlemenin yeterli olduğu kanısındayız. Çünkü Türk Medeni Kanununun 175 inci maddesinde süresiz isteyebilir derken altta da zaten "süresiz verir." şeklinde bir hüküm yok. Türk Medeni Kanununun 176 ncı maddesinde de maddi tazminat veya yoksulluk nafakasının toptan veya irat şeklinde ödenebileceği gene mevzuatta hüküm altına alınmış. Dolayısıyla hâkimin takdir yetkisi var. Buradaki her dosya kapsamında bazen çünkü evliliğin süresi bile ters orantı olabiliyor buradaki isteğe talebe. Her olayın her evliliğinin formülü de farklı olacak. Hâkim burada takdir edebilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Süresiz isteyebilir ve süresiz isterse hâkim süreliye karar verebilir mi?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Şimdi altta hemen isteyebilir demiş. İsteyebilir olması eğer mevcut durumla da çatışıyorsa bir şey varsa o zaman hâkim alttaki maddeye göre irat olarak da toptan da verebilecektir. Bu yetkiyi tanımış ona. Yani istediği an "kesin verilir" şeklinde bir hüküm yok sadece.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Süresiz istese de hâkim toptan olarak verebilir.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Burada bir nafaka mağduriyeti gündemleri de meşgul ediyor sanki ve süreli hale getirilsin baskısı yaratılıyor. Bunu süreli hale getirmek daha büyük hak kayıplarına sebep olacak. Çünkü biz mesela 2017-2018 dönemine ait adli yardım ataması ile yaptığımız görevlendirmelerde verilmiş 1023 kararı taradık. Yoksul durumda olan, gerçekten avukatlık ücreti veremeyecek konumda olan kişilerin. Bu dosyaların 571 tanesinde yani %56'sında nafaka istenmemiş hiç. Geri kalan 155 dosyada da %15 oranında da bir feragat söz konusu. Gerek işte çabuk bitsin davam veya çocuğun velayeti için vazgeçiliyor. Yani büyük oranda böyle bir mağduriyet söz konusu değil. Mağduriyeti nerede yaşıyoruz aslında biz. Tahsilde yaşıyoruz. Tahsil edemiyoruz. Hani burada yargı mensubu hâkimlerimiz de burada. Kişi üstündeki her türlü mal varlığını devredip gerekirse işten çıkıp kendi yoksulluk nafakasını da istiyor. Yani böyle talepler de oluyor. Yoksulluk nafakası icralarında harç alınmaması -yani gerek borçludan gerek nafaka alacaklısından. Çünkü adı da üstünde yoksulluk nafakası- gerektiğini düşünüyorum. Yine buradan boşanma feri olarak istendiği zaman harç alalım mı tartışmasına geldiğimiz zaman düşüncem alınmaması yönünde. Boşanmanın feri olarak istiyoruz bunu çünkü o kapsamda sürüyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Aynı şey maddi tazminat için de önerildi. Nispi harç olsun mu?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Evet. Çünkü zaten maddi tazminat da normal tazminat davaları değil. Hâkimin takdirinde makul bir tazminata hükmediliyor. Yoksa zararı bu kadar. Onun da zararın giderimi bu kadar şeklinde ilerleyen bir maddi tazminat söz konusu değil. Bir hususu dile getirmek istiyorum vekâlet ücretini ödeyemeyen adli yardımdan yararlanmış ama ödeyemeyen kadınlar söz konusu ve dava açamıyorlar bu nedenle. Dolayısıyla burada bir düzenleme, Noterlik Kanunda mı yapılacak nerede yapılacaksa noterdeki vekâletname ücretinin adli yardım ödeneği kapsamında, adli yardımdan yararlananlar için söylüyorum, o kapsamda bir düzenleme yapılmalı.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Ne kadar şu anda?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Bilmiyorum. Ben en son normal umumi vekâleti 500 TL küsurdu. Bir yıldır da gitmedik. Müvekkiller makbuzu yollamıyor bilmiyorum ama ciddi rakamlar artık. Dolayısıyla bunun düzeltilmesini istiyorum. Tasfiye ile ilgili on yıllık zaman aşımı hani belki beş yıl olabilir ama bir yıl çok çok az bir süre. Hele de ölüm halinde, henüz miras tasfiyesi çünkü çok geç de yapılabiliyor. Yani kişi almıyor, almıyor yirmi yıl sonra diyor ki ben buradaki hakkımı istiyorum. O sebeple büyük hak kayıplarına sebep olabilir. Hani aile birliği içinde sağ kalan eşle çocuklar arasında bilhassa yaşanabilir. O sebeple bir yıllık, üç yıllık değil yani belki beş yıl olabilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki, boşanmada ve ölümde aynı mı olsun beş yıl?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

İşin açıkçası şöyle bir durumla biz karşı karşıyayız. Neyiz? Bize bu çalıştayın konuları çok çok geç geldi. İşte dün sahip olduk. İkincisi Aile Bakanlığı da bir çalıştay yaptı 81 ilde. İstanbul'da da yapıldı ama biz davet edilmedik. Dolayısıyla aslında bizim yani ben kendi barom adına konuşuyorum Barolar Birliği de orada beni destekleyecektir zaten bu konuda. Bu tip çalışmalarda olmamız gerekiyor. Niye? Gerçekten sahada olan bizleriz yanı. Baroların kadın hakları merkezi olarak bilhassa mağdur olan kadınlar, adli yardımdan yararlanan kadınlar olduğu gibi, oradaki veriler bizlerde

toplanıyor. Sıkıntılar da bize geliyor. Yani çözüm önerileri üretebilsin barolar diye. Biz bu çözüm önerilerini ancak bu tip yerlerde dile getirebiliriz. Dolayısıyla bunu da hani bu konumu kullanarak dile getirmiş olayım. Çünkü arabuluculukta bilhassa daha geniş konuşacağım. Şu an benim iletebileceklerim bunlar. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Canan YILMAZ:

Bu nafakanın tahsil edilememesi konusunda bir öneride ve katkıda bulunmak isterim değerli hocam. Bu konuya ilişkin hem eşe nafaka borçlusunun nafakası ödememesi hem de bundan daha da vahimi çocukların nafaka borcunun ödenmemesine ilişkin birtakım yasal düzenlemeler getirildi İsviçre'de, Almanya'da ve Avusturya'da. Temel olarak sistem şuna dayanıyor. Öncelikle hukuki destek ve icra takibi. Ki bu konuda da bizim toplumumuzun da ihtiyacı olduğunu düşünüyorum buna. İkinci olarak da asıl olarak sistemi şu şekilde inşa etmişler. Nafaka borçlusu nafakasını ödemediği takdirde ilgili kamu kurumu veya devlet onun yerine nafakasını öder. Böylece eş ve özellikle çocuk mağdur durumda kalmaz. Ancak nafaka borcu sona ermez yasa gereği devlete intikal eder. Yani yasal bir temlik burada söz konusu olur ve daha sonra devlet onu nafaka borçlusundan talep eder. Böyle bir sistemin kurulması bir öneri niteliğinde. Çünkü bu İsviçre'de böyle. İsviçre Medeni Kanununda hem eş hem de çocuklar açısından düzenlenmiş durumda. Yani avans, ön ödemeli nafaka. Alman ve Avusturya'da da bu konuya ilişkin özel kanunlar var.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Süre konusunda bir şey var mı?

Doç. Dr. Canan YILMAZ:

Süre konusunda ben yine İsviçre Federal Mahkemesinin hafızama kazınan bir kriterini paylaşmak istiyorum buna cevaben Hocam. Onlar şunu çok iyi kullanıyorlar; "insan hayatına damgasını vuran evlilikler". Yani bu aslında birçok şeyi çözüyor Hocam, orada ilk kriter bu Hocam. Dolayısıyla hem süre konusuna hem işte yaş ve yeniden çalışabilme kriterlerine tek tek değiniyorlar. Yaşla orantılı ki sağlık vesaire madde 125'te tek tek sayılmış bu kriterler ve aslında belki de yoksulluk nafakasına ilişkin biraz daha detaylı bir düzenleme, bu çözümleri de beraberinde getirir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bir de sizden rica ediyorum. Adı ne bu nafakanın? Ben biliyorum da Türkçesini.

Doç. Dr. Canan YILMAZ:

Evlilik sonrası destek.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Böyle geçiyor. Yoksulluk nafakası değil. Nafakayı bile kaldırıp evlilik sonrası destek kriterlerini belirlememiz gerekiyor.

Doç. Dr. Canan YILMAZ:

Çok güzel belirlemişler tek tek. Burada tartışacağımız birçok konunun da aslında otomatik olarak cevabı bulunuyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Çok hakkaniyetli bir şekilde bunu düzenliyorlar. Kriterleri de vurguluyorlar ve hâkime de hem takdir yetkisi veriyor hem de bağlı kılıyor.

Doç. Dr. Canan YILMAZ:

Çerçeve kriterleri belirlemek birçok sorunu ortadan kaldırıyor.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Canan Hanım çok güzel bir noktaya temas etti. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kullandığı kriter aslında benim ilk oturumda söylediğim şeye paralel, örtüşüyor. İnsan hayatına damgasını vuran evlilikler. Yani evlilik birliğinin artık uzun yıllar sürmesi yani artık bütünleşmişler ve ayrılıyorlar. Böyle bir pozisyon "aslında ekonomik bir birlikteliğin olmadığını, tam bir karı-koca, eş, aile olduklarını, bu dağılıyorsa destek olunmalıdır" fikrini destekliyor. Diğer hususlardaki değerlendirmelerde eğer bu boyuta gelmemişse ki örnek olarak yirmi yılı veriyorlar orada. Nafakaya prensipte çok sıcak bakılmıyor.

Murat DEMİRELLİ:

Hocam ben de şöyle düşünüyorum. Nafaka davalarında iştirak, yoksulluk, yardım nafakasının ilk kez talep edildiği ya da arttırılmasının talep edildiği davalarda verdiğimiz hükümler malum yaklaşık 7-8 ay sürüyor mahkemelerde, ya da işte kötü ihtimalle 1 yıla yaklaşıyor. Bölge adliye mahkemelerinde de 1 yıl sonra neticeleniyor. 24 aylık bir nafaka miktarı var. İcra İflas Kanununa göre bu toplu olan 24 aylık nafaka miktarını davalı bir seferde ödenmek zorunda. Ondan sonra da ay ay ödeyecek. Burada bir zorluk var davalı için. Bir de 2 yıllık süre içerisinde enflasyondan dolayı verdiğiniz

hüküm eriyor. Böyle bir de diğer bir sorun var özetle işte ÜFE oranında artırım istenmemişse falan ki o zaten kesinleştikten 1 yıl sonra geçerli oluyor. Şimdi biraz usule getireceğim olayı. Öyle usul kanunu yapmamız lazım ki, (ben hazırladığım usul kanunu çalışmasında buna derç ettim bir madde ile) hâkim ihsas-ı rey olmayacak bir miktar -Nedir? 5000 lira istedi yardım nafakası. Siz 2500 lira ya da 2000 lira verebilirsiniz.- vermeli. Verirken bir gerekçesinde de işte İcra İflas Kanununa göre davalının toplu olarak ödeyeceği miktarın ona ileride ödeme güçlüğü sağlayacağını, buna engel olunmasını, çocuğun aktüel ihtiyaçlarını, -tarafların mali sosyal durumlarını zaten ciddi manada yazmamız lazım.- belirtecek ve verilecek hükümde mahsuben, dolayısıyla çift ödemeye de engel olacak şekilde -ki ben şu anda kararlarımda bunu neredeyse 2 yıldır uyguluyorum.- uygulanabilir. Hatta Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin bu konuda bir kararını görmüştüm. Mahsubu hâkim tam beceremediği, oradan dolayı bir bozma vermiş. Ona da bir yol göstermişti. Oradan esinlenerek, muhtaç durumda olan insanların ihtiyaçlarını giderebilmek için böyle bir yöntem. Yani dava açıldığı anda ihsas-ı rey olmayacak bir miktar, aktüel ihtiyaçları karşılayacak. Davalıya faydalı, davacıya da faydalı.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bu hangi davanın açıldığı an? Artırılması mı ilk mi?

Murat DEMİRELLİ:

İştirak mesela. Ama bunu Türk Medeni Kanununun 196 ve 197 nci maddelerinde yapamayız. Orada işte kusura haklılığı falan bakacağız. Orada yapamayız çok. Ama olay aydınlandı. Hükme yakın. Gereği düşünüldü deyip alıp mahsup edip oradan başlatmayı sağlayabilirsiniz. Amacımız o zaman da şey yapabilir. Şimdi şöyle iştirak nafakasının arttırılmasında dava sonunda arttırmayı reddettiniz, ama daha önce tedbiren de arttırdınız. Şimdi ne yaparsınız? Gene mahsup kısmı doğar. O biriken nafakayı sizin fazla verdiğiniz miktarı işte birkaç ay geçerek oradan ödemiş olunur. Gene bu işte icra iflas kanununda yapılacak bir değişiklikle ya da o ona öder. Ama biz ne diyoruz nafakalar da ahlaki durum nedeniyle birine yapılan ödeme diyoruz. Mesela bu tür davalarda diyor ki ya da boşanma davalarında çocuğun dershane parasını ödedim, şu parasını ödedim bu parası dedim. İştirak nafakası ödüyorum diye itirazlar geliyor. Biz de diyoruz Yargıtay içtihatları doğrultusunda bunlar ahlaki şeylerdir. Buradan bunu tekrar isteyemezsin diyoruz. Ya da işte dediğim gibi söz 5000 lira istedi daha önce 2500 lira alıyor siz 3500 verdiniz o aradaki 1000 TL'yi bölge adliye mahkemesi uygun görmedi daha azına karar verdi. O da orda mahsup işlemi gerçekleşir. Dolayısıyla sorun çözülür.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bizim sorumuz nafaka miktarının arttırılmasından ziyade yoksulluk nafakası ve süre.

Murat DEMİRELLİ:

Şimdi o hususta şöyle bir fikrim var. Gene durup düşünüp hâkimin takdiri demek istiyorum. Çünkü öyle vakalarımız var ki 60 yaşına gelmiş bir kadına "Hadi sen git çalış." diyemezsiniz. 70 yaşına gelmiş bir kadına "sen git çalış." diyemezsiniz. Anadolu'nun köyünün birisinde zar zor karnını doyuran 35 yaşındaki kadına da bunu pek diyemezsiniz. Küçücük bir tarlası vardır. Orayı ekecek ve oradaki domatesi satıp oradan gelen bir gelirle hayatını devam edecektir. Şehir hayatında yapabilirsiniz bunu. Orada sıkıntı yoktur. Daha yaşı gençtir, iş bulabilir, Çalışabilir falan. O yüzden o kadar çok değişik olay var ki o kadar çok dava türü var ki hâkimin takdirine bıraksanız meseleyi halledecektir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki, maddeyi şöyle düzenlesek. Süresiz nafaka isteyebilir diyor ya "Yoksulluk nafakası talebi halinde hâkim süreli veya süresiz nafakaya karar verir". Bunu yazsak?

Murat DEMİRELLİ:

Baro temsilcimizin güzel bir şey vardı orada bir tespiti vardı o da aklıma gelmişti. Kural gereği çoğun içinde az zaten var.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

İster süreli ister, ister süresiz isteyecektir. Hâkim süreli veya süresize karar verir. Kriterler de konulur veya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kriterleri de belirler. Bu şekilde olabilir. Yeterli mi sizce? Böyle verir yani süreli veya süresiz verir.

Murat DEMİRELLİ:

Bakın bir misal vereyim. Daha sonraki artırımlarda bu benim aklıma geliyor. Şimdi anlaşmalı boşanmalarda anlaşma karşılığında küçük bir nafaka verdik. Yoksulluk nafakası verdik. Benim itirazlarımdan bir tanesi buydu. Devlet baba çıkacak bir yasa çıkaracak. İşte bundan sonra boşanmalarda süresiz nafakayı kaldırdım kardeşim, vermeyeceğim falan şeklini bir düzenleme. Bakın bir sözleşme yapıyoruz, onunla anlaşmalı boşanma ile boşanıyoruz bir nafaka belirliyor taraflar beraber ortak iradeleri ile. Devlet olarak siz gelip orada müdahale ettiğinizde anayasaya aykırılık sorunu da ortaya çıkacak.

Bakın ben bir detay biliyorum. Ankara sulh hukuk hâkimlerinden bir tanesi, şu kira artışlarında %25 var ya onunla ilgili bu olmaz falan deyip Anayasa Mahkemesine götürmüş şu anda mesela. Orada da bir yanıt bekleniyor ama biraz bekletiyor falan. Şurasını demek istiyorum. Çok

dengesiz bir yasa çıkarttığınızda Anayasa mahkemesinden iptal de yiyebilirsiniz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yoksulluk nafakasında hâkim takdirine göre süreli de verebilir.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Zaten Türk Medeni Kanununun 176 ncı maddesinde yazıyor. Yani açık net.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bütün tartışma oradan çıkmıyor mu hocam? 2. Hukuk Dairesinde önerisi neymiş bize? Süresiz lafının kaldırılması. "Süreli de verebilir, süresiz de" dese ikisi de olabilir. Hâkimin takdiri.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Verir demiyor ki isteyebiliyor diyor. İsteyebilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bakın, "yoksulluk nafakası talebi halinde hâkim süreli veya süresiz nafaka hükmeder. Bu kadar. Bunun bir zararı var mı?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerini göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebilir. Türk Medeni Kanunu madde 176.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bu Türk Medeni Kanununun 176 ncı maddesi. Ben 175 inci maddesini söylüyorum. 175 inci maddenin cümlesini okuyun.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

"İsteyebilir" diyor. Verir demiyor ki. İster ve hâkim de verir şeklinde bir emredici hüküm yok ki

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Hayır, işte öyle algılamıyor Yargıtay. Söyledi zaten Selcan Hanım.

Katılımcı:

Veriyoruz artık dedi. Şu an toptan da veriyoruz dedi Yargıtay. Evet, ama Yargıtay üyemiz dedi ki süreye bakarak veriyoruz dedi evlilik süresini kriteri olarak. Ben mi yanlış anladım?

Alican BÜLBÜL:

Katılma alacağı yönünden ilk derece mahkemesinin çektiği bir sıkıntı var bunu dile getirmek istedim. Şimdi tek bir mal varlığı yönünden mal rejiminin tasfiyesi talebi yönünden sorun yok. Ancak birden fazla taşınmaz olduğunda özellikle şöyle bir sıkıntı yaşıyoruz. Yargıtay güncel değer diyor, istinaf daireleri bunu böyle uyguluyor. Fakat şöyle bir problem var. Taşınmaz özellikle şehir dışındaysa, bir taşınmaz için talimat yazıldığında bir taşınmaz için gelen güncel değerin raporu bize ulaşana kadar diğer taşınmazın raporu geldiğinde arada bu sefer çok sürede geçmiş oluyor. Dolayısıyla karar tarihine en yakın değere bu mantıkla hiçbir zaman ulaşamıyoruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Siz yapın. Bir daha göndermeyin bilirkişiye. Uygulayın artış oranlarını. Öneriniz nedir farklı yerlerde ise mal varlıkları?

Katılımcı:

Hocam uygulamada biz bunu yapıyoruz. Nasıl? Şimdi gönderdiğimiz zaman talimatı veya normal şehrimizde de olsa muhtemel tasfiye tarihi deyip iki yıllık falan bir süre altı aylık veya üçer aylık dönemler halinde belirlenmesini istiyoruz. O zaman sorun olmuyor.

Alican BÜLBÜL:

Şöyle itirazlar geliyor o zaman da. Özellikle yüksek bedelli taşınmazlarda belirlenen değerin rayiç değerini yansıtmadığı ileri sürülüyor.

Katılımcı:

Her türlü itirazla karşılaşacağız ama siz en yakın tasfiye tarihini üçer aylık veya altışar aylık dilimler halinde iki yıl süreyle isterseniz problem olmaz.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Evet Hocam. Öncelikle maddi ve manevi tazminata ilişkin, öğleden önce de söylediğim üzere, onun borçlar hukukuna bırakılması lazım. Nasıl ki herhangi bir hukuka aykırı fiille zarar görüyorsak maddi manevi onu hem boşanmanın daha hızlanmasına hizmet edecek hem de diğer açıdan öğleden önce verdiğim örnekte olduğu gibi kuşa dönebiliyor. Beşer binden on bin TL'lik tazminat zaten hiçbir işe yaramıyor. Dolayısıyla tazminatlar için onu söyleyebilirim.

Nafaka konusunda şöyle yapılabilir. Demin bahsettiğim o sempozyum sebebiyle bildiğim Fransız Medeni Kanunu çözümünü son derece adil olarak görüyorum. Ona göre benzer bir şey yapılabilir. Hem süreli hem süresiz. Ama düzenlenmiş. Sadece süreli veya süresiz vermekle yetinmemiş hâkime kriterler koyuyor. Orada evliliğin süresi çocuk olup olmaması vesaire bütün bunlara bakacaksın diyor. Süresiz de var hemen itirazlar gelmesin. Kural olarak iki ile on yıl arasındadır.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Nedir o iki ile on yıl?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Bu kriterlere bakarak verilen nafakanın süresi.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Süre var yine.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Evet, var ama şunu da söylüyor hemen sonrasında. Biraz önce de haklı olarak ifade edildi. Yaşı, çalışamayacak olması, evliliğin süresi vesaire. Elli yaşına kadar, altmış yaşına kadar evli kalmış. Mesleği yok vesaire tabii ki o zaman diyor süresiz olacak diyor. Öyle bir çözüm. Artı bunun sosyal politikalarla desteklenmesi lazım. Değişik fonlar var. Mesela işsizlik fonuna benzer fonlar kurulmuştu sanırım Hollanda'da. O şekilde bir çözüm benimsenebilir. Şunu söylüyorum bu görev vatandaşına evli olsun olmasın bir çalışma olanağı sağlamak, insan onuruna yakışır gelir sağlamak sosyal devletin gereğidir. Bu anayasamızda da yazıyor. Devletin buna hakkı yok. Devletin kendi görevini yapmayıp eski üzerine yıkmak gibi bir tavrı var.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Anayasa Mahkemesi kararında da söyledi. Anlattı anlattı sosyal devleti. Sonra bu eşin ahlaki görevidir deyip çıktı.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Niçin diyoruz? Evlilikteki yardımlaşma dayanışma yükümlülüğünün uzantısıdır. Yani o uzantı nasıl oluyor? Bir yıl evli kalmış, üç ay evli kalmış birinin o uzantısı hayatı boyunca sürdürmesinin hiçbir mantıklı ve hakkaniyetli yanı yok.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Cezalandırma da olamaz. Çünkü maddi manevi tazminat onun karşılığı.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Eski eşi bir hayat sigortası, bir sosyal güvenlik kurumu olan gören amaçtan vazgeçmemiz lazım. Devlet görevini yapacak. İş yoksa devlet sağlayacak.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Çocukların eğitimi Kreşi her şey sağlanıyor. Bana ikinci evliliği yapmıyor kadınlar gerçekten orada öyle Almanya'da falan devlet Nasılsa bakıyor çocuklarına.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Önerim bu şekilde. Hem süreli hem süresiz. Ama kriterler belirleyerek. Evliliğin süresi, çocuk olup olmaması, evlilikte yükümlülüklerini yerine getirmiş olup olmamasına göre kriterlerle belirlenmeli.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Kriterlerle hâkimin süreli de verebileceği. Evet, katılma alacağından sorunlar nedir?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Benim görüşüm İsviçre'de de olduğu gibi. İsviçre'de birlik ilkesi var. Ne demek birlik ilkesi? Boşanma evlilik birliğinin tasfiyesidir. Her yönüyle. Kişisel ilişkilerle, nafaka ile. Mal rejiminin tasfiyesi de boşanma davası içinde görülür. Bizde maalesef o şekilde başladı başta Ahmet Kılıçoğlu Hocamın görüşüyle. Neymiş? Boşanmanın bir feri değil, sonucu değil vesaire. Bu nedenle ayrı davalarda olması gerekir. Neden? Çünkü davalar zaten uzuyor. Daha da uzayacakmış. Herkes bir Koç ve Sabancı değil. Sizler uygulamanın içindesiniz, davalar en çok bir araç bir ev. Dolayısıyla onun boşanma hâkimi

tarafından -tarafların durumunu boşanmada çok iyi irdelemiş olan boşanma hâkimi tarafından- boşanma davası içinde görülmesi birçok sorunu zamanaşımı dâhil çözecektir. Yine ifade edildi katılma alacağına hükmedildikten sonra mal rejiminin tasfiyesinden sonra, nafakanın kaldırılmasını istiyor haklı olarak. Ama baştan zaten eğer katılma alacağı sebebiyle yoksulluğunun kalmadığı anlaşılsaydı gerek kalmayacaktı. Boşanma hâkimi o evliliğin tasfiyesi olan boşanma davası içinde onu kotaracak ve bitirecekti. Bizde İsviçre'dekinden farklı olarak Türk Medeni Kanununun 178 inci maddesi var. Daha da çabuk olmasını istiyorsa boşanmanın kesinleşmesinden itibaren zaten çekişmelisi üç beş yıl devam ediyor. Oradaki süre içinde hazırlık yapar ve Türk Medeni Kanununun 178 inci maddesi süre çerçevesinde olabilir. Bir yıl.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Birlik ilkesi olursa bence de uygun ama birlik ilkesi olmadığında zor.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Mal rejiminin tasfiyesi neden boşanmanın feri olarak görülmüyor anlayabilmiş değilim. Madem feri değil. Bakıyorsunuz boşanma kararı, kişisel durum, maddi manevi tazminat davası diyor, mal rejiminin tasfiyesi diyor Türk Medeni Kanununun 179 uncu maddesi. Madem ferisi değilse boşanma hükümleri içinde 179 uncu maddenin işi ne? Sadece sıralama yapmış. Burada daha çok amaçsal yorum yapmak lazım.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Türk Medeni Kanununun 178 inci maddesini 179 uncu maddeye alıp onu yukarı çıkarsaydı ben de aynı fikirdeydim ama ayrı tutmuş sistematik olarak. Peki, birlik ilkesi uygulanabilir mi az mallarda, çok karışık olmayan mallarda?

Katılımcı:

Sabancı olursa belki daha kolay tasfiye olur. Çünkü kayıt altındadır. Yani bizimkilerde kayıt altında değil ki. Boşanma aşamasında olan eşler zaten sadece çabuk bitmesi onların işlerine gelmiyor belki. Yani amaç bazen sonuca ulaşmak değil. Süreci uzatmak oluyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Kötü niyet bu, kötü niyet.

Katılımcı:

O kötü niyetle hep karşılaşıyoruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani boşanma sebebini dinlerken aynı anda bir de tanıklar da mal konusunda da dinlense olmaz mı?

Katılımcı:

Ya şimdi şöyle. Hepsi bir arada yürümez. Mümkün değil.

Semra UZUN:

Ben size bir şey söyleyeyim mi? Sizin görmediğiniz malzemelerle bile biz yemek pişirmek zorunda kalıyoruz. Bir boşanma dosyası üç çuval olursa, buna mal rejimini katarsanız altı çuval olur. Siz hiçbir mal rejimi tasfiyesi dilekçesi okudunuz mu? Gelip buradan bakın lütfen.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Eşim avukat. 25 yıldır hukuk dersleri veriyorum.

Semra UZUN:

Buraya geldiğimiz zaman bize iki daire verdiler aile dairesi olarak ve toplam 6.000 dosya oldu. Üç bin o bakacak üç bin ben. Yani 11. Hukuk Dairesi olarak. Ben toplantıda dedim ki mümkünü yok. Ben yirmi bir yıllık tetkik hâkimliğinde Yargıtay'ın tüm dosyalarının %60 İstanbul ve çevresinden gelir. Ben zaten tek altı bin dosyayı ben alacağım dedim. İnanmadılar şimdi beşinci aile dairesi kuruldu.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Kusuru kaldırın. Tazminatı ayırın. Mal rejimi her açıdan daha fazla.

Semra UZUN:

Sayın sevgili hukukçu meslektaşım ben HSK'nın disiplin soruşturması ve normal soruşturma dosyalarına da bakıyorum. Muhakkik ediniyoruz. Bir dosyada altı defa hâkim reddi olur mu? Onu istinafa taşır mı? Konuyla ilgisi, söylemek istediğim, çabuk bitiriyoruz ya. Çabuk bitirmekle bunun ilgisi yok. Bunun için öncelikle gerçekten kurallara herkes uyacak. Bizim uyduğumuz gibi siz de uyacaksınız.

Katılımcı:

Şimdi mal rejimi tasfiyesi davası açıldığında ilk gündeme gelen ihtiyati tedbir. İhtiyati tedbir talep ediyor. Mahkeme kabul ediyor. Ona itiraz oluyor. İtiraz duruşması oluyor. İtiraz duruşmasından sonra dosya istinafa geliyor ara kararı karşı. Bir istinafta tevzi olup müzakereye tevzi ederken yargılama orada devam ediyor ya bir sonraki ara karara gene istinaf oluyor. İkisinin bir arada yürümesi gerçek hayatta mümkün değil.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Şimdi Beşir Hocam şunu söyledi: Maddi manevi tazminatı çıkarılsın aile boşanma sonucundan, Borçlar Kanunu kapsamında olsun, kusur ilkesi de kaldırılsın. Geriye ne kalıyor? Tarafların işte evlilik birliğinin çözüldüğü varsayımıyla boşanma ve buna bağlı olarak mal rejimi tasfiyesi birlikte yapılsın. Özellikle malların çok çeşitli olmadığı durumlarda kısa sürer diyorsunuz. Başka öneriniz?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Mal rejiminin tasfiyesi ayrı bir dava olarak görülürse mutlaka zamanaşımının düzenlenmesi lazım. Ayrıca üçüncü kişiye karşı yeni baştan düzenlenmesi gerekiyor. Zamanaşımının, Türk Medeni Kanununun 178 inci maddesi çerçevesinde kesinleşmeden itibaren bir yıl olması gerekiyor. Ölüm halinde farklı zaman aşımı ayrılabilir. Orada on yıl olabilir. Ayrı düşünülebilir. Çünkü boşanmada şu var insanların artık...

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Mirasta da mirasın paylaşılmasından itibaren bir yıl destek olmaz mı?

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

O da olabilir. On yıl da olabilir. Çoğu zaman gündeme de gelmiyor. Özellikle başka evliliklerden çocuk da yoksa o çok da gündeme gelmiyor açıkçası.

Doç. Dr. Tuğçe ORAL MANAV:

Öncelikle nafaka konusunda aslında hüküm içinde süreli ve süresiz olması gerekir mi onu tartışıyorduk. Esasında burada, Türk Medeni Kanununun 175 inci maddesinde boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf. Yani esasında süresiz olup olmamasının belirlenmesi noktasında hâkimin şunu tespit etmesi gerekiyor önce. Boşanma yüzünden acaba bu taraf yoksulluğa düşecek mi düşmeyecek mi? Yani kamuoyuna genellikle bir gün evli kalıp ondan sonra süresiz ömür boyu nafaka alıyorlar şeklinde

yansıtılıyor. Fakat burada esasında hâkimin şunu tespit etmesi gerekiyor. Boşanma yüzünden acaba bu taraf yoksulluğa düşecek mi? Dolayısıyla hani süreli ve süresizi ilk olarak bu sebeple ikinci olarak -Nesibe Hocam da bana mutlaka hak verecektir birazdan.- zaten hâkimin süresiz talep edildiği zaman süreli olarak karar verme yetkisi var. Hocam ona mutlaka değinecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 26 ncı maddesinde var. Onu belirteyim.

İkinci olarak manevi tazminat konusunda. Manevi tazminatın belirlenmesin de hem genel olarak Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde hem de özel olarak aile hukukunda manevi tazminat belirlenmesinde objektif bazı sebeplerin, bazı kriterlerin kanuna konulması gerektiği naçizane görüşündeyim. Hatta bu kriterleri de arz edebilirim eğer dilerseniz. Bence özellikle tabii ki tarafların kusuru hem evlilikteki tarafların kusuru, karşı tarafa zarar veren ekonomik durumu ve dünya üzerinde bu kişiyi tanıyan kişi sayısı. Bunun tespitinde bazen zorlanacağını ilişkin belki bir eleştiri gelebilir ama bu tabii ki işte 1381 kişi tanıyor şeklinde değil ama belli aralıklarla bunu kanun koyucu yansıtabilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

O ne için gerekli?

Doç. Dr. Tuğçe ORAL MANAV:

Manevi tazminat sebebi için Hocam. Şöyle genellikle toplumdaki konum dikkate alınıyor manevi tazminatın belirlenmesinde.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bu sadece bunun için değil Borçlar Kanunundaki manevi tazminat için de aynı kriterler olabilir.

Doç. Dr. Tuğçe ORAL MANAV:

Borçlar Kanundaki manevi tazminat için de söylüyorum. Neden toplumdaki konumu değil? Neden bu kriter alınması gerekiyor? Onu da şu şekilde arz edeyim. Çünkü eğer toplumdaki konumunu alırsak esasında kişiyi iyi olarak tanıyan kişiler ve kişiye eğer kişilik hakkını ihlal eden bir husus isnat edilirse bu sebeple o zamana kadar tanımayan ve kişinin kişilik hakkının gerçekten zarar görmesine sebep olan o hususla tanıyan kişiler bağlamında da bir tazminata hak kazanmaz.

Fakat bu kriteri esas alırsak söz gelimi somutlaştırayım arzu ederseniz. Mesela hocam sizin için bir basın yoluyla karalamaya ilişkin kişilik hakkınızı ihlal edecek, sözgelimi şeref haysiyet ve saygınlığınızı ihlal edecek bir husus size isnat edilse basın yoluyla ve sizi hiç tanımayan hukukçu olmayan kimseler sadece bu sebeple tanıyor olsa onların da gözünde sizin kişilik hakkınız ihlal edildiği için şeref, haysiyet, saygınlığınız ihlal edildiği için ancak bu kriter ile eski hale getirme imkânımız söz konusu olur. Yani manevi

tazminatın miktarını bu şekilde belirleme imkânımız söz konusu olur. Ama toplumdaki konum bağlamında hani bir profesör olarak siz belki yine alabilirsiniz. Fakat bir başka kişi herhangi bir kişi, tanınmayan bir kişi, çok daha düşük bir manevi tazminata miktar olarak hak kazanabilecektir. Yani o yüzden aslında İsviçre'deki gibi iki aşamalı yöntem tercih edilip ilk önce manevi zararın belirlenmesi ve bunun herkes için eşit ve sabit şekilde belirlenip ondan sonra ikinci aşamada manevi tazminat miktarı belirlenirken dediğim gibi bu kriterler, tarafların kusuru ve ekonomik durumu da dikkate alınarak belirlenmeli. Bir de son olarak hocam uygulamaya ilişkin sorunlar ve çözüm önerilerine şimdi mi arz edelim?

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yok, o sonra. Şimdi çok hızlı olarak bilirkişilik uygulamalarına ilişkin söz almak isteyen var mı?

Av. Ilgaz Lale KOCAKUNDAKÇI:

Türk Medeni Kanununun 175 inci maddesinin yerinde olduğunu düşünüyoruz. Her koşulda zaten nafakanın süresiz olmadığı maddenin lafzından açık bir şekilde anlaşılıyor. Takdir hakkını kullandığı noktada da hâkimin zaten irat şeklinde bir düzenleme olduğunu da görüyoruz. Kaldı ki yine Türk Medeni Kanununun 176 ncı maddesinde kaldırmaya ilişkin hem re'sen hem mahkeme kararıyla bir düzenleme var. Dolayısıyla burada Türk Medeni Kanununun yerinde olduğunu ben tekrar vurgulamak isterim. Dolayısıyla süreli veya süresiz yazmasının veya süre getirilmesinin de faydası olmayacağını düşünüyoruz. Aynen bu uygulamanın devam etmesi gerekir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

TÜBAKKOM'un da görüşü bu şekilde. "Dokunmayın nafakaya" değil mi? Evet, biliyorum hassasiyetinizi, hepinizin çok iyi biliyorum. Ama bir şeyleri de biraz netleştirmeye çalışıyoruz burada.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Nafaka konusunda ben ikili bir sistemin Beşir Hocamın söylediği gibi yapılmasını doğru buluyorum. Nafakayı bu vaziyette asla tutamayız. Hepimiz her gün bazı şeyleri duyuyoruz, görüyoruz. Bir problem var olduğu belli. Cinsiyetçi bakış açısıyla mesele yaklaşamayız. Mağdur çok insan var. Yapılması gereken belli. Gerçekten uzun süre birlikte yaşamış, çoluk çocuk sahibi olmuş, bütünleşmiş, böyle köklü bir aile haline gelmişse nafakanın süresizliğinde hiçbir sakınca yok. Ama kısa süreli evlilikler, çabucak böyle altı ay, bir yıl, iki yıl, birbiriyle böyle bir adeta flört eder gibi, bunların birbirlerine bakmaları -artık ileriye dönük olarak en azından- yani bu kanun 2050'de de uygulanacak 30'da da uygulanacak. Artık bu aşamadan sonra bunların pek sağlıklı olmadığını düşünüyorum.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Süre konusunda, evlilik süresi konusunda bir şey söylemek istiyorum. Niye evliliğin süresi bazen ters orantılı olur söyleyeyim. Hala bizde bakirelik önemli. Ben açık ve net söyleyeyim. Biz hepimiz İstanbul'da yaşamıyoruz, her davayı açan İstanbul'da yaşamıyor. İkinci evlilik yapabilme şansının bakire olmadığı zaman uygulanmadığı şeyler var.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Birsen Hanım bunun karşılığı yoksulluk nafakası mıdır? Yoksulluk nafakası ceza mıdır?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Yani yoksulluk nafakası mesela biz ilk kanuna aldığımızda biliyorsunuz kusursuz olması gerekiyordu. 1 yıl süreliydi. Ama ne oldu görüldü ki bizim toplum yapımız da İsviçre'deki gibi değil. Hep Avrupa'yı örnek veriyoruz da bizim toplum yapımız öyle değil.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Ama soru şuydu yoksulluk nafakası ceza mıdır?

Doç. Dr. Cansu KAYA KIZILIRMAK:

Müsaadenizle görüşlerimi bildireyim. Yoksulluk nafakasının kusurla birlikte kusurdan bağımsızlaşması kusuru kaldırdığımız noktada zaten paralel olarak görüşüm. Tazminatları zaten kaldırmamız gerektiğinden bahsetmiştik. Toptan verilebiliyor. Süresiz verilmesinde mevzuat düzgün okunduğu noktada bir sıkıntı zaten yok. Yoksulluk nafakası düzenlenmesine ihtiyaç yoktur. Yapılacaksa da tahsil edilebilirliği ilişkin bir revizyon yapılmasına ilişkin önerim bulunur. Tazminatın kusur ile birlikte kaldırılması önerim bulunur. Aile mahkemelerinin yapısı ve diğer sorunlarla ilgili olarak bir öneri ve hususun altını çizmek isterim. Mahkemelerdeki uzmanların, sosyal hizmet uzmanlarının, merkezileştirilmesinden yaşanan çok ciddi sorunlardan bahsediliyor. Atamalarda, sürelerde çocuğun farklı farklı dönemlerde farklı farklı uzmanlar tarafından dinlenilmesi ve bunun yarattığı örselenmeler gibi. Bu merkezi sistemin tekrar bir elden geçirilmesi gerektiği yönünde bir hususu buraya arz edebilirsek çok memnun olurum. Mahkemenin birebir çalıştığı, hâkimin birebir çalıştığı, elinin altındaki uzman sisteminin merkezileştirilerek değil o sistemde ne problemler vardı ise onların iyileştirilmesine yönelik bir çalışma yapılması önerim bulunur. Son olarak arabuluculukla ilgili dün Bakan da söyledi. Şimdi ifade çok geniş. Bakan da diyor ki "şiddet vakası olmayan" Şimdi "şiddet iddiası olmayan" mı? "Şiddet vakası olmayan" mı? Şiddet iddiası zaten artık mütemmim cüzü çekişmeli boşanmanın. Burada neyi nasıl ayıracağımız noktasında da bir belirleme ile

düzenlemenin yapılması gerektiği hususunu takdirlerinize arz ederim Hocam. Saygılarımla.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani bilirkişilik uygulamaları aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda bilirkişilik uygulamaları. Ne dersiniz? Hemen çok kısa olarak.

Semra UZUN:

Bizim elimizde velayet ile ilgili yapılacak inceleme yönünde bir heyetimiz yok uzman heyetimiz yok. O yüzden biz Bakanlığa görüş bildirirken istinafta da bir uzmanlardan oluşan bir heyet olmasını istedik. Aksi takdirde kaldırıp ilk dereceye gönderiyoruz. Bu bir. İkincisi özellikle mal rejimi tasfiyesi davalarında birden fazla bilirkişi raporu oluyor ve sürekli taraflar bu raporu kabul etmeyip itiraz ediyorlar. Bir dosyada soruşturmayı yapan hâkim olarak gördüm ki on üç yıldır devam ediyor, on üç yıl içerisinde yirmi yedi tane bilirkişi raporu alınmış. Yani en azından yasaya iki ya da üçüncü bilirkişiden sonra bir Bilirkişi Kuruluna gönderilmesine yönelik düzenleme gelmeli. İki tane farklı hastaneden verilmiş çelişkili rapor olduğunda nasıl ki Adli Tıp'a biz gönderiyoruz ve diyoruz ki Dördüncü Daireye gönder ya da Genel Kurulda bunu tartışıyoruz, böyle bir şey yapılsın. Aksi takdirde mal rejimi dosyaları çok ciddi olarak gidiyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bir de sizden şeyi alayım. Ayrı bir yargılama usulü olmalı mı?

Semra UZUN:

Şöyle, zaten Türk Medeni Kanunundaki 184 ve devamı maddelerini alacaksınız, Hukuk Muhakemeleri Kanununa ya yerleştireceksiniz ya da çıkaracaksınız. Çünkü diyor ki "tarafın beyanı hâkimi bağlamaz." Başka hiçbir delil yok. Adam geliyor, diyor ki; "Evet, benim bir başka kadından çocuğum var". Kadın da delil bildirmemiş oluyor. Bu beni bağlamıyor diyorum. Bir şekilde buna münhasır birazcık daha…

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Hukuk Muhakemeleri Kanununun içinde uygun olur mu yoksa 4787 sayılı Kanun geliştirilse, sizce ne dersiniz?

Semra UZUN:

4787 sayılı Kanunun geliştirilebilir. Onda bir sakınca yok.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Ayrı bir kanun hep bir ikilem çıkarıyor. Hukuk Muhakemeleri Kanunu içine girmesi...

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA:

Ama Yargıtay okumuyor Hukuk Muhakemeleri Kanununu. Ama Hukuk Muhakemeleri Kanununun 26 ncı maddesi çok açıktı. Süresiz isteyebilir, daha azına karar verebilir diyor. Kanun açık. Kanun hükmüne rağmen biz neden tartışıyoruz anlayamıyorum?

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Aile hukukunda mahkeme temelli arabuluculuk tartışması var. Buna ne diyorsunuz?

Semra UZUN:

Mahkeme temelli olarak sadece mal rejimi için düşünüyoruz. Onun dışında mümkünü yok. Olmaz diyoruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Ama mal rejiminde biraz önce dava şartı dediniz. O mahkeme içi değil.

Semra UZUN:

Dava şartı dedim. Ama eğer o kabul olmazsa bu şekilde olması gerekiyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani mahkeme temelli arabuluculuk gelecekse bu sadece mal rejimi için olacak.

Semra UZUN:

Evet. Boşanmada mümkünü yok çünkü şahısların kişilik hakları söz konusu ve özgür iradeleri var. Davaya devam edip etmeme ya da kabul etmeme...

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Mevzuatı, uygulamadan kaynaklanan diğer sorunları yaptık. Bir de soyadı konusundaki düzenleme.

Semra UZUN:

Anayasa Mahkemesi iptal etti zaten. Bu konuda yeni yetişen arkadaşların elinde bir kanun maddesi olsun diyorsak, evet, düzenleme yapılsın. Yoksa bizde hiçbir sıkıntı yok. Biz uyguluyoruz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Şu anda Bakanlığın elinde bir tasarı var. Eskisinin aynısı. Anayasa mahkemesinin kararına rağmen.

Semra UZUN:

Anayasa Mahkemesi yasa gereğince bir üst mahkemedir ve mutlak surette de kararlarının uygulanması gerekir.

Katılımcı:

Arabuluculuk müessesinin boşanmada uygulanabilir olması bence uygun olabilecektir. Ama ne şeklide tesir edilebilecektir. Arabulucuların mesela özellikle güvenlik endişeleri var maalesef.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki, yani olabilmeli diyorsunuz ama ne şekilde?

Katılımcı:

Soyadı konusunda da Anayasa Mahkemesinin kararı açık. Uygulanması gerekir diye düşünüyorum.

Katılımcı:

Soyadı ile ilgili henüz yasal bir düzenleme yapılmadı.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bir tasarı hazırladılar eskisinin aynısı.

Katılımcı:

Yani o da bir işimize yaramaz. Kadın sadece kendi soyadını kullanmak istiyorsa dava açıp mahkeme kararı alması gerekiyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Böyle mi olsun Bundan sonra.

Katılımcı:

Böyle olmasına gerek yok. Çünkü bize de yük. Çünkü davayı direk kabul etmek zorundayız. Yargılama yapmanın da bir anlamı yok. Nüfus Kanunu düzeltilerek yapılabilir.

Katılımcı:

Soyadı ile ilgili ben de dava açmadan şahsı sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için taraf kendi soyadını tek başına kullanmaya devam edebilmeli.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani genel kural herkes evlenirken kendi soyadını tek başına devam etsin. Değişmezlik ilkesi diyoruz biz ona.

Katılımcı:

Mal rejimi konusunda da boşanma ile birlikte görülebilmesini ben ihtimal dâhilinde görmüyorum. Yargılamaları daha çok uzatacağını düşünüyorum. Daha çetrefilli konu olduğu için daha çok yargılamalar uzayacaktır. Bir de aile hâkimlerinin hepsi mal rejimine bakmasın. Aile hâkimleri içinde dahi ihtisaslaşma olsun. Mal rejimleri yani on tane aile hâkimi varsa üç tanesi baksın. Onlar uzmanlaştı bu konuda. Çünkü 2.000 tane esası olan bir aile hâkiminin 200 tane mal rejimi dosyası olduğunda bu dosyalara ehemmiyetle değinilmiyor. Böyle olunca da gidiyor yani, dosyalar elden gidiyor.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Mahkeme temelli arabuluculuk?

Katılımcı:

Yani bu konuda net bir görüşüm yok. Üstüne düşünmedim.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Buyurun Birsen Hanım.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Soyadından başlayayım. Biz de değişmezlik ilkesini savunuyoruz. Taraflar evlenmekle kendi soyadlarını devam ettirsinler. Kural bu. Ancak taraflar isterlerse birinin soyadını veya iki soyadını birden kullanma hakları da olsun seçimlik olarak bildirmeleri halinde. Arabuluculuğa geldiğimiz zaman biz aile hukukunda hiçbir zaman arabuluculuğu savunmadık. Aslında temel olarak da arabuluculuğu savunmuyoruz. Bu arada şunu söyleyeyim. Ben aynı zamanda arabuluculuk eğitimini almış, sınavlarına yazılı-sözlü girmiş arabulucuyum. Hani sistemi bilerek itiraz ediyorum. Arabuluculuğu fiilen yapmadım ama taraf arabuluculuğunu çok yaptım. Yani sistemi inceledim. Arabuluculuk o kadar gösterildiği gibi değil. İş hukukunda hani birtakım rakamlar çıkıyor ama onlar ihtiyari arabuluculuk ve "zorunda", "zorunlu arabuluculuk" değil, "zorunda arabuluculuk". İbranın yerini artık iş hukukunda arabuluculuk almış durumda. Yani hiçbir çatışma yok ama arabuluculuk çözümüne bağlanmadan o işi tasfiye edemiyorsunuz. Dolayısıyla oradaki şeyler doğru değil. Şimdi aile hukukunda neden olmaz?

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Ayrı bir şey olmalı mı yargılama aile hukuku için?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Ben şimdi yok neden olmazı söyleyeyim. Çünkü ben bu çalıştayın daha çok aile hukukunda arabuluculuk getirilmesi için yapıldığını düşünüyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bu o değil. O bir ay önce Ankara'da tartışılmıştı.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Oraya zaten bizi de çağırmadıkları için burada da söz hakkı bulduğum için beş dakikada olsa bunun neden olmaz bölümünü anlatmak istiyoruz. Bizler sahadayız biliyoruz. Burada arabuluculuk anlatıldığı zaman çok güzel görünüyor. Yani ben de sahada olmasam "Ya ne güzel bir çözüm önerisi." diyeceğim. Hâlbuki öyle değil. Birinci şeyimiz güvenlik. Kadına şiddet önlenebilmiş değil. Şu an ana sayaçtan aldığımız rakamlar gene yüksek. Her gün bir kadın öldürülüyor. Kadınlar da genelde boşanmadıkları için öldürülüyor. Biz 25 Kasım tarihinde bir veri yayınladık. Yani 6284 sayılı Kanun ile ilgili verilen 1442 kararı taradık ve orada gördük ki başvuruculların

%100'ü kadın. Kime karşı almışlar fail olarak baktığımızda? Kadın %98,80 ev içi şiddet mağduru? Bu olaylarda fail de %86,81 ile de kocası. Dolayısıyla şiddetsiz bir boşanma mümkün değil zaten. Bu ülkede kadınlar öldürülüyor avukatlar da kadınların vekilliğini yaptı diye de öldürülüyor. Yani boşanma davasında avukatlar da öldürülüyor. Mahkeme içinde de öldürülüyor, dışında da koruması da öldürülüyor. Dolayısıyla şiddet görmediğiniz bir olay bile şiddete evrilebiliyor. Geçen ay İstanbul'da olan bir olayda bir kadının boşandığı kocası kirlilerini yıkamak için eve getiriyor. Yani kadın boşandığı kocasının kirlilerini yıkıyor. Ortak çocuk var. O kadın öldürüldü. Yani hiç görmediğiniz, yok dediğinizde şiddet var.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

O zaman şöyle bağlıyorum. Şiddet çok yoğun olduğu için şiddet vakalarında arabuluculuk olmaz.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

İkinci şey gizli yapılan arabuluculuk görüşmelerinde dini referanslar ve geleneksel örf ve adetler nedeniyle kadın hak kayıplarına da sebep olabilirsiniz. Çünkü miras hukukunda da arabuluculuk varmış. İki kişiydik. Birimiz bir aile tartışma, birimiz de diğer aile tartışma grubunda bulunduk. Miras hukukunun tartışıldığı bölümde baro temsilcim yok mesela. Bakanlık keşke daha fazla temsilci isteseydi. Beş grup var. Beş kişi isteseydi. Bakanlık bizden iki kişi istedi. Bu eleştirimi de getireyim. O yüzden burada söylemek zorundayım. Dolayısıyla burada da dini referanslı, -biliyorsunuz erkek iki pay alır, kadın bir pay alır.- ben size geçen konuştuğumuzda da örnek verdim Karadeniz'de kadın miras payı almaz. Erkek alır, kocası da kendisini ödemez. Ne olur? Sosyal denge sağlanır ama kadın yoksulluğu devam eder. Sonra da nafaka niye ödüyoruz bölümünü tartışır.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki, o kadın dava açıyor mu? Karadeniz'deki kadın?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Açmıyor. Toplumsal baskı var. Arabuluculukta da almayacak hakkını. Toplumsal baskı var. Çünkü aile ödemiyor. Dini referansta doğu kesimi daha vahimdir. Öyle düşünüyorum. Hâkimin tarafları sulhe davet yetkisi var ama uygulamada ne görüyoruz "sulh oluyor musunuz?" "Hayır, tamam şimdilik sulh olmuyoruz." öyle geçiyor. Hâlbuki bunu daha detaylandırabiliriz. Yani bu sulhun sonuçlarını, süreci falan anlatabiliriz.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Sulhten anladığınız nedir? Çünkü bir kesim bunu "Gidin barışın" olarak anlıyor.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Yani anlaşarak boşanın şeklinde de bir sulh değil. Yani bunu anlaşarak çözebilirsiniz. Kanunda sadece çekişmeli yargı düzenlenmemiş, anlaşmalı boşanma da düzenlenmiş. Tarafların düzenleyebilecekleri de hatırlatılabilir. Bakın arabuluculuk eğitimi aldım dedim. Arabuluculuk eğitiminde ilk neyi öğretiyorlar biliyor musunuz siz? O toplantıda diyorlar ki arabulucuya; "Kapıya yakın oturun." diyorlar. Niye çünkü bir tartışma olduğunda kolay kaçıp güvenliğinizi sağlamanız için. Yani arabulucunun da güvenliği söz konusu yani. Sonra anlaşmalı boşanma düzenlenmiştir. Dolayısıyla böyle bir arabuluculuk ihtiyacı yok. Taraflar anlaşmış ise zaten bunu düzenleme konusu söz değil. Arabuluculukta bir de davanın çözümü pahalıdır. Çünkü arabuluculuk bir yüzdeye tekabül eder. Yani bir maddi manevi tazminat yüzdesi olduğu zaman %6 gibidir. Hâlbuki bunu anlaşmalı boşanmada düzenlediğinizde maktu ücretleri ödersiniz. Anlaşmalı boşanma daha uygun bir ekonomik çözüm yoludur.

Katılımcı:

Boşanma tek taraflı irade beyanıyla olmuyor yani kadınla çekişmeli boşanma davası sunuyoruz. Uzayan bir süreç. Bir de anlaşmalı boşanma davası öneriyoruz. Kadın sırf yargılama uzayıp mağdur olmamak için maddi manevi tazminat ve nafaka taleplerinden feragat ediyor. Tek taraflı irade beyanı ile boşanma.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Arabuluculukla bu giderilebilir mi?

Katılımcı:

Arabuluculukla ilgili şunu söyleyebilirim. Mal rejimi ile olabilir ama boşanmada mümkün değil.

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Sadece Türk Medeni Kanununun 187 nci maddesinde kadının soyadını çözmekle işi çözemeyiz. Çocukların soyadını da mutlaka bütünsel bir bakış açısıyla bakmak zorundayız. Şu olabilir. Dile getirildi. Benim kişisel görüşüm "bir seçme zorunluluğu". Kişiler evlenme başvurusu sırasında aile adı olarak kendi soyadını mı, taraflardan birinin mi ya da ikisinin birden olabilir veya

herkes bekârlık soyadını kullanmaya devam ediyoruz diyebilir. Daha işin başında, uyuşmazlık çıkmadan evlenme başvurusu sırasında onu halletmesi gerekir. Şayet eğer bir aile soyadı seçmezlerse, devam edelim bekârlık soyadımıza derlerse, bu sefer mutlaka doğacak çocukların hangi soyadını taşıyacağı konusunda anlaşmaları gerekir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

O da çocuk doğduğu zaman anlaşacak. Ya evlenirken diyorsunuz seçim hakkı kullanacaklar, zorunlu bir seçim hakkı ama mutlaka ona göre aile ismi de belirlenir. Orada seçecekken

Murat DEMİRELLİ:

Arabuluculuk konusunda özellikle bazı çekincelerim var. Yine misaller ile açıklamak istiyorum. Azıcık gittik bir şey vakası var yine zinadan en sertinden gideceğim. Bir iki aylık çocuk var. Çocuk anneyi emiyor. Siz velayeti babaya verdiniz…

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Mahkeme temelli arabuluculuk tarafların anlaşmalı boşanmaya yönlendirilmesi ve bu konuda arabulucudan bir hizmet alarak anlaşmalı boşanma protokolünde sizin de kanaat getirip onaylamanızdır? Buradan bakarsanız.

Murat DEMİRELLİ:

Hiç içime sinmiyor arabuluculuk. Taraflar anlaşsalar, anlaşmalı boşanmaya geliyorlar. Barışsalar feragat ediyorlar ya da vazgeçme. Öbür türlü geldiğimizde biz nasihat ettiğimizde barıştırabiliyorsak barıştırabiliyoruz. Buradan arabuluculuğa gönderdiğimizde geri dönecek metin lazım bana. Şey dersiniz tamam "arabulucu boşanmaya karar versin, bir kâğıt düzenlesin, resmi bir ilam düzenlesin." Tamam ama…

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Arabulucu boşanmaya karar veremez ki asla.

Murat DEMİRELLİ:

…Ondan sonra bunu nüfus müdürlüğüne götür. Öyle olmazsa tekrar bana gelecek. Bana geldiğinde ben Türk Medeni Kanununun 184/5 maddesi kapsamında aynı anlaşmalı boşanmada olduğu gibi çok yerlerine müdahale edeceğim. O zaman ben arabulucuya niye gönderdim? Bana vakit kaybettirir. O sırada ben yargılamayı bitirebilirim.

Katılımcı:

Bir kere arabuluculuğun zorunlu olması ihtimali gerçekten yok. Tamamen mi yok diyorsunuz?

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Tamamen yok.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Mahkeme temelli arabuluculuk zorunlu bir arabuluculuk türü değildir.

Katılımcı:

Mal rejimi için de bunu kabul ediyorsunuz?

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Onu bilmiyorum. O hiç konuşulmadı. Şimdi ben sadece boşanma arabuluculuğu için mahkeme temelli olarak geliştirildiğini, bunun da ancak dediğim kriterlerle olabileceğini ileri sürdüm. Evet, benim bakanlığa verdiğim görüş de bu.

Katılımcı:

Sizin görüşünüz bu. Çalışmalarda baktığımda biraz daha farklı gördüm. Yani yanlış görmüş olabilirim. Sizin de yer aldığınız bir çalışmaydı. Bir kere Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin de görüşünde zorunlu arabuluculuğu önermiyor. Yani burada kriter olarak zorunlu arabuluculuğu önermiyor. Ülkemiz koşullarında sahada çalışan, aynı zamanda arabuluculuk da yapan biri olarak boşanma dışındakilerde bile şiddet faktörünü görüyoruz. İş davalarında da ben bunu gördüm. Boşanmada korkunç bir risktir. Yani o azaltmaya çalıştığımız şiddetin çok daha fazla arttırırız.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Yani ben ona şiddetin ötesinde güç dengesizliğinin olduğu durum diyorum.

Katılımcı:

O da öyle ama onun dışında bir de şeyi kabul etmek lazım arabulucuların niteliklerini.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

450 saatlik bir eğitim öngörülüyor. Çok özel bir eğitim öngörülüyor. Herkes aile arabulucusu olamıyor.

Katılımcı:

450 saatin yeterli olacağını ben düşünmüyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Siz kaç saat aldınız? 40 saat mi alındı? 80 saat mi alındı? 450 saat nasıl yetersiz olur ben onu anlamadım.

Katılımcı:

Kişilik olarak empati yapma yeteneğim olmayabilir. Bilgi uygulamada başarı demek değildir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Aile arabuluculuğunun seçiminde zaten bazı kriterler de var.

Katılımcı:

Ama o kriterleri biz görmedik ve tartışmadık.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Şu anda henüz daha yapılmadı. Uluslararası toplantılarda çok tartıştık, sonuçlar çıktı. Bildiğim kadarıyla Lisa Parkinson'un kitabı çevrildi ve Bakanlık bunu yayınladı. Bizim yaptığımız bir çalışma vardı o yayınlandı. Bunlar var diye. Çünkü bunlar böyle hani ezbere olacak şeyler değil.

Katılımcı:

Bu çalıştaydan önce keşke bunlar bizimle paylaşılsaydı.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Alenileşmiştir diye düşünüyorum.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Biz çağrılmadan yapılan şeyler bunlar.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Evet, buyurun.

Av. Beyza BAYINDIR:

Soyadının değişmezliği ilkesinin biz de destekleyicisiyiz. Bu noktada elbette seçimlik de sunulabilir. Fakat soyadı az önce belirtildiği gibi bir aile adını belirtmemeli bence. Aileyi değil geldiğimiz soyu belirtmesi gerektiğinden dolayı çocuğun soyadı ile ilgili herhangi bir tartışma zaten söz konusu olmamalı. Her türlü babanın soyundan gelmeli. Fakat kadının ve erkeğin ikisinin de kendi bekârlık soyadı gibi bir kavram olmamalı zaten. Soyadı bir ve tek tanedir. Soy babadan yürüdüğün için...

Dr. Öğr. Üyesi Beşir ACABEY:

Neden anne değil?

Av. Beyza BAYINDIR:

Çünkü yüzlerce yıllık bir gelenek söz konusu. Burada örfe değil marufa bakılır.

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

Zaten Soyadı Kanunu yüzlerce yıl değil ki. Yeni çıktı.

Av. Beyza BAYINDIR:

Cumhuriyetten önceki dönemde de zaten babanın adı kullanılırdı kendi ismini önünde. Ve bunun çok sağlıklı olduğunu düşünüyoruz. Soyadı zaten kadınların kendi soyadını da mahkeme kararı ile değil aynı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan dolayı mahkeme kararından bağımsız bir şekilde alabilmeleri gerektiğini savunuyoruz. Arabuluculuk noktasında da arabuluculuğun varlığının şiddeti arttıracağını değil azaltacağını düşünüyoruz ve savunuyoruz.

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA:

Aile arabuluculuğunu ben de kabul edemiyorum. Çünkü kamu düzenine ilişkin birçok içerik bulunmakta. Serbest iradeleri ile karar

veremeyecekleri bir şey. Hâkim arabuluculuğu diye o nereye götürecek işi onu bilemiyorum. Anlaşmalı boşanmadan bir farkı kalmaz. Hâkimin tarafları çağırıp da şu konularda anlaşın demesi söz konusu olamaz. Nafaka ile ilgili aslında hep bunu söyledim. Kanun çok açık. Uygulamacılar onun içinden çıkabilir diye. Ama hocamın da dediği gibi tereddütleri gidermek için süreli süresiz diyerek bunu çözmek lazım. Ama nafakanın belirlenmesinde kıstaslar koymak lazım. Yani evlenme süresi, evlilikteki görev dağılımı, yaş, sağlık durumu gibi. Yani 50 yaşından sonra boşanıyor. Kadın kanser hastası. Çok kötü durumda. Ona göre nafaka belirleyeceksin yani. Evlilik süresi orada belki çok göz önünde bulundurulmayacak. Bunlara bakmak lazım. Canan Hocanın söylediği çok önemli. Nafakayı ödemiyor koca. Yani aciz kalıyor. Nafaka var görüntüde. Ödenmiyor. Devletin burada bir koruyucu rol üstlenmesi çok önemli. Soyadı konusuna gelince evlilik birliğinin varlığının bir görünümüdür. Hep böyle nitelendirilmiştir. Benim şeyim çok demokratik olarak nitelendiriliyor bunu söylediğim zaman. Aile soyadını ilk başta seçsinler, bunun üzerinde birleşsin diye. Ama o demokratik kültür herhalde şu anda daha toplumda oluşmuş durumda değil. Ama dediğim gibi tamam sonuna kadar savunuyoruz. Kadınlar kendi soy ismiyle devam etsinler. Baba ile çocuğun soy ismi farklı, kadının soy ismi farklı. Biz buna alışık bir toplum değiliz ki. Otele gittiler, şuraya gittiler, buraya gittiler, farklı bir soy isim. Okula gittiler farklı bir soy isim. Hemen bakış açısı değişir. Böyle bir toplumuz biz. O kadının oradaki rencide olacak durumunu da göz önünde bulundurmaktadır.

Av. Beyza BAYINDIR:

Alışılır. Ne var onda. Alışılabilir. Kısa sürede alışılabilir.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Ben yine aynı perspektifi tekrarlamak istiyorum. Bireyselleşme mi toplumculuk mu? Bu iki anlayış ister istemez yarışıyor. Kimse evlenmek zorunda değil. Evleniyorsa da onuruyla varlığında sürdürmesi gerekiyor. Kadının veya erkeğin soy ismini ben bir mücadele alanı olarak görülmesine rağmen özde birlik fikrinden dolayı kadın ve erkeğin istedikleri bir soy ismini seçmelerini ve onun ailenin soy isim olarak kullanılmasını en sağlıklı ve doğru yol olarak görüyorum. Öbür türlü bireyselleşme aile içinde de o kadar genişliyor ki artık ona soyut bir yani göstermelik aile diyoruz. Ben onu doğru bulmuyorum. Kadının veya erkeğin soy ismi seçilsin. O ailenin soy ismi odur. Dolayısıyla erkek de kadının soy ismini seçebilmeli. Hiçbir sorun yok. Kadın da seçebilsin. Ama tek bir soy isim olsun diyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Boşanınca ne olacak Hocam?

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Boşandıktan sonrasına ilişkin sorun evlilik devam ederken doğan sorunlardan bence daha az, daha hafif. Daha katlanılabilir.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Tartışma zaten bu. Evlenince soyadı değişiyor. Boşanınca da bir daha değişiyor.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Boşananların oranı çok az. Evli olanlar daha çoğunlukta. Değişiyor boşanınca bir daha değişiyor. Çoğunluğu biz boşananlara mı uyduracağız?

Av. Birsen BAŞ TOPALOĞLU:

İsimle tanınıyor hocam. Bazen de o isimle tanıyor. Erkek veya kadın fark etmeden o menfaati de korumak lazım.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Bin evlilik var. İki yüz boşanan var. Biz iki yüz patolojik hadiseye sekiz yüz normali mi uyduracağız yani? Öyle şey olur mu?

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Arabuluculuk konusundaki görüşünüz nedir hocam?

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Ben mal rejiminde taraftarım ama uygulamacıların fikrini çok önemsiyorum. Ama bu sahada çalıştıkları için arabulucu konusunda hani hâkimlerimizin kanaatine katılıyorum.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Boşanma arabuluculuğuna olmaz diyorsunuz.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Katılmıyorum Hocam. Olmaz Hocam. Mal rejiminde olur.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Son olarak usulcümüze söz hakkı veriyorum ve kapatıyorum.

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA:

Teşekkür ediyorum. Öncelikle ayrı bir usul kanunu olmasında ısrarlıyım. Bunun bir sürü gerekçesi var. Çok uzun yazdım ama en basitinden Hukuk Muhakemeleri Kanununun 292 nci maddesine ilişkin tartışmalardan bahsetmek isterim. Soy bağına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanununda ayrı düzenleme olmasına rağmen Türk Medeni Kanunundaki düzenlemenin uygulanmasına dair görüşler de var. Bizim ayrı bir kanunumuz olursa bu tür tartışmalardan kurtuluruz. Burada Almanya örneğini vermek istiyorum. Almanya'da 490 maddelik bir Aile Usul Kanunu var. Aile mahkemesi hâkiminin Hukuk Muhakemeleri Kanununu açmasını gerektirmeyen bir kanun hazırlamalıyız. Dört başı mamur. Ama çok uzun çalışmamız lazım. İlkeler bağlamında çok fazla ayrışma var. Yargıtay'ın Hukuk Muhakemeleri Kanununda baktığı hükümler var, bakmadığı hükümler var. Bizim bu tartışmalara yer vermeyecek, çok açık, net, dört başı mamur ayrı bir "Aile Usulü Kanunu" düzenlemeliyiz. Arabuluculukla ilgili çalışmalar konusunda da zorunlu arabuluculuğa karşıyım. Zaten öneri de o yönde değil. İhtiyari bir biçimde olabilir. Ama bu ihtiyaride de mal varlığı haklarına ilişkin mal rejimlerinde olabilir diyorum. Boşanmanın kendisi bakımından taraflar isterlerse yapılandırılmış bir arabuluculuk olabilir. Ama burada bahsettiğimiz eğitimin içeriği çok çok önemli. Şu anki arabuluculuk eğitimi ile yapılabilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyim. Psikologlara bu konuda yer verilmemeli. Yine aile mahkemesi hâkimlerinde olduğu gibi arabulucuların evli, çocuk sahibi olmasına öncelik verilmeli kanaatindeyim.

Semra UZUN:

Taşrada boşanma dosyasına bakan hâkimlerinin hepsi evli ve çocuklu değil ki. Bizde de öyle değil.

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA:

Biliyorum, biliyorum. Ama iki çocuk sahibi bir anne olarak çocuğu olan öğretmenlerle çocuğu olmayan öğretmenlerin öğrencilere yaklaşımının farklı olduğuna ilişkin sekiz yıllık bir eğitim tecrübem var. Çocuğu olan insanın yaklaşımı farklı. Ben saygı duyuyorum insanların tercihlerine. Hiç kimse çocuk sahibi olmak ve evlenmek zorunda değil. Ama empati yeteneği açısından -elbette çocuksuz bir kişide empati yeteneğine sahipse yapabilir- tercih sebebi olmalı. Zorunlu demiyorum. Tercih edilmeli. Ben çocuğumu anne olan bir öğretmene teslim etmek isterim. Evliliğim bahis konusuysa da evli olan bir insana bunu teslim etmek isterim.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Aile hâkimlerinin belirli bir süreden sonra olması konusunda ne düşünürsünüz?

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA:

Hâkim yardımcılığı kurumunun, şu anki hâkim yardımcılığı değil ama hâkim yardımcılığını ilişkin çok ayrıntılı bir çalışma yaptım. Hâkimlik mesleğine giriş yaşı en az otuz olmalı. Aile hâkimlerinin bu konuda mutlaka otuz yaşını tamamlamış olması gerektiğini düşünüyorum. Hukukta çalışmalı veya bir şey olmalı. Doğrudan aile mahkemesi hâkim olmayı ben de önermiyorum.

Katılımcı:

Ama aile hâkimleri çocuklu ve evli diye belirlediklerinde taşrada birçok hâkim arkadaş kendi mahkemelerindeki aile davalarına bakamadılar. O nedenle tercihen düzenlemesini getirdiler.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Boşanma davalarında bazı durumlarda çocukların ayrı temsili gerekli midir sizce?

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA:

Çocuğun bağımsız temsili gerekiyor. Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde çocuğu ne olarak dinleyeceğimize dair hüküm yok. Çocuk tanık değil aslında. İşin esası nasıl dinleneceği Kanunda düzenlenmemiş. Bizim çocuğun konumunu ve bağımsız temsilinin mutlaka düzenlememiz lazım. İstatistiklere göre göre çocuğa en çok zarar veren maalesef annesi babası olabiliyor. Velayet hakkına sahip olanlar oluyor. En çok koruyan da onlar oluyor.

Semra UZUN:

Tanımayan, çocuğu hiç bilmeyen nasıl temsil edecek? Ben çocuğun kan grubunu bilmiyorum, alerjisi var mı bilmiyorum. Gece altına yapar mı? Uyur mu uyumaz mı bilmiyorum. Yaşamı için karar veriyorum. Nasıl olacak?

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA:

Sayın hâkimim ben Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının bu işin içinde olmamasını kınıyorum. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı diye bir Bakanlık

varsa Türkiye'de aile hekimliği nasıl işliyorsa her ailenin de aslında o ailenin durumunu takip eden bir uzmanının olması lazım, aile hekimliği ile beraber işleyen. Şu an çocuklar takip edilmiyor. Neler yaşanıyor biz bilmiyoruz. Ailenin içinde olanı da bilmiyoruz. Müdahale etmeyi de çok doğru bulmuyorum. Hâkim olarak yaptığımız müdahalede her zaman doğru olmayabilir. Çünkü biz psikoloji eğitimi almıyoruz hukuk fakültesinde.

Semra UZUN:

O yüzden aile hâkimlerinin en az 6 aylık empati kursuna gitmesi lazım.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Çocukların bağımsız temsili konusunda ne düşünüyorsunuz?

Semra UZUN:

Biz istiyoruz. Maalesef gerek görmüyorlar ve çocukları da açık ve net olarak söyleyeyim heyet olarak dinlemek istediğimiz zaman sadece avukat arkadaşları tutuyoruz. Asla soru sormalarına izin vermiyoruz. Cübbelerimizi çıkarıyoruz. Kürsüye çıkıyorlar. Çünkü onlar yukarıdan bize bakıyorlar. Biz de onlarla en az bir yarım saat sohbet ederek karar veriyoruz.

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA:

Keşke bütün hâkimler sizin gibi olsa.

Semra UZUN:

Çok defa şahit olduk beni sen alsana diyene.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Bağımsız temsili bir kayyım atanarak gerekirse ona bir avukat ayarlanabilir. Veya kayyım tarafında bağımsız olarak boşanma davasında çocuğun ayrı temsili -özellikle çekişmeli ve çocukların durumunun özel durumlarında- sağlanabilir. Yani mutlaka da bir menfaat çatışmasına bakmasına gerek yok. Zaten orada doğal olarak bir menfaat çatışması da ortaya çıkıyor. Anne babanın çatışması çocuğa yansıyor.

Murat DEMİRELLİ:

Böyle durumlar velayetin değiştirilmesi dosyalarında da çok başımıza geliyor. Türk Medeni Kanununun 426/2 maddesinden atıyoruz. Fakat genelde bu seçilen avukat arkadaşlar mesleğe yeni başlayan avukat arkadaşlar

olduğu için bazen “Biz ne diyeceğiz” diye gelip bize soruyorlar. Onu da size söyleyeyim. Yani velayetin değiştirilmesi dosyasında velayetin kaldırılması kamu düzeninden olması nedeniyle re’sen incelediğim için zaten çok gerek yok. Vakit kaybettiriyor. Dolayısıyla burada Türk Medeni Kanununun 426/2 maddesine hiç gerek yok. Velayetin değiştirilmesi dosyasında çocuğa kayyum atanmasına gerek yok. Ama boşanma derseniz o gene tartışılır.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Peki, teşekkür ediyorum. Sabrınız için teşekkür ediyorum.

II. GRUP SONUÇ BİLDİRGESİ

Tartışma Konuları: Aile Hukuku-I

Türk Hukukunda Özel ve Genel Boşanma Sebepleri Boşanma ve Kusur İlişkisi

Görüş ve Öneriler:

Özel ve genel sebeplerin değişmemesi gerektiği, uzun süren yargılamaların boşanma sebeplerinden değil usul uygulamasından kaynaklandığı ileri sürüldü. Bunun genel yargılama sorunu olduğuna dikkat çekildi. Boşanma davalarının daha süratli sonuçlanabilmesi için uygulamanın sorunlarını ortadan kaldıracak çalışmalar yapılması ileri sürüldü.

Ancak bazı akademisyenlerimiz karşılaşmalı hukuk kapsamında artık özel ve genel sebeplere gerek olmadığı, kusur ilkesinden bağımsız boşanma sebepleri ihdas edilmesi gerektiğini, fiili ayrılık, anlaşmalı boşanma ve evliliğin temelden sarsılması sebeplerine dayalı bir boşanma sistemi getirilmesi gerektiği görüşü de ileri sürülmüştür.

Madde 166/3'de yer alan bir yıllık sürenin kısaltılabileceği ancak 6 aylık bir süre ön görülebileceği genel olarak kabul edildi. Bazı görüşler sürenin tamamen kaldırılması, bu durumda mahkemenin bir düşünme süresi vermesi yönünde idi.

Anlaşmalı boşanmada tarafların özgür iradelerinin ortaya konduğunun araştırılması gerektiği, bunun için de özellikle avukatla temsilin zorunlu olması gerektiği görüşü de ileri sürüldü.

Kusurdan bağımsız tek taraflı irade ile boşanmanın mümkün olabileceğini ileri sürenler olduğu gibi, çoğunluk görüşü bunun mümkün olmaması yönünde idi.

Boşanmaların uygulamada uzun sürmesinin tarafların yeni bir hayata başlamasını engellediği, kadının da doğurganlık yaşının sona erdiği belirtilerek boşanmaların hızlandırılması ve tek taraflı irade ile boşanılabilmesi dile getirildi.

Boşanma davalarında duruşmadan önce psikolojik danışmanlık, aile terapisi gibi bazı destekleyici çözümler de ileri sürüldü.

Mevcut Türk Medeni Kanununun 164 üncü maddesinin (terk nedeni ile boşanma) kanundan tamamen kaldırılması, 166/son'da yer alan 3 yıl fiili ayrılık süresinin kısaltılması ve ayrıca bu maddedeki dava şartının kaldırılması önerildi.

Boşanma davalarının uzamasının bir nedenin de çok sayıda tanık gösterilmesi olduğu, ancak bu konuda hâkimin tüm tanıkların dinlemek yerine vaka ile sınırlandırılarak bazı tanıklardan imtina edebileceği ve bunun da sorunu bir nebzede olsa çözebileceği ileri sürüldü.

Yine davaların hızlandırılmasında bir etken olarak aile hâkimlerinin belirli bir kıdem süresinden sonra yetkinliği, tecrübesi ve eğitim durumu dikkate alınarak atanması gerektiği görüş olarak ileri sürüldü.

Nafaka ve Tazminat Sorumluluğu İle Katılma Alacağından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Görüş ve Öneriler:

Yoksulluk Nafakası: Mevcut yasal düzenlemeye göre yoksulluk nafakasında hakimlerin toplu nafaka şeklinde süreli bir nafakaya da hükmedebilecekleri, bu nedenle mevcut düzenlemenin değişmemesi gerektiği, hâkimin takdir yetkisi bulunduğu,

Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesinden gelen talepte ise hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığı, bu nedenle de Türk Medeni Kanununun 175 inci maddesinden süresiz tabirinin çıkarılması gerektiği,

Akademisyenlerin çoğunluğu ise 175 maddenin 1. fıkrasında bir değişiklik yapılarak, hâkimin süreli veya süresiz nafakaya hükmedebileceği, 2. fıkrada ise süreli nafakaya ilişkin kriterlerin belirlenmesi gerektiği dile getirildi.

Ayrıca yoksulluk nafakasının tahsili aşamasında harç alınmaması gerektiği dile getirildi.

Tazminatlar konusunda bazı akademisyenler maddi ve manevi tazminatın boşanmanın feri kapsamından çıkarılarak Türk Borçlar Kanununa bırakılması gerektiğini, bu durumda boşanmanın da kusurdan bağımsız olmasının boşanmayı hızlandıracağı görüşünü ileri sürdüler.

Çoğunluk ise böyle bir değişikliğe gerek olmadığı yönünde görüş bildirdi.

Türk Medeni Kanununun 166/2 maddesi kapsamında kusur itirazında, evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması ve devamında diğer taraf ya da çocuk için de bir yarar bulunmadığı durumlarda hâkim hakkın kötüye kullanılması ilkesinden hareketle boşanmaya karar verebilmelidir.

Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü ile Ayrı Bir Usul Kanununa İhtiyaç Duyulup Duyulmadığı

Görüş ve Öneriler:

Ayrı bir usul kanunu olması konusunda hemen hemen bir konsensüs sağlandı. Ya ayrıntılı bir usul yasası ya da 4787 sayılı Yasaya ekleme yapılarak düzenlenmesi ileri sürüldü.

Görüş ve Öneriler:

Aile hukukunda özellikle boşanma arabuluculuğuna sıcak bakılmadı. Sadece mal rejimi davalarında uygulanabileceği, ancak bir kısım üyelerin ise bunun da uygun olamayacağını dile getirdi.

Boşanma davalarında şiddetin çok yoğun olması nedeniyle arabuluculuğun hiçbir türünün elverişli olamayacağı dile getirildi.

Birtakım üyeler ise mahkeme temelli aile arabuluculuğunun şiddet ve güç dengesizliğinin bulunmadığı davalarda özellikle tarafları anlaşmalı boşanmaya sevk etmek ve kendi çözümlerini kendileri üretmelerine yardımcı edeceği görüşünü dile getirdiler. Ancak aile arabulucuların uzun süreli ve özel bir eğitimden geçerek yetiştirilmesi gerektiği ileri sürüldü.

III. GRUP GÖRÜŞMELERİ

III. GRUP TARTIŞMA KONULARI

Aile Hukuku-II

- Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Türk Hukukunda Ortak Velayet Uygulamaları ve Yaşanan Sorunlar
- Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü İle Ayrı Bir Usul Kanununa İhtiyaç Duyulup Duyulmadığı
- Evlat Edinme Uygulamaları, Evlat Edinmede Yabancılık Unsuru ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar
- Türk Hukukunda Soybağı ve Soybağının Tespitinde Yaşanan Zorluklar
- Aile Hukukunda Arabuluculuk
- Aile Mahkemelerinin 6284 sayılı Kanun Kapsamında Verdiği Tedbir Kararları İle İtiraz Sürecinde Yaşanan Aksaklıklar
- Mevzuat ve Uygulamadan Kaynaklanan Diğer Sorunlar ve Çözüm Önerileri

III. GRUP ÇALIŞMASI

Prof. Dr. Murat DOĞAN (Oturum Başkanı):

Kıymetli hazirun, hepiniz hoş geldiniz. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesiyim. Bize başlıklar vermişler altı, yedi tane. Üç tane oturumumuz var. Her konuda ittifak ettiğimiz konuları raporlamamızı ve sonrasında sunum yapmamızı istiyorlar. Her konuda ittifak edemesek de çoğunluğun katıldığı en azından bunu yazalım dediğimiz hususları raporlayacağız. Bize verilen süre kısıtlı. Hemen başlayalım arzu ederseniz. Bizim konular bilemiyorum tabi daha kısa olacağını düşünüyorum. O yüzden çok zorlanmayacağımızı düşünüyorum. Şimdiden başlayalım.

Şimdi başlıkları sizinle paylaşayım. Birinci başlık yüksek mahkeme kararları ışığında Türk hukukunda ortak velayet uygulamaları ve yaşanan sorunlar. Bu hususta yaşanan sorunlarla ilgili açıklamalarınızı paylaşırsanız sevinirim. Tabi ki herkes her konuda konuşmak zorunda değil. İlgi alanınız farlı olabilir. Buna göre de söz alınabilir. İsterseniz bu ortak velayetle ilgili müzakereyi başlatalım. Sizce buradaki sorunlar nelerdir? Mevzuatta düzenlenip düzenlenmediği tartışmalı olan Türk Medeni Kanununun 182 inci maddesi var, 336 ncı maddesi var. Hâkime takdir yetkisi veriyor diyenler var. Yargıtay zaten uluslararası sözleşmelere dayanarak ortak velayeti kabul ediyor. Kabul ediyor ama uygulamada karşılaştığımız sorunlar nelerdir? Ortak velayet nasıl kullanılacak? Birçok modelinden bahsediliyor. Benim uygulamada gördüğüm mesele şu. Mesela ortak velayete karar veriliyor. İştirak nafakasına yine hükmediliyor, kişisel ilişki tesis ediliyor. Kimin yanına bırakılmışsa giderlere onun katlanacağına dair bir inanış var. İştirak nafakası ödemekle yükümlü olan ben sadece buna katılıyorum, diğerlerine katılmıyorum diyerek itiraz ediyor. Yeni davalar açılıyor. Sadece iştirak nafakasıyla yetinmeli miyiz? Kararlara yeni bir unsur yazmalı mıyız? İştirak nafakası dışında olağan dışı giderlere, örneğin özel okul ücretine katlanacak mı? Kendisine velayet bırakılmayan ebeveynin katılması gereken giderlerden nelerdir? Yani ben aklıma geleni paylaştım. Sizlerin görüşlerini alalım. Buyurun hocam.

Mustafa ÇALIŞKAN:
(İstanbul BAM 38 Hukuk Dairesi Başkanı):

Mahkememiz aile mahkemesi davalarına bakıyor. Sizin de buyurduğunuz üzere ortak velayet bizim yasamızda olmayan ama sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi ihlal kararları gereği uygulamada Yargıtay'ın da kabul ettiği bir şey. Dedim ya işin içinde olan birisi olarak bizim sıkıntımız; boşanma kazananı olmayan kaybedeni mutlak çocuklar olan bir savaş olarak görüyorum. Özellikle kusura dayalı olan boşanmayı. Beraber konuşulmasını isterdim ama bu kusura dayalı boşanmanın değiştirilmesi gerekir.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Burada söylenen her şey kayıt altına alınıyor ve daha sonra Bakanlık tarafından kitap haline getiriliyor. Hiçbir şey kaybolmayacak.

Mustafa ÇALIŞKAN:

Bu bağlamda şimdi hocam da değindi ortak velayette özellikle malum çocuk zaten küçük oluyor, ortak velayeti verdiğinizde birisinin yanında konumlanması gerekiyor ki genelde anne yanı oluyor bu. Dolayısıyla diğer baba da bu çocuğa eğitimi, gelişmesi vs. için katkıda bulunması gerekiyor. Bunun adı iştirak nafakası oluyor veyahut eğitim ücreti vs. olabiliyor. İstanbul olunca yabancıların davalarına da bakıyoruz. Şunun üstüne basa basa söylemek istiyorum, efendim bizim erkekler 30 yıl kadınlık yapsın ama boşanınca elini kolunu sallaya salla gitsin. Hatta başka bir grupta tartıştığımız için bu İslam hukukunda Hul Muhâlaa diye bir şey var. Kadına mehrimi al üstüne para veriyorum, senden kurtulmak istiyorum diyebiliyor erkeğe. Bizim erkekler bunu istiyor. Anne Çocuğa da baksa, her gün çocuğu alabilsem diyor. İnsan sevdiği deriyi yerden yere vururmuş diyor ya. Çocuk bakımından çok kötüyüz arkadaşlar. Dolayısıyla bunu çözemiyoruz. İnsanımızı velayet noktasında eğitebiliriz. Çocuğun imanını gevretiyoruz. Dolayısıyla ortak velayet artık hukuka girdi. Yok olmaması gerekir diye düşünemeyiz. Avrupa hukukundaki ortak velayet uygulamalarını merek ediyorum. Bunu hocalarımızdan dinleyeceğiz. Orada nasıl kararlar veriliyor. Ama biz maalesef çocuğu çok örseliyoruz. Bunu paylaşmak istedim hocam. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Ortak velayet Kanunda düzenlenmeli mi? Düzenlenecek ise ne şekilde düzenlenmeli? Sorusunu soralım. Görüşleri olan varsa buyursun.

Doç. Dr. Agâh Kürşat KARAUZ:

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Doçentiyim. Ortak velayete ilişkin değerlendirme yapacağım. Burada metot olarak bir eleştiri yapabilirim. Aile hukuku konusunda konuşuyoruz. Burada konuşulan her konu salt hukukun çözeceği alan değil. İşte hâkim beyin bahsettiği gibi hukuk sihirli bir değnekmiş gibi konuşuyoruz. Ama bunun sosyolojik tarafı var. Yöntem olarak da biz en idealini yapsak da genetik kodlarda toplumsal genetik kodlarda bu uyumsuzluğu gösterdiğimiz zaman her zaman problem olacak. Sadece mukayeseli hukuka bakarak da bu sorunu çözemeyiz. Bizim burada uyum kültürünün olması gerekiyor ki problemi çözebilelim. İsveç'te alternatif modeller var. Tıpkı burada olduğu gibi çocuğun annenin yanında kalması, kişisel ilişki kurulması gibi. Ya da ikisinin arasında gidip gelmesi gibi ilişkinin devam etmesi. Ya da çocuğa bir ev tutulup annenin veya babanın belli zamanlarda o evde gidip çocuğun evinin hiçbir zaman değişmeyeceği gibi yöntemler belirlendi. Ama bizim yapımız sosyolojik olarak uygun mu? Hocam ben ortak velayetin bir asıl olması ve

Kanunda bir değişiklik yapılması gerekir diye düşünüyorum. Ama mecburiyet değildir. Ortak velayette bir uzlaşma olması gerekir. Muhakkak taraflar arasında çekilemez bir ilişki var, bir araya gelemiyorlarsa tabi ki kişisel ilişki olacak. O nedenle de bir Kanuni değişiklik olması gerektiğini düşünüyorum. Lakin diğer imkânlar da değerlendirilsin istiyorum. Teşekkürler.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Dava dilekçeleri veya cevap dilekçelerinde şunları görüyoruz. Velayet hakkının müvekkilime verilmesini talep ediyoruz diyor, kabul edilmeyecek olursa en azından ortak velayet kararı verilsin diyorlar. Ortak velayet konusunda anlaşma var mı? Hocam da söyledi aslında bazı ülkeler ortak velayet asıldır diyor. Boşanınca ortak velayet kalkmaz devam eder diyor. Ancak istisnai durumlarda tek kişilik velayet söz konusu olur diyor. Hocam ne düşünüyorsunuz.

Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU:

Şimdi ortak velayette hem bir aile hukuku problemi var, ama aynı zamanda çocuğun merkezde olduğu çok daha hassas bir problem var. Dolayısıyla hocamın ifade ettiği gibi salt hukuki değil. Hem psikolojik hem sosyolojik açıları olan bir mesele. Ama onu tartışmak değil bize düşen kısmı şüphesiz hukuki mevzuat kısmını tartışmak. Hocam direk oradan başladığı için hani ben de direk oradan başlayım. Ben öncelikle Türk Medeni Kanununun ilgili hükümlerinin ortak velayet kararına müsait olmadığını düşünüyorum. Ben orada yoruma açıktı, boşluktu vesaire şeklinde yorumlanabilir mi? Bence Türk Medeni Kanunu çok açık ve net. Yani tek başına velayet sistemimizde olan. Bunları tartışmanın bir anlamı yok. İşte gelinen noktada uluslararası sözleşme dayanak gösterilerek üstelik yabancı unsurlu bir davada tanıma şeklinde sanki bu iç hukukun bir sorunu gibi kişisel fikrim yanlış bir yöntem ile Türk hukukuna girmiş olan bir müessese ile karşı karşıyayız. Hani işin yine uluslararası sözleşmelerin Türk hukukunda doğrudan uygulanabilirlik karakteri veya burada kamu düzeniyle alakalı tartışabileceğimiz bir konu var mı yok mu? Bunların hepsi teknik akademik konular. Hani gerekirse bunları da tartışabilirdik ama biz çıktı odaklı çalışacağımız için hani konuyu dağıtmak istemiyorum. Bana göre o noktalarda da sıkıntı var ama bugün gelinen noktada artık uluslararası sözleşmelerinin iç hukuk mevzuatının üstünde olduğu gerekçesiyle Türk hukukuna girmiş ve kararlarda takır takır verilmeye başlanmış bir müessese söz konusu. O yüzden hocamın yine ifadesine istinaden ben bir an evvel yasal bir düzene kavuşturulması gerektiğini düşünüyorum. Yani ortak velayeti sevdiğimden değil. Ortak velayet gelecek dertler bitecek değil. Bugün gelinen noktada çocuğun merkezde olduğu bir meselede yasal düzenlemesi olmayan, yani iç hukukumuzda mekanizması olmayan bir müesseseyi el yordamıyla düzenliyor olmak bence çok büyük bir yanlış. Dolayısıyla şu gelinen noktada düzenlenmesi gerekir. Ama bu düzenleme yapılırken yurt dışı örnekleri ne kadar örnek alınmalı işte orada hocamın ifade ettiği gibi bizim ülkemizde ortaya çıkartabilecek problemler dikkate alınarak bir düzenleme yapılmalı.

Çünkü biz yurt dışındaki ortak velayetin çıkış noktasının uygulanma biçimlerine baktığımızda, aslında ortak velayet yani açık ifade edelim bunu; daha ziyade toplumsal cinsiyet eşitliği fikrinin bir yansıması, yani erkekler de çocuk bakabilir.

Boşanmadan sonra sürekli anneye bırakılan bakım külfeti var gibi bir tartışmaya ucu dayanan bir şey. Yani bizdekinin tam tersi. Biz çocuk seven bir toplumuz. Bizde çocuk paylaşılamıyor. Bizim sorunumuz çocuğun paylaşılamamasından kaynaklanırken, batıda bu çocuk nasıl neden sürekli anne bakmak zorunda kalsın, babanın da bir katkısı olmalı gibi bir fikre dayanıyor. Neyin doğru olduğu konusunda bir katkı sunmuyorum. Sadece sosyolojik farklılıktan bahsediyorum. İkincisi tabi biz ortak velayet dediğimiz zaman boşanma sonrası ortak velayete odaklanıyoruz. Hâlbuki bunun batı uygulaması aslında evlilik dışı doğumların çok fazla olması sebebiyle yani evlilik dışı çocukların velayet sorununu çözmek için oluşturulan bir müessese olduğunu unutmamalıyız. Bizim sistemimizi doğrudan uygularsanız bunun anlamı şu; çocuğun zaten nesep bağı öncelikle kurulmadı. Baba tanıma yoluyla nesep bağı kurulsa bile velayet yine annenin üzerinde. Yani burada da bir problem var. Batı ile olan uyuşmazlık noktasında yine bizim problemimiz birebir örtüşmüyor. Yine batıdaki uygulama usullerine baktığımızda bakın orada ortak velayet çocuğun mutlaka fiili bakımını da paylaşacak şekilde gerçekleşiyor. Şimdi bu çok önemli.

Aslında hukuk tekniği açısından velayet özünde yasal temsil olan bir müessese olan velayet ile çocuğun fiili bakımı farklı şeyler. Ama batıdaki ortak velayet uygulaması aslında her iki ebeveynin çocukla eşit vakit geçirmesini sağlayacak fiili bakıma da ortak edecek bir merkezde. Dolayısıyla oradaki farklı uygulamalarla anne babanın dönüşümlü olarak onunla oturması. Veya boşansalar bile aynı çatı altında yaşamaları için ortak velayetin devam etmesi. Ya da çocuğun bir süre anne ile sonra oradan alınıp babayla, bir süre anneyle, bir süre babayla yaşaması gibi bir merkez var. Şimdi ben ortak velayet Türk hukukuna bu şekilde girdiğinde toplumun hiçbir kesiminin hukukçular hâkimler dâhil yurt dışındaki uygulamanın böyle olduğunu bilerek bunu kabul ettiklerini zannetmiyorum. Hatta öyle bir hava esti ki ilk kabul kararı verildiğinde, ortak velayet gelecek dertler bitecek gibi algılandı. Hatta bunun babaya tanınan bir hak olduğu şeklinde algılandı. Babanın kişisel ilişkisinin sınırlandırılması veya yine ifade edildiği gibi iştirak nafakasına katkı boyutuyla tartışılıyordu. Bizim problemimiz farklıydı aslında biz o farklılığı farklı bir sosyolojik bir zeminden alıp çözmeye çalışmak gibi bir engel içerisindeyiz şu anda. Dolayısıyla ben bu konunun bir an evvel yasal düzenleme ile çözüme kavuşturulması gerektiğini düşünüyorum. Çocuğun merkezde olduğu bir konu bu. Ve çocuğun buradaki menfaatleri son derece önemli ama bunun düzenlemesi yapılırken bu diğer ülkelerdeki farklılar dikkate alınarak bir düzenleme yapılması gerektiğini ve mümkün olduğu kadar da bu benim kişisel fikrim, ortak velayetin asıl değil tek başına velayetin asıl olduğu, sadece bu konuda gerçekten istekli, yetenekli, samimi isteği olan ve çocuğun da bölünmüş velayet ortaya çıkacak şekilde, yani fiili bakım yine annede kalsın da çocukla ilgili karar vermek gerektiğinde ben hariçten gazel atayım diyecek babaların düzeni bozmayacak şekilde bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Hocam aslında Türk Medeni Kanununun 336 ncı maddesindeki şu cümlesi aslında subliminal mesaj içeriyor. “Velayet ana babadan birinin

ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir". Bu şu demek; ben önce çocuğun menfaatini test ettim, çocuğu bırakmak için faraza anneyi seçtim, önce çocuğu bıraktım, bıraktığım tarafa velayet verdim. Burada bir nimet külfet dengesi var. Çocuğun bakım külfetini sahiplenmek kolay değil. Orada çocuğun bakım yükünü kabul eden bir ebeveyn var orada. Belki evlenme şansı sınırlanan bir ebeveyn var. Böyle bir fedakârlığı yapıyorsanız o çocuk hakkında karar alma hakkı size aittir. Nimet külfet dengesi. Türk hukukunda bu denge bozulacak şekilde kullanılmamalı. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Kerem Hocam siz söz istediniz. Buyurun.

Prof. Dr. Faruk Kerem GÜNAY:

Şimdi bu tabi ki boşanma sonrasındaki müşterek velayet tamamen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek No:7 Protokolü ile gündeme geldi ama orada da Yargıtay bence aşırı hızlı gitti. Şöyle düşünüyorum; çünkü onayı uygun bulma kanunu yayınlanmış olarak alınarak buna atıf yapıldı ama normalde iç hukukta Milletlerarası Sözleşmenin eskiden Bakanlar Kurulu kararıydı şimdi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yayınlandıktan sonra yapılaması gerekiyordu ama neyse önemli değil, buna gerek var mıydı? Tabi ki milletlerarası sözleşmesi tabi ki Avrupa Konseyi tarafı olması sebebiyle buna izin veriyordu ama buna gerek var mıydı? Çocuk Hakları Sözleşmesi gereğince de zaten müşterek velayete atıf yapılabilirdi. Ben Türk Medeni Kanununun 336 ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki kısmının çok açık olmadığını düşünüyorum. Tartışmada burada ortaya çıkıyor. Ben şöyle düşünüyorum, müşterek velayetin verilmesi gerektiğini, bu kelimenin aslında çok uzun yıllardan beri, velayet hak değildir velayet sorumluluk eksenlidir diye ifade ediliyor. Ben naçizane şöyle öneride bulunuyorum, somutlaşması açısından belki, ortak hayata son verilir veya ayrılık hali gerçekleşir ise çocuğun üstün menfaati aksini gerektirmedikçe hâkim çocuğun kimin yanında ikamet edeceğini. Çünkü esas mesele de bu zaten ve de anne ve babasının çocuğun üzerindeki hak ve sorumluluğun müşterek olmasına karar verir. Belki karar verebilir diyebiliriz ama böyle de olursa yine aynı madde içerisinde kalıyoruz.

Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU:

Hocam Türk Medeni Kanununun 336 ncı maddesinin üçüncü fıkrasını nasıl yorumluyorsunuz? İkinci fıkra tamam. İkinci fıkra daha ziyade evlilik birliği devam ederken ki ortak hayatın tatil edilmesini düzenliyor. Boşanma sonrası dediğimizde üçüncü fıkra üzerinden belki bir değerlendirme yapmak gerekebilecek. Asıl bırakma hükmü o çünkü ya onun için Hocam.

Prof. Dr. Faruk Kerem GÜNAY:

Doğrudur. Boşanmada çocuğun velayeti kendisine bırakılana aittir ama burada tabi ki müşterek velayette ailenin durumunu hâkim o sırada tedbir kararı vererek eşlerden birine veriyor çocuğu. O dönemi belki izleyebilir. Bir de belki iki tane çözüm önerisinde bulunacağım. Çok uyar mı uymaz mı? Birincisi vesayet rejimi aklıma geliyor. Sulh hukuk hâkimi belli dönemlerde denetliyor ama iş yükü açısından sayın hâkimlerden çok çekiniyorum zaten çok dosya yükü var. Bu da belki neye benzeyebilir. Bir taraftan da bide yapancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda idari gözetim var orada da bir denetleme mekanizması var.

Mustafa ÇALIŞKAN:

Hocam vesayette şöyle. Genelde üçüncü kişiler olduğu için biraz da aleyhine hareket etme ihtimali oluyor. Burada potansiyel anne baba çocuğun yararına hareket eder ilkesi söz konusu. Artı değişen koşullara göre her an dava açabiliyorsunuz. Dolayısıyla burada problem yok. Hani yanlış anlamayın bize ek iş gelmesin anlamında değil ama uygulanabilir veya o işi hiç karıştırmamakta fayda var diye naçizane düşünüyorum. Bu arada muhalefet ettiğim için özür dilerim.

Prof. Dr. Faruk Kerem GÜNAY:

Hocam şöyle; müşterek velayeti biz eğer bunu biz prensip kabul etmez isek sadece anne baksın dersek sağlıklı bir toplum gelişmesine olumsuz katkı sağlayabilir. Baba zaten ben maddi sorumluluğumu yerine getiriyorum diyerek bununla yetiniyor. Oysaki özellikle psikolojik açıdan bakıldığı zaman kız çocuğunun baba ile ilişkisi veya kardeşlerle olan ilişkisine devam etmesi. Çünkü bazen bölünebiliyor. Ben bunun kontrolü için söylüyorum. Bahsettiğim bu.

Doç. Dr. Emel BADUR:

Kısaca anlatacağım ben meramımı. Reyhan Hocama katılmadığım bir yer var orası şurası. Çocuk bizde paylaşılamıyor diyor. Bu tür örneklerimiz var. Ama ben toplumumuzun da değiştiğini düşünüyorum. Bir süreç içinden geçiyoruz. Üzerine yük bırakılmış çocuklar da var. Ebeveyn tarafından bir yük gibi düşünülen çocuklar da olduğunu düşünüyorum. Geldiğim yer şurası. Sırayla gidiyim. Kesinlikle Türk Medeni Kanununda ortak velayete ilişkin hüküm düzenlenmelidir. Sadece yargıya bırakılamayacak denli bir noktadadır. Tek bir kriterimiz vardır. Çocuğun üstün yararı. Hem uluslararası metinler taraf olduğumuz usulüne uygun yürürlüğe koyduğumuz uluslararası metinlerde kabul etmişizdir. Türk Medeni Kanununun temeli çocuğa ilişkin hükümlerde budur. Velayete ilişkin öncelikle hak zihniyetini bırakmalıyız. Bunu Türk Medeni Kanununun dilinden arındırmalıyız. Hani iki gündür dil konuşuyoruz ama velayet günümüzde bir hak değildir. Yetki ve sorumluluklar bütünüdür. Bunları kabul etmeliyiz benim fikrim yine

kayıtlara geçmesi için söylüyorum. Ortak velayet asıl olarak düzenlenmelidir. Ancak çocuğun üstün yararı aksini gerektiriyorsa hâkimiz anaya veya babaya bırakabilir. Ve yine şunu da mutlaka söylüyorum. Biz sadece evlilik içinde doğmuş çocukların boşanma sonrasındaki ortak velayetini değil evlilik dışı doğan çocukların ana ve babayla nesep bağı kurulduktan sonra özellikle baba ile kurulduktan sonra onların da ortak velayet çatısı altında bakım ve gözetimini sağlayabilmeliyiz diyorum. Teşekkürler.

Prof. Dr. Faruk Kerem GÜNAY:

Sizin bu söylediğiniz konuda Avrupa Hakları Sözleşmesinin 14 üncü maddesinde ayrımcılık yasağı yapıldığı için ihlal kararı verildi. Yani eğer Türkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararlarını dikkate alırsa.

Av. Hande KESKİN:
(Çanakkale Barosu Başkanı)

Çanakkale Barosu adına olarak sizleri saygı ve selamlarımla selamlıyorum. TBB'nin yazılı metninin ilgili maddesini çok kısa okumak istiyorum. Ufacıkta bir bilgi vermem gerekir. Son dakika belli oldu buraya gelişimiz. Biz gerçi Sayın Bakanımıza da bunu anlattık. Kanun yapımlarında Baroların özellikle 200 bin avukatı temsil ettiğimiz sistemde, sorunlarla yüz yüze olan biz avukatların daha önceden bilgilendirilerek daha etkin çalışma yaparak bu toplantılara katılmayı istiyoruz. Dolayısı ile çok kısa ve öz ve zaman baskısı altında birkaç ekleme yapacağım ben de. TBB olarak yazılı metinde ortak velayetin yönetmelikle düzenlenmesi gerektiğine ilişkin görüşü sunmuştuk. Esas olarak her iki ebeveynle de düzenli bir ilişki kurulmasının esas olduğunu düşünüyoruz. Ortak velayet her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesiyle bizlere uygulama alanı açmışsa da biz bunun yönetmelikle düzenlenerek artık çağa uygun hale getirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Hâkim Beye katılmakla birlikte katılmadığım noktalarda var. Çok sahada olan bir avukat olarak söylemek isterim ki; dava sonuna kadar ısrarlı şekilde velayet isteyen bir baba görmedim. Sosyolojik ve psikolojik olarak birçok tespit yapılmalı bu Kanunların tartışılmasında. Bence aramızda psikolojik ve sosyolojik açıdan bu tartışmaları yürütmek gerekiyor. Akademisyen avukat ve diğer katılımcıların yanında. Çocuğun tamamen kazanacağı bir modeli hep birlikte inşa etmeliyiz diye düşünüyorum. Boşanmalarda çocuk her zaman kaybetmez. Bunu kim için söylüyorum. Birebir yaşayan bir insan olarak söylüyorum. Boşanmış ve bekâr bir anne olarak söylüyorum. Kendi yaşadıklarımdan da pay biçerek. Dolayısıyla çocuğun kazanacağı bir modeli birlikte inşa etmeliyiz. Ayrıca ortak velayetle ilgili fiiliyatta eski eşimle biz bir sistem oturttuk. Dolayısıyla bu yapılabiliyor. Toplumumuzun yapısına da ters olduğunu düşünmüyorum. İhtiyaç olduğu takdirde her dosyada her iki tarafın özelliğine göre bir model inşa etmek mümkündür diye düşünüyorum. Sevgi ve saygımla selamlıyorum sizleri.

Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR:

2007 yılından itibaren birlikte velayet üzerinde çalışıyorum. Belki de o yüzden birlikte velayet demeyi ben yazdığım için bunları çok rahat söyleyebiliyorum. O yüzden birlikte velayet demeyi uygun görüyorum. Hani Cengiz Koçhisarlıoğlu'na da buradan atıf olsun. İlk yazan kişi belki de. Ortaklık hani sanki böyle bir mal varlıksal bir çağrışımı yaptığı için. Müşterek daha sıcak geliyor ama. Yabancı daha eski bildiğimiz için birlikte diyorum kusuruma bakmayın. Şimdi buraya gelirken şöyle açıp kaynaklara baktım. 2021 - 2023 yıllarında 450 sayfalık şöyle bir bakışta Almanya'daki Çalıştay, yapılan yeni çalışmalar, araştırmaları gördüm. Onlar birlikte velayete geçtiler. İsviçre geçti. Çok enteresan ben şunu gördüm. Her geçen ülke birlikte velayete geçerken hep böyle bir nasıl olur acaba? Zaten bunlar anlaşamıyorlar boşanıyorlar. Çocuğun üstünde nasıl anlaşabilecekler ki birlikte velayet tutar mı? Diye bir çekinceleri olmuş. Avrupa'da çok homojen bir kültür değil aslında. Kuzey ülkeleri farklı, Akdeniz ülkeleri farklı. İngiltere, Fransa böyle kültür homojen değil. Bütün yapılan araştırmalarda tek ebeveyne mi yoksa birlikte velayete mi bırakılsın? Hangisi daha iyi işliyor? Çocuk hangisinde daha mutlu? Hangisinde problem çıkartıyor? Diye çalışmalar var. Hep birlikte velayet üstün veya eşit. Problem çıkmıyor yani. Aksine çok daha iyi işlediğini görüyorlar. O yüzden kültürle de çok bağlantılı değil. Ama doğası gereği şimdi eğer bir boşanmada birlikte velayeti tartışıyorsak çünkü nihayetinde anne baba arasındaki hukuki statüye bağlı bir şey değil. Anne baba olmak. Bunlar evliymiş, değilmiş, boşanmışlar. Bu annenin babanın çocukla ilişkisini etkileyen unsurlar değil aslında. Çocuk için yani, o anne baba, anne baba için ise o çocuk. Bir arada mı yaşıyorlar, yoksa ayrı iki hayata mı evriliyorlar? Bunlar önemli.

Boşanmada, doğası gereği mantıken kişiler farklı hayatlar kuruyorlar ve çocuğun birlikte velayeti kabul etsek de aynı anda iki yerde birden olamayacağından dolayı o sebepten dolayı birisinin yanında kalması gerekiyor. Birlikte velayette de bu eğer "rezidans" modeli dediğimiz tek kişide kalan birlikte velayet kararı ise ana bakma yetkisini o ebeveyn alıyor. Daha sonra Canan Hoca bunu çok yazdı, alternatif himayeyi. O yüzden o anlamda bakıldığında bu model aslında birlikte velayete çok uygun değil. Çünkü neden? Birisine bıraktığında velayet hani, hak ve yükümlülük evet de. Bir ebeveyne sadece anne, sadece Türk toplumunda değil. Amerika'da da anne, başka yerde de. İşin doğası gereği herhalde bu. Baktığınızda aslında tek kişiye velayetin bırakılmasıyla pratikte pek bir fark olmuyor. Hâlbuki şeyde de bir sıkıntı yaşanıyor. Bir karar verme aşamasında hukuken annenin ve babanın ikisi bir arada karar vermesi gerek sıkıntı o. O yüzden alternatif himaye çıkmış. Yani biz bunu bir kişiye vermeyelim. Çocuğun bakımını da nasıl ki velayet birlikte, bu da birlikte paylaşılsın ki her iki ebeveyn de işin içerisine girsin. Esas istediğimiz faydayı böyle alabiliriz. Gerçekten birlikte velayetin tek bir evde yani tek bir kişinin bakımıyla olan birlikte velayet yani rezidans modeli ile değişimli modeli karşılaştırma yaptıklarında ikisini tercih eden çocuk ve ebeveyn ilişkilerine bakarak karşılaştırma yaptıklarında dönüşümlü himayenin tercih edildiği birlikte velayet modelinin çok daha çocuk için yararlı olduğu görülmüş. İlk önce şu çekince ortaya konmuş. Böyle stabil bir hayatı olmayacak ya çocuğun. Sürekli yer değişikliği. Bu negatif mi? Hayır hiç te öyle değil. Araştırmalar bunu gösteriyor. İsveç, Danimarka, Almanya ki

Almanya sonuçları 2023, yeni baktım. Baktığınızda şöyle bir negatif etki düşünülüyor. Acaba çevreden arkadaşlarıyla ilişkisinden kopar mı? Hayır. İlişkide bir sıkıntı yok, arkadaşlarında azalma olmuyor. Çocuk kendine değer veriyor. Daha fazla özgüveni yüksek oluyor.

Araştırmalar gösteriyor ki boşanmadan kaynaklı psikosomatik belirtiler bu tür çocuklarda diğerlerine nazaran daha az görüyor. Yeme bozukluğu gibi, baş ağrısı gibi. Okul başarısını daha net etkiliyor. Çocuk bir de böyle iki evi sahiplendiği için diğer ebeveynde kendini misafir gibi görüyor ve sonuç itibariyle kısıtlı bir süre görüştüğü için diğer ebeveynle, hep üstün körü sohbetler oluyor. Hayatını paylaşamıyor. Çocuğun arkadaşı kim. Arkadaşıyla sorun mu yaşadı. Ev ödevini yapmak. Düşünün ki insani bir bakış açısıyla bakın. Çok samimi ve paylaşımınız çok iyi olan bir arkadaşınızla ilişkiniz ile merhaba dediğiniz bir arkadaşınızla ya da kısa bir zaman geçirdiğiniz arkadaşınız ile aynı durumda olamaz. O yüzden diğer ebeveyni hayatı paylaştığı için, mecburen hayatı paylaştığı için ilişkileri daha kuvvetli oluyor, ebeveynler arasındaki çocuk üzerinden olan ihtilaflar bu modelle diğerine göre yapılan araştırmalar daha az tartışma, özellikle nafakadaki tartışma ödedin, ödemedin gibi. Düzene girdiği gözüküyor. Aslında bu rezidans modelini tercih ederseniz nafakada sorun yok. Ama alternatif himayede özellikle yüzde elli elli olanı çünkü alternatif himayenin değişimli modelinde çok çeşitleri var. Ne derseniz buna genel kanı şu: %30-70 alternatiftir. Eğer %30-70'in dışında bir şey ise rezidans modeli olarak kabul ediliyor. Burada da %50-50'de eşit. Yani diğer ebeveyne daha fazla bir bakım yükü düşülmüyor.

Alternatif himayeyi kabul ediyorsanız özellikle %30-70, %40-60, %50-50 nafaka olayı ortaya çıkıyor. Ödenecek mi ödenmeyecek mi? Daha yeni tartışıyorlar. O yüzden nafakanın belirlenmesi gerekiyor. Çok uzattım özür diliyorum ama şöyle bir durum var. Bunların hepsini geçtik. Bunlar şu anda fiiliyatta birlikte velayete karar verilir. Şu çok önemli. Çünkü birlikte velayeti kanuna koymak problemi çözmüyor. Hani filmlerde olur ya iki kişi evlenir mutlu son. Hayır. Problem o zaman başlıyor yani. Kanuni düzenleme yaparken çocuk üzerindeki her kararı birlikte mi alacaklar? Birlikte velayete sahip olanlar. Günlük yaşama dair olan kararları kim alacak. Tek başına karar alma yetkisi var mı? Eğer alternatif himaye seçilmiş ise günlük yaşama ait kararlar nasıl alınacak. Çocuk için çok önem arz eden kararlar nasıl alınacak. Alternatif velayette rutin işlerde kimin bakımı altındaysa o kişinin tek başına alabilme imkânını sunuyor. Fakat alternatif himaye söz konusu ise örneğim yeme içme, o günkü medya kullanımı vs. gibi kararları tek başına alabilir ebeveyn kendi bakımı altındaysa. Ama alternatif himayede iki evi var. O yüzden eğitim de işte yeme içme düzeninin yatma düzeninin ortak ve senkronize şekilde alınması gerekiyor. O yüzden de çok da bu kadar kazuistik bir düzenleme yapma imkânı olmadığı için ebeveyn sözleşmeleri yapılmalı ve bu gayet tabi ki, yaşa göre de çocuğun ihtiyaçları değişiyor. O yüzden ebeveyn sözleşmelerinin de esnek olması, yaşa göre dikkate alınması gerekiyor. Özellikle şunu söyleyeyim alternatif himaye 0-3 yaş için çok uygun gözükmüyor. Bebek olduğu için. Genelde 3 ve 12 yaş arasına uygun gözüküyor. Şu anda ki problem için yani kanun yapılsın bunlar dikkate alınsın ayrı. Şu anda karar verilirken ben hâkimlerin şuna dikkat etmesini rica ediyorum. Bir kere kimin yanında kalacak. Kararlar nasıl alınacak? Çünkü birlikte velayetin verilmesinden sonra bu problemler çocuğun yararına değil zararına olmaya başlayacaktır.

Mustafa ÇALIŞKAN:

Hocam şu anki uygulamada zaten anne ve baba mutabık kalmadıkça ortak velayete hükmetme diye bir şey yok. Anne ve babanın mutabık kalması gerekir. Onu belirteyim. Buyurun.

Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR:

Onu demiyorum. Kararları nasıl alacaklar. Bu konu ile ilgili de mutabık kalmaları gerekiyor. Çocuk kiminle kalacak. Bu ayrıntılarıyla da mutabık kalmalılar. Bu yüzden onlara dikkat edilmeli. Bir de eğer Türk Medeni Kanunu değişecekse bu kararlar kanunda alınacak ama yan mevzuatın da buna uygun hale getirilmesi gerekir. İkametgâh, nüfus, pasaport, sağlık işlemleri gibi konularda bu mevzuatlar da değiştirilmezse sistem işlemez. O yüzden Türk Medeni Kanunu değişikliği yapılırken bu hususta mutlaka yan mevzuatın da gözden geçirilmesi gerekir. Yoksa şu anki durumdan daha karmaşık bir duruma gireriz. Çocuk yararını gözetirken zararına karar veririz. Birde bunların senkronize yapılması gerekir. Çocuk için zaman farklı akıyor. Çok seri bu kararların alınması gerek.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Şöyle yapalım mı? Son iki katılımcıya söz verdikten sonra bu konu hakkında raporlamaya geçelim. Buyurun efendim.

Dr. Öğr. Üyesi Duygu DAĞLIOĞLU:

Sadece şu ana kadar ki konuşmalardan gördüğüm kadarıyla hep bir ortak velayet asıl ya da tek başına velayet konusunda tartışma var. Şunu sadece tartışmaya açmak ve belki ülkemizde ki bölgesel farklılıklar, hatta belirli bölgelerde Gaziantep üzerinde sosyoekonomik, sosyokültürel Gaziantep kendi içerisinde, ya da diğer bölgelerde bu tarz bölgesel farklılıkları göz önünde bulundurduğumuzda, acaba biri asıl demeyip ikisi de mümkündür. Hâkimin takdir etmesi şeklinde bir düzenleme yapılması daha uygun olmaz mı? Bu noktada bir düzenlemeye dikkat çekmek istedim. Teşekkürler.

Av. Bahar ÜNLÜER ÖZTÜRK:

Sadece uygulamaya yönelik yaşadığım sorunları dile getirmek isterim. Türk Medeni Kanununda bu düzenleme olmasa da ortak velayet kararı mahkemelerimiz tarafından eşler anlaşması koşuluyla veriliyor. Fakat verildikten sonra uygulamada özellikle e-Devlet Sistemi üzerindeki sağlık verilerine ulaşmakta, okul kayıtlarında, MEB sistemlerine online erişimin sağlanmasında kime yetki verileceği sorunu, diğer eşin onayının alınıp alınmadığı sorunu, çocuğun hayatına ilişkin kararlarda okul kayıtları dedik, mal varlığına ilişkin hangi velayet sahibi bu hususlarda yönetim hakkına sahip. Bunların hocamızın da dediği gibi yan mevzuatlarla uygulanmasının

bir an evvel yapılması gerekiyor ki uygulamadaki sorunlar daha da büyük bir sorun haline gelmesin. Çünkü ortak velayet kararından sonra eşlerin herhangi birisi olabilir, ilk bizlere sorulan soru şimdi tapuda kim buna karar verecek. Şimdi e-Devlette bu işi kim yapacak? Böyle yapılmış bunu iyi niyetli bulmuyorum. Benim katkım bu yönde. Teşekkür ederim.

Gürhan GÜRSOY:
(Kilis Aile Mahkemesi Hâkimi)

Şimdi ortak velayeti burada konuşurken, kendi uygulamamızda ortak velayet konusunda nasıl karar veriyoruz bir gözden geçirdim. Aile mahkemesi olarak velayetle ilgili karar verirken sosyal inceleme raporu alıyoruz. Bu raporda neye dikkat ettiğimize tekrar bir baktım. Genelde raporda pedagog arkadaşla bize şunu söylüyorlar. Çocuğun düzeni kendini güvenli hissettiği yer yaşamının sürekliliği diyor. Şimdi ortak velayeti tartışırken birkaç başlık altında yürüdü şu ana kadar konuşmalar. Her iki ebeveyn ile ilgili düzenli fiili bir ilişkiden bahsedildi. Çocuğun belli bir zaman annede, belli bir zaman babada kalacağı bir sistemden bahsedildi. Şimdi bu SİR raporlarını düşündüğümde çocuk nasıl yılın bir bölümünde bir okula giderken, düzenli ve kendini güvende hissettiği bir yerde olacak. Bunu fiiliyatta sağlamak bence çok zor. Bu hususta her iki ebeveynin anlaştığı velayet konusunda bir pedagog eşliğinde çocuğu dinlediğimizde bir çocuk şunu söyledi; "ben burada kalmak istiyorum, okuldaki arkadaşlarımı bırakmak istemiyorum. Annemin yanında kalmak istiyorum" dedi. Ortak velayet talebi de taraflar anlaşmış olsa bile biz bu nedenle velayeti anneye verdik. Şimdi diğer çekince olan kısım fiili görüşme, velayetin verilmeyen tarafla ilgili olarak, biz şahsi ilişkiyi istediğimiz gibi eğip bükerek, anında müdahale ile gerekirse 6284 ile bunun için esastan dava açılmasına gerek yok. Gerekirse hâkimin müdahalesi istenerek yeter ki bu konuda zamanımız olsun bununla çalışmak için. Benim bir uygulamacı olarak kişisel görüşüm şu ortak velayet kavramı görünüşte güzel, yani ortaklıktan anlaşmadan sulhtan yola çıkarak düzenlemeden söz edilse bile fiiliyatta çocuğun menfaatine uygun olup olmayacağı, hatta anlaşmalı boşanmalarda ortak velayet talep edilse bile orada SİR raporu almıyoruz taraflar anlaştığı için. Orada bile SİR raporu alınarak çocuğun görüşü sorularak yapılması gereken çocuk adına çok önemli düzenli, güvenli ve sürekli hayat sağlanması konusunda çok önemli bir husustur. Pedagoglar eşliğinde her olay ayrı değerlendirilmeli. Asıl olan ortak velayettir demek bence bir kısım çocukların kâbusu olabilir. Teşekkür ediyorum.

Av. Bahar ÜNLÜER ÖZTÜRK:

Yanlış bir bilgi olmasın diye söylüyorum. Hani dediniz ya anne yanında kalmak istiyorum, okula gitmek istiyor dediği için. Ortak velayet her zaman eşittir alternatif himaye anlamına gelmiyor. O bir model. Ama tek kişide kalıp ortak velayette olabiliyor. Zaten alternatif himaye olabilmesi için ebeveynlerin birbirlerine yakın olması vs. gibi başka koşulların da sağlanması gerekiyor. Yani eşittir ikisi aynı manaya gelmediğine dikkat çekmek istiyorum.

Şükriye ERTÜRK:
(İstanbul BAM 42. Hukuk Dairesi Üyesi)

Boşanmalar çok zor süreçlerdir. Boşanma sonrası velayetin nasıl yürüyeceği aslında boşanmanın nasıl ilerlediği ile alakalıdır. Çünkü boşanmanın kesinleşmesiyle ihtilaflar hemen bitmiyor sürüyor. Ortak velayet tabi şu açıdan tartışamayız. İç hukuk normu olarak uygulanıyor. İlk çıktığında bir hevesle verdiğimiz ortak velayet kararlarını şimdi olumsuz sonuçlarını düzenlemeye başladık ve gördüğüm davalarda istinaf incelemiş yaptığımız davalarda ortak velayet bir kolundan annenin bir kolundan babanın çocuğu çekiştirdiği bir durum haline geldi. Benim kişisel görüşüm, belki bir deneme süreci uzlaşı kültürü ilerliyorsa, o boşanma sürece iyi gidiyorsa belki bir süre sonra ortak velayete çevrilmesi gerekir diye düşünüyorum. Çocuk Alman okulunu kazanıyor, hayır efendim Robert Koleji gitsin. Ben ikinci bir vatandaşlığa başvuracağım İngiltere, hayır Avusturalya. Şimdi çocuklar da arada kalıyor. E çıkış noktamız bizim çocuğun üstün yararı mı? Anne babanın üstün yararı mı? Çocuğun ise şu ana kadar ortak velayette ciddi sıkıntılar gördük. Hala da görüyoruz. Bunu söylemek istedim.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Sonuç olarak şunda mutabıkız herhalde. Ortak velayet ya da birlikte velayet kanunla düzenlenmesi gereken bir müessese olarak görünüyor. Mutabıkız değil mi arkadaşlar? Hep birlikte konuştuk. Hep birlikte karar vermiş olalım. Ortak (birlikte)velayetin Türk Medeni Kanununda en kısa sürede düzenlenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme yapılırken çocuğun üstün yararı göz önünde tutulmalı; buna ilaveten hâkim ebeveynin talebini, anlaşmalı boşanma olsa dahi sosyal inceleme raporunu, ebeveynin sosyal kültürel durumlarını dikkate alınarak karar vermesi gerekir. Varsa ebeveyn sözleşmesi de hâkim tarafından dikkate alınmalıdır. Ortak veya tek kişi velayetine bu şekilde karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu değişikliğin yanı sıra yan mevzuatta (e devlet, e okul, nüfus kayıtları sağlık, sigorta, eğitim, pasaport, yurt dışı çıkış, tapu sicil, vb.) düzenlemeler yapılması gerektiği değerlendirilmektedir. Kanuni düzenleme yapılırken hâkimin ortak velayete karar vermesi halinde yetki ve yükümlülüklerde eşitlik prensibinin esas alınacağı, bu çerçevede çocuğun her iki ebeveynde de kalacağı, giderlerine her iki ebeveyninde eşit olarak katılacağı, önemli kararların alınmasında birlikte söz hakkına sahip olacakları bir modelin esas alınması gereklidir. Alternatif modellerin değerlendirilmesinde hâkime takdir yetkisi verilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır. Mahkeme kararlarının yeni uyuşmazlıklara yol açmayacak şekilde, ayrıntılı tereddütlere mahal vermeyecek netlikte olmasının toplumsal barışa katkı sağlayacağı değerlendirilmiştir.

Bir diğer husus da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları dikkate alınarak evlilik dışında doğan çocuklarda babayla soy bağı kurulmuş olması kaydıyla (ortak) birlikte velayete karar verilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Çalışma grubunda yapılan müzakerelerde oy çokluğuyla yapılacak kanuni düzenlemede ancak talep halinde ya da eşlerin anlaşması halinde ortak velayete karar verilmesi

hususunda hâkime takdir yetkisi verilmesi hususu karara bağlanmıştır. Şimdi bir on dakika ara veriyoruz. Tam saat 11:00'de sizi bekliyorum lütfen.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Evet kıymetli arkadaşlar, ikinci konumuz aile mahkemelerinin yapısı ve yargılama usulü ile ayrı bir usul kanununa ihtiyaç duyulup duyulmadığı. Bu konuda, özellikle Sema Hocam uygulamadaki arkadaşlarımızın katkılarını bekliyoruz. Söz almak isteyen olursa, Hocam buyurun.

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ:

Sayın Başkan, değerli arkadaşlar, aranızda olmaktan büyük mutluluk duyuyorum. Öncelikle Bakanlığa çok teşekkür ediyorum. Çünkü biz usul hukukçuları ve maddi hukukçular arasındaki bölünmenin ciddi bir sakıncası ve problemi olduğunu görüyoruz, pek çok örneğiyle. Şimdi aile hukukundan örnek vereceğim. Aynı şekilde aile mahkemeleriyle ilgili de eş zamanlı yapılan düzenlemelerde komisyonların birbiriyle iletişim içinde olmaması çok büyük problem. Maalesef kavramlar kullanılırken pek çok hata yapılıyor. O açıdan ben tekrar teşekkür ediyorum. Usul hukukçularının burada bulunmasının çok önemli olduğunu düşünüyorum. Öncelikle ben çok fazla not aldım ama zannediyorum zaman baskısını görünce hızlı hızlı birtakım şeyleri aktarmaya çalışacağım. Biraz anlayışla karşılarsınız umarım.

Şimdi şunu söyleyeyim öncelikle. 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren İsviçre'de de federal bir usul kanunu kabul edildi. Öncesinde malum Neuchatel Kantonu usul kanununu biz almıştık ve İsviçre'de kanun federal kanun olduğu için kantonlar farklı düzenleme yapmasın diye İsviçre Federal Medeni Kanununda çok sayıda usul hükmü vardı. Bu usul hükümleri aslında değiştirildi. Şöyle değiştirildi: biraz önce söylediğim gibi 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanununa alındı. Usul hükümleri ve aile hukukuna ilişkin davalarda oraya alındı. Dolayısıyla eskisi gibi şu anda bizde, zaten çok anlamsızdı. Bizim bir Usul Kanunumuz vardı. Özellikle usul hükümlerinin çelişkili olması, çatışma halinde olması ciddi bir problem olarak karşımıza çıkıyordu. Dolayısıyla şu anki durum tamamen bizim kanunlarımızdan farklı. İsviçre'de Usul Kanunu içerisinde hem usul hükümleri hem de aile hukukuna ilişkin usul hükümleri var. Daha da önemlisi, ille de dikkate alınır alınmaz çok önemli değil elbette, biz bunu akademik olarak değerlendiriyoruz.

Almanya'da da 2008 yılında aynı şekilde aile hukuku davaları ve çekişmesiz yargıdaki işler hakkında bir kanun düzenlendi. 2008'den 2009'da yürürlüğe girdi. Ve en son 22 Aralık 2023'te yürürlüğe giren bir değişikliği var. Bu Kanun 500'e yakın maddeden oluşuyor. Yani sonunda söyleyeceğimi hemen başta söyleyeyim. Bizim durumumuzu şu anda kaynak kanunlarla karşılaştırarak açıklamak mümkün değil. Halihazırda da bizim Medeni Kanundaki usul hükümleri de esasında bizde olmaması gereken hükümler. Buna rağmen bizim Kanunumuzda yer alıyordu. Dolayısıyla bu açıdan mutlaka konunun masaya yatırılması, ayrıntılı ve özel bir çalışma yapılması, usul hukukçuları ve maddi hukukçular bir arada olmak kaydıyla ayrıntılı bir

çalışma yapılması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü bizim Kanunumuz aile mahkemelerine ilişkin kanun, son derece sınırlı ve yetersiz usul hükümleri içeriyor. Malum bildiğimiz gibi sadece dokuz maddeden oluşan bir kanun. 4787 sayılı Kanun ve bu Kanunun usul hükümleri 7 nci maddesine baktığımızda sadece şu aslında söylediği; aile mahkemeleri önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre esasa girmeden önce aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunların sulh yoluyla çözümünü, gerekirse uzmanlardan yardım alarak teşvik eder, sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.

Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda Türk Medeni Kanununun aile hukukuna ilişkin usul hükümleriyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır şeklinde. Dolayısıyla Aile Mahkemeleri Kanununun usul hükümleri yetersizliği bir tarafa, yaptığı atıfta da önce 4787 sayılı Kanuna bakacaksın, sonra Türk Medeni Kanununa, sonra Usul Kanununa bakacaksın diyor. Oysa bu çok ciddi problemler çıkarıyor. Hem yetersiz olması hem de ayrıca farklı sıkıntılar çıkarması nedeniyle, yetersizliği bir yana yanlışlıklar veya çatışmalara yol açıyor. Örneğin bu sulhe teşvik meselesi. Önüne gelen işlerde esasa girmeden önce, şimdi bu 6100 sayılı Kanunda bizim Kanunumuza gelen bir ön inceleme müessesesi var. Bu ön incelemede tarafları arabuluculuğa veya sulhe teşvik uygulaması geldi. Bu ayrı bir müessese. Bu konu aile arabuluculuğunda da tartışılacaktır. Burada bir sulhe teşvik zorunluluğu var ama bu nasıl uygulanır, bu teşvik bildiğimiz sulh müdür? Değil midir? Biz bunu uzun uzuna tartışıyoruz. Dolayısıyla bu sulhe teşvik çok yetersiz olduğu gibi yeni 6100 sayılı Kanun karşısında da problemli bir hüküm. O nedenle bu behemehâl ele alınması gereken hükümlerden bir tanesi.

Sonra bu anlaşmalı boşanma, çekişmeli boşanma meselesi bir çekişmeli yargı işi midir? Değil midir? Tartışmalar çok derin ilerliyor. Aile içi boşanma davalarını başlı başına bir başlık olarak düşünüyorum. Kesinlikle şu anda bizim usul hükümlerinden bazen birebir uygulanıyor. Bazen farklı uygulamalar var. Fakat bu ciddi bir problem. Birazdan bir iki örnek vereceğim. Hem Türk Medeni Kanununun 184 üncü maddesi, hem soy bağına ilişkin davalardan da örnekler vereceğim. Çok sorunlu alanlara yol açıyor. Yani Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin usul uygulamalarının ben ne Türk Medeni Kanununa uygun olduğunu ne de aslında 6100 sayılı Kanuna tam uyduğunu düşünüyorum. Burada ciddi sorunlar var. Bir tane örnek vereceğim. Biz delilleri ibraz edeceğiz diyoruz, sonradan delil gösteremezsiniz diyoruz. Şimdi bir boşanma davasında -bu davalar normal dava değil aslında- kadın erkek fark etmez, cevap dilekçesi vermemiş taraf. Diyor ki Yargıtay; hayır, asla senin tanığını dinlemem. Böyle bir şey olabilir mi? Biz usul çerçevesinde bile şunu söylüyoruz. İnkâr çerçevesinde delil sunabilir. Yani hiç dilekçe vermemesi cevap vermemesi bir inkârdır. Ama bunu bir alacak davasıyla eş gibi görüyor Yargıtay 2. Hukuk Dairesi. Kendine özgü değişik sebepler veya yorumlar çıkarıyor. Bunu biz mutlaka usuli olarak teorik olarak tartışırız ama şu örnekten dolayı onu söyledim, mutlaka bu hususların özel bir usulde düzenlenmesi lazım.

Bizim yargılama usulümüz Aile Mahkemeleri Kanunu ve aile mahkemelerinin görevleri de çok kapsamlı. Yani sadece vesayet haricindeki aile hukuku işleri değil. Onun haricinde 6284 Sayılı Kanun ve Çocuk Koruma

Kanunu var. Dolayısıyla şu anda kişisel ilişkinin kurulması ilamların icrası da onlara verildi. Bu anlamda aile mahkemeleri hem hukuk mahkemesi hem de ceza mahkemesi gibi çalışıyor. Cezai hükümler de var. Burada aile mahkemeleri kendilerini tam konumlandıramıyor. Burada çok önemli sorunlara hangi ilkeleri uygulayacağız. İşte bu resen araştırma ilkesi mi, sınırlı resen araştırma ilkesi mi, taraflarca getirilme ilkesi mi? Yani bir boşanma davasının ya da aile hukukuna ilişkin işlerin niteliğine uygun usul hükümleri aslında Türk Medeni Kanununda da yok. Türk Medeni Kanununun 184 üncü maddesinde yazan hükümlerin de bir anlamı yok. İkrar hâkimi bağlamaz, yemin teklif edilemez vesaire bu kadar. Başka bir şey yok. Biz şu anda batı hukukuna baktığımızda boşanma dostu vakalarla boşanmaya yabancı vakalar arasında ayrım yapılması, hâkimin neleri dikkate alıp almayacağı gibi çok derin tartışmalar yapıyoruz. Bizim teorimiz ve bizim uygulamamız bundan çok uzak. Dolayısıyla bizim boşanma davaları başlı başına bir problem. Bunlar kesinleşmeden mal rejimi davalarının açılamaması, mal rejimiyle ilgili problemler.

Çekişmesiz yargı işleri Kanunda tanımlandı. 6100 sayılı Kanunun 382 nci maddesinde dağınık bir şekilde. Bunun özel bir usulü yok. Bu anlamda çok ciddi sorunlarımız var. Özellikle bu hükümlerin mutlaka bu kadar kısa bir toplantıda dile getirilmesi mümkün değil ama bunların mutlaka ele alınması ve değerlendirilmesi gerekiyor. Bir örnek vereceğim, soy bağına ilişkin davalarda bir terminolojiden örnek vereyim. Şimdi biz usul hukukçusuyuz, onlar maddi hukukçu. Herkes kendi işine baksın. Öyle değil. Birbirimizi anlayabileceğimiz ve birbirimize yakın dil kullanmamız lazım. Soy bağına ilişkin davalarda 292'de bir hüküm getirdik. Zorla inceleme babalık davasında inceleme yapılabilir. Türk Medeni Kanununun 284 üncü maddesine bakıyoruz, o da hâkime bırakıyor yetkiyi. Metodolojik olarak biz bunu çok inceledik. Aynı problemi biz Türk Medeni Kanununun 6 ncı maddesinde de yaşıyoruz, ispat yükünde. İspat yükü orada düzenlenmiş. Biz 190'da düzenlemişiz. Hatta kanun koyucu yani bu hakikaten metodolojik olarak gerçekten bir ayıptır. Çifte yürürlük sorunu olmaz diyor. Olsun diyor. O da olsun, bu da olsun diyor. Bir zarar gelmez diyor. Bizim usulcüler de gerekçede biz daha iyi ifade ettik. Daha iyi ifade ettik değil başka bir şey bu. Aynı cümlelerle ifade etmiyoruz. Dolayısıyla birbirimizi anlayabilmemiz lazım. Bu terminolojinin yanlış kullanımının sorun olduğunu düşünüyorum. Mesela açıkça Türk Medeni Kanununun pek çok hükümde aldım örneklerini ispat yükümlülüğü, ispat etmek zorundadır. Şu, bu bunların hiçbiri doğru değildir. İspat yükümlülüğü diye bir şey yok diyoruz biz. Bunun ne önemi var diyebilirsiniz ama bunun bir önemi var. Mesela ispat yükü esas olarak bir maddi hukuk sorunudur. Karineler de aynıdır. Bunu düzenlesin Türk Medeni Kanunu. Ama terminolojiyi doğru koyalım ve birbirimizi anlamaya çalışalım. O ne diyor, bu ne diyor böyle bir sorunumuz olmasın. Çekişmesiz yargı hiç yok bizim literatürümüzde. Hatta az önce Nesibe Hocamızla da görüştük. Ben onu bilmediğim için değişik iş üzerinden yapılıyor vs. diye hani dava gibi ne olduğu belli değil. Hala oturmuş değil. İlgili talep eden. Bu şuna da uzanıyor. Bu işlerde uygulanacak usule de uzanıyor. Dilekçe vermek. Karşı Dilekçe verilecek mi? Duruşma yapılacak mı? Dinleyecek miyiz? Dinlemeyecek miyiz? Çağıracak mıyız? Gibi. Pek çok açıdan usuli olarak sorun var diyebiliriz. O açıdan usuli olarak mutlaka ve mutlaka ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu

kanaatindeyim. Bu ihtiyacı da mutlaka usul hukukçuları ve maddi hukukçuların bir araya gelmek suretiyle yapmaları gerektiğini düşünüyorum.

Mevcut Aile Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinin son derece yetersiz olduğunu, ciddi problemler olduğunu ve bunların mutlaka çözümünün ortak bulunması gerektiğini düşünüyorum. Aile mahkemelerinin görev alanının çok geniş olduğuna dikkat çekmek istiyorum. Boşanma davaları ayrı bir problem. Yetki ile ilgili söyleyeyim. Uygulamanın çok ciddi bir sorunu. Eşlerden her birinin yerleşim yeri veya düzenlenecekse bunlarında masaya yatırılması lazım. Eşlerin son defa 6 ay içinde oturduğu yer mahkemesi yetkilidir diyor. Bu çok ciddi bir problem. Yargıtay yerleşim yerini doğal olarak diyor ki işte sürekli oturulacak yerdir vs. Şimdi ne oluyor. Kadın çoluk çocuk kaçmış anne babasının yanına. Yargıtay kira sözleşmesi, okul kaydı göster ben senin yerleşim yerini nereden bileyim diyor. Türk Medeni Kanununa baktığımızda şimdi yerleşim yeri Allah kelamı değil. Oturduğu yer olabilir. Bulunduğu yer olabilir. Çocuğun menfaati dikkate alınarak belirlenebilir. Dolayısıyla Türk Medeni Kanununda gerekli mi gereksiz mi dediğimiz yerleşim yeri veya yetki hükmü var. Bu hükümlerin mutlaka gözden geçirilmesi gerekir. Boşanma davalarında sıkı sıkıya bu yerleşim yeri ilkesinden kesinlikle ayrılmak gerekir. Bu boşanma davalarında ciddi bir sorun. Hoş biz boşanma davalarında kesin yetkidir diyoruz. Yargıtay öyle demiyor. Herkes istediği yerde davayı açıyor ama yerleşim yerim orası değildir dediğinde itiraz ettiğinde bu husus gündeme geliyor. Bunun mutlaka dikkate alınması gerektiğini düşünüyorum.

Türk Medeni Kanununun 181 inci maddesi, mirasla ilgili. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı var. Ben katılmıyorum ama kanun koyucu o şekilde yaptı. Sağ kalan eş kim olursa olsun davalı davacı konumundan bağımsız olarak devamı bence doğru değildi ama kanunda Anayasa Mahkemesine uygun düzenleme yaptı. Bu benim kişisel görüşüm. Bizim bir kere bu resen harekete geçme ve resen araştırma ilkeleri çok karıştırıldığı için hâkimin ne zaman nerede resen harekete geçeceği meseleleri çok problemli. Burada da ciddi sorunlar yaşıyoruz. Yani hâkimin ne kadar müdahale edeceği ne yapacağı, özellikle 6284 sayılı Kanundaki yetkileri layıkı ile uygulanamıyor. Hep bir taleple bağlılık, talep biçiminde bir yaklaşım var. Bu nedenle aslında özel kanun yapılması gerekir. Bu kadar dağınık olan hükümleri bir araya getirip hâkimlerimize klasik formattaki bir hukuk hâkimi mantığıyla bakması söylendiği için aile hâkimleri bu anlamda bence farklı bir kalıba giremiyorlar. Dolayısıyla çok küçük bir örnekle, geçen gün bir Yargıtay üyesi arkadaşımla konuştuk bunu. İstanbul'da bir aile hâkiminin velayetle ilgili geçici velayeti düzenliyor. Boşanma davası ama bu arada adam şiddet uyguluyor falan. Sonuçta çocuğu geçici olarak alıyor ve adam çocuğunu öldürüyor. Çok canice bir şekilde. Hâkimin sorumluluğuna gidiyor sonuç itibariyle. Şunun için anlatıyorum, burada isim vermek mesele değil. Diyor ki; talebe göre diğer davalara göre karar verdim diyor. Şimdi bakın, bir hâkimin bu kadar ince düşünmesi olaya vakıf olabilmesi ve aynı zamanda 6284 sayılı Kanuna göre bu kadın koruma almış, bunların bağlantısı kurulamıyor. Dolayısıyla normal bir velayet talebi gibi çocuk ona veriliyor. Şu anda devletin sorumluluğuna ilişkin hâkimin sorumluluğuna ilişkin bu tartışılıyor. Aile mahkemelerinin farklı bir usulü işleyişi ve nerede nasıl karar vereceğine ilişkin özel düzenlemeler şarttır. Bu haliyle bu gitmiyor.

Aile mahkemesi hâkimleri de işte tercihen evli olacak, çocuklu olacak, 30 yaşını geçecek. Bunlar mıdır? Ölçüt. Kanun diyor ki aile hukuku alanında yüksek lisans yapmak. Hiçbir üniversitenin aile hukuku alanında yüksek lisans programı yok. Şimdi bunlar dikkatsizlik ve özensizlik. Bunlar ayrı bir şey. Bunlar dikkate alınmalı. Çok ciddi bir şekilde değerlendirilmeli diye örnek olarak veriyorum. Yoksa elbette bu küçük bir hata diye görülebilir. Yani bu hata değil. Bir önemsizlik, önem vermemek. Bu hâkimlerin gerçekten uzmanlığı ile ilgili işlerini yapabilip yapamayacaklarını anlamak. Bu uzmanlardan yeteri kadar yararlanılıp yararlanılamadığı. Yani aile mahkemeleri klasik bir hukuk mahkemesi değil aslında. Dolayısıyla buna uygun bir şekilde mutlaka bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyorum. Hatta ve hatta şimdi kimisi basit yargılamaya tabi. Adli tatile tabi olanlar var olmayanlar var. Bunların bir bütün olarak ele alınması lazım. Bir madde içerisinde velayet adli tatile tabi değil, öbürü tabi. Bunun nesini ayıracaksınız. İşte dava açılması ayrı bir problem. Bazen resen de harekete geçilebiliyor ama bunlar ayrı sıkıntılar. İkrar hâkimi bağlar mı bağlamaz mı? Bağlasın mı? Diye. Hâkimin delillerle ilgili takdir yetkisini kullanabilmesi, bilirkişiler. Duruşmanın gizli yapılması gibi. Boşanma davaları gizli yapılabilir ama bu bile hala tartışmalı. Anayasa Mahkemesinin son kararını dikkate aldığımızda, öyle söyleyenler var. Bu maddede problemli. Giderse bu da iptal edilebilir. Niye gizli yapılamasın. Talep olması lazım bir sebep olması lazım gibi. Mesela Almanya'da kural gizli olması boşanma davalarının. Biz burada her şey genel geçer ifadelerle yazıp geçmemeliyiz. Onun için bu tartışmaları çok ciddi dikkate almamız lazım. Ben yine kişisel bir örnek vereyim. Biz feragat davayı sona erdirir diyoruz. Şekil olarak. Şimdi şu nasıl kullanılıyor. İşte boşanamıyor insanlar. Bunu artık herkes birbirine öneriyor. Git dava aç hemen feragat et hemen ondan sonra üç yıllık süreyi başlat. Bunların hepsinin usul hükümleri maddi hukuk hükümleri birlikte değerlendirilip özel düzenlemeler yapılması lazım. Evet, normal olarak feragat bu sonucu doğuruyor ama boşanma davası bunu yaptığınızda biz hepimiz biliyoruz. Dün de söylendi 5 yıl 7 yıl 8 yıl kesinleşme. Yani 3 yıl gerçekçi mi? Yani bunun üzerine koyduğunuz yıllarca bir sürü problem. Hani evet feragat böyledir. Sonucu budur. Kesin hüküm oluşturur ama bu boşanma davaları özelinde doğru bir yöntem mi? Bunu tartışmak lazım. Boşanma davasında kabulün, karşı davanın, işte boşanma davasından sonra yeni dava açılması. Değişiklik davası dediğimiz velayetin yeniden düzenlenmesi. Bunların hepsi bir problem. Bizim yetersiz eksik hükümlerle bunları yapmamız mümkün değil. Ben şimdilik hakkımı bu kadar kullanayım Sayın Başkanım.

Sedat CAN:
(İstanbul Anadolu 2. Aile Mahkemesi Hâkimi)

Günaydın herkese. 2019 yılında Kastamonu'da mesleğe başladım. Birinci senemde aile mahkemesine bakıyordum. Yani soranlara aile mahkemesi diyordum. İkinci senemde boşanma mahkemesine bakıyorum demeye başladım. Üçüncü senemden itibaren sürüdürme mahkemesine bakıyorum diyorum. Çünkü bizim mahkememiz gerçekten tarafların evlilik içinde gerçekleşen haksızlıklara karşı intikam alma yerine dönüşüyor. Bu intikamlarda da maalesef çocuklar kullanıyor. Ben hocama katılıyorum.

Evvela ben daha radikal bir çözüm olması gerektiğini düşünüyorum. Şimdi aile mahkemesinde usul değiştirmektense aile mahkemelerini adliye dışına çıkarılması gerektiğini düşünüyorum. Şu an mesela kanunda ki düzenlemeleri bile uygulayamadıktan sonra yeni kanun yapmanın bir anlamı olmayacak. Örneğin şurada Türk Medeni Kanununun 195 inci maddesinde evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Yani bu müdahale istemeye baktığımızda çocuk ismi hususunda uzlaşamazlarsa, ikamet konusunda uzlaşamazlarsa dava yoluyla hâkimden talepte bulunabiliyorlar. Bakın ama dava yoluyla. Bu çok sıkıntılı bir konu. Ben şimdi yanımdakine çimdik atsam o bana çimdik atar. Ama ben ona dava açsam ömrü boyunca unutmaz yani. Sen beni dava ettin. Yani o yüzden bunu davaya, mahkemeye, adliyeye getirmek gibi görünmemesi için bu algının değişmesi için taraflar arasındaki gerilimin bir ölçüde stabil hale gelmesi için, gerilime uygun noktada müdahalesi için bunun dava ile değil daha çözüm odaklı olarak çözülmesi lazım. Hiç kimse nerede oturacağıma karar vermek için dava açayım, hâkim bir sene sonra karar versin. Ya da çocuğumun adını koyamadık, dava açayım hâkim karar versin diye dava açmaz.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Karar verme yetkiniz var mı gerçekten bu konuda?

Sedat CAN:

Var tabi ki. Türk Medeni Kanununun 195 inci maddesi açıkça bunu söylüyor.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Orada sadece hâkimin müdahalesini ister diyor. Karar ver demiyor ki.

Sedat CAN:

Eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilir.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Nasıl bir müdahale yapacak bu?

Sedat CAN:

Siz mesela Deniz istiyorsunuz, öbürü de Ege istiyor. Gerçekte ikisi de bir deniz ama.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Ne yapıyorsunuz gerçekten merak ettiğimden soruyorum.

Sedat CAN:

İşte bu noktada dava açılırsa tarafları bir şekilde uzlaştıracağız ama bu konuda bir örnek yok.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Niye bunu söylüyorum biliyor musunuz? Rahmetli Turgut Akıntürk Hoca televizyonda bunu anlatırken arkadaşlar bu konuda eşitlik olmaz, anlaşamazlarsa çözüm bulamazlar, hâkime gitseler ne yapacaklar dedi. Biri benim babamın adı, diğeri benim babamın adı olacak diyor. Hâkim ikinizin de babasının adını koymuyorum, benim babamın adını mı koyacağım dedi diyor. Ben bunu kulaklarımla Hocadan dinledim.

Katılımcı:

Aynen öyle yapmış Abdulkerim Bey bir dosyada.

Katılımcı:

Anlaşamadılar. Birkaç öneri sundum. Anlaşamadılar. Ben de başka bir isim koydum.

Katılımcı:

Bakın burada önemli olan nokta gerginliğin boşanma aşamasına gelmeden çözülmesi. İkincisi bu karar verildikten sonra artık buna uymayan taraf boşanma sebebi olarak götürecek oraya. Yani hâkim bey babaannesinin ismini verdi, ben bu karara uymuyorum o zaman bu boşanma sebebidir. Gerilimin daha da büyümesine sebep olmadan. Hani çocuğun adını koyamamışlar boşanmışlar diyebilirsiniz. Ama bu meseleler büyütülerek hâkimin önüne geliyor maalesef.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Peki, siz aile hâkimi olarak bu yapıda işleyişte sorun var mı? Mahkemenin tek hâkimli olması, biraz önce hocamın belirttiği hususlarda.

Katılımcı:

Yani bizim uzmanlarımızı geri versinler. Bizim uzmanlarımızı ADM ile alındı. Eskiden bizim mahkemelerimizin uzmanları vardı. Adli Destek Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü yapıldı. Uzmanlarımız alındı.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Ne kadar aksatıyor ki bu?

Katılımcı:

Şöyle ben şimdi bu uzmanın ne rapor getireceğini bilmiyorum. Uzmanımla da görüşemiyorum yani. Bazı konularda biz doğrusu kayıtlara girsin istemem ama bazı konularda gerçekten dosyaya yansıtılmaması gereken şeyler oluyor. Çünkü mesela kadının gizli bir ilişkisi oluyor. Şimdi bunu dosyaya getirdiğiniz zaman yeni bir anlaşmazlık sebebi ve kadının da hayati tehlikesi olabilir. Bazı dosyalarda kadının komşusuyla ilişkisi var. Ortada bir çocuk var. Uzman bunu rapora yazamıyor. Kadın diyor ki bu çocuk ondan değil ben biliyorum diyor. Komşudan diyor. Adama görüş günü vermeyelim diyor vs. Şimdi bunları dosyaya yazdığınız zaman olmuyor yani. Ama dosyaya yazmadığınız zaman ne oluyor. Bunu bir şekilde çözebiliriz diye düşünüyorum. Bunu uzmanlarla görüşüp çözebiliyorduk. Ama uzmanlarımız olmadığı zaman dediğiniz gibi benim ne açıdan baktığımı bilmeyen bir uzman rapor getirdiği zaman sıkıntı oluyor özellikle velayetle ilgili konularda. Suhle teşvik konusu, burada akademisyen hocalarımız teorik olarak yurt dışı örneklerinden konuşuyorlar ama yargının dinamikleri açısından.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Bu konu arabuluculukta gelecek bu konuya girmeyelim diyorum.

Katılımcı:

Ben şunu söyleyeceğim. Yargılamanın dinamiklerini bilmeden hocalarımız konuşuyorlar ama şimdi Mustafa Başkanıma da selam verir vermez hemen derdest sayınız kaç diye sordular. Şimdi ilk sorulan şey bu. Bizim ilk önemli gördüğümüz şey bu. Mahkemede terfi ederken ilk önemli olan şey bu. Dolayısıyla hâkimin üzerinde bir karar verme baskısı var. Ben Kastamonu'da iken biraz daha az dosya varken bütün anlaşmalı boşanmalarda ortak velayet isteseler bile rapor aldım. Benim selefim olan hâkim Şanlıurfa'ya tayin oldu gitti. O da mesela diyor ki ben Kastamonu'da mesela çocukları genelde anneye veriyorduk diyordu. Sordum Urfa'da ne yapıyorsunuz dedim. Urfa'da çocukları biz hep babaya veriyoruz dedi. Babaya istiyorlar çünkü kadın kendi babasının evine gidecek. Babası onu yeniden evlendirecek. Dolayısıyla bu konular kanunda düzenlenmemesine

rağmen bölgesel farklılıklara uygun olarak taraflar bir şeyler geliştirmişler. Kanunla keskin bir sınırlama yapabileceğimizi düşünmüyorum. Türk toplumunda taraflar Kanuna bakıp bir çözüm benimsemiyorlar. Kendi kafalarındaki çözümle geliyorlar, bu kanuna uygun mu? Bunu kanuna nasıl uydurabiliriz? Böyle bir karar nasıl alabiliriz? Hâkime takdir yetkisi verilmeli. Zaten bu karar alma terimi de çok sıkıntılı bir terim. Ben aile mahkemelerinin adliyelerden çıkarılması gerektiğini düşünüyorum. Yine sulhe teşvik konusunu arabuluculuk konusunda ele alalım. Teşekkür ederim.

Mustafa ÇALIŞKAN:

Şöyle ki, çok vaktinizi almak istemiyorum. Hocamın dediğini desteklemek anlamında ben normalde kürsüde de bu bir kriz çözme yöntemidir, dolayısıyla yangına körükle gidilmemelidir diyordum. Bu işi avukatla hâkime bırakıp işin içinden çıkmamak lazım. Boşanma sürecine birkaç akademisyen büyüğümüz de söyledi. Ekonomik, psikolojik, pedogojik yönleri ele alınmalı. Ben mesela 2013'de İstanbul'a geldim. O zaman ki ev fiyatlarıyla şimdi ki ev fiyatları bir değil. O zaman mal rejiminden 100 bin TL alacaktım. Şimdi 1,5 milyon TL aldım. İcraya koyacağım falan uzun bir süreç. Bu süreç mantıklı ve makul yönetilmeli. Bu kesinlik sınırları var. Mesela boşanmanın ferisi bağlamında tazminat ve nafakalar bağlamında acaba istinafta bitmeli mi? Bu hususu bir görüşmek isterim. Yani ben bugün istinaftayım diye böyle düşünmüyorum. Yarın ilk dereceye giderim vs. Hani bunu hakikaten toplum mantığıyla bakmak lazım. Oradaki çocuk sokakta başını yarabiliyor. Sınıfta senin çocuğunla birlikte okuyabilir. Çocuğu çok örselememek lazım. En fazla bizim boşanmalarda ben bunun araştırmasını da yaptım %70-80 paradan dolayı gidiyor. Problem para. Dolayısıyla beş kişisiniz orada. Bunu düzelterek onaması lazım. Bunun bir düşünülmesi lazım sevgili arkadaşlar.

Çekişmeliden kesinlikle dönülmeli. Kusura dayalı o başka grubun konusu ama. Tanık olarak tanık son ihtimal olarak düşünülmeli. Çünkü tanık demek sülaleleri de bir araya getirip hani şu Türk filminde falanca sülale falanca aile var savaşa dönüyor. Dolayısıyla buna gidilmemeli. Hâkim ve avukatların bu konuda yetiştirilmesi lazım. Özellikle boşanma davaları ağır ceza merkezleri ikinci bölgelerde aile mahkemelerinde görülmeli. Bizim en ufak bir problemimiz olduğunda doçent, profesör arıyoruz. Adam her gün boşanmıyor. Evet. Üç beş defa boşananlar var ama bu çok ciddi bir problem. Hakikaten stajdan itibaren ihtisaslaşmalılar. Umarım bu dikkate alınır.

Velayet, şimdi demin hocam çok haklı olarak söyledi. Boşanmanın ferisi temyize tabi. Bağımsız velayet ise temyize tabi değil, istinafta kesinleşiyor. Daha vahim bir durum kişisel ilişki. Kişisel ilişki normalde kanunda basit yargılamada ve çekişmeli yargılamada düzenlenmedi diye Yargıtay o zaman işi de az olduğu için "bu yazılı yargılamaya tabidir" dedi. Şimdi istinaftan sonra Yargıtay'a gidiyor. Kardeşim çocuğumu iki hafta sonra göreceğim. Böyle bir şey olabilir mi? Bizde beş altı ayda çıkıyor, Yargıtay'da bir, bir buçuk sene sonra çıkıyor. Bu değiştirilmeli arkadaşlar. Şimdi şöyle bu mevcut yasal düzenlemede Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi, hatta geçenlerde Yargıtay üyesine de söyledim, kısmi boşanma bence mümkün. Ama değil diyor. İşte eski başkan normalde 2013 öncesi anlaşmalı boşanmaları

Yargıtay onuyordu. Emekli olan eski başkan muhalif kaldı, dedi ki; anlaşmalının çekişmeliye dönüşmesinde mâni yoktur dedi. Ben de dedim ki; ey üye kısmi boşanma mümkün değil nerede yazıyor dedim. Bana bu daireye yeni geldiğini söyledi ve soruna çözüm bulamadık. Bir mevzuda şu boşanmanın kesinleştirilmesi mevzusu. Bu kusura dayalı boşanmadan dönülse de dönülmese de en büyük tehlike en yakınındaki tehlikedir mantığı ile boşanma en kısa sürede kesinleşmeli. Ben bir örnek vereyim. İsim de veriyorum. Ömer Uğur Bey'in Bursa'da avukatlara seminerlerini baştan aşağı dinledim Covid döneminde. Şöyle söylüyor ben ilk derece hâkimi olsam istinaf varsa boşanmayı kesinleştirmem dedi. Mesela İstanbul'daki sıkıntımız Hukuk Muhakemeleri Kanununun 302/5 maddesi gereğince ilk derece boşanmaya hükmettiyse haliyle kesinleştirme onların görevi. Gönderiyoruz hâkim diyor ki; istinaf var boşanmayı kesinleştirmiyor. Arkadaşlar kadın hakkını savunuyorum diyen, kadını mahvediyor. Biliyorsunuz yani. Mahkemeye ayıp olmaz. Doğurganlık 40-45 yaşına kadar. Sen 15 sene bir kadını boşamazsan, ne olacak? Kime zarar veriyorsun. Arabuluculukta da bu konuya değineceğim. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 302/5 maddesi veya bu boşanma usulü diye hocam çok haklı. Buna ayrı bir usul getirilmeli.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Gürhan Bey buyurun sizi de dinleyelim. Bu konu da bayağı ortaya çıktı gibi.

Gürhan GÜRSOY:

Aile mahkemelerinin şekillendirilmesi bakımından şöyle bir şey anlatmak istiyorum ben. Ağır ceza mahkemesi başkanımızla konuşurken Kilis'te, kaç duruşmanız var diye sordum. Tek duruşmamız var dedi. Neden dedik? İşte 26 tane sanık dinleyeceğiz dedi. Ben duruşma listeme baktım daha fazla tanık dinliyorum. Yani şimdi dedim ki neden o zaman benim mahkemem heyetli bir mahkeme değil. İş bölümü yapmıyorum. Uzmanlaşmıyorum belirli şeylerde. Birincisi bu tartışılmalı. Aile mahkemesi başkanlıkları ihtisas mahkemesi olarak devam etmeli. Diğeri; istisnasız aile mahkemelerinde her türlü kararın resen tebliğ edilmesi lazım. Tarafların talebine bağlı olmaması lazım. Şöyle bir olay yaşadık; anlaşmalı boşanma davasında davacı gerekçeli karar yazıldığı gün geldi, feragat dilekçesi verdi. Kadıncağız kendisini boşanmış zannediyor. Sonra gitti zinaya dayalı boşanma davası açtı. Çünkü kesinleşip kesinleşmediğini bilmiyor. Kesinleşti diye çıkıp gitmiş. Dolayısıyla istisnasız her kararın suçüstü ödeneğinden karşılanarak resen tebliği sağlanmalı. Diğer bir nokta, velayet ile ilgili, kişisel ilişki ile ilgili. Alınacak kararlarda, öncelikle biz her seferinde ADM bünyesindeki uzmanlarımızdan yararlanıp rapor üzerinden büyük ölçüde karar verdiğimiz için davasız raporun onaylanması uygun bulunması şeklinde bir düzenleme getirilirse velayetle ilgili, çocuğun görülmesiyle ilgili davalar senelerce çözümsüz kalmaz diye düşünüyorum. Diğer bir husus ise boşanmayı kesinleştirmeyle ilgili. Şimdi şu şekilde bir uygulama belirledik. Eğer boşanmanın içerisinde akıl zayıflığı ile ilgili bir iddia yok ise biz boşanma kısmını kesinleştiriyoruz. Çünkü istinaf mahkemesi akıl sağlığı ile ilgili bir

iddiayı gördüğü anda vesayet altına alınıp alınmadığı yeterince denetlenmeden karar verilmesi diyerek tekrar dosyayı bize gönderiyor. Akıl sağlığı ile ilgili bir iddia yoksa dosyada, kusura dayansın dayanmasın boşanmanın kesinleştirilmesinin tarafların menfaatine olacağını düşünüyor. Teşekkür ederim.

Melek ARSLAN:
(Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı Tetkik Hâkimi)

Adli Destek Müdürlüklerimiz 2019 yılında kuruldu. Şu an sayısı 167'ye ulaştı. 2019 yılında 7188 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle daha önce aile ve çocuk mahkemelerinde görev yapan uzmanlarımızı artık hem Cumhuriyet başsavcılıkları hem hukuk ve ceza mahkemeleri olmak üzere tüm adli süreç boyunca görevlendirilmesini sağladık. Psikolog ve sosyal çalışmacı olmak üzere adli destek görevlisi adıyla. Bu yeni bir sistem oldu. Bu sistemden geri dönüş yok. Çok faydalı bir sistem de olmuş oldu. İstanbul Anadolu Adliyesindeki Adli Destek Müdürlüğü cidden çok başarılı bir teşkilat. SİR ile ilgili bu anlamda bir sorun ve çözüm önerisi geliştirecek isek belki SİR'in belli bir standarda bağlanması ve geliştirilmesi şeklinde bir çalışma yapılabilir. 2019 yılında itibaren devam eden başarılı bir sistem. Bu saatten sonra bundan dönüş olmaz. Sadece adli destek müdürlükleri değil bu uzmanlar adli görüşme odalarında ifade ve beyan işlemleri sırasında da bulunuyorlar. Adli görüşme uygulamaları da ülkemiz açısından çok başarılı bir uygulama. Belki eksiklik kaldığı hususunda SİR hakkında bir kaygı varsa bu raporların geliştirilmesi ve belli bir standarda bağlanması konusu görüşülebilir. SİR hakkında ikincil mevzuat üzerinde de çalışıyoruz. Geçmiş sistemi daha güzel bir sistem haline getirmişken bu sistemden dönülmek çok uygun olmayacağını düşünüyorum.

Av. Elçin KILINÇER OT:

SİR'lerin özellikle vaka bazında olay özümsenerek, taraflarla görüşülerek çocuğun üstün yararının saptanacak şekilde verildiğine inanmıyorum. Asla ve asla lütfen beni bağışlayın, herkesin çalışması çok kıymetli. Ama biz hep birlikte en iyiye ulaşmak, özellikle toplumun geleceği olan çocukların geleceğini inşa etmek üzere bir yargılamaya maruz kalıyorsak ben kendi dosyamda yaşadım. Daha önce boşanma davasına baktığım müvekkilimin babası çocuğunu yıllardır aramamasına rağmen çocuğun küçük yaşından beri, şu an ikinci eşi olan eşine evlat edinmesi için dava açtık. Bir kez görüşüldü çocukla. Sonra ben yerinde inceleme istedim. Gidip evin sadece fiziki koşullarına bakıp, 15 dakika sonra evden çıktılar ve mahkeme red kararı verdi. Bu sadece benim için böyle değil merkezden destek isteyenler vakalar için de konu bu şekilde. Bence SİR konusunda yargılama teşkilatı oldukça zayıf.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Teşekkür ederim. Sema Hocam buyurun.

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ:

Bu usul hükümleri ve usuli bakımdan problemli hükümlere bir örnek olarak Türk Medeni Kanununun 419 uncu maddesini örnek vermek istiyorum vesayetle ilgili. Vesayet makamı gecikmeksizin vasi atamakla yükümlüdür. Gerek duyulduğunda henüz ergin olmayanların kısıtlanmasına karar verilebilir. Ancak kısıtlama kararı ergin olduktan sonra hüküm doğurur gibi bir hüküm var. Bazı hükümler bizim usul teorimize ters hükümlerdir. Bu geleceğe yönelik midir, şarta bağlı mıdır, nasıl bir hükümdür gibi tartışmaları biz yapıyoruz ama sonrasında görev sorunları çıkarıyor bu tür hükümler. O anlamda bekli burada daha önce Aile Mahkemeleri Kanununda kısa bir süre sonra hemen değişiklik yapıldı ama vesayet makamı ve daha doğrusu vesayet işleri aile mahkemesinin dışında tutuldu. Bunun da belki siz değerli medeni hukukçular tarafından tartışılması gerekir mi diye Türk Medeni Kanununun 419 uncu maddesi özelinde görüşülsün istedim. Çünkü neticede orada sulh hukuk mahkemesi vesayet denetim makamı biçiminde asliye hukuk, sulh hukuk ilişkisi düzenlenmiş normal haliyle. Ama Aile Mahkemeleri Kanununda vesayet kısmı hariç tutularak aile mahkemesine bu görev veriliyor. Oysa uygulamada bunun bekletici sorun yapılması vesaire gibi sorunlar karşımıza çıkıyor. Bir tarafta sulh hukuk, asliye hukuk ikilisi, bizim normalde itiraz mercii olarak sulh ile asliye arasında bir ast üst ilişkisi görmediğimiz halde bu vesayette böyle özel bir durum çıkıyor. Vesayet konusunda eski düzenleme yeni düzenleme ve arada kalan düzenlemelerin görev problemleri çıkardığına işaret etmek istiyorum. Bu düzenlemeden çok kısa sürede vazgeçildi. Bu, Türk Medeni Kanununda büyük değişiklikler gerektirir. Çünkü hep madde içerisinde sulh hukuk mahkemesi vesayet; denetim ve itiraz makamı olarak asliye hukuk düzenlenmiş. Yani bu radikal bir değişikliktir. Ben daha çok medeni hukukçuların tartışması bakımından görev bakımından tartışılması için bu konuya dikkat çekmek istedim. Sizlerin tartışması kıymetli.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Yanlış hatırlamıyorsam şöyle oldu. Aile Mahkemeleri Kanunu çıkarılınca, aile hukukundaki bütün işler aile mahkemesine verilmiştir. Sonra vesayet makamı, denetim makamı ilişkisi olduğu göz önünde tutularak aile mahkemesinin nasıl denetleneceği sorunu karşımıza çıktı. Bunun üzerine o kısmın hariç olduğu belirtildi. Aslında mesela 6284'ün uygulamasında bir aile mahkemesin verdiği karara itirazı, bir sonraki aile mahkemesi inceliyor. Burada da benzer bir denetim düşünülebilir miydi? Veya şu olabilir miydi? Demin sayın hâkimlerden biri teklif etti. Heyet halinde bir aile mahkemesi kurulabilir. Ayrı bir hâkim görevlendirilir. Onun kararına itirazı heyet değerlendirebilir. Belki bu düşünülebilir.

Katılımcı:

Bizde esas değişiklik farlılık şuradan çıkıyor. Vesayet hükümleri bizde uygulanmıyor. Çocuk kısıtlansa bile velayet hükümleri uygulanacak diyor. Araba alıp satacağım diyor. Velayetle yapabilirsin diyoruz. Biz dosya üzerinden karar veriyoruz ama sulh hukukta inceleme yapıyorlar.

Katılımcı:

Kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altına alınmayıp velayet altına alınır. Sulh hukuk kısıtlıyor veya bir talep geliyor artık bu velayettir. Sulh hukuk mu? Bakacak, aile mi bakacak bu meselelerde sorunlar var.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Mesele şu. Mesela akıl hastası bir çocuk ergin olduktan sonra kısıtlanarak bu durumdan dolayı koruma altında kalacağı içi bir vasi tayin etmek yerine annesinin babasının velayetinde olması her zaman çocuğun üstün yararı gereğidir düşüncesi var ama velayet olduğuna göre biz velayetten niye denetimi daha hafif tutuyoruz. Hiç denetim yok diyemeyiz. Niye hafif tutuyoruz? Çünkü anne babaya daha çok güveniyoruz. Kan bağı var. Herhalde çocuğun menfaatini göz önünde tutar düşüncesi var. Ama tabi ki tamamen de denetimden ari değil. Mesela küçük bir çocuk babasını kaybettiği zaman nüfus bildiriyor anneye. Herhangi bir değişiklik olduğunda mal varlığında bana bilgi vereceksin diyor. Denetim mekanizması sistemi kurulmuş. Ama ne kadar işler. Ama bizim vesayette böyle. Aslında onu bile tartışabiliriz. Şimdi bunu şöyle yapalım. Burada birincisi aile mahkemesinin yapısı. Bir teklif geldi ama hiç düşünmemiştim. Soruyu yönelttim oradan çıktı galiba. Bir hâkimimiz tek hâkimli mahkemeden heyete dönülsün fikrini yazalım mı? Mesela şöyle diyelim mi? Vesayetle ilgili işlerin yeniden aile mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmesi, aile mahkemelerinin heyet halinde işleyen mahkemelere dönüştürülmesi, bazı görevlerin vesayetle ilgili işlerin vesayetle ilgili işleri naip hâkimin yapması, itirazların ise heyet tarafından değerlendirilmesi gibi.

Katılımcı:

Bizzat mahkeme çalıştırıp yürütmeye çalıştığımız için vesayet ile ilgili vesayet bambaşka bir uzmanlık. Aile hukuku zaten bir uzmanlık mahkemesi. Üstüne vesayet uzmanlığını getireceksiniz bunun. Bir de naip hâkim bakacak o da uzman olacak. O apayrı bir şey olacak o zaman.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Peki, o zaman şöyle yapalım. Ben dinlediklerimi kayda geçeyim. İtirazlarınızı değerlendirelim.

Aile mahkemelerinin heyet halinde teşekkül ettirilerek ihtisas mahkemesi olarak devam etmesinin ve aile hâkimlerinin uzmanlıklarının ilave eğitimlerle sağlanmasının uygun olacağı, bu kapsamda aile hukuku alanında tez yazmaya vb. lisansüstü eğitim çalışmaları yapmaya teşvik edilmeleri, meslekte belli bir yıl tecrübesi olan hâkimler arasından seçilerek atanmalarının sağlanmasının gerektiği değerlendirilmekle,

Alman Aile Kanununda 2009 yılında yürürlüğe giren değişikliklerin ve İsviçre Medeni Usul Kanununda 2011 yılında yapılan değişikliklerin medeni usul hukuku ve medeni hukukçularla ortak bir şekilde çalışılmak suretiyle aile mahkemelerine ilişkin özel bir usul kanununun çıkarılmasının uygun olacağı ve bu kanunda yargılamaya hâkim olan ilkeler, yargılama usulleri, adli tatil hükümlerinin uygulanmaması, delillerin takdiri ve değerlendirilmesi, anlaşmalı boşanmanın hukuki niteliği, aile hukuku alanında çekişmesiz yargı işlerine ilişkin usulün de düzenlenmesinin yararlı olacağı,

Bu Usul Kanununda, 6284 sayılı Kanun, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, 2828 sayılı Kanun ve İcra ve İflas Kanununda aile mahkemelerine verilen görevlere ilişkin usul kurallarına da yer verilmesi,

Boşanmanın feri olarak açılmayan, yani bağımsız açılan tazminat ve nafaka davalarında olduğu gibi temyizen Yargıtay denetiminde de boşanmanın feri olan nafaka ve tazminatlar bakımından kesinlik sınırı getirilmesinin yararlı olacağı,

Ayrıca bu boşanmanın feri olan nafaka ve tazminatların miktar açısından Yargıtayca bozulmayıp düzeltilerek onama kararının verilmesinin yargılamanın hızlandırılması ve boşanma sonrası ilişkilerin barış içinde yürütülmesi açısından daha yararlı olacağı,

Boşanmadan bağımsız, yani boşanma sonrasında açılan velayet davalarına ilişkin kararlar istinafta kesinleştiği halde bağımsız açılan kişisel ilişki davaları Yargıtayca basit yargılama usulüne tabi sayıldığı ve çekişmeli yargılama bölümünde düzenlenmediği için temyize tabi kabul edilmesinin doğru olmadığı, bunun yerine yazılı yargılama usulüne tabi tutularak temyiz yolunun kapalı olması gerektiği,

Kısmi anlaşmalı boşanmaya karar verilmesini engelleyen Türk Medeni Kanununda bir düzenleme bulunmadığı, mahkemelerin bu yönde karar verebileceği yönünde çalışma grubunda görüşler ortaya konulduğu,

Boşanma hükmü açıkça istinaf veya temyiz edilmemiş ise ilk derece mahkemesi tarafından boşanma kararının kesinleştirileceği hususunda hüküm tesis edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Katılımcı:

Aile mahkemesinin heyet halinde oluşturulması gerekir demiştik ya. O görüşten vaz mı geçtik?

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Bir itiraz gelmedi. Tutanakta düzeltmelerimizi yapalım öğleden sonra oylama yapalım. Şimdi ara verelim.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Evet, herkese merhaba. Öğleden sonraki oturumumuza başlıyoruz. Üçüncü gündem konumuza geçiyoruz. "Evlat Edinme Uygulamaları, Evlat Edinmede Yabancılık Unsuru ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar". Biraz hızlanmamız için bir akademisyen, bir hâkim sonrasında bir avukat arkadaşımıza söz vererek ilerleyelim.

Katılımcı:

Bu özellikle evlat edinme ile ilgili Türk Medeni Kanununun 308 inci maddesi var. Yaş farkı ile ilgili. Anayasa Mahkemesinin 25 Temmuz, Yıldız Ceylanvar kararındaki ihlalde, 308 inci maddedeki yaş farkı açısından önceki fırkada veya önceki cümlede belirtilen düzenlemeden daha az ise mahkeme haklı sebeplerin varlığı halinde evlat edinmeye hükmedebilir. Yani burada "haklı sebep" kelimesini ekleyebiliriz. Genel olarak evlat edinmeye ilişkin Türk Medeni Kanununun 315 inci maddesinde, evlat edinme işlemi mutlaka mahkeme kararı aracılığı ile yapılabileceği söyleniyor. Ama hem Nüfus İşlemleri Kanununda hem de yabancı ülkelerden evlat edinmenin tanınmasına ilişkin sözleşmede idari makamlarca yapılabileceği de söyleniyor. Buradaki tek mesele, mahkemenin evlat edinme kararı esasa ilişkin mi şekle ilişkin mi? Çünkü bu önemli bir unsur oluyor. Bunu biz esasa kaydedersek idari makamlarca verilen kararlar asla dikkate alınmayacak, ama şekli olarak değerlendirirsek o zaman dikkate alınacak.

Av. Büşra ALTINBAY:
(Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı)

Evlat edinme ve rıza aramama dosyalarının birlikte görülmesi durumunda evlat edinen ile evlat edindiren aileler karşı karşıya geliyor ve birbirlerinin iletişim bilgilerini öğrenebiliyorlar. Evlat edindiren ailelerin daha dezavantajlı durumunda olan aileler olduğu göz önünde bulundurulduğunda çocuk hususunda para konuları gündeme geldiği görülüyor. Belki evlat edindirme ve ana baba rızası aramama dosyaları belki ayrı ayrı yürütülebilir. Rıza aramama dosyaları uzun sürdüğü için çocuk ana babadan uzun süre aileden uzak kalmasını gerektirebiliyor.

Sedat CAN:

Daha önce dediğiniz konuda kuruma yerleştirme öncesi anne baba rızası aramama davalarını Yargıtay kabul etmiyordu. Hukuk Genel Kurulundan bir karar çıktı. Artık o yerleştirme kavramını evlat edindirme amacıyla yerleştirme değerlendirip davalara şu an bakılıyor. O bakımdan şu an sorun yok. Türkiye'de bu kanunun kabul ettiğinin aksine çocuğun menfaatinden çok yaşlıların menfaatleri gözetilerek evlat edinmek istiyorlar. Çünkü yaşlılar diyor ki; bana hiç kimse bakmadı, ben bu küçüğü evlat edineyim malım mülküm bu çocuğa kalsın diyor. Bu evlat edinmeyi biz kabul edemiyoruz. Çünkü Kanunda sınırlı sayıda sayılmış üç unsur var evlat

edinmek için. O bakımdan kişilerin haklarını bir şeye dayanmadan kısıtlıyormuşuz gibi geliyor bana. Burada "haklı sebeplerin varlığı halinde" bu maddeye de eklenebilir. Tabi ki isteyen istediğini evlat edinip diğer çocukları mağdur etmesin diyebilir ama ben Kastamonu'da üç tane dört tane davamız oldu. Reddedince de anlamıyorlar yani.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

İşte bu gerçekten bir evlat edinme mi? Peki neden ölünceye kadar bakma sözleşmesi imzalanmıyor bu konuda? Biz müzakere edelim. Düşünülsün arkadaşlar.

Av. Büşra ALTINBAY:

Bir husus daha var. Rıza aramama dosyalarında kişilere anneye ya da babaya ulaşılamaması halinde hâkime biraz daha geniş takdir hakkı verilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Şükriye ERTÜRK:

Annenin yeni bir evlilik yaptığını gördüm nüfus kaydında. Tahmin etmiştim evlilik dışı bir çocuk olduğunu. Sinop'ta yaşıyordu anne. Benim karşı komşum Sinoplu'ydu. Annenin yeni eşinin durumu bilmeyeceğini düşündüm. Bir komşum aracılığıyla Sinop'ta bir zabıt kâtibine ulaştık. Kapısına giderek anneyi arattık. Gerçekten kimse bilmiyordu. Kendi annesi babası bilmiyormuş ve tebligat falan yapılmış olsaydı eşinin öğrenmesi halinde aile faciası çıkabilirdi. Bazen anneyi aramak annenin de zararına oluyor.

Katılımcı:

Hocam küçüğe karşı yükümlülük yeterince yerine getirilmiyorsa, burada takdir yetkisi bunun üzerinden zaten genişlemez mi gerektiğinde? Ulaşılamıyorsa özen yükümlülüğü yerine getirilmiyordur, nerede olduğu bilinmiyorsa annenin.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Bunu yazabiliriz. Bu tür terk edilmiş çocuklar mı demek lazım, ne demek lazım?

Katılımcı:

Başkanım onlara vasi ataması yapılabilir. O dava ile sınırlı olmak üzere.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Kayyım mı?

Katılımcı:

Evet Başkanım. Kayyım.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Ebeveynin bakımından yoksun. Bunu unutmayın yazalım. Bir de ben not almıştım aslında bir hususa dikkat çekeyim. Anayasa Mahkemesi yine bir hükmü iptal etti. Türk Medeni Kanununun 314 üncü maddesinin üçüncü fıkrası. Süre de verdi bu konuda bir teklifiniz varsa onu da alalım. Hocam buyurun.

Doç. Dr. Emel BADUR:

Türk Medeni Kanununun 306 ncı maddesine bir dördüncü fıkra eklenmesini talep ediyorum. Eşlerden biri en az iki yıldan beri evli olmaları ve kendisinin 30 yaşını doldurmuş olma koşuluyla diğerinin çocuğunu evlat edinebilir. İnsanların önceki evliliklerinden çocukları var. Onu evlat edinmek istiyorlar. Burada velayet sorunu çıkıyor. Velayet her zaman kime geçer? Evlat edinene geçer. Kişiler evlilerse birlikte evlat edinebilirler ve birlikte velayet kullanırlar. Ama eğer ben eşimin çocuğunu evlat edinecek olursam velayet kime geçer? Evlat edinene geçer. İsviçre'de benim bildiğim kadarıyla eşlerin velayeti birlikte kullanacaklarına dair hüküm var. 306 ncı maddeye son fıkrayı eklersek bütün sorunlardan kurtuluruz. Aksi halde durum şu; çocuğun bir anası bir babası var. Birinden birinin eşi çocuğu evlat ediniyor ve velayet sadece evlat edinende. Bu kadar.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Ben bu hükmü ilk defa burada gördüm. Niye evlat edinince velayet anne babadan diğer eşe geçsin.

Katılımcı:

Aynı sorunu ben de yazmıştım. Ben de Türk Medeni Kanununun 314 üncü maddesine bir fıkra eklenerek diğer çocuğu evlatlık veren anne baba evlatlık arasında velayet hakkını ortadan kaldırmayacağı şeklinde hüküm eklensin diyecektim.

Katılımcı:

Boşanma sonrasında birlikte velayette problem olacak o zaman.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Durun Hocam oraya gelmedik henüz. Diyelim ki annenin çocuğu vardı. Koca onu evlat edindi. Velayet kocaya mı geçiyor? Annenin velayeti kalkıyor mu?

Katılımcı:

Anne baba velayeti birlikte kullanır Hocam. Çok istisnai bir durum. Ama karşılaşılıyor. Sizin dediğiniz sorunu çözmüyor aslında. Yine sıkıntılı. Boşanma oldu. Anneye verildi velayet. Anne ikinci evliliğindeki eşi çocuğu evlat edindi. Öbür babayı yok mu sayacağız? İşte orada mızrak çuvala sığmıyor.

Doç. Dr. Emel BADUR:

Ben şunu iddia ediyorum. Velayet kendisine bırakılmamış tarafın ikinci eşi evlat ediniyor. Kime geçti velayet? Evlat edinene. Çok net.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Ben şöyle anlıyorum; genel koşulların altında bakım şartını yerine getirecek. Ondan sonra kendi üvey çocuğunu da evlat edinirse o zaman iki yıllık şartı ilaveten arayacağız. Yoksa o bakım şartını yerine getirmeyen erginde bile ararken tutup da üvey çocuğunu evlat edinirken neden aramasın ki.

Katılımcı:

Ben başka bir şey de söylemek istiyorum. Tek başına evlat edinmede bir sorun var. Tek başına evlat edinmede evlat edinen kişi kendini anne veya baba ismi olarak yazdırabiliyor. Ama baba kısmında kadın evlat edindiyse doğal baba ismi yazılıyor. Yani hiçbir ilişkisi olmayan kadının adı, diğer tarafta da başka bir adamın ismi yazıyor. Doğal olarak anne ve baba arasında evlilik ilişkisi varmış gibi görünüyor. Yargıtay bunu kabul etmiyor. Bu nedenle de uygun olmayan bir sonuç ortaya çıkıyor. Aslında tek başına evlat edinmede orada baba adının değişikliği için yetki verilmesi ya da dosyada bu hususun belirtilmesi gerekir. Başka bir problem olabilir. Bir başka sorun çifte mirasçılıkta, evlat edinen evlatlık açısından bir problem. Aslında Kanunun bakış açısı şu: biz evlatlık verdiğimiz zaman küçüğü, kendi anne babasından ayırmıyoruz. Yani sınırlı bir evlat edinme prensibi belirlenmiş.

Yani tümden baktığımız zaman temelde bu var. Öz anne babasıyla ilişkisi devam etsin. Yani Alman hukukunda olduğu gibi değil, küçüğün tam evlat edinme söz konusu değil, tam evlat edinme sisteminin belirlenmesi gerekiyor, anne babasının ilişkisi ortadan kaldırılması gerekiyor, erginin evlat edinmesinde ise sınırlı evlat edinme prensibi getirilip yani anne babasıyla devam edebilir, lakin küçükte tam evlat edinme prensibi getirilmesini uygun olacağını düşünüyorum.

Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY:

Fransız hukukunda sizin dediğiniz gibi tam evlat edinme var. Yani biyolojik aile ile ilişkisi kesiliyor. Örneğin çocuk kanser oldu. Kan ve doku alınacak. Siz kestiğiniz zaman o aile ile ilişkiyi o aileden hiçbir şey talep edemiyorsunuz.

Katılımcı:

Sizin de bildiğiniz gibi AİHM'de kökenini öğrenme talebi var ya hocam. Normal soy bağı davalarından farklı olarak bu davalar süresiz açılabiliyor. Doğal olarak çocuk bunu talep edebilir hak olarak.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Kürşat Hocam sanki o Türk Medeni Kanununun 314 üncü maddesinin üçüncü veya dördüncü fıkrası, iptal edilen fıkra, eşler tarafından birlikte evlat edinen ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin nüfus kaydına ana ve baba adı olarak evlat edinenin adı yazılır. Bunu iptal ederken anayasa mahkemesinin gerekçesinde bu var zaten. Niye sadece bu durumda diyor. Diğer hallerde neden değil? Bu konu hakkında düzenleme talep etmemiz lazım aslında. Üçüncü fıkra mıydı? Dördüncü fıkraydı sanırım. Hocam siz? Başka katkısı olan yoksa. Hocam 18 yaş şartı ile ilgili bireysel başvuruda verilen bir karar var. Hatta AYM onu Meclise de gönderdi. Yani bu doğru bulmuyorum bunu. Bireysel başvuru ile geldi, iptal de etmedim diyor. Buna bir çözüm bul diyor. Hocamın şöyle bir teklifi oldu. 18 yaş şartı aranmalı ama haklı sebepler varsa aranmayabilir gibi bir ek yapalım diyor. Hazirunun kanaati nedir?

Katılımcı:

Hocam bu kural 1500 yıllık bir kural. Justinyen koymuş 18 yaş diye. Ve demiş ki doğal olarak anne veya baba evlat edinmişse aralarında 18 yaş olmalıdır, olağan bir evlat edinmedir, doğa ile çatışamaz evlat edinme diyor. Üç yaş beş yaş küçüğünü alamaz, çocuk sahibi olamaz yani nesil farkı olsun diye 18 yaş fark demiş. Yumuşatılması gerekir.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Teklif olarak uygun mudur? Arkadaşlar.

Katılımcı:

18 yaş bakımından temel olarak korunmalı ama Anayasa Mahkemesi zaten bunun olayların koşullarına göre uyarlanamazlık durumu açısından eleştirerek iptal etmiş. Hal ve koşullara göre veya haklı sebep istisnası getirilebilir.

Katılımcı:

Başkanım burada 18 yaş ile alakalı bir çekince koymamız gerekebilir. Dün Sayın Hatemi Hocamızın söylediklerinden sonra. Evlat edinen ile evlatlık arasında aslında olmaması gereken evliliğin meşruiyeti konusunda bir görüş beyan edildi. 18 yaş şartı korunmalı.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Hatemi Hocamızın o görüşü eskiden beri var. Aksine evlatlık ilişkisini ortadan kaldırmanız lazım. Hocanın görüşü eskiden beri bilinen bir görüşüdür.

Katılımcı:

Evet Hocamızın eskiden beri bilinen bir görüşü ama. Yaş farkının kaldırılmasının bu gün için değil ama 10 yıl sonra 20 yıl sonra daha içinden çıkılamaz bir hale sokması, belki meşrulaştırılması farklı sonuçlara giderse. 18 yaş evet yıllar yıllar önce konulmuş, hatta bu bizleri de aşan tıbbi bir gerçeklik nedeniyle konulmuş. O yüzden 18 yaş kuralının kaldırılması konusunun yeniden düşünülmesini istiyorum.

Katılımcı:

Bu haklı sebebin daha açıklayıcı bir şekilde ifade edilmesi daha doğru olur bence. Maksadı anlatmak adına ileride bir soru işareti olmaması adına yani.

Katılımcı:

Türk Medeni Kanununun 313 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında erginlerin evlat edinmesinde diğer haklı sebepler mevcutsa, en az beş yıldan beri evlat edinilenle birlikte aile halinde yaşaması gerekir diyor. Günün ekonomik koşullarında veya geldiğimiz sosyal koşullarda artık 18 yaşındaki

evlatlar bile ayrı evde yaşayabiliyor. Bunu Yargıtay dar yorumluyor. Aynı evin içinde yaşamak gibi algılıyor. Öyle akrabalık ilişkileri var ki, birbirine yakın evlerde ana evlattan öte olan insanlar var. Bu aile halinde birlikte yaşamak kavramını biraz genişletmekte fayda var. Biraz geniş yorumlayan bir düzenleme yapılabilir mi? Çünkü davaları reddediyoruz ve yıllarca verilen emekler boşa gidiyor karşılıklı.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Aile halinde birlikte yaşama kavramının yargının daha geniş yorumlaması, illa aynı çatı altında yaşama şeklinde yorumlamaması gibi. Burada önereceğimiz şeyler kanun değişikliğine matuf olmamalı. Yargıya bu konuda daha esnek davranması konusunda tavsiye niteliğinde öneriler geliştirebiliriz. Şöyle diyelim: Türk Medeni Kanununun 313 üncü maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendindeki aile halinde birlikte yaşama kavramının yargı uygulamasında aynı çatı altında yaşama zorunluluğu bulunmaması şeklinde değerlendirilmesi gerektiği. Avukat hanım sizin rıza aranma şartı ile ilgili bir öneriniz vardı. Türk Medeni Kanununun 311 inci maddesi ile ilgili rıza aranmamasına ilişkin çekişmesiz yargı işlerinde…

Katılımcı:

Hocam özür dilerim. Şöyle; çocuk kurumda normalde evlat edinilecek, o arada rıza aranmaksızın teslim edilmesi gerekiyor, Yargıtay bunu… Normal dava olarak açılmıyor mu?

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Kime karşı açılıyor.

Katılımcı:

Anne babaya.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Anne baba bulunamıyorsa kime dava açılıyor. Kayyıma mı? Ben yanlış anladıysam düzeltin. Aile il müdürlüğünde çalışan arkadaşlar bana mahkemeye müracaat ediyoruz ve bize illa ki onların rızasının aranmayacağına ilişkin mahkemeye başvurma şartı aranıyor dediler. Yanlış mı?

Katılımcı:

Evet Hocam doğru. Uygulamada olmuyor. Bana gelmiş bir dosya yok ama örneğin anne uyuşturucu bağımlısı.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

İşte biz uygulamaya da tavsiyede bulunuyoruz. Zaten öyle yapacaktık. Yani Türk Medeni Kanununun 311 inci maddesinde açılan çekişmesiz yargı işleri dedik ama dava şeklinde görülmemesi ama çelişkiye düşmüş oluyoruz. Peki şöyle diyelim: Türk Medeni Kanununun 311 inci maddesine dayalı olarak açılan rıza aranmamasına ilişkin taleplerin çekişmesiz yargı işi şeklinde görülmesine mutlaka anne babanın bulunarak ona husumet yöneltilmesi şeklinde bir uygulamanın yapılmaması, özellikle cinsel taciz, terkedilmiş çocuk, aile içi şiddete maruz kalmış çocuklar bakımından anne babaya husumet yöneltilmeden kayyum tayini yöntemiyle sorunun çözülmesi yoluna gidilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir. Türk Medeni Kanununun 314/4 maddesi ile ilgili söyleyeceğiniz bir şey var mı? Anayasa Mahkemesi sadece niye sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin evlat edinilmesinde böyle bir şartı arıyorsun dedi. Diğerlerinde de bu ana baba adını değiştirebilmesi lazım dedi. Aksi halde eşitlik ilkesine aykırı olur dedi. Sanırım temmuza kadar da süre verdi düzenleme yapılması için.

Nagehan YILDIRIM:
(Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi)

Başkanım bizim bu Çalıştayı düzenlerken bir amacımız da aslında Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarına değinmemiz ve mevzuat değişikliğine gidebilmek. O nedenle bunları yazmamızda fayda görüyorum.

Doç. Dr. Agâh Kürşat KARAUZ:

Türk Medeni Kanununun 314 üncü maddesi dördüncü fıkradaki iptal kararında olduğu gibi birlikte evlat edinilen ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin veya tek başına evlat edinmede nüfus kaydına anne veya baba adına evlat edinenlerin adı yazılır diyor. Tek başına evlat edinmede sorun şu tek anne veya tek baba evlat edindiği için diğer hane ne olacak. Doğal anne veya doğal babanın adı yazıyor zaten. Bunlar evli değiller. Hiçbir zaman olmamışlar. Sorun bu.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Bulunmuş çocuklarda olduğu gibi farazi bir ad yazılabilir. Benim burada bir çekincem var onu söyleyeyim. Şimdi ergin kişilerin evlat edinmesinde, küçüklerde soyadını alıyor evlat edinenin. Ergin kişi evlat edindiyse ergin kişinin rızasına bağlı. Sanki burada da ergin kişinin evlatlığın kendisini evlat edinenin anne baba isminin yazılmasında rızası gerekmiyor mu? Sanki burada bir eşitlik hakkına aykırı değil mi? Tam tersine menfaatinin korunması lazım. O yaşa gelmiş anne baba adının değişmesini istemeyebilir Öyle değil mi? Şöyle diyelim o zaman. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen Türk Medeni Kanununun 314 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının yeniden düzenlenmesinde ayırt etme gücünden yoksun küçüklerin evlat edinilmesinden evlat edinen eşlerin adlarının yazılmasının yanı sıra, ayırt

etme gücüne sahip küçüklerde onların görüşlerinin alınması kaydıyla erginlerin evlat edinilmesinde ise rızalarının alınması kaydıyla evlat edinenlerin anne baba adı olarak yazılmasını ön gören bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Katılımcı:

Hocam yaş farkı önerimize oylama yapabilir miyiz? Hepimiz aynı fikirde değiliz.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Arkadaşlar 18 yaş farkı aransın ama haklı sebepler varsa hâkim takdir yetkisini kullansın diyenler; 13 kişi. Bu kural değişmesin aynen kalsın diyenler; 6 kişi. Çoğunlukla haklı sebepler halinde diyeceğiz oraya. Uygun olacağı oy çokluğu ile kabul edilmiştir diyelim oraya. Tamam. Peki soy bağına geçelim. Benim tespitlerimi söyleyeyim. Anayasa Mahkemesi Türk Medeni Kanununun 286 ncı maddesinin birinci fıkrasını iptal etti. Ananın soy bağının reddi davası açabileceği yönünde bir karar verdi. İkincisi Türk Medeni Kanununun 303 üncü maddesinin ikinci fıkrasını da çocuğun açacağı babalık davası, yine Anayasa Mahkemesi 2011 yılında iptal etmişti. Anayasa Mahkemesi orada hiçbir süreye tabi olmasın demiyor. Ama Yargıtay'ın yıllardır uygulaması artık süre şartı kalkmıştır. Herhangi bir süreye tabi olmadan dava açabilir diyor. Hâlbuki Anayasa Mahkemesi burada da yine bir yıllık süre vermişti. Kanun koyucu burada bir düzenleme yapıldı ama maalesef Genel Kurula gelmedi. Yani burada ki bir yıllık süre vardı. Bunu kısa bulmuştu. Benim şahsi kanaatim burada bir süre olması lazım. Türk Medeni Kanununun 284 üncü maddesi ile 6100 sayılı Kanunun 292 inci maddesinde çatışma var. Bu ne olacak? Bu konulardaki görüşlerinizi hızlıca eklerseniz. Sema Hocam ile devam edelim.

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ:

Biraz önce de değinmiştim. Bence iki hüküm var çatışan. Soy bağı incelenmesi usulidir. Dolayısıyla karakteri de usulidir. 6100 sayılı Kanundaki uygulamanın daha doğru olduğunu düşünüyorum. Ayrıca soy bağına ilişkin davalarda yargılamanın iadesine konu teşkil edip etmediğine ilişkin mesele. Yargıtay kabul etmiyor. Yani teknolojik gelişmeler sonucu babalık tespit edilebiliyor. Bunu klasik bir yargılamanın iade sebebi olarak kabul etmiyor Yargıtay. Çünkü yargılamanın iadesinde işte o zaman mevcut olup da ele geçirilemeyen belge olarak düşünülüyor. Bu teknolojik gelişmelerin babalık davasında yargılamanın iadesi şeklinde algılanması gerekir diye düşünüyorum.

Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU:

Şimdi hocam 6100 sayılı Kanundan çıkarılması gerektiğini söylediniz. Medeni hukukçusu olmama rağmen aynı fikirde olduğumu söyleyeceğim. Bende buradan devamla nesebin buradaki doğru tespiti bir kere kamu düzeninden hiç tartışmasız. Türk Medeni Kanunu hükmü burada şunu yapıyor. Nesep gibi kamu düzeni üzerinden benim DNA tespitimi yapamazsın. Bu benim kişilik hakkımdır diyen bir davalı arasındaki menfaat çatışmasını adeta kişilik hakkı lehine kullanmış gibi bir durum var Türk Medeni Kanunu düzenlemesinde. Diyor ki buna yanaşmayan ben o zaman canım isterse baba ilan ederim. Öyle canım isterse delil yetersizliğinden seni baba ilan ettim gibi bir durum yani ben onu çocuğun üstün yararını aşacak şekilde bu nesep bağı kamu düzenindendir. Delil yetersizliği nedeniyle ben bu bağı şöyle kurdum ya da kurmadım gibi bir şey, Türk Medeni Kanununun oradaki tutumu isabetli değil. Usul Kanunundaki hükmü daha doğru bulurum orada. Tabi ki tartışılabilir.

Doç. Dr. Emel BADUR:

Tamamen hocalarımın karşı görüşündeyim. Meselenin bir usul problemi değil kişilik hakları, temel haklara dair bir denge kurulması gerektiğini düşünüyorum. Bir taraftan kişinin kökenini öğrenme hakkı ve maddi manevi kişiliğini geliştirme hakkı vardır. Bu soy bağına kurmak isteyen tarafa ilişkindir. Diğer taraftan kişinin bedensel bütünlüğünün korunması ki o da maddi ve manevi kişiliğini geliştirmeye dayanır. İki temel hak ve özgürlüğün çatışması söz konusudur. AİHM her iki tarafa da hak veren kararları vardır. En azından temel hak ve özgürlüğe dair bir mesele olduğunu belirtmek isterim. Bir diğeri de sadece tartışmanız için aktif bir şekilde direnen bir yetişkinden insan onuruna yakışır bir şekilde nasıl bir biyolojik örnek alabilirsiniz?

Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU:

Burada bir yanlış ifade ettiğimi düşündüğüm bir şeyi düzelteyim. Ben orada Emel Hocamın usul meselesi değildir kısmına aynen katılıyorum. Ben Hocamıza katılıyorum derken bunun usul hukuku meselesi olduğunu kastetmedim. Bu maddi hukuka ilişkin bir mesele. Ama burada nesebin doğru tespitini de maddi hukukun bir parçası olarak kabul ettiğim için oradaki değeri daha üstün tuttuğumu söylemek istedim. Ama hocamın işaret ettiği husus zaten en son onu bıraktım. Bir yetişkinin saçının telini bile vermek istemeyen bir kimseden bu nasıl fiziken alınır. O da ayrı bir mesele.

Doç. Dr. Emel BADUR:

Hocam saç örneği almıyorlar. Kan örneği istiyorlar. En doğru sonucu kan sonucu belirler. Benim çalıştığım alan. Kişiyi ya sersemletecek bir anestezi yapacaksınız.

Katılımcı:

Biz şöyle yapmıştık Hocam. Bir olay oldu. Boşanma davasında iki çocuk babaya verildi. Kadın iki çocuk da senden değil dedi. Biz de dava açıp çocukları mağdur etmeyelim dedik. Bize iki çubuk gönderdi özel laboratuvar. Ağızlarından doku aldık. İki çocuk da babadan çıkmadı. O sırada babadan olmadığını tespit ettik.

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ:

Bu mesele usuli bir sorun olduğu konusunda kararlıyım. Çünkü bu bahsettiğiniz delil tespitidir. Yasak delil, hukuka uygun delil, uygun olmayan delil pür dikkat usul konusu diye düşünüyorum. Biz o tartışmayı evet biz hep menfaat ile dengelemek zorundayız. Şüphesiz dokunuyoruz vücut bütünlüğüne. Tabii ki bu kişilik haklarına dokunuyor. Hüküm şöyle söylüyor, uyuşmazlığın çözüm bakımdan zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak. Al kolundan götür de zoraki değil. Bunun bir başlangıcı var. Bu belki iflah olmaz, ne münasebet ben dokundurtmam diyenler için sorun teşkil edecek bir şey. Burada her zaman ki menfaat külfet dengesinde çocuğun ait olduğu soy bağını tespit etmenin o kişisin vücut bütünlüğünden daha üstün koruncak bir değer olduğu için söyledim.

Şükriye ERTÜRK:

Aslında Yargıtay kararlarında Türk Medeni Kanununun 284 üncü maddesinin ikinci fıkrası biraz metruk hüküm gibi. Ona uyup o şekilde davanın aleyhe kabul edilip karar verilmesi halinde bunun derecattan geçerek kesinleşmesi mümkün değil. Yargıtay'dan o dosyanın bozulmadan gelmesi mümkün değil. Fiilen uygulanan Usul Kanunundaki hüküm.

Katılımcı:

Ben davalara ilişkin bir şey söyleyeyim. Soy bağı davaları aslında yapısı itibari ile erkek bakış açısıyla hazırlanmış. Yani kayyımın dava açma yetkisi var bazı yerlerde iptal edilen hüküm dâhil, mesela burada annenin soy bağına itiraz ve iptaline ilişkin dava açmaya izni yok. Benim kanaatim soy bağının reddi davası, babalık davası bunların kaldırılması ve sonrasında bunların tespit davası ile tespit edilmesi lazım.

Katılımcı:

Biz bazen deriz ya hukukun yumuşak karnı. Mera hukuku, orman hukuku gibi. Sonra 2/b geldi, önceki uygulamalar vesaire. Önceden de baktığım için bu soy bağı, babalık nüfus kaydı düzeltilmesi birbirine geçmişti. Yargıtay'da da buna farklı daireler baktığı için sıkıntılar var. Aslından bu üçünü bir potaya koyup ne yapmamız gerektiğine karar vermemiz lazım.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Bir ara verelim. Biz devam edebiliriz. Çay kahve alabilirler.

Katılımcı:

Taşıyıcı annelik meselesi ne olacak diyeceğim ama öteki başlıklara geçemeyeceğiz.

Katılımcı:

Hocam ben de yapay döllenmede soy bağı nasıl kurulacak meselesine girelim diyecektim.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Bizde yasak. Yurt dışında yaptırabiliyorlar. Peki şöyle şu konuda bir kendi görüşümü açıklayarak devam edeyim. Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kararını görmezden gelemeyiz. Dolayısıyla bu hakkın verilmesi gerekiyor. Şu kayıt olursa daha mı doğru olur. Evlilik devam ettiği sürece ananın böyle bir hakkı olmaması gerekir diye düşünüyorum. En azından Anayasanın 41 inci maddesini göz önünde bulundurarak bunun aileye zarar verebileceği kanaatini taşıyorum. Burada düzenleme yapılmaz ise her ne kadar AYM bu hükmü iptal etti sanki babanın da şu an soy bağının reddi davası açamaması gibi bir durum var ama aşağı doğru gittiğimiz zaman babanın soy bağı dava açabileceğine ilişkin hükümler devam ediyor. Bunun iptal amacı anaya da soy bağının reddi davası açmasına izin verilmesidir. Evlilik devam ettiği sürece dava açamaz ya da evlilik bittikten sonra bu hakka sahiptir mi desek?

Katılımcı:

Hocam bence soy bağının reddi davası kaldırılsın. Normal tek bir dava ile bu iş çözülsün.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Sadece o değil. Özel hayatına müdahale ettiğini düşünüyorum ben aslında. Kadın kendi ile ilgili olduğunu düşünerek bunu iddia ederse onlar açısından da sonuçlar doğurur. Benim şahsi kanaatim bu.

Katılımcı:

Dün hâkimlerimizle konuşurken bir de yargılama masrafları bakımından tartıştık. Anne burada zina yaptığını söyleyip zina sonrası bir

çocuk olduğunu evlilik devam ederken babaya karşı soy bağı davası açıp bir de haklı çıktığında karşı taraf davayı kaybeden taraf gibi yargılama masraflarını bir de kocadan mı alacağız gibi bir konuşma oldu. Bir de öyle bir şey var. Burada bana göre soy bağının tekniğine aslında aykırı bir şey var. Öz atayı bilme hakkı şüphesiz ki insan hakkı. Ama bu anne açısından değil. Bu baba ve çocuk arasında olan bir şey. Ama yine de anne için bunun tanınması bu usulle mi yapılmalı? Yoksa çocuğa kayyım atanarak yapılması daha mı uygun olurdu? Hani onu ayrıca tartışabilirdik ama yine ortada verilmiş bir AYM kararı olduğu için bu tartışmayı rafa kaldırıyorum içime sinmemekle birlikte. Evlilik varsa bu davayı açamaz. Açtıysa evliliğin çöpe gideceği gibi bir varsayım üzerine belki önerilebilir. Şu anda düşündüm sizin teklifiniz üzerine ama ne getirir ne götürür tartışılması lazım.

Av. Hande KESKİN:

Aslında çok güzel özetlediniz. Çok da hızlı hızlı geçiyoruz. Biz de görüş olarak bildirmişiz ama salonda duyulması için tekrarlıyorum. İddet müddetine sanırım salondaki herkes mutabık. 300 günlük süre aslında çağın ve teknolojik gereklilik bakımından hepimize zül ve hepimize kadük zaten. Bu çok basit testlerle bunun tespiti mümkün artık. Bunun kanundan çıkartılması gerekir diye düşünüyoruz. Yine AYM kararındaki konuda anne tarafından davacı sıfatıyla çocuğun biyolojik babasının koca olmadığı ileri sürülerek babalık karinesinin çürütülmesi için yargı mercilerine başvurulmasına imkân tanıyan ve özel hayata saygı gösterilmesi konusunda toplanan görüşlere katılıyoruz. Bunun evlilik içi ve evlilik dışı şeklinde bir ayrıma gidilmesinin etik değerler anlamında uygun olmadığını düşünüyoruz. Bunun takdir hakkının taraflara verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bir de 289 uncu ve devam maddelerde hak düşürücü sürelerin yeniden değerlendirilmesi düşünülmekte. Aksi halde yine hâkim bey de bahsetti soy bağı reddedilmek istenen çocuk davacı kocanın nüfusunda uzun yıllar kalarak bir mirasçılık anlamında bir sorun teşkil edebiliyor. Bu anlamda değerlendirilmesi gerekir diye düşünüyorum. 4721 sayılı Kanun 132 inci maddesine göre evlilik sona ermiş ise kadın evliliğin sona ermesinden sonra 300 gün geçmedikçe tekrar evlenemez. Kadın için bekleme süresi için ön görülen madde ele alınmalı. Malum çağımızın getirdiği modern teknolojik testlerin kolayca yapılabilmekte olduğundan kadın için ön görülen bu hükmün artık varlığının gerekmediği noktasını da takdirlerinize sunuyorum. Teşekkürler.

Katılımcı:

Sayın Baro Başkanıma bir katkıda bulunuyorum. Usul de çok çirkin biliyorsunuz. Kaleme gidiliyor, koluna mühür vuruluyor. Gerçekten çağa uygun olmuyor.

Katılımcı:

Uygulamada geçici velayet nüfusa işlenmediği için bazı sorunlar yaşıyoruz. Yurt dışı çıkışla alakalı, okula kayıtla alakalı. Geçici velayet vermemiz yetmiyor, yetki de vermemiz gerekiyor.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Geçici velayet ile boşanma davası açıldığında tedbir olarak çocuğun kimin yanında?

Katılımcı:

Orada da var. Bir de velayetin değişikliği davalarında da aslında hukuki temeli yok ama veriliyor. Geçici velayet veriliyor yer yer. Yani nüfusa işlenmemesi halinde ayrıca yetki verilmesi gerekiyor biz yetki veremediğimiz için çocukların yurt dışına kaçırılması söz konusu olabiliyor. Bir de bizim hukukumuzda kabul edilen bir şey değil ama yurt dışında kabul edildiği için ve Yargıtay içtihatları ile beraber biz de boşanın annenin velayeti kendisine verilen çocuğun soyadının değiştirilmesi davasını biz de kabul ediyoruz. Bu da bir yasal zemine oturtulursa daha iyi olur. Yani karşı taraf her zaman babaya dava açılıyor ve mahkeme masraflarını ona yükletiyoruz. Bu da şık olmuyor. Hepsi ayrı başlık aslında ama vaktimiz yok.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

İptal edilen hükümle ilgili Hande Hanım evlilik içi evlilik dışı fark etmeksizin dedi. Ben evlilik içinde ileri sürülemeyeceğini söyledim. İstiyorsanız oylama yapalım. Hangisi ise çoğunluk görüşü diye kayda geçelim. Çünkü Türk Medeni Kanununun 286 ncı maddesi ile ilgili kanun değişikliği illa ki gelecek gibi görünüyor. Şöyle diyelim; Anayasa Mahkemesinin iptal kararı çerçevesinde Türk Medeni Kanununun 286 ncı maddesinin yeniden düzenlenerek çocuk ve koca yanı sıra anaya da soy bağının reddi davası açılması hakkının verilmesi gerektiği, Evlilik için bir kayıt olsun mu olmasın mı diye oylama yapalım. Çoğunluğun görüşü ile devam edelim; Bu düzenleme yapılırken evlilik içi evlilik dışı ayrımının yapılmaması. Bir de bu babalık davası ile ilgili hak düşürücü süre ile ilgili bir düzenleme yapılsın mı yapılmasın mı? Çocukla ilgili yok. AYM iptal etti onu değil mi?

Katılımcı:

Yanlış anlıyorsam beni düzeltin lütfen. Çocuğun açtığı veya annenin çocuğa velayeten açtığı diye bir dava geldi bizim daireye. Yani o tamamen oturdu gibi. Yani çocuğun açtığı ve annenin çocuğa velayeten açtığı hak düşürücü süre yok dedi.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

AYM kararından aslında hiç süre olmasın demiyor. Buradaki süre kısa diyor. Ama onunla ilgili kanun çıkmadı. Hazırladılar. Meclise gelmedi ama. Bu değişiklikte belki gündeme gelebilir size söyleyeyim. Çünkü bunlar gündeme geliyorsa o da mutlaka dikkate alınacak. Ben hak düşürücü süre olarak çocuğun kendisinin veya çocuk adına velayeten açılan babalık davalarında hak düşürücü süre olsun diyenler? Olmasın diyenler? Tamam çoğunluk olarak bunu yazalım. Şöyle diyelim: Anayasa Mahkemesinin iptal kararı çerçevesinde 4721 sayılı Kanunun 303 üncü maddesinin yeniden düzenlenmesinde çocuğun açacağı babalık davasında herhangi bir hak düşürücü süreye yer verilmemesine çoğunluk kararı ile karar verilmiştir. Son olarak 284 üncü maddenin Türk Medeni Kanunundan çıkartılması gerekir mi diye oylayalım. 284 üncü madde çıkartılsın mı diyenler? Hemen hatırlatayım. Soy bağının reddi davalarında 284 üncü maddede soy bağının reddi davalarında genetik inceleme yapılabilir diyor.

Katılımcı:

Hayır öyle değil Başkanım. Maddeyi okuyorum. "Taraflar ve üçüncü kişiler soy bağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı hâkimin ön gördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermez ise hâkim durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabilir."

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Tamam evet. Bildiğiniz üzere 6100 sayılı Kanunun 292 nci maddesinde diyor ki; bu soy bağının reddi davalarında hâkim bu kararı zorla incelemeyi yerine getirir diyor. Bizim tartışmamız şu, kimi Türk Medeni Kanunu hükmü özel hükümdür, o uygulanmalı diyor. Diğeri diyor ki; Usul Kanunu sonradan çıkarılmış özel kanundur. Dolayısıyla 6100 sayılı Kanunun 292 nci maddesi uygulanmalı diyor. Şimdi 284 üncü madde 4721 sayılı Kanundan çıkartılsın diyenler 6, kalsın diyenler 10. Evet.

Gürhan GÜRSOY:

Başkanım orada iki hakkın çatışması şundan kaynaklanıyor. Aile mahkemesinde babalık davası açıldığında tensiben biz soy bağının DNA incelemesine karar veriyoruz. Şu şekilde bir düzenleme yapsak. Türk Medeni Kanunundaki düzenlemeyi de koruyarak, öncelikle diğer delillerle desteklenmesi ile birlikte baba olduğu iddia edilen kişinin buna rağmen biyolojik incelemeyi kabul etmemesi halinde zorlama yapılmasını oraya koyarsak, buradaki hakka dokunmanın da esasında neden kaynaklandığını açıklamış oluruz. Neden diğerine üstünlük tanıdığımız yani çocuğun yan delillere rağmen bilimsel bir metotla da geldiğini kesin bir şekilde bunu ispat edebileceğini ortaya koyduğumuzda bence bu tartışmaya son verilmiş olur.

Aşamalı bir delil incelemesi olursa orada daha korunaklı olur. Yani delil olarak anne tanık dinletti, takdiri delildir. Demek istediğim şey şu; ortada hiçbir tanık yok, hiçbir şey yok.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Yani Yargıtay şu uygulaması ile ona müsaade etmez. Hükme eklensin derseniz o ayrı.

Katılımcı:

Ama zaten 6100 sayılı Kanunun 292 nci maddesi şunu söylüyor; uyuşmazlık çözümü bakımından bilimsel verilere uygun olmak koşuluyla diyor, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak kaydıyla diyor.

Gürhan GÜRSOY:

Orada bizim sorunumuz şu; öyle söyleniyor ama onun bir yaptırımı yok. Adam gelmeyince biz yakalama çıkaramıyoruz. Sürekli ertelenmiş oluyor. 8-10 sene sürüyor o sebeple.

Katılımcı:

6100 sayılı Kanunun 292/2 maddesi, tanıklıktan çekilme hakkını ileri sürerek bu yükümlülükten çekinemez diyor.

Gürhan GÜRSOY:

Yok, şöyle adama kan ver diyoruz. Kan vermediği zaman aleyhe sayamıyorsunuz. Yargıtay hüküm varken bunu uygulayamazsın diyor.

Katılımcı:

Hocam Türk Medeni Kanununun 132 nci maddesini de yazabilir miyiz?

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

4721 sayılı Kanunun 132 nci maddesindeki bekleme süresine ilişkin uygulamanın ivedilikle kaldırılmasının.

Katılımcı:

Yargılamanın iade sebebi sayılması açıkça yapılacak Aile Mahkemeleri Kanununa koyulması.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Arkadaşlar şöyle diyelim; soy bağı ile ilgili olan davalarda Türk Medeni Kanununun 284 üncü maddesinin öncelikli olarak uygulanmasına kanaat getirilmiştir. Ancak tıbbi gelişmeler sonucu babalığın tespitinin mümkün olduğu haller için bunun bir yargılamanın iadesi sebebi olabilmesi hususu açıkça değerlendirilmelidir.

Katılımcı:

Hocam çok özür dileyerek yapay döllenmelerde soy bağının kurulması ile ilgili düzenleme yapılması tavsiyesinde bulunsak çok abartır mıyız?

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Peki yapay döllenmede evlilik dışı olanlar mı? Bizim Kanunumuz evlilik içine müsaade ediyor.

Katılımcı:

Teknikler de çok gelişti ya hocam o yüzden. Taşıyıcı annelik var, üç ebeveynlik durumu var. Başka yerde yaptıranlar da var. Soy bağı nasıl düzenlenecek. En azından düzenlemeye ilişkin bir satır bir şey yazalım.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Peki, şöyle diyelim o zaman. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ve yeni teknolojik gelişmeler neticesinde farklı teknikler sonucunda dünyaya gelen çocuklarla ebeveyni arasında soy bağının kurulmasına ilişkin kanuni düzenlemeler yapılmasının tavsiye edilmesine karar verilmiştir. Arabuluculuk meselesi var. Bir de 6284 sayılı Kanun var. Önce hangisini tartışalım. Başkanım buyurun lütfen.

Katılımcı:

Emek verdiğim ve faydasını gördüğüm bir iş olduğu için bu konuda konuşmak istiyorum. Yüksek lisans bitirme tezim anlaşmalı boşanma, sulh ve arabuluculuk. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinde de 3 sene çalıştığım dönemde İstanbul'da 20 aile mahkemesi vardı. 20. Aile Mahkemesindeydim. Ben mutlaka tarafları duruşmaya çağırıyordum. Sebebi şu; hâkim tarafları bizzat görmeli, çünkü takdir yetkisini kullanacak. Vatandaş da koşarak geliyordu. Sebebi şu; bizim ülkemizde en fazla şikâyet edilen husus, avukat dilekçeyi tekrar ederim dedi, karar hemen verildi, hiçbir şey sormadı bana. Bunun faydasını gördüm. Mutlaka anlaşmalı boşanmayı o uzun bir hikâyede, taraflara 5-10 dakika anlatıyordum. Bende anlaşmalı boşanma daha fazla çıkıyordu. Yanlış anlaşılma olmasın boşanmayı özendiriyor değilim. Süre

vereyim uzmanına gidin vs. hatta bir sürünme durumu konuşuldu ya. Şayet ikinizin beyninin arkasında sürünme gibi bir durum varsa bu dava birkaç sene devam ettiğinde sürünen ben değil, avukatlar değil sürünen sizler olacaksınız. Bizim dükkân burası diyor ve faydasını görüyorduk. Şimdi bunun mutlaka olması lazım. Sulh hükümlerin efendisidir. Davanın kabulüne diyorum davalı memnun değil. Ortaya bir hüküm veriyorum birisi az diyor birisi çok diyor davaya devam. Yani savaşa devam. Bu şiddet konusunda hukukçu kaymakam akademisyenlerden herkes karşımıza geliyor. Ağzı dolu dolu konuşuyor. Boşanma bir türlü şiddet içermek zorunda. Bu maddi manevi ya da psikolojik şiddet olmalı. Arkadaşlar Bakanlığa da birkaç sefer söyledim. İrade fesadı olacak şekilde vatandaş anlaşmalı boşanmaya geldiyse ama şiddetle ama arabuluculukla ama tehdidin etkisiyle tamam bu kabul edilemez ama. Sabah silahla vurmaya kalktı. Öğleden sonra anlaşmalı boşanmaya geldi. Mahkeme olarak siz ne diyorsunuz. Yok olmaz arkadaş. Ama iradesinin fesada uğradığını eğer anlıyorsanız boşamıyorsunuz. Ya da düğüne gider gibi geliyor. Güle oynaya. Anlıyorsunuz ki bu ya maaş alacak ya da mal devredilecek. Öbür türlü de kadın ağlayıp yıkılıyor. Ne yapıyorsun hâkim olarak. O zaman hâkim olarak çık diyorsun erkeğe. Kardeşim senin bir derdin mi var? Niye ağlıyorsun? Süre mi istiyorsun? Falan vs. Uygulamamız bu yöndeydi. Kesinlikle faydalıydı. Şiddeti arabuluculuğu kurban etmeyelim. Bizim milletin anlaşamadığı dedim sabah da ben beş yıllık Başkanım. Bu konuların Yargıtay'a gidenin yüzde sekseni para. Arkadaşlar anlaşmazlık bu. Ne yapacağız? Dolayısıyla hakikaten bu arabuluculuk şiddete kurban edilirse yazık olur. Ayrıca kadın dayak yemiş, boşanman uzasın diyorsun arabuluculuğa gelmemekle. Böyle bir şey olabilir mi? Boşansın kurtulsun. Mutlaka mahkeme temelli arabuluculuk olmalı. Ama şiddetin etkisiyle geliyorsa onun iyi tespit edilmesi gerekir.

Av. Pervin TAŞÇI DURAK:
(TBB Kadın Hukuku Yönetim Kurulu Üyesi)

Şimdi sayın başkan ifade etti şiddete kurban etmeyelim diye. Ama kadınların şiddete kurban edildiği bir ülkede yaşıyoruz. Arabuluculuk Daire Başkanlığının internet sitesinde arabuluculuğun temel ilkeleri ile alakalı yazıları okuduğumuz zaman arabuluculuğun tozpembe ve İngiltere'den alınarak düzenlenmiş bir metin ile karşılaşıyoruz. Ne yazık ki burası İngiltere değil Türkiye. Çok sevdiğimiz bu ülkede ben de bir kadın olarak kadınlarla temas halinde olan bir kadın olarak, ayrıca arabuluculuk bürosunda kayıtlı arabulucu bir avukat olarak aile hukukunda arabuluculuğun gelmemesi kanaatindeyim. Dün hocalarımızdan bir tanesi aile mahkemelerinin önünde uçan tekmelerden bahsetti. Evet aile mahkemelerinin önünde uçan tekmeler atılıyor. Ben ofisimde veya herhangi bir yerde arabulucuyum. Taraflar geldi arabuluculuk görüşmelerinde adamın belinde silah var. Şöyle trajik bir sonuç olarak. Feri sonuçlar bakımından karşıyım. Hâkimler değerlendirsin diyorum. Zaten anlaşmalı boşanma var. Taraflar zaten sağlıklı diyalog kurabiliyorsa anlaşabiliyorlarsa ne yapacaklar? Mahkemeye gidip gün alıp anlaşmalı boşanacaklar. Zaten hâkimin yaptığı bir uygulama varken biz neden arabuluculuğa gidiyoruz. Bu soruyu soruyorum Uygulamada çok daha büyük üstatlar var burada hocalarım var. Arabuluculuğun faydaları vardır.

Tartışılıyordur. İş hukukundan bir örnek vereyim. İşverenden alacağı bu günkü 10 bin lira ile dava sonunda alacağı 10 bin lira aynı olmayacak. Bu gün paraya ihtiyacı olduğu için zorunlu olarak iş hukukunda arabuluculuğu kabul edenler var. Biz bunun arka perdesine bakmıyoruz. Gelen istatistiklere bakıyoruz. Ortaklığın giderilmesi konusunda arabuluculuk geldi. Muhteşem işler yapılıyor. Deniliyor ki iki kişi anlaştı, beş kişilik ortaklığın giderilmesi sorununda beş kişiden iki kişinin anlaşmasını Arabuluculuk Daire Başkanlığı başarı olarak görüyor. Şöyle söyleyeyim arabuluculuk başarılı sayılamaz. Zaten ortaklığın giderilmesi davası görülüyor. Kamu zarara uğratılıyor. Kaldı ki biz burada aile hukukundan bahsediyoruz. Çocuğun velayeti söz konusu olduğunda düşünün, adam ben sana tazminat nafaka vermeyeceğim diyor. Eğer sen nafaka tazminat istiyorsan çocuğunun velayetini unut diyor. Bu gibi sıkıntılarla karşılaşacağı. Ne yazık ki biz İngiltere değiliz.

Av. Elçin KILINÇER OT:

Uygulamadan gelen ve meslekte yirmi yılı tecrübesi olan biri olarak Türkiye'de kadınlar bizim oturduğumuz yerden gördüğümüz ya da görmek istediğimiz veya görmek istediğimiz pembe tabloda yaşayan kadınlar değil maalesef. İzmir Barosunda geçen kasım ayında, bir önceki yılın kasım ayına göre yapılan şiddet başvurusu tam iki kat arttı. Ben 2016 yılında Adalet Bakanlığının yüz yüze sınav yaptığı bir dönemde arabulucu oldum. Arabuluculuğun zorunlu haline karşıyım. İhtiyari olarak arabuluculuk yapıyorum. Zorunlu olarak da geçim kaygısıyla yapıyorum. Maalesef maddi kaygılar nedeniyle yapmak zorundayım. Ben size samimi olarak geçen sene 2023 yılında anlaştığım dosya sayıyı zorunluda beşi bulmaz. Yani şöyle ben arabuluculuk şahaneymiş gibi bir tablo yok. Özetle arabuluculuğa karşıyım.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Duygu Hanım buyurun.

Dr. Öğr. Üyesi Duygu DAĞLIOĞLU:

Mahkeme temelli ya da değil tartışılır, feriler dışındaki hiçbir bir durumda aile arabuluculuğu benim şahsi kanaatim kabul edilebilir değil. Zaten ihtiyariyi şu anki 6100 sayılı Kanun ile Arabuluculuk Kanunu olarak yapabilirsiniz. Ev içi şiddet, aile içi şiddet yoksa ve mal varlıksal yani taraflar serbestçe tasarruf edecekleri konularsa zaten ihtiyari yapılabiliyor. Mahkeme temelli olsa dahi onu ben reddediyorum. Doğal olarak ihtiyari de uygulanıyor. Dava şartı olup olmayacağı tartışılabilir. Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi varken olmasının sakıncası olmayabilir şiddet ve dediğim gibi feriler şerhlerini düşerek söylemek istiyorum. Ama şurada hali hazırda ki günümüzdeki herhangi bir şiddet zaten fiziksel şiddeti barındırdığı için çok uygulanabilir görünmüyor. Ama burada koyacağımız iradenin aksine bunu yine de yapacağız noktasında olursa eğer bu noktada aile arabuluculuğunun bu usul kanunun farklılaşması konusunda ele alınması gerektiğini, bir de muhakkak aile arabuluculuğu özelinde hukukçulardan

çıkarmıyoruz ama ona eş arabulucu deriz demeyiz bilemiyorum ama bir psikolog dahli ile o sürecin sadece ferileri için yine şiddet olmamak kaydıyla yürütülecek şekilde düzenlenmesi gerekir.

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ:

Aslında Aile Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesini tartışalım demiştim ama o tartışma yapılmadan konu sadece arabuluculuk biçimine dönüştü. Belki burada tartışmayı doğru yönlendirmek açısından biz burada ne istediğimizi tespit etmek bakımından modeli bilmeden bildiğimiz arabuluculuk sistemini konuşuyoruz. Bence hatamız bu. Önce neyi konuştuğumuzu bir bilmemiz lazım.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Şöyle söyleyeyim çok özür diliyorum. Bakanlık çalışmaları şu an bildiğimiz iş hukukunda, ticaret hukukunda, kira hukukunda, arabuluculuk tarzında.

Katılımcı:

Dün Bakanımızın yaptığı konuşmada da mahkeme temelli ve şiddet vurgusu vardı.

Katılımcı:

Aslında mahkeme temelli olması zaten şöyle; zaten Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesinden bahsediyoruz. O zaman zaten burada zaten mahkeme temelli arabuluculuk nasıl getirilecek. Burada arabuluculuğun nasıl bir katkısı olacak devlete külfetten başka.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Biz burada sadece boşanmaya odaklandık. Bu alan öyle geniş bir alan ki. Türk Medeni Kanunun 166/3 maddesi diyoruz ama aile hukuku çok geniş. Zaten getirilmek istenen aile arabuluculuğu. Türk Medeni Kanununun 195 inci maddesi var. Eşler aralarında bir sorun varsa birlikte veya tek başlarına müdahale talep edebiliyorlar.

Katılımcı:

Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi sadece boşanma söz konusu olduğunda, ama nişanlanma sonrasında gündeme gelen anlaşmazlıklarda maddi temelli anlaşmazlıklar onlar dava şartı arabuluculuk olarak görüşülebilir. Tamamen karşı değilim.

Katılımcı:

Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi hepimizin malumu, taraflar her konuda anlaşırsa anlaşmalı boşanmadır bizim için. Ama taraflar şunda anlaşmasına izin verelim bir. Boşanma konusunda anlaşıyorlar ama mal rejiminin tasfiyesinde anlaşmıyorlar. Maddi manevi tazminatın miktarında anlaşamıyorlar. Bizim için bir arabulucunun boşanmaya hükmetmesi mümkün değildir. Velayete hükmetmesi mümkün değildir. Ama şunu da tarafların elinden almak doğru değildir. Bizim için boşanma konusunda anlaşıldıktan sonra aralarındaki yoksulluk nafakasının bakın iştirak nafakasını demiyorum ya da mal rejiminin tasfiyesini arabuluculuk ile yapabilirler.

Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ:

Teşekkür ederim. Burada ben şunu söylemek istedim. Uzlaştırıcı ve arabulucu farklı kavramlar. Bizim şulhe teşvik meselesi özellikle Aile Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesi çok özel bir hüküm. Bu hüküm çerçevesinde İsviçre'de de örneği var. Zorunlu uzlaştırma diye bir müessese var. Şimdi burada bir boşanma davasıyla gelmiş çiftlerin uzmanlardan da yardım almak koşuluyla işte psikolog, sosyal çalışmacı işte sorunlarını tespit etmek amacıyla bunun gerçekten bir uzlaştırmacılık gibi mi olacağı yoksa bildiğimiz modeldeki arabuluculuk gibi mi olacağı aslında temel bir tercih sorundur. Ben klasik anlamda bir dava şartı arabuluculuk gibi bir uygulamaya karşıyım. Ama uzlaştırıcılık, hâkime bu vasfın verilmesi ve gerekirse ailenin korunabileceği hallerde korunması, korunamıyorsa da en az zararla bunun yapılması, bizim 6100 sayılı Kanunda da ön incelemede sulhe teşvik ve arabuluculuğa sevk zorunluluğu var. Ama 7 nci maddedeki sulh ve teşvik de bir zorunluluk. Oradaki sulh siz boşanın diye bir sulh değil. Boşanmayın sorunları tespit edip çözelim şeklindeki bir sulh. Müesseseyi bence arabuluculuk üzerinden değil aile hukukunda uzlaştırma üzerinden tartışmak lazım. Arabuluculuk sınırlı karar verme yetkisi de yok. Ama uzlaştırıcı karar verebilir. Hâkim uzlaştırıcı pozisyonunu alabilir veya ülkelerde bu var veya başka bir mekanizmayla ama yargı içerisinde çözülmesi gerekir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Cezada uzlaştırma var. Hukukta da arabuluculuk bize kalıyor. Aslında benim bu konuşmalardan çıkardığım lehte olan arkadaşlar çekinceleri ile birlikte klasik şu an bildiğimiz oraya oturmuyor. Ona çok taraftar değiliz. Aslında böyle bir model faydadan ari değil. O olabilir diye arkadaşlar düşüncelerini ortaya koyuyor.

Av. Bahar ÜNLÜER ÖZTÜRK:

İstanbul özelinde bir ekleme yapmak istiyorum. Baromuzda 60 bin avukat kayıtlı olup bu avukatlardan 8500'ü adli yardımda görev alır. Biz yılda geçmişte özellikle 15 bin adli yardım başvurusu alırız. Çoğumuz başvuru

kriterlerini biliyoruz. Bu başvuru kriterlerini sağlayanların %90'dan fazlası kadınlara ait bu başvuruların. Kadınların aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklardan doğan başvurular. Burada gördüğümüz kadın erkek ilişkisi, evlilik bunun üzerine kurulu zaten ve burada bir eşitlik henüz çok uzağımızda. Türkiye koşullarında bu böyle. Hal böyle iken eşit güçler arasındaki anlaşmadan bahsettiğimiz arabuluculuk uygulamasının evlilik ilişkilerinde uygulanabilir olması bizi hayal ettiğimiz güzelliklerden çok daha farklı noktalara taşıyabilir endişelerimiz var. Bu endişelerde haklı olduğumuzu da düşünüyoruz. Çünkü bu ülkede sadece kadın oldukları için ve kendilerine yakın gördükleri eşleri tarafından diğer aile mensupları tarafından öldürülüyorlar. Bu şartlar altında arabuluculuğun uygulanabilir oluşunda bizlerin haklı endişelerimizin olduğunu düşünüyorum. Biz de dolayısıyla İstanbul Barosu olarak arabuluculuğun çok hassas olduğunu ve aile arabuluculuğunun da uygulanabilir olmadığını, dava şartının zaten uygulanmasının mümkün olmadığını düşünüyoruz.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Şimdi bu konuda arabuluculukla ilgili şöyle bir durum ortaya çıktı. Tamamen karşı olanlar var. İkincisi çekincelerle olabilir diyenler var. Bir de tamamen olabilir diyenler var. Şöyle diyelim; Aile hukukunda arabuluculuk ile ilgili üç ayrı görüş çıkmış bulunmakta olup, bir görüş aile hukukunda arabuluculuğa zorunlu veya ihtiyarisi fark etmeksizin tamamen karşı çıkmıştır. İkinci bir görüş arabuluculuk yerine uzlaştırma veya benzeri bir isimle alternatif bir çözüm modelinin benimsenebileceğini ve burada bu rolü bizzat hâkimin üstlenebileceği bir modelin geliştirilebileceğini, üçüncü bir görüş ise boşanma kararının arabuluculuğa uygun olmadığı fakat feri sonuçları bakımından dava şartı da dahil olarak arabuluculuğun uygulanabileceğini son bir görüş olarak ise arabuluculuğun aile hukukunda boşanma dahil tüm sonuçları bakımından uygulanabileceği yönünde görüş beyan edilmiştir.

Melek ARSLAN:

İstanbul Sözleşmesinden çekilmiş olmak kadına yönelik şiddetle mücadeleyi sekteye uğratmamıştır, onu öncelikle söylemek isterim. Çünkü hâkimlerimiz 6284 sayılı Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Türk Ceza Kanununu halen uyguluyorlar. Kadına yönelik şiddetle mücadele mevzuatı çok güçlü bir mevzuattır. Biz aslında karar verildikten sonra sorunlar yaşıyoruz. Tedbir kararlarının icrasından, özellikle sağlık tedbirlerinin uygulanması kapsamında Sağlık Bakanlığının iş akışı, biraz belirsiz bir iş akışı. Kişi tedbir kararına uyuyor mu uymuyor mu? İnfazla ilgili olduğu için Cumhuriyet savcılığına iletmesi gerekir ki zorlama kararı verilebilsin. Şiddet önleme merkezlerinin sayısı ve personel sayısının yetersiz olması da yine tedbir kararlarının etkin uygulanmasına etki eden hususlardandır. 6284 sayılı Kanun, Çocuk Koruma Kanununa da atıf yapar ilgi maddesinde. Çocuk Koruma Kanununda yer alan tedbir kararlarının uygulanması hususunda yine bir belirsizlik var. Millî Eğitim Bakanlığı benim alanım değil diyerek Sağlık Bakanlığına atıyor. O, Aile Bakanlığına atıyor. Kurumlar arasında iş birliği

hususunda eksiklik olması. Yoksa koruma kararı veren hâkimlerimiz dosya üzerinden resmî belgeler ve raporlar üzerinden risk değerlendirmesi yaparak karar veriyorlar.

Asuman ÖZDEMİR:
(Bakırköy 1. Aile Mahkemesi Hâkimi)

Biz özellikle mahkemelerde ısrarlı takip konusunda sıkıntı yaşayabiliyoruz. 6284 sayılı Kanun kapsamının uygulanmasında birtakım sorunlar ve çelişkiler yaşayabiliyoruz. Dava dilekçesinde vatandaş yazıyor yazıyor, benden çek aldı, senet aldı vermedi gibi aynı zamanda kadınlığıma da laf attı deyince konu dönüp bize geliyor. Kapsamında da sorun yayıyoruz. Biz şöyle düşünüyoruz TCK'da ısrarlı takip kavramı ayrı bir suç haline getirildi. 6284'ten çıkarılabilir. Ya da o ısrarlı takip direk duygusal bağ ile ilişkilendirilebilir ama bu yasada olabilir. Ayrıca önleyici tedbir kararlarını hâkim veriyor biliyorsunuz. Zorunlu hallerde kolluk da verebiliyor. Kolluğun verdiği ve kolluğun amiri konumunda olan savcı veremiyor bu kararı. Dolayısıyla böyle alelacele bizim onayımızla muhtaç tedbir kararları var. Savcı tarafından verilse çok daha hukuki bir kapsama bürünebilir. Elektronik kelepçede çok fazla arıza oluyor. Teknik arızalar mağduriyetlere sebep oluyor. Sayıları da yetersiz.

Katılımcı:

Yalnızca İstanbul özelinde bu tedbir kararlarının kısa süreliğine verildiğine ilişkin sorunlarla karşılaşıyoruz. Sürelerin kısalığı.

Katılımcı:

Tedbir kararlarını verirken iki tarafında hak ve özgürlüklerindeki dengeyi korumaya çalışıyoruz. Çünkü koruma kararlarında belge aramıyoruz. Şiddet olgusunun varlığını arıyoruz. Dolayısıyla öyle bir üç ay dört ay süre veremiyoruz. Çünkü bir tarafın hakkı ihlal edilmiş olabiliyor.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Bence bütün tedbirler bakımından risk taranmasına ilişkin puanlama yapabileceği, hangi riske göre hangi tedbirin uygulanabileceğine ilişkin kolluğun elinde bir şablon olması lazım. Bir de benim bildiğim kolluk bu tedbirleri ciddi uygulamıyor. Çok özür diliyorum. Katkılarınızdan dolayı çok teşekkür ediyorum.

III. GRUP SONUÇ BİLDİRGESİ

Tartışma Konuları: Aile Hukuku II

Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Türk Hukukunda Ortak Velayet Uygulamaları ve Yaşanan Sorunlar

Görüş ve Öneriler:

Ortak (birlikte)velayetin Türk Medeni Kanununda en kısa sürede düzenlenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme yapılırken çocuğun üstün yararı göz önünde tutulmalı; buna ilaveten hâkim ebeveynin talebini, anlaşmalı boşanma olsa dahi sosyal inceleme raporunu, ebeveynin sosyal kültürel durumlarını dikkate alınarak karar vermelidir. Varsa ebeveyn sözleşmesinin de hâkim tarafından dikkate alınmalıdır. Ortak veya tek kişi velayetine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu değişikliğin yanı sıra yan mevzuatta (e-Devlet, e-okul, nüfus kayıtları, sağlık, sigorta, Milli Eğitim, pasaport, yurt dışı çıkış, tapu sicil, vb.) düzenlemeler yapılması gerektiği değerlendirilmektedir. Kanuni düzenleme yapılırken hâkimin ortak velayete karar verilmesi halinde yetki ve yükümlülüklerde eşitlik prensibinin esas alınması, çocuğun her iki ebeveynde de kalacağı, giderlerinde her iki ebeveyninde eşit olarak katılacağı, önemli kararların alınmasında birlikte söz hakkına sahip olacağı bir modelin esas alınması gereklidir. Alternatif modellerin değerlendirilmesinde hâkime yetki verilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır. Mahkeme kararlarının yeni uyuşmazlıklara yol açmayacak şekilde ayrıntılı tereddütlere mahal vermeyecek şekilde olmasının toplumsal barışa katkı sağlayacağı değerlendirilmiştir. Bir diğer hususta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları da dikkate alınarak evlilik dışında doğan çocuklarda babayla soy bağı kurulmuş olması kaydıyla (ortak) birlikte velayete karar verilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Çalışma grubunda yapılan müzakerelerde oy çokluğuyla yapılacak kanuni düzenlemede ancak talep halinde ya da eşlerin anlaşması halinde ortak velayete karar verilebileceği hususu karara bağlanmıştır.

Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü İle Ayrı Bir Usul Kanununa İhtiyaç Duyulup Duyulmadığı

Görüş ve Öneriler:

- Aile Mahkemelerinin heyet halinde teşekkül ettirilerek ihtisas mahkemesi olarak devam etmesinin ayrıca istinaf yasa yoluna tabi ve aile hâkimlerinin uzmanlıklarının ilave eğitimlerle sağlanmasının uygun olacağı, bu kapsamda aile hukuku alanında tez yazmaya vb. linansüstü eğitim çalışmaları yapmaya teşvik edilmeleri, meslekte belli bir yıl tecrübesi olan

hâkimler arasından seçilerek atanmalarının sağlanmasının gerektiği değerlendirilmekle,

- Alman Aile Kanununda 2009 yılında yürürlüğe giren değişikliklerin ve İsviçre Medeni Usul Kanununda 2011 yılında yapılan değişikliklerin Medeni Usul Hukuku ve Medeni Hukukçularla ortak bir şekilde çalışılmak suretiyle aile mahkemelerine ilişkin özel bir usul kanununun çıkarılmasının uygun olacağı ve bu kanunda yargılamaya hâkim olan ilkeler, yargılama usulleri, adli tatil hükümlerinin uygulanmaması, delillerin takdiri ve değerlendirilmesi, anlaşmalı boşanmanın hukuki niteliği, aile hukuku alanında çekişmesiz yargı işlerine ilişkin usulünde düzenlenmesinin yararlı olacağı,

- Bu usul kanununda 6284 sayılı Kanun, Çocuk Koruma Kanunu, 2828 sayılı Kanun ve İcra ve İflas Kanununda aile mahkemelerine verilen görevlere ilişkin usul kurallarına da yer verilmesi,

- Boşanmanın feri olarak açılmayan, yani bağımsız açılan tazminat ve nafaka davalarında olduğu gibi temyizen Yargıtay denetiminde de boşanmanın feri olan nafaka ve tazminatlar bakımından kesinlik sınırı getirilmesinin yararlı olacağı,

- Ayrıca bu boşanmanın feri olan nafaka ve tazminatların miktar açısından Yargıtay'ca bozulmayıp düzeltilerek onama kararının verilmesinin yargılamanın hızlandırılması ve boşanma sonrası ilişkilerin barış içinde yürütülmesi açısından daha yararlı olacağı,

- Boşanmadan bağımsız, yani boşanma sonrasında açılan velayet davalarına ilişkin kararlar istinafta kesinleştiği halde bağımsız açılan kişisel ilişki davaları Yargıtay'ca basit yargılama usulüne tabi sayıldığı ve çekişmesiz yargılama bölümünde düzenlenmediği için temyize tabi kabul edilmesinin doğru olmadığı, bunun yerine yazılı yargılama usulüne tabi tutularak temyiz yolunun kapalı olması gerektiği,

- Kısmi anlaşmalı boşanmaya karar verilmesini engelleyen Türk Medeni Kanununda bir düzenleme bulunmadığı, mahkemelerin bu yönde karar verebileceği yönünde çalışma grubunda görüşler ortaya konulduğu,

- Boşanma hükmü açıkça istinaf ve temyiz edilmemiş ise ilk derece mahkemesi tarafından boşanma kararının kesinleştirileceği hususunda hüküm tesis edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Evlat Edinme Uygulamaları, Evlat Edinmede Yabancılık Unsuru ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar

Görüş ve Öneriler:

- Türk Medeni Kanununun 308 inci maddesinin 1. cümlesinden sonra gelmek suretiyle hâkim haklı sebeplerin varlığı halinde bu yaş şartını aramaksızın evlat edinmeye hükmedebilir şeklinde cümle eklenmesinin uygun olacağı çoğunluk kararı ile kabul edilmiştir. (Anayasa Mahkemesinin Yıldız Ceylan Var Kararı gereğince),

- Türk Medeni Kanununun 313 üncü maddesinin birinci fıkrasının 3. bendindeki aile halinde birlikte yaşama kavramının yargı uygulamasında aynı

çatı altında yaşama zorunluluğu bulunmaması şeklinde değerlendirilmesi gerektiği,

- Türk Medeni Kanunun 311 inci maddesine dayalı olarak açılan rıza aranmamasına ilişkin taleplerin çekişmesiz yargı işi şeklinde görülmesine mutlaka anne babanın bulunarak ona husumet yöneltilmesi şeklinde bir uygulamanın yapılmaması, özellikle cinsel taciz, terkedilmiş çocuk, aile içi şiddete maruz kalmış çocuklarda anne babaya husumet yöneltilmeden kayyum tayini yöntemiyle sorunun çözülmesi yoluna gidilmesine,

- Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 314 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının yeniden düzenlenmesinde ayırt etme gücünden yoksun küçüklerin evlat edinilmesinden evlat edinen eşlerin adlarının yazılmasının yanı sıra, ayırt etme gücüne sahip küçüklerde onların görüşlerinin alınması, erginlerin evlat edinilmesinde ise rızalarının alınması kaydıyla evlat edinenlerin anne baba adı olarak yazılmasının ön gören bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı,

- Tek başına evlat edinmede de, aynı yetkinin yukarıda belirtilen şartlarda evlat edinene anne ve baba adı verme suretiyle tanınmasının uygun olacağı,

Türk Hukukunda Soybağı ve Soybağının Tespitinde Yaşanan Zorluklar

Görüş ve Öneriler:

-Anayasa Mahkemesinin iptal kararı çerçevesinde Türk Medeni Kanununun 286 ncı maddesinin yeniden düzenlenerek çocuk ve koca yanı sıra anaya da soy bağının reddi dava açılması imkanı tanınması bu düzenleme yapılırken evlilik içi evlilik dışı ayrımının yapılmaması,

-Anayasa Mahkemesinin iptal kararı çerçevesinde Türk Medeni Kanununun 303 üncü maddesinin yeniden düzenlenmesinde çocuğun açacağı babalık davasında herhangi bir hak düşürücü süreye yer verilmemesine çoğunluk kararı ile karar verilmiştir.

-Soy bağı ile ilgili olan davalarda Türk Medeni Kanununun 284 üncü maddesinin öncelikli olarak uygulanmasına kanaat getirilmiştir ancak tıbbi gelişmeler sonucu babalığın tespitinin mümkün olduğu haller için bunun bir yargılamanın iadesi sebebi olabilmesi hususu ayrıca değerlendirilmelidir.

-Türk Medeni Kanununun 132 nci maddesindeki bekleme süresinin ivedilikle kaldırılması gerektiğine karar verilmiştir.

-Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ve yeni teknolojik gelişmeler neticesinde farklı teknikler sonucunda dünyaya gelen çocuklarla ebeveyni arasında soy bağının kurulmasına ilişkin kanuni düzenlemeler yapılmasının tavsiye edilmesine karar verilmiştir.

Görüş ve Öneriler:

-Aile hukukunda arabuluculuk ile ilgili üç ayrı görüş çıkmış bulunmakta olup, bir görüş aile hukukunda arabuluculuğa zorunlu veya ihtiyarisi farketmeksizin tamamen karşı çıkmıştır. İkinci bir görüş arabuluculuk yerine uzlaştırma veya benzeri bir isimle alternatif bir çözüm modelinin benimsenebileceğini ve burada bu rolü bizzat hakimin oynayabileceği bir modelin geliştirilebileceğini, üçüncü bir görüş ise boşanma kararının arabulucuğa uygun olmadığı fakat ferii sonuçları bakımından dava şartı da dahil olarak arabuluculuğun uygulanabileceğini son bir görüş olarak ise arabuluculuğun aile hukukunda boşanma dahil tüm sonuçları bakımından uygulanabileceği yönünde görüş beyan etmiştir.

IV. GRUP GÖRÜŞMELERİ

IV. GRUP TARTIŞMA KONULARI

Eşya Hukuku

- Türk Medeni Kanununun 1007 nci Maddesi Kapsamında Tapu Siciline Güven İlkesi ve İstisnalarına İlişkin Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri
- Yargıtay'ın Avans Tapu Uygulaması ve Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri
- Kentsel Dönüşüme İlişkin Mevzuatın Mülkiyet Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi
- Kamu Arazilerinin Konut Yapımı İçin Tahsisi Hususunun Türk Medeni Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi
- Yasal Ön Alım Davaları ile Satış Bedeli Olarak Depo Edilen Meblağın Değerinin Aşınmasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri
- Eşya Hukukunda Bilirkişilik Uygulamaları
- Mevzuat ve Uygulamadan Kaynaklanan Diğer Sorunlar ve Çözüm Önerileri

IV. GRUP ÇALIŞMASI

Prof. Dr. Hasan AYRANCI (Oturum Başkanı):

Evet, muhterem heyet günaydınlar diliyorum. Hepinizi hürmetle selamlıyorum. Efendim burada çok değerli hocalarım var, benden büyük hocalar var, dönem arkadaşlarım var. O nedenle hasbelkader bize bu oturumu yönetme görevi verdiler. O çerçevede görevimi yapmaya çalışacağımı şimdiden bildirmek istiyorum. Hepsine hürmetlerimi arz ediyorum. Sayın Yargıtay üyelerimiz, hukuk baş müşavirimiz, istinaf mahkemesi başkanları, ilk derece mahkemesi hakimlerimiz, baro temsilcimiz, noter temsilcimiz, Türkiye Noterler Birliği temsilcileri, avukat arkadaşlarımız, hepinizi hürmetle selamlıyorum. Böyle zor bir çalışmaya katıldığınız için hepinize şahsım ve Adalet Bakanlığı adına teşekkür ediyorum. Tabii her şeyden önce Adalet Bakanlığına bir teşekkürde bulunmamız gerekiyor. Çünkü bu kadar değerli insanı Dünyanın başkenti İstanbul'da, bu kadar nezih bir ortamda buluşturması, ama bunun yanında ve daha önemlisi her konuda yetkin eserleri olan, duayen olmuş bu kadar ilim erbabını ve uygulama erbabını bir araya getirmesi çok önemli. Efendim biz bir sene önce Borçlar Kanunu Çalıştayı da yapmıştık Adalet Bakanlığı bünyesinde. Orada da çok önemli sonuçlar elde etmiştik ve çok güzel bir çalışma dönemi gerçekleştirmiştik. Efendim orada yaptığımız konuşmalar, çalışmalar başta Mehmet Ünal Hocamın ve diğer Hocalarımızın giriş konuşmaları olmak üzere yayınlandı. Sonra da bölüm bölüm bizim konuşmalarımız bütün ayrıntılarıyla yayınlanmış oldu. Burada dikkat etmemiz gereken şey belki de şu: Bu yazım aşamasına geldiğinde bu konuşmaların tamamı transkript ediliyor. Bu yazım aşaması geldiğinde bunlar hemen hemen redaksiyon yapılmadan yayınlanmıştı bir sene önce.

Şimdi efendim medeni hukuk bildiğiniz gibi çok geniş bir alan. Biz de hoca olarak zorlanıyoruz. Beş ayrı, tabiri caizse alt bilim dalı var ve her biri ayrı bir derya deniz. Yani medeni hukukun başlangıç hükümleri, zaten dün Sayın Adalet Bakanımız da ifade ettiler, maddi anlamda anayasa normu içeren 1 inci maddenin birinci fıkrasından tutun, dürüstlük kuralına kadar hukukun her alanında varlığını hissettiren, temel referans olan bir düzenleme. Ve onun dışındaki diğer iyiniyet, takdir hakkı, kural içi boşluğun doldurulması gibi pek çok hususun, bir kelime bir dünya kabilinden içinde bulunduğu hükümlerden, işte bildiğiniz gibi hepinizin çok iyi, kişilik, kişiler, tüzel kişiler, aile, eşya, miras, borçlar, genel, borçlar özel, şirketlere kadar dayanan çok büyük bir derya. Dolayısıyla burada çok dikkatli kalem oynatmak, çok dikkatli söz sarf etmek de gerekiyor. Çünkü diğer disiplinlerle, buluştuğumuz arkadaşlarla ortak çalışma yaptığımızda fark ediyoruz. En çok kavram kullanan, en çok teknik dil kullanan biziz. Değişik alanlardan arkadaşlarla bir araya gelin. Bakın biz diyoruz ki burada işte işlem temelinin çökmesi var, burada çelişkili davranış var, burada tarafların ne söylediğine bakmadan gerçek iradelerini bulalım, bakın bu üçüncü kişinin ediminin taahhüdüne benziyor, bu işlem unsurlarına bakalım falan pek çok kavramlarla, unsurlarla, müesseselerle konuşuyoruz. Ama diğer alanlarda daha az kavram ve bütünsellik olduğunu görüyoruz. Dolayısıyla epey çetrefilli

bir alan, zor bir alan, hem unsurları hem kavramları hem müesseseleri bakımından. Onun dışında benim gördüğüm bir de her kurumda, her hukuki kurumda alt başlıklarda değişik menfaat durumları var. Yani bunu uygulamacılar, demin Başkanımla konuşurken zikrettik, her kurumda başka bir menfaat durumu, bir menfaat içtihadı söz konusu. Genel bir bakışla, sadece kuralları, unsurlarını ve istisnalarını ifade ederek de adaleti tesis edemiyoruz. O nedenle her bir başlık altında olağanüstü çeşitlilikte alt kuralların olduğunu görüyoruz. Hatta bu alt kuralları maalesef başkalarına nakledemediğimizi, insanların zihinlerinde kaldığını, bir tecrübe olarak kaldığını filan da müşahede ediyoruz. Tabii bunun sebepleri var ama bunları konuşacak durumda değiliz şu anda.

Benim şu anda ifade etmek istediğim esas itibarıyla konunun giriftliği, zorluğu ve her bir görünürdeki düzenlemenin altında çok farklı dengelerin olduğu. Bu dengeleri gözetmeksizin genel bir bakışla, flu bir bakışla bir düzenleme yapmak veya düzenleme değişikliği teklif etmek tabii ki, dünkü konuşmalarda da Cevdet Yavuz Hoca zikretmişti, çok tuhaf sonuçlara yol açabiliyor. Tabii bizim amacımız hukukun burada özellikle gelişimine kanun tekniği açısından destek vermek ağırlıklı olarak ve bunları geliştirmek. Gördüğünüz gibi pek çok konu var. Bu konular ağırlıklı olarak uygulamanın ihtiyaçlarından esinlenerek hazırlandı. Bendeniz hasbelkader geçen sefer Borçlar Kanunu Çalıştayında olduğu gibi şimdiki Türk Medeni Kanunu Çalıştayında da Bakanlıkla birlikte çalışma kısmetini yakaladım. Dolayısıyla konuların belirlenmesinde ne yapılması gerekir düşüncesi ile hareket ederken öncelikle uygulamadan gelen ihtiyaçların, çözümsüzlüklerin ön plana alınmasını dikkate aldık. Ondan sonra da WhatsApp grubumuzda da gördüğünüz gibi sizlerden eğer ayrıca incelenmesini istediğiniz konular varsa onların da bildirilmesini rica ettim. Siz de sağ olun, önemli belli başlı konuları ifade ettiniz. Biz onların hepsini aldık. Biraz sonra yansıda göreceğiz. Hepsini alt alta koyduk.

Geçen dönemdeki Türk Borçlar Kanunu Çalıştayından da tecrübeli olduğum için biraz, o zaman da öyle yapmıştım. Şimdi aynısını yapmak istiyorum. Bu teklif edilen veya ihtilaf konusu olan hususları yansıya önceden yazdırdım. Onun dışında ilgili kanunları word formatına çevirerek, onu da alt alta koydum. Dolayısıyla eğer şu madde yerindedir, tamamıyla olsun, kaldırılsın veya şu değişiklik yapılsın dendiği zaman orada da işte değişiklikleri takip et formatından böyle daha yararlı bir hale dönüştürmeye çalıştım. Geçen sefer yayınlanan eser de görünüyor, kırmızı ile çizilmiş. Yani kaldırılması düşünülen, teklif edilen metinler. Ama önerilenlerde yanında uygun formatta görünüyor. Böyle bir hazırlık da yapmış bulunuyoruz. Çünkü zamanımız dar, konular girift. Bir de sayın katılımcıların getirdiği tekliflerle konu on sekize falan çıktı. O nedenle tabii bizim burada bütün eşya hukukunun sorunlarını bir kalemde çözmemiz beklenemez. Biz buna gücümüzün yettiği ölçüde destek vermeye çalışacağız. Hocalarımız sağ olsunlar, teşekkür ediyoruz ve üyelerimiz teşrif ettiler. Hocalarımızdan özellikle zaten çok duayen hocalarımız var onlar birinci planda davetli oldu. Onun dışında bazı hocalarımızı da bu konuda bir araştırma sonucunda davet etmeyi düşündük. Mesela Emrehan Hocam hoş geldiniz. Eskiden beri tanışıyoruz. İnceleme yaparken bir de baktım kentsel dönüşüme ve bunun mülkiyet hakkına ilişkin, etkilerine ilişkin yüksek lisans dersi veriyor yıllardır. Öyle olunca ona da başvurduk mesela başlıkları arasında olduğu için. Daha

etkin bir çalışma dönemi oluşturmak maksadıyla. Onun dışında da mümkün mertebe hocalarımızın kendi istedikleri alanlarda ve sayın üyelerimizin, mahkeme başkanlarımızın, avukatlarımızın ve noter temsilcimizin ilgilendikleri konularda bu beş ayrı bölümden hangisini istiyorlarsa o bölüme geçmelerini ve orada bir katkı yapmalarını sağlamaya çalıştık. Bunu da kısaca bir bilgi olarak vermiş olayım.

Evet dediğim gibi çok girift bir alanda çalışıyoruz. Yani öyle ki ben bazen, hocam sizden de ders aldım, okuyorum, intifa hakkında bir şey okuyorum mesela şaşkınlık yaşıyorum. Özellikle bakmadığınız zaman, özellikle üzerinde çalışmadığınız zaman öyle çok kurallar var ki üzerinden atlayıp geçiyoruz adeta. O nedenle zor bir alanda çalışacağımızı biliyoruz. Ama hepimiz tabii oldukça birikimli bir heyetiz. Evet, bu çerçevede teşekkür ediyorum, bir giriş konuşması yapmak istedim başlangıç itibarıyla. Şimdi başka bir öneriniz var mı bu benim çalışma usulü olarak size arz ettiğim konuda? Veya başka bir teklifiniz varsa zorunlu değil tabii. Hani onu da size sormuş olayım.

Katılımcı:

Ben bir konuya değinmek istiyorum. Aslında konu başlığı çok. Bu tür farklı konu başlıklarının çok olduğu durumlarda bir sonraki konuya, daha doğrusu sona doğru kalan konulara yeterli zaman kalmayabiliyor. Her konu başlığı için belli bir zaman dilimi belirleyip, dün Adem Başkanın dediği gibi yeteri kadar, Yargıtay'da çok söylenir bu, yeteri kadar müzakere edildi diye. Dediğiniz gibi konular hakikaten çok girift. Çok birbiriyle iç içe. Süre de çok kısıtlı. Aslında 1,5 gün ya da 2 gün çalıştay şeklinde olsaydı çok daha iyi olurdu. Bizim Daire özelinde, özellikle avans tapu milyonları ilgilendiren çok kanayan bir yara. Bu kadar hocamız bir araya gelmişken bunu enine boyuna uygulayıcı arkadaşlarla beraber tartışma imkânımız olurdu. Süre kısıtlı. Onun için her konu için belli bir zaman dilimi belirlenebilirse diğer konuların müzakeresinde haksızlık edilmemiş olur diye düşünüyorum. Takdir sizin tabii.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Başkanım. Ben de şöyle diyorum bir başlayalım, dediğiniz gibi tabii onu yetiştirmeye çalışacağız. Belli oranlarda kifayet-i müzakere demişti değil mi Sayın Başkanvekilimiz. Belli bir noktaya geldiğinde de kifayet-i müzakere yaparız. Sizin dediğinizi de dikkate alırız. Ama şimdiden bir yirmişer dakika gibi on beşer dakika gibi önceden belirlemek de zor gibi görünüyor. Bu sizin dediğiniz tembihi kulağımızda tutalım. Fiili olarak uygulayalım ama baştan bir süre vermeyelim. Buyurun Hocam.

Katılımcı:

Belki konu başlıklarını topluca bir tekrar görüp aralarında bağlantı olan konuları birlikte müzakere edebiliriz hızlanma adına. Tekrara da kaçmamış oluruz.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Tuğba Hanım, dün bu son halini sayın heyete göndermedik değil mi? O zaman şöyle bir bakalım. Tamam, gruba yollanmış. Şimdi o zaman şöyle yapalım. Şöyle bir üzerinden geçip okuyalım mı diyorsunuz? Okumada ne kadar sürer? Okuma çok sürer. Bence vaktimiz çok dar. Bir de şey istirham ediyorum katılımcılardan. Konuşmaya başlayınca hem isimlerini söyleyip hem de ondan sonra konuşmaya geçerlerse, bunların çünkü sonradan dökümünde sorun yaşanıyor. Katılımcı diyor, bakıyorsunuz çok önemli bilgiler vermiş fakat katılımcı kim? Sonradan tespit edemiyoruz. Buna da bir dikkat etmemizde yarar var diye düşünüyorum. Buyurun Tuğba Hanım, o zaman sadece başlıklar. Bir de hızlı geçelim yukarıdan aşağıya.

Tuğba EREN TOKYÜREK:
(Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi)

Başlıkları da Hocam özet özet söyleyerek devam edeyim o zaman.

Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamında tapu siciline güven ilkesi ve istisnalarına yaşanan sorunlar ve çözüm önerileri.

Yargıtayın avans tapu uygulaması ve arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde yaşanan sorunlar ve çözüm önerileri.

Kentsel dönüşüme ilişkin mevzuatın mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirilmesi.

Kamu arazilerinin konut yapımı için tahsisi hususunun Türk Medeni Kanunu kapsamında değerlendirilmesi.

Yasal önalım davaları ile satış bedeli olarak depo edilen meblağın değerinin aşınmasından kaynaklanan sorunlar ve çözüm önerileri. Bununla bağlantılı olanı da bunun altına aşınma olarak yazdık Hocam ama hani değerin enflasyon karşısında erimesi gibi. İsterseniz değiştirelim.

Önalım davalarında muvazaa, bedelin düşük gösterilmesi nedeniyle alıcı tarafın hak ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılması meselesi ve bu konuda düzenlemeye ihtiyaç bulunup bulunmadığı.

Önalım davalarında önalım bedelinin yasada resmi akitte belirtilen tutar olarak kabulünün yarattığı uyuşmazlıklar ve çözüm önerileri.

Eşya hukukunda bilirkişilik uygulamaları.

Avans tapu, tapuya güven ve Türk Medeni Kanunu madde 893 kapsamında yapı alacağı ipoteği, inşaatçı ipoteği.

Türk Medeni Kanununun 716 ve 1025 inci maddelerinin tapu iptali ve tescil davası olarak bir arada değerlendirilmesi sorunu.

Taşınmaz mülkiyetinin tescil öncesi kazanılması hallerinde ayni hakkın tescile kadar kullanılamamasının mülkiyet hakkı içeriğine uygunluğu ve olumlu olumsuz yönleri.

Pay üzerinde kurulan intifa hakkının taşınmazın satılması yoluyla paylaştırılmasında taşınmazın üzerine kaydedilmesi ve satışın bu şekilde gerçekleştirilmesi, madde 700 bağlamında.

Kesinleşmiş orman kadastro çalışmaları neticesinde orman alanı içerisinde kalması sebebiyle tapu kaydına orman şerhi konulan taşınmazı bu şerhle satın alan kişinin Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamında Devlet aleyhinde tazminat davası açamayacağı yönündeki uygulama.

İcra ve İflas Kanununun 111/a maddesi kapsamında borçlunun aldığı yetkiye dayanarak rızai satış yapması durumunda önalım davası açılıp açılamayacağı.

Mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan diğer sorunlar ve çözüm önerileri.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Konular çok teknik görünüyor ilgili kanun maddesini de açalım. İlgili maddede düzenlenmişse onun hakkında düzeltme ve ilave gerekiyorsa onun hakkında net konuşalım. Genel bilgilerden o zaman uzak duralım. Hedefe yönelik, düzenlemeye yönelik konuşmalar yapalım diye düşünüyorum. O zaman birinci maddeden başlıyoruz.

Evet, Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamında tapu siciline güven ilkesi ve istisnalara ilişkin yaşanan sorunlar ve çözüm önerileri. Şimdi buna ilişkin ilgili maddemiz var mıydı? 1007, evet aşağıda duruyor. "Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet zararının doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Devletin sorumluluğa ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür." Bu konuda bir katkısı olacak… Evet, buyurunuz Başkanım.

Mehmet BARAN:
(Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Üyesi)

Öncelikle katılanları saygıyla selamlıyorum. Güzel bir çalışma dönemi ve verimli bir çalışma sonucu almayı temenni ediyorum. İlk olarak söz almamın sebebi, Daire olarak Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi ile ilgili kararları Yargıtay iş bölümü bakımından bizim Dairemizin incelemesi. Lafı uzatmadan öncelikle bir şey söyleyeyim. Ben buraya bir anlamda habersiz geldim. Hazırlıklarım vardı önceden ama hazırlıklarım Ankara'da kaldı. Ben buradayken Başkanımızın Afyon'a gitme durumu söz konusu olunca, kıdemli olarak görevlendirildim. Dairemizin uygulamalarını kısa kısa size aktarayım. Ondan sonra sizin görüşlerinizi ya da tenkitler nedir not alayım. Benim şu anki hazırlığım böyle.

Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi ile ilgili konuya giriyorum. Birinci husus, arkadaşlar Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi ile ilgili

Dairemizde husumet konusunda hiçbir tartışma yok. Husumet her halükârda Hazineye yönlendirilecektir. Dava türü konusunda belirsiz alacak davası olarak kabul ediyor Yargıtay 5. Hukuk Dairesi. Daha önce aynı konuya bakan 20. Hukuk Dairesi böyle bakmıyordu. Bu belirsiz alacak davası olmasının sonucu dava tarihi itibarıyla tüm alacak için zamanaşımı kesilir diyoruz Daire olarak. Ve ıslahla ilgili konusu da söz konusu. Zamanaşımını 10 yıl mülkiyet kaybından itibaren yani 2009 ve 2011 yılında AYM'nin ve Hukuk Genel Kurulunun verdiği kararlarla ilgili davalarda ise makul süre olarak 2 yıl kabul ediyoruz. 2 yıl süre içerisinde dava açıldığı takdirde bunu makul sürede dava açılmış kabul ediyoruz. Bu davalarda değerlendirmeyi kararın kesinleştiği tarih itibarıyla ve dava tarihi itibarıyla olarak Dairemiz her iki uygulamayı da yürütüyor. Şöyle yürütüyor; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tapu iptali kararının kesinleştiği tarihi baz alıyordu değerlendirmede. Ancak Yargıtay 5. Hukuk Dairesi dava tarihi itibarıyla alıyor. Bazı dosyalarda Yargıtay 20. Hukuk Dairesinden bozma geçmiş ve böyle değerlendirilmişse biz buna bu yönden bozma yapmıyoruz. Burada iki durum var. Biri kararın kesinleştiği tarih itibarıyla değerlendirme, diğeri dava tarihi itibarıyla değerlendirme sonucu. Bedel tespit usulü bu davalarda bizim Dairenin uygulamasında yine Kamulaştırma Kanununun 10 ve 11 inci maddelerine göre arsa ise emsal, arazi ise gelir metodu, kat mülkiyetinde de Kamulaştırma Kanunu ile ilgili maddesi uyarınca arsa ve bağımsız bölümün değerlerinin ayrı ayrı tespiti hususuna bakıyoruz. Bunların ayrıntısı çok uzun, ben aktarmak istemiyorum zaman kazanmak için. Konu başlığı olarak aktarıyorum.

Kusur bakımından illiyet bağını kesmesi hususunu araştırıyoruz. En çok tartışmaların yapıldığı alan, yapıldığı yer burası. Biz ağır kusur ise, davacının ağır kusuru var ise illiyet bağı kesilir diyoruz Daire olarak. Tazminatın şartlarında; tapu görevlilerinin görevleri ile ilgili bir eylemleri olmalı, bir zarar bulunmalı, zarar doğuran eylem hukuka aykırı olmalı, zararla eylem arasında illiyet bağı bulunmalı şartlarını arıyoruz. Özellikle şerhi bilerek almak konusunda Dairemizin son dönem uygulamaları net. Şerhi bilerek alanın dava hakkı olmaz. Şerhi bilerek alana dava hakkı verilmez diyoruz. Davayı temlikle almak, yani bilerek aldığı için dava reddedilmelidir diye bozmamız var. Üstelik Hazine istinaf etmediği halde temyizde dile getirmiş Hazine bunu. Kamu düzenine ilişkin midir bu husus, değil midir, bu da tartışma konusu. Ancak benim olmadığım bir heyette Dairemiz bu konuda dava açılmış, dava sürmüş, bilirkişi raporu taşınmazın kıymetini belirlemiş, davacı davasını temlik etmiş. Temlik eden istinafa getirmiş. Hazine istinafa getirmiş ama bu temlik hususunu ileri sürmemiş. Hazine temyiz aşamasında temlik alan iyiniyetli sayılamaz, dava hakkı yoktur, dava reddedilmelidir demiş. Dairemiz de bunu reddet diye bozmuş. Bu çok yeni bir karar, henüz imzadan çıkmadı ama bunu da bilginiz olsun diye aktarıyorum. Yani ben hukukun temel ilkeleri, burada hocam var, temlik konusunda o heyette değildim, olsaydım farklı görüş düşünüyordum, farklı bir değerlendirme yapabilirdim. Çünkü temlik başka bir usuli müessese. O da ayrı bir tartışma.

Mirasçıların şerhli olan taşınmazları, mirasçıların devretme tarihinde devralanlara Dairemiz dava hakkı vermiyor. Yani düşünün murisin 5 çocuğu var. 2'si devretmemiş. Tapunun üzerinde şerh var. Fakat 3'ü devretmiş. Devralanlar Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamında tazminatı açınca, Dairemiz diyor ki hayır sen bu şerhi bilerek aldın, dava

hakkın yoktur diyor. Ama diğer satmayan iki mirasçının dava hakkını kabul ediyor. Burada da tartışma konuları var ama sonuçta böyle.

En önemli husus şu uygulamamızda. Tapu halen ayakta ise Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi davası dinlenilemez diyoruz. Yani tapu ayakta ise, davacının adına ise Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi davası dinlenilemez. Çünkü Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi davasının en temel şartlarından birisi tapunun kaybedilmesi olması lazım. Davacının iyiniyetli olmadığı, mesela şöyle bir kararımız var iyiniyet konusunda. Belediye fen memuru olup ifraz ve tevhit kararında imzası bulunduğu belirlenen davacının iyiniyet iddiasına itibar edilemez demişiz. Tevhit ve ifrazı yapan davacının kendisi belediye fen memuru. Sonra Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinden dolayı tazminat davası açmış. İfraz ve tevhidi sen yapmıştın, burada iyiniyetli değilsin diye davayı reddetmişiz. Yine tazminat, tapu miktarı ne kadarsa onun bedeli olarak verilir diyoruz. En son zannediyorum Tunceli'deydi. 86 bin metrekare, kadastro kesinleşmiş yani parseller belli. Fakat orman şerhiyle tapu iptal tescil davası açılmış, kabul edilmiş. Vatandaş tazminat davası açmıştı. Dairemiz vatandaşın dayandığı tapu kaydı 919 metre, 919 metre verebilirsin diye bozduk. Yine arkadaşlar kadastrodan önceki nedenlerle açılan davaları biz reddediyoruz. Yani gelen davalar kabul halindeyse bozuyoruz, reddet diyoruz. Çünkü kadastro geçti, 10 yıl geçti, önceki nedenlerden dolayı tazminat talebi dinlenilemez diyoruz. Yine bu iyiniyet kavramı sorumluluk getiriyor. Burada da bir şey söyleyeceğim. Burada idarenin temsilcisi Sayın Genel Müdürümüz de var Muhakemattan. Burada genel itibarıyla bir eleştiri yapmak istiyorum, o da şu. İdareler kendi üzerine düşen sorumluluk hallerini genelde ajanları vasıtasıyla yerine getirmeyerek bunu yargıya ya da yasamaya yüklüyorlar. Yani mahkeme vermesin tazminat kararını. Ya vermeyeceksen verme, yani düzenlemeyi yap. Ben bu konuda idarelerin daha çok mahkemelere, yargıya yönlendirdiğini düşünüyorum. Sorumluluktan kaçıyorlar gibi bir düşüncem var. Ama doğru, yanlış bilemem. Sadece ben bir görüş olarak beyan ediyorum. Bir de şöyle bir durum var. 2/B maddesi varken şerhli olan taşınmazı alanın kötüniyetli sayılması doğru mu? Bunu da tartışabilirsiniz yani tartışabiliriz. Biz kötüniyetli diyoruz ama bunu da çok dar yorumluyoruz. Yani biz şimdi söyle, hani bazen İçişleri Bakanlığı falan açıklama yapıyor ya, bir terör eylemi oluyor, herkes onu konuşuyor ama İçişleri Bakanı diyor ki; ya biz 45 tane tehdidi, saldırıyı önledik diyor. Şimdi Muhakemat Genel Müdürümüze de söyleyim. Şimdi o kadar çok "verme" diye bozuyoruz ki Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesine ilişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi olarak, o kadar çok bozma yapıyoruz ki. Ama verdiğimiz bir karar, onadığımız bir karar, bir tazminat Hazineye yük getiriyor. Yani o taraf görünüyor, yani Hazineye yük getiren kısmı görünüyor. Ancak Hazinenin yükten kurtulan kısmı çok kamuoyunda görülmüyor. Bu da 2/B ile ilgili de böyle bir tartışma olabilir. Yani çünkü idare 2/B'yi çıkarıyor. Sonra 2/B'li taşınmazı başka kullanıcıya satabiliyor. Dolayısıyla şerh varken bunu alan kötüniyetli mi değil mi konusu da tartışabiliriz diye düşünüyorum bu Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamında açılan davalarla ilgili.

Bir de 22 nci maddede maddi hata düzeltilmesi ile ilgili tazminat talepleri var, tazminatları kabul ediyoruz. Vatandaşlar atıyorum 1000 metrekare yer almışlar. 1000 metrekare 600 metrekareye düşmüş. 400

metrekarenin bedelini istiyor. Bunları veriyoruz. Bu yönden uygulamamız bu şekilde, ben uygulamayı kısa bir şekilde özetledim. Saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet Başkanım çok teşekkür ederim. Konu hakkında söz almak isteyen? Bir buradan başlayalım Hocam sonra size gelelim. Buyurunuz.

Hakan GÜZEL:
(Hazine ve Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşaviri ve Muhakemat Genel Müdürü)

Sayın Başkanım, değerli hocalarım, değerli katılımcılar hepinizi saygıyla selamlıyorum. Sayın Üyemiz tabii konuşmanın büyük kısmında hazine ifadesine ve bize atıf yaptığı için peşinden söz almayı daha doğru gördüm. Sağ olun Sayın Başkanım.

Şimdi Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi, tabii temeli itibarıyla bakıldığında bizim çokça muhatap olduğumuz bir madde. Fakat Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinin bizim gerek yargı ile gerekse serbest meslekte çalışan avukat arkadaşlarımızla uzlaşamadığımız bir başka boyutu var. Şimdi kanunları sadece kendi bütünlüğü içerisinde ele aldığımızda doğru bir perspektifi çok fazla yakalama şansımız olmayabiliyor. Bunun bir örneği de bizim perspektifimizden, bizim bakış açımızdan Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi uygulamasıdır. Biz bunu savunmalarda dile getirmemize, hatta farklı usul hükümlerini, ihbar gibi, uygulamamıza rağmen bugüne kadar birkaç kaçak karar dışında yargıdan bir geri dönüş alamadık beklediğimiz doğrultuda. Malumunuz bir 5018 sayılı Kanun var, Kamu Mali Yönetim Kanunu ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanunu 2005'te yürürlüğe girdikten sonra ciddi bağlamda Devletin mali Anayasası mahiyetinde bir alan kapladı ve Devlet kurumlarının kapsamındaki ekli cetvellerde yer alan bütün yapıların mali sistemini düzenlemiş oldu. Şimdi 5018 sayılı Kanunla getirilen en temel düzenleme kamu idarelerinin kendi bütçe ve kendi hukuki mali sorumluluklarını üstlenmiş olmasıdır. Yani tek hazine sistemi, hukuki sorumluluk ya da harcama sorumluluğu bağlamında 5018'de bütün kurumların üzerine dağıtılmıştır.

Şimdi Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinin 5018 sayılı Kanunla beraber yorumlanmasında bizim yargıyla ayrı düştüğümüz temel husus, idari sorumluluk meselesi. Sayın Üyem de bahsetti. Orman kadastrosundan kaynaklanan işlemler, kadastro ya da tapu işlemleri. Yani Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesine dair bizim yorumumuz ile yargının bakış açısındaki farkı da akabinde izniniz olursa paylaşmak istiyorum. Hazine ve Maliye Bakanlığı, ki 2018 seçimlerinden sonra Hazine ve Maliye Bakanlığına dönüştü, Hazine Müsteşarlığı Bakanlığımızla birleşti. Öncesinde sadece Maliye Bakanlığıydı. Hazine ifadesi 5018 sayılı Kanuna göre Devletin bütün malvarlığını nakit, gayrı nakit, bütün mali portföyünü ifade eden bir kavram. Bütün literatür de bugüne kadar bunu bu şekilde tariflemiştir. Hazine Müsteşarlığı kısmı ise Hazine daha çok Devletin finansal sistemini yöneten, işte Borçlanma Genel Müdürlüğü, Dış Ekonomi Genel

Müdürlüğü, kamu finansmanı, finansal piyasalar gibi birtakım alt idari birimlerden müteşekkil, daha çok makro finansal operasyonlarda görev alan bir yapı. Tabii Osmanlı'dan gelen bir yapı var. Yani maliye nezaretinde Devletin mali bütünlüğü var olan bir sistem, arz ettiğim gibi 5018 sonrası farklı bir yere evrildi. Milli Emlak Genel Müdürlüğü vardı, bugün 2018 sonrası Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bağlıdır ki isminde milli ifadesi taşıyan ender kurumlardan bir tanesidir, bir Genel Müdürlük düzeyinde olmasına rağmen. Devletin özellikle taşınmaz yönetimi bu idarenin elindeydi. Ama özel kanunlarımız da var biliyorsunuz. Özel derken genel olmakla birlikte birtakım kamu kurumlarıyla özellikle ilişkilendirilmiş, işte Mera Kanunu gibi Orman Kanunu gibi. Çünkü 6831 sayılı Orman Kanununun 6 ncı maddesi bütün iş ve işlemlerin yetkisini Orman Genel Müdürlüğüne ve Orman Bakanlığına, diğer devam bazı unsurları itibarıyla tevzi etmiştir.

Mera Kanunu, Tarım ve Orman Bakanlığı, şimdi tam ismini hatırlayamadım kusura bakmasın temsilcisi varsa, baştan itibaren hem sahasında hem de genel makro politika belirlemelerinde yetkili kılmıştır. Kıyı kenar çizgisi geçmişte Bayındırlık şu anda Çevre Bakanlığının uhdesinde. Kıyı kenar çizgilerinin tespiti vesairesi. Hazine ve Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliğinin görevi ise tamamen bir vekâlet ilişkisi. Yani bizim hiçbir ihdasi işlemimiz ne Bakanlık olarak ne de Genel Müdürlük olarak mevzu bahis değil. Dolayısıyla maddenin içeriğinde yer alan Devlet ifadesinde 5018 sayılı Kanunun bu anlamda masaya getirilmemesi bizim en büyük temel sorunumuz. Çünkü vekâleten temsil noktasında dahi bizim şöyle bir sorunumuz ortaya çıkıyor; idarelerden bilgi belge temini, bunların doğruluğunun teyidi, birebir teknik ekiplerle bir arada çalışabilme sıkıntısı. Çünkü Orman Genel Müdürlüğü malumunuz orman iş ve işlemleriyle ilgili bütün yetkiyi üzerine toplamış bir yapı. Gerek orman kadastrosu gerek 2/B'ye ayırma işlemleri vesaire. Tamamen kendi bütçesiyle yönetilen, kendi hukuki temsil ehliyeti olan bir yapı. O nedenle geçmişinde tapu olup sonradan orman ihdasıyla iptal edilip Devletten bir tazminat hakkı talep eden kişinin karşısında vekil olarak bizden ziyade orman idaresi temsilinin olması, belki işin sahih olarak mahkemeye de anlatımında daha doğru bir yöntem olacaktır diye düşündük ve bunu biz ısrarla hem idare hem yargı nezdinde dile getirdik. Fakat tabii işin akabinde bir mali sorumluluk ortaya çıktığı ya da bir bütçeleme sorunu ortaya çıktığı için idareler bundan hep sarfı nazar ettiler. Hazır bir yargı kabulü de var işte bizim temsilimizle bu işin yürütülmesi bağlamında. Kıyı kenar hakeza, mera hakeza. Çünkü ben taşrada da çalıştım. İlçede, ilde bu davaları sahada da takip ettim. Mera komisyonlarında da görev aldım. Sistemin en altından en üstüne kadar çalışmış birisiyim, yaşamış birisiyim. Oradaki oluşumda da zaten sadece bir yönetmelik ve kanun gereği temsilinin dışında Hazine ve Maliye Bakanlığı ya da hazine avukatlığı müessesesinin bir karşılığı yok. Çünkü biz ihdasi işlem yapamıyoruz, doğası gereği biz vekiliz çünkü. O nedenle Devlet ifadesinin belki bu bağlamda bana göre, çok yargısal mevzuat değişikliğine ihtiyaç olmamakla birlikte yargı perspektifinde yeniden ele alınmasında, 5018 sayılı Kanun ile birlikte yeniden masaya alınmasında fayda var diye düşünüyorum.

İkinci boyutu ise Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinde bizim en çok karşımıza çıkan ve yaklaşık son 5-10 yıldır, çünkü 25 yıldır bu meslekteyim, 5-10 yıldır yargısal yorumlarla karşımıza çıkan temel bir sorun, kadastral işlemlerin bu kapsama alınması. Bizim yorumumuz ve benim şahsi

olarak da savunduğum yorum; tapu sicili ile kadastro işlemlerinin birbirinden tamamen farklı olduğu hususu. Çünkü sicil tutmak ya da sicile müteallik bir işlem tesis etmek bizatihi bir idari personel ve sicilin Devlet garantisinde olması sonucunu getiren bir mantıkta kurgulanmıştır. Kadastro ise yapısı gereği zaten itiraza tabi, arkasında işte hukuksal olarak tarafların izleyebileceği prosesleri barındıran bir düzenleme. Şu anki uygulamayı arz edeyim haziruna. Şu anda vatandaş gerek ihdas kadastrosu, gerek Kadastro Kanununun 22/a maddesi uygulamaları olsun, bekliyor, askı ilandan iniyor, işte Üyemin de arz ettiği gibi 1000 metrekaresi, 950 metrekareye düştüyse hemen 50 metrekarenin tazminatını Devletten istiyor. Bu yüzümüze itiraf edildi. Bir avukatlık sınavında adaylarımızdan bir tanesi açık açık söyledi. Niye peki dedim askıdayken buna çıkıp herhangi bir itiraz dile getirmedin diye. Çünkü sonuç alamayacağını biliyor. Sonuç alamamasının sebebi de şu: Maalesef ülke olarak ihdas kadastromuz ve ilk tesis kadastromuzu biz çok geç bitirebildik. Yanılmıyorsam bir 4-5 yıl, tapudan temsilci arkadaşımız varsa teyit edebilir, 4-5 yıl önce ilk kadastrosunu Türkiye tamamladı. Dolayısıyla çok eski bir kadastral altyapıya sahibiz. Hem paftalar itibarıyla, hem haritalar itibarıyla, hem otofotolar itibarıyla. Bunun getirdiği sahadaki ihtiyaçlar var. 22/a buna imkân tanıyor ve Kadastro Müdürlüğü de Tapu Kadastro Genel Müdürlüğümüz de bunları yapmaya uğraşıyor. Çünkü yenilenmesi gerekiyor. Geçmişte basit yöntemlerle, işte şerit metrelerle vesaire ile ölçülen araziler şu anda son teknoloji cihazlarla, GPS'lerle vesaire ile ölçülüyor. Dolayısıyla kullanılan teknoloji itibarıyla bir farkın oluşmaması işin doğasına aykırı. Burada bireysel hataya veya kasta dayalı memur sorumluluklarını bir kenara alıyorum. Fakat özellikle belli lokasyonlarda toplanan çok ciddi bir dava yükümüz ve bunun çok ciddi bir tazminat yükü var. Hani tartışmayı başka bir mecraya kaydırmamak adına sadece şu kadarını söyleyeyim. Bir buçuk ayda biten davalar önümüze geldi ve neredeyse mevzu bahis ilçenin ederi kadar bize her bir davadan tazminat yüklendi. Yani biz soruşturmayı istedik, hem bütün personel bağlamında, hem adli personel bağlamında da bunu talep ettik. Çünkü yani ben de 25 yıldır bu mesleği icra eden birisi olarak, bir kardeşiniz olarak bir buçuk ayda biten bu tarz bir davayı hiç yaşamadım. Dava dilekçesi, bilirkişi raporu, karar. Dava dilekçesi, bilirkişi raporu, karar… Siz arada nefes almaya fırsat bulamıyorsunuz. Yani tebligatlar bile neredeyse belki elden yapılıyor. Bu tezimizi de ikna edemedik üst organlara. Ama arz ettiğim gibi gerek Devletin burada kiminle temsil edileceği tercihi, gerekse de işlemlerin nereyle sınırlı tutulacağı meselesinin yargı organımızda ciddi anlamda tartışılmasında fayda olduğunu düşünüyorum.

Nihayetinde bizim ödediğimiz meblağlar, hepimizin ödeyeceği meblağlar, hepimizin cebinden alınan meblağlar. Sadece buraya gelmeden şu rakamı paylaşmış olayım size. Bunun içerisinde Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularını dışarıda tutarsam eğer, yaklaşık 2 milyar, 2,5 milyar civarında benim 2023 yılı sonu itibarıyla ödemem mevzu bahis. Bunu hepinizin adını ödedim. Yani bu Maliye Bakanlığının mükellefiyet ya da Maliye Bakanlığının hatalarından müteallik bir şey değil. Orman Genel Müdürlüğünün işlem hataları, Tapu Kadastronun hataları, işte meraya tespite ilişkin hatalar, kıyıya ilişkin hatalar ve sair veya memur sorumluluğuna müteallik veya memur usulsüzlüğüne ilişkin hatalar. Ama nihai fatura yaklaşık 2 milyar civarında bir faturaya tekabül ediyor. Ve bu gittikçe artıyor. Yargılama masraflarının artışına bağlı olarak, işte rayiç değer tespitlerinde yapılan yeniden revizyonlar

itibarıyla. Maalesef burada işin dediğim gibi yani anatomisine inilmiyor. Benim en büyük sıkıntısını yaşadığım idare olarak mesele bu. Maddeyi okuduğunuzda üç satırdan müteşekkil çok basit gibi görünen bir madde. Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Bir, Devletin kim olduğu ve kiminle temsil edilmesi gerektiği, iki, tapu sicili ifadesinin kadastroya kadar yani itiraz müessesesi olan bir başka kanunla, şu anda bu maddenin yargıdaki yorumu, Kadastro Kanununun itiraza müteallik maddelerini zımnen mülga etmiş durumda. Yani orada kimse askıda itiraz etmiyor artık, bekliyor indiriyor askıdan, geliyor Devlete tazminat davası açıyor. Çok kolay bir yol, ödemesi rahat, işte almama diye bir derdiniz yok. Dolayısıyla ne gerek var yani uğraşmaya. Şimdi Kadastro Kanununun 22/a maddesi, dediğim gibi sahada da çalışmış bir kardeşinizim, önceden sınır komşularına müteallik, geçmiş dönemde biz Adalet Bakanlığının gündemine taşıdık. Hatay ya da İskenderun'da Bakanlık bir çalışma yaptı, Yargıtay ve ilk derece mahkemeleri üyeleri ile beraber. Biraz bypass etmesine, biraz üstü kapalı geçmesine rağmen bizim savunduğumuz tezlere yakın bir rapor da elimizde var bizim. Neydi o? Benim onların önüne götürdüm mesele şuydu. Ya dedim yenilemeler, çünkü mülkiyet değişikliğine malumunuz sebep olmuyor Kadastro Kanunu gereği.

Sadece maddi paftanın ve haritanın düzeltilmesine müteallik bir değişikliğe yol açıyor. Ola ki azalma veya artmalar da mevzu bahis ama artmalarda Devlet hiç kimseden hiçbir şey alamıyor. Yani kazan doğururken kimse bir şey vermezken kazan öldü diye herkes Devletin kapısına geliyor. Böyle bir aforizma var işin içerisinde. Şunu söyledik; dedik ki burada bunu bir tespit davası gibi Kadastro Müdürlüğü aleyhine alalım. Kadastro Müdürlüğü aleyhine görülürken, eğer ki ihtiyaç hâsıl olursa taraf teşkilini mahkeme kamu düzenine müteallik olması hasebiyle yapar bunu. Dâhili davalı, ihbar, başka bir müessese çalışır, bu usul hükümlerini işletir. Kabul görmedi. Önceki uygulaması şuydu; sınır komşularına malumunuz dava açılıyordu. Adamlar üç sınırı varsa üç sınıra, dört sınırı varsa dört sınır komşusuna, işte benim azalmam var, senin tarlana gitti diye dava açıyordu. Mahkeme de bir keşif yapıyordu. Bilirkişi ölçüyordu, varsa işte şunun sınırına geçti, yoksa da yok burada herhangi bir şey. Zaten zemin aynı diye bir yorum ya da karar çıkarıyordu ve iş bitiyordu. Ama şimdi şu anda tamamen Devletten para isteme müessesesine dönüştü bir yerde. Çok uzattıysam özür dilerim, kusura bakmayın.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sayın Genel Müdürüm, çok önemli bilgiler verdiniz o nedenle de kesmek istemedim yani meselenin vahametini de görmek açısından. Şimdi Şebnem Hocam söz istiyor Ona da söz vereceğim ama şimdi şurada, siz diyorsunuz ki yansıda Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinde Devlet sorumludur ve Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar deyiminin değil mi çok geniş kapsamlı olduğunu...

Hakan GÜZEL:

Şöyle açmaya çalışayım Başkanım izniniz olursa. Şimdi geniş kapsamdan ziyade burada Devlet adına kimin mahkemenin önünde muhatap edilmesi gerektiği meselesi. Yani orman nedeniyle tapunun iptal edilmesi…

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Tamam, onu onladım da onun yeri bu Türk Medeni Kanununun ilgili maddesi midir, yoksa bir teklif olarak sunsak?

Hakan GÜZEL:

Şöyle onun belki üzerinde biraz fazla durmadım ama arz ettiğim şey, yani bu maddede bize göre teknik olarak bir dokunuşa ihtiyaç yok. Sadece yargının buradaki perspektifinde bir yeniden gözden geçirmeye ihtiyacımız var. Yani Devlet sorumluluğunda bir beis yok. İlla ki sicil tutuluyorsa üstüne basa basa söyleyeyim, Devlet bundan sorumludur. Biz de vergi sicili tutuyoruz mesela mükellef sicili tutuyoruz. Mükellefte herhangi bir hataya yol açtıysak isim, T.C. kimlik numarası veya bir başka bilgisinde elbette ki bir zarar da doğduysa, bunun biz zaten ister kusur, ister kusursuz sorumluluk bağlamında muhatabı olmalıyız. Ama Devlet adına mahkemenin önüne kimin gideceği meselesi, yargıda sadece bizi önüne almak gibi bir kolaylığa evrildi. Ben bunu arz etmeye çalıştım. Yani Orman Genel Müdürlüğü 40'da 50'de ya da ne bileyim yeni 80'lerde 90'larda bir orman kadastro çalışması yapmış, bütün altlık onda, bütün ekip onun, idari sorumluluk, idari işlemler her şey onda. Ama tazminat mevzu bahis olduğunda önüne Maliye Bakanlığı hazine avukatı gidiyor. Ne yapıyorum ben? Orman Genel Müdürlüğünden bu bilgi belgeyi temin etmeye, buna ilişkin görüşünü almaya, sonrasında da mahkemeye aktarmaya çalışıyorum. İster istemez kopukluklar ya da aktarım hataları da mevzu bahis olabiliyor kişisel işleme bağlı. Kastettiğim buydu Sayın Başkanım.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim. Buyurunuz.

Emel KARABAĞ:
(Türkiye Adalet Akademisi Hâkimi)

Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi, Devletin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen özel bir madde ve aslında tehlike sorumluluğunu içeren bir madde. Devlet tapu sicilini tekel olarak tutar ve bu kayıtlarda oluşan hatalardan kusursuz olarak sorumludur. Bu tartışmasız bir şey. Hazinenin sorumlu tutulması da aslında uzun yıllar yargısal içtihatlarla getirilmiş Devletin sorumluluğu denilen bir alan olduğu için kabul edilen bir husus. Hakan Bey, kadastro işlemleri neden Hazinenin sorumluluğunda oluyor dedi.

Yargıtay'ın bu konuda Hukuk Genel Kurulunun 18 Kasım 2009 tarihli kilometre taşı mahiyetinde, benim de katıldığım evet ben de bir hâkim olarak söylüyorum ama çok inandığım da bir karar, tapu sicilinin oluşumu işlemleri tek başına bir kaydın tapuya geçirilmesinden ibaret değil. Kütüğün oluşumu, kadastro işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden, bütünleyen ve sicilin tutulma anına kadar devam eden sıralı işlemler. Bütün bu işlemleri kadastro işlemleri de dâhil Devletin görevlileri yapıyor. Ve bu kayıtlar tekel olarak tutulduğu için, bu kayıtlarda meydana gelen hatalardan elbette ki Devlet kusursuz sorumlu olacak. Hazine değil de efendim ayrı ayrı idareler olması konusu tabii ki bir yasal düzenlemeye bağlı, onu bilemem.

Şimdi Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamında çok sayıda dava var. Bunun en klasik şekli, örneğin; sahte vekâletname ile yapılan devirler, planimetre okuma hataları, çok paylı bir taşınmazda pay hatası yapılması gibi kütüğün oluşumundaki klasik hatalardan elbette ki Devlet sorumlu. Fakat biz ülke olarak 2007 ve 2009 sonrasında, önce 2007'de kıyı kenar kapsamında kalan taşınmazlar, 2009'da da orman kapsamındaki taşınmazlar yönünde de tazminatsız olarak tapunun iptali sonrasında Yargıtay kararları ile Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamında tazminat ödenmesi kabul edildi. Bunun da temelinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Turgut/Türkiye, Silahyürekli/Türkiye gibi kararları var. İşte hepimizin bildiği gibi ormanlar, kıyılar özel mülkiyete konu olamaz, iyiniyetle mülk edinilemez ve Devlet herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmaksızın bu taşınmazların tapu kaydının iptali için her zaman dava açar.

Fakat aslında orman olan, aslında kıyı olan bir taşınmazı, Devletin tuttuğu tapu siciline güvenerek mülk edinen insanlar var. Bir sabah uyanıyorsunuz, orman yönetimi bir dava açmış. Ben de işin biraz bu kısmından bakıyorum. Bir dava açmış ve işte birkaç yıl süren yargılama sonucunda sizin taşınmazınızın orman olduğu ya da kıyı kenar çizgisinde kaldığı ya da mera, yayla gibi özel mülkiyete konu edilemeyecek bir kapsamda kaldığı için tapusu iptal ediliyor. Siz orayı belki de para ödeyerek satın aldınız ya da yıllardır tasarruf ediyorsunuz. Bunlarla ilgili olarak Devletin tazminat ödemesi gerektiğini ve bu ödenecek tazminata ilişkin ilkelerin de Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamında ele alınması gerektiğini ilk olarak Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 2007 yılında kıyı kenar çizgileri bakımından kabul etti. Biraz önce söylediğim 18 Kasım 2009 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararıyla da orman olduğu için tapusu iptal edilen taşınmazlar yönünden Devletin Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamında tazminat ödemesine karar verildi. Temeli de genel arazi kadastrosunda kişiler adına tapu kaydı oluşturulan bir taşınmazın, tapuya kaydındaki hatanın özü itibarıyla bu kayıtlara itiraz etmesi gereken Devletin görevlilerin bu görevlerini yerine getirmemesinden kaynaklanmasıydı. Benim de hakikaten katıldığım bir bakış açısı ve 2009'dan beri de bu davalar görülüyor. Ben tabii artık yargısal kararlar, Sayın Üyemiz Mehmet Boran Beyefendinin söylediği gibi, birçok noktada yerleşik yargısal içtihatlar var, 15 yıldır özellikle orman ve kıyılar noktasında. Ben sadece burada 5. Hukuk Dairesine, dün de WhatsApp grubunda belirtmiştim, kesinleşmiş orman kadastrosu neticesinde özel mülkiyete konu olan bir taşınmaz. Bu yeni içtihat olduğu için konuşulmasını arzu ettim. Tapu kaydında orman şerhi var. Bu şerh ile satın alan kişinin kötüniyetli olduğu ve dava açılmayacağı yönündeki içtihadın, 5. Hukuk Dairesi içtihadının, mahkemeye erişim hakkı diyebiliriz,

mülkiyet hakkı, zaten temelinde mülkiyet hakkına aykırı olduğunu düşünüyorum Sayın Üyem. Bir de şöyle; mesela aynı Daire kamulaştırmasız el atmadan kaynaklı davalar ile hukuki el atma davalarını da görüyor. Örneğin; taşınmaz, imar planında spor alanında kalabilir. İmar planında okul alanında kalabilir, hukuki el atmadan örneği vereceksek. İmar planında spor alanında kalan bir taşınmazı tapu kaydındaki bu şerh ile satın alan vatandaşa, Daire hiçbir zaman, sen kötüniyetlisin demedi. Veyahut da Kamulaştırma Kanununun 7 nci maddesindeki şerhle satın alınan bir taşınmazı, hani usulü dairesinde bir kamulaştırma yapılmadıkça kamulaştırma tamamlanmış sayılmaz diyoruz. Kamu idareleri kamu yararı kararını alıyorlar. Tapu siciline şerh veriyorlar. Şerh evet bildirici mahiyette. Bu şerh ile satın alan kişiler yüzlerce, binlerce, milyonlarca ki ben de 5. Hukuk Dairesinde 14 yıl görev yaptım ve yaklaşık 25 bin dosya görmüş bir hâkimim. Hiçbir zaman bunlara, siz kötüniyetlisiniz demedik. Çünkü devir yasağı getiren bir durum yok. Tapuda bu işlem yapılabiliyor. Yani alım satımına izin veriliyor. Ama tabii ki mülkiyet hakkının içi boşaltılmış. Burada Daire hiçbir zaman şerhle satın alan kişinin dava hakkının kısıtlanması yönüne gitmedi. Bu cihete gitmemiş iken orman şerhi ile satın alan kişi, ki üstelik tapuda bu işlemi yapması, böyle bir resmi akit tablosu düzenlemesi mümkün iken, neden Daire şerh ile satın alan kişinin bu davayı açamayacağı yönünde bir içtihat ya da ilkesel içtihat oldu Sayın Üyem. Bir de biraz önce söylediğiniz, o daha da çok dikkatimi çekti. Dava sırasında Hukuk Muhakemeleri Kanununun 124 üncü maddesi uyarınca alacağı temlik alan kişinin de bu davayı açamayacağı yönünde bir karar çıktığını söylediniz. Ben bu kararların aslında mülkiyet hakkının kısıtlanması mahiyetinde olduğunu düşünüyorum, tabii şahsi görüşüm, Dairenizin argümanını çok merak ediyorum. Saygılarımla, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Emel Hanım, çok sağ olun. Şimdi Şebnem Hocam uzun süredir söz istiyor. Sonra Çiğdem Hoca. Fakat biraz daha konuşmalarımızı, ön bilgileri uzun tuttuk. Yargıtay'ın görüşüne, idare olaya nasıl bakıyor? Şimdi zamanımızı daha çok Çalıştayın amacına uygun olarak kullanırsak daha uygun sonuç olur diye düşünüyorum. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Hasan Hocam çok teşekkür ediyorum. Şimdi öncelikle bu maddenin niteliğini bir değerlendirmemiz gerekiyor ki bu konuştuğumuz konulara tam bir çözüm bulabilelim. Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi bir kusursuz sorumluluk getiriyor. Bu kusursuz sorumluluk kesinlikle bir tehlike sorumluluğu değildir. Kuşkusuz ki bu bir ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluktur. Ancak bu şekilde değerlendirebiliriz. Bu maddeyi değerlendirirken de şu hususu dikkate almamız lazım. Hukukumuzda sorumluluğun temeli kusur olup kusursuz sorumluluk istisnadır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk getirilen maddelerin kapsamının, Kanunun çizdiği kapsamdan fazla genişletilmemesi gerekir. Bu esas olmalıdır. Bu şekilde değerlendirmek gerekir. Bu noktada da bu Kanunun bu maddesi tapu sicilinin tutulması fiilinden bahsetmektedir. Dolayısıyla buradaki fiilimiz tapu sicilinin

tutulmasına ilişkin bir fiil olmalıdır. Hakan Bey'in bahsettiği gibi kadastral işlemler bu kapsamda değerlendirilmemelidir kuşkusuz ki. Bu tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan çok özel bir sorumluluk türüdür. Bir kusursuz sorumluluk türüdür. Kapsamının kesinlikle genişletilmemesi gerekir. Bir kere bunu kesin ortaya koymak lazım. Şuna katılıyorum; Hanımefendinin söylediği gibi evet mülkiyet hakkına yönelik kuşkusuz ki ihlallerin tazmin edilmesi gerekir. Ama bu tazminata ilişkin maddemiz bu madde değildir. Kadastroya ilişkin kadastral işlemlere ilişkin çok özel düzenlemeler vardır. Zamanında yapılabilecek itirazlar vardır. Zamanında alınabilecek yollar vardır. Bunları yapmayıp da, Hakan Bey o kadar isabetli söylüyor ki ben de uygulamada bunu görüyorum, kişiler artık kadastroya itiraz etmiyorlar bile. Nasılsa ben gideceğim Devletten alacağım diye, Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi öyle bir hale gelmiştir ki artık her şeyi zaten Devletten alıyorum. Devletin de tek ödediği yer Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesidir bu arada. Yani Devletin elini cebine attığı tek madde belki 1007 nci maddedir bu anlamda. Ama bunu göze alarak buradaki özel sorumluluk türünü genişletmememiz gerekir, bu bir.

İkincisi, buradaki zamanaşımı hususuna dikkatinizi çekmek istiyorum. Yargıtayımız zamanaşımını çok geniş yorumlamaktadır. Bu geniş yorumlamanın çok ağır bir sonucu vardır, hiç kimsenin düşünmediği, görmediği belki. Burada tapu sicilini tutan memurlara yönelik rücular. Bu rücular bazen 20-30 yıl sonra gerçekleşmektedir. Kişiler öldükten yıllarca sonra mirasçıları bu rücu davalarına maruz kalmakta ve gerçekten aile facialarını doğmaktadır. Buna da dikkatinizi çekmek istiyorum. Gerçekten tapuda çalışan herkes bundan muzdariptir. Benim tapuda çalışıp da rücu davasına maruz kalmamış tanıdığım herhangi bir kimse yoktur. Bunu da dikkatinize sunuyorum. Bu zamanaşımı süresinin geniş tutulması, burada 2 ve 10 yıl vardır. 2 yılı biz tamamen yok sayıyoruz. 10 yıl üzerinden gidiyoruz. Hatta onu bile o kadar geniş yorumluyoruz ki dava bittikten sonra da bir 10 yıl rücu zamanaşımı veriyoruz. Davanın bitmesi zaten ne kadar sürüyor malum. 30-35 yıl sonra kendisine rücu edilen kişiler biliyorum ben. Artık mezarda kemikleri bile kalmamış, mirasçılarının çektiği acılar var. Dolayısıyla buna da dikkatinizi çekmek istiyorum.

Sondan bir önceki değineceğim konu Hazine meselesi. Evet, 5018 sayılı Kanuna kadar bir Hazinemiz vardı. Artık bir Hazinemiz yok, tek bir Hazinemiz yok. Çok doğru söylüyor Hakan Bey. Özellikle de orman olan yerlerde, başka yerlerin olduğu yerlerde, her şeyi bir noktaya göndermek doğru olmuyor. Burada da çok ciddi bir sıkıntımız var. Artık 5018 sayılı Kanunu dikkate almamız gerektiğini düşünüyorum.

Son olarak buradaki şerh, üzerinde şerh bulunması. Örneğin; işte ormana ilişkin başka bir şey, burada şerhin niteliği iyiniyet kötüniyetten öte burada aslında bir sorun olduğunu gösteriyor. Ben bunu bile bile alıyorsam bu riski alıyorum demektir. Ben bu riski alıyorsam da bunun sonuçlarına katlanırım. Kendi aldığım riskin sonucunda Devletten tazminat isteyemem. Daire bu konuda doğru davranıyor ama bu bir kötüniyet iyiniyet tartışmasının ötesinde bambaşka bir şeydir. Ama ben doğru davrandığını düşünüyorum. Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet, teşekkür ederim Şebnem Hocam. Buyurunuz Çiğdem Hocam.

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA:

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı ve aynı zamanda dekanıyım. Sağ olun Hocam. Ben gerçekten kısa anlatmaya çalışacağım. Yani tabii Devletin sorumluluğuna ilişkin sebep sorumluluğu diyoruz biz buna. Burası sözleşmeden kaynaklanmayan değil sözleşme dışı haksız sebep sorumlulukları olarak, zamanaşımı da haksız fiilden kaynaklanan zamanaşımına tabi. Tapu sicilinin tutulması kısmı, başlangıç aşaması konusunda Şebnem Hocama katılmıyorum. Mevcut içtihatların isabetli olduğunu düşünüyorum. Ancak zamanaşımının genişletilmesi değil, Kanunu aşan şekilde uygulanmasına dikkat çekmek istiyorum. Aslında burada sorun Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi ile çözülecek bir sorun değil. Sorun Devletin, haksız bir şekilde kişilerin mülkiyet hakkını ihlal etmesinin çözümünü Yargıya bırakması sorunu. Diyelim ki Kıyı Kanunu konulmadan önce edinmiş orada, o sırada elde etmiş olduğu kısmı. Ya da vatandaş edinirken orası orman değilmiş. Bir şekilde sonradan meydana gelen kanuni düzenlemelerle birdenbire hiçbir ona karşılık ödenmeksizin vatandaşın mülkiyet hakkına el konuluyor. Tabii ki tamamen mülkiyet hakkı ihlali olduğu için buna çözümü de Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi üzerinden bulmaya çalıştı uygulama. Aslında oradaki doğruluk Kanunun, bunu başka Kanunlara atıf olarak düşünülebilir ama siz zamanında yani Kanun konulmadan önce edinilmiş bir kazanılmış hakkı sonradan böyledir diye ortadan kaldıramazsınız. Buna ilişkin bir karşılığını ödeyecek bir madde koymanız lazım. Dolayısıyla orada vatandaşın hakkını bir şekilde verelim diye hem zamanaşımını aşıp hem Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesini çarpıtıp bir sonuca varmak, işte bu tip sıkıntılı sonuçlara sebebiyet veriyor. Başka bir yerde düşünülüp evet öyleyse o zamanda vatandaş bunu bilmeden sonradan çıkan kanun dolayısıyla kazanıyorsa buna ilişkin bir şey düşünülüp, tabii onun ayrıntısını belki düşünenler daha iyi söyler, bir tazminat ödemek zorundadır. Sonradan sen Kanun çıktı, o halde mülkiyet hakkına el koydum, tapun silindi diye bir şey bir hukuk sisteminde olmamalı, olamaz. Ama onun yeri Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesini çarpıtmak olmamalı kanısındayım. Hani bunu ben söylemek istedim. Dolayısıyla da zamanaşımı ile ilgili kısımlar da artıyor ve de davalar Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi dolayısıyla artıyor. Daha fazla ayrıntılara girip vaktinizi almak istemiyorum. Ama bence konu bu açıdan çok önemli.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet teşekkür ederim Hocam. Şimdi bu programa göre birinci oturumun sonuna yaklaşıyoruz ama biraz geç başlamış olabiliriz. Bir 10 dakika arayı erteleyebiliriz. Ama vaktimiz daraldı, bu maddeye de bayağı ağırlık verdik. İlk söylenen şey herhalde gerçekleşecek. Belli konularda

saplanıp kalmayalım. Bunu bu şekilde bir toparlayalım, 10 dakika içinde hepimiz. Buyurunuz Hocam.

Doç. Dr. İsmail ATAMULU:

Kıymetli katılımcılar, benim dikkat çekmek istediğim Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki bu rücu meselesi. Burada görevli kavramından ne anlaşılması gerektiği. Bunu biraz daha geniş yorumlamamızda fayda var kanaatimce. Nüfus memurları da icra dairesi görevlileri de, burada görevli olarak kabul edilse daha isabetli olur mu? Sadece tapu memurlarının sırtına bu yükü yüklemek kanaatimce biraz acımasızlık oluyor. En nihayetinde Hazine ödüyoruz dedi ama Hazinenin de bir rücu imkânı var. Bu rücu imkânı sebebiyle yine tapu görevlilerinden çıkacak. Bu sebeple tapuda pek bir işlem yapılamaz hale geliyor. Çoğu zaman acaba yanlış mı yaptık doğru mu yaptık telaşı oluyor. Ayrıca işte bir nüfus cüzdanının sahteliğinin, vekâletnamenin sahteliğinin kontrol edilmesi tapu memuru tarafından, yani ayrıca bir yetenek gerektirir. Bunu nasıl sağlayacak? O sebeple bence tapu memurları göreve alınırken hukuk bilgisi olanlar, bunun yanında teknik bilgiye sahip olanlara da öncelik verilebilir.

Bir diğer dikkat çekmek istediğim husus şu; bu rücu zamanaşımına ilişkin bir ihtilaf var tespit edebildiğim kadarıyla. Özellikle rücu zamanaşımında Türk Borçlar Kanununun 73 üncü maddesinin uygulanacağı söyleniyor. Burada 10 yıllık uzun zamanaşımı süresinin ise tazminatın tamamen ödenmesinden itibaren başlayacağı söyleniyor. Ama bizim Tapu Kanununun ek 2 nci maddesi var. Ek 2 nci maddede ise zamanaşımının zarara yol açan işlemin yapıldığı tarihten itibaren 10 yıllık bir süre öngörülmüş. Bir yerde Devlet zararı karşıladıktan sonra 10 yıl içerisinde rücu eder diyoruz. Diğer tarafta da eylem gerçekleştirildikten itibaren 10 yıllık süre içerisinde rücu edeceği gibi bir ihtilaf var. Bu ihtilafın da kaldırılması isabetli olacaktır. Son bir tavsiye belki, bu tapu memurlarının da tıpkı noterlerde olduğu gibi bir fondan istifade etmesi sağlanabilir. Zira noterler için Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği ile bir fon oluşturuldu. Noterlerin bu fondan yaptıkları hataların giderilmesi için tazminatların buradan karşılanması gündeme gelebiliyor. Neden tapu memurları için de böyle bir fon oluşturulmasın? Bir tavsiye niteliğinde sunmuş olayım Sayın Başkan. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Çok teşekkür ederim Hocam. Buyurun.

Ahmet Müşerref YAKIŞIK:
(İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı Başkan Yardımcısı)

Hocam çok teşekkür ederim. Biz de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bakanlık görüşü sunan birimiz ve Anayasa Mahkemesine de Bakanlık görüşü sunuyoruz. Tabii bu konuda şunu ifade etmem gerekiyor. Hukuk dediğimiz şey biraz içtihat ile gelişen, zamanın koşullarına göre

yorumlanması gereken konular oluyor. Dolayısıyla yargıda bir şekilde Türk Medeni Kanunu veya diğer kanunlar sürekli olarak değişmiyor ama gelişen, ihtiyaç duyulan meselelerde tutup maddeleri yorumlayıp, sorunları çözen, yaşayan bir organ. O şekilde hareket ediyor.

Biz şimdi Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesine ilişkin içtihatlarımıza baktığımızda Yargıtay'ın eski uygulamaları çok farklıydı. Hâkime Hanım, Emel Hanımın da bahsettiği gibi özellikle bu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin mülkiyet hakkı ile ilgili vermiş olduğu ihlal kararlarından sonra bir ihtiyaç doğdu. Ve bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çok basit bakıyor. Devlet birisine bir mülkiyet, bir tapu vermişse insanlar bu tapuya güvenmekte haklılar. Bu tapu bir şekilde elinden alındıktan sonra bunun bir tazmininin sağlanması gerekiyor. Tabii burada Devletin doğrudan doğruya ortadan kaldırdığı tapular, mesela Kıyı Kenar Kanunu çerçevesinde veya orman arazisi noktasında, bu farklı. Çünkü burada direkt mülkiyetten yoksun bırakma söz konusu. Yani Devlet doğrudan orayı bir kamulaştırma gibi bir şey oluyor. Ama öbür taraftan da Devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında özel hukuk ilişkileri arasındaki iyi bir sistem, organizasyon kurma yükümlülüğü söz konusu olabiliyor. Burada da Genel Müdürüm de bahsetti, özellikle tapudaki miktar hataları ile ilgili problemler ortaya çıkıyor. Yani sorun şu; genel itibarıyla bir kişi tapuya güvenerek bir işlem tesis ettikten sonra mağdur oluyorsa bu nasıl giderilecek? Hocalarım çok daha iyi biliyor, onlar işin teori kısmında, yani doğru madde midir değil midir o konu zaten beni aşar ama sadece şunu söyleyeyim; Burada Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesisin bu şekilde uygulanması bizi çok rahatlattı. Yani sorunlarımızı çözdü. Biz çünkü hem Anayasa Mahkemesi hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi noktasında ihlal kararları alıyorduk ve Euro tazminat ödüyorduk bol bol. Ancak işte Yargıtay'ın Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamındaki, bu özellikle 2009 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararıyla birlikte geniş yorumlaması bizi birçok konuda rahatlattı. Biz en azından artık bizim etkili bir iç hukuk yolumuz var. Birisi Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesine başvurmadan oraya başvurduğunda biz diyoruz ki işte etkili bir başvuru yolu tüketilmedi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi burada kabul edilmezlik kararı veriyor. Hatta bize tebliğ edilmeden filtrajdan bu dosyalar düşüyor. Dolayısıyla doğru madde midir değil midir onu bilmiyorum ama şu anki uygulama bizim büyük anlamda sıkıntılarımızı çözüyor. Bu yönüyle katkıda bulunmak istedim. Çok teşekkür ederim

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Efendim size geleceğim yalnız Tümer Türkeş Bey, Dairenin yaklaşımı bakımından kısa bir şey arz edecek ondan sonra size dönelim.

Tümer Türkeş GENÇ:
(Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Üyesi)

Konuşmalara, konuşmacılara, katkılara teşekkür ediyorum. Yolsuz tescil sebebine dayalı, Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesine de dayalı

davalara bizim Dairemiz de bakmakta. Yani doğrudan açılırsa Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, yolsuz tescile dayalı iptal tescil istemi ile birlikte açılırsa biz bakmaktayız. Zaman zaman da bizim önümüze gelmekte. Emel Hanım da zaten Dairemizin adını zikredince hatırlatayım dedim. Kıyı kenar çizgisinden kaynaklanan davalara da biz bakmaktayız yine. Bu arada işte daha çok da sahtecilik sebebine dayalı ve iyiniyetli edinmeler varsa Hazinenin sorumluluğuna doğru gidilebilmekte, burada da noterler ve Hazinenin sorumluluğu düşünülmekte. Bu konuyla ilgili bir problem olursa ben de buradayım diyeyim Dairemiz adına. Hepimize kolay gelsin. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Çok teşekkür ederim Başkanım. Şimdi siz isminizi söyleyerek buyurun.

Ömer Sinan BAYÇELEBİ:
(Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü 1. Hukuk Müşaviri)

Gruba sonradan dâhil oldum. Başka bir gruptaydım. Ama bizim işlemlerimizi ve bizim sorumluluğumuzu konuşacağınızı da duyunca bu tarafa geçmek istedim. Kabulünüz için teşekkür ederiz.

Değerli Üyelerimiz, Genel Müdürümüz ve Hâkimlerimiz süreci anlattı. Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi bizim ana maddemiz. Her şeyi bu madde üzerine kuruyoruz. Bizdeki, tapudaki her personel Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesini bilir, 1007 nci maddenin korkusuyla yaşar Şebnem Hocamın söylediği gibi. Tabii ki ben de aynı şekilde Şebnem Hocama ve Genel Müdürüme katılıyorum. Tapu sicilinin tutulması olayını genişletmek lazım. Devletin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu tartışmasız, tamam. Bununla birlikte tehlike sorunu, sebep sorumluluğu, tamam. Hani o da tartışılır ama yine bir şeyi değiştirmeyecektir. Hani sorumluluk yönüyle kusursuz sorumluluk kısmını genişlettiğinizde, kadastro da bu işin içine konulduğunda, 2009 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bunu biliyorsunuz kadastro işlemlerinin sıralı işlemler ve bir bütün olduğunu kabul etti ve ondan sonra Yargıtayımız da süreci bu şekilde devam ettirdi. Ama işte evet aynı şey bizim başımıza geldi. Bu çok fazla geliyor, 20-30 sene değil yani 1950 yılında yapılmış bir kadastro işlemi bugün için sorumluluğa tabi tutulduğunda kendini savunması mümkün olmayan, çünkü hayatta olmayan kişilerle ilgili olarak rücu değerlendirmesi yapıyoruz. Devlet evet ödüyor kusursuz sorumluluk halinde, Genel Müdürümün dediği gibi biz de ödüyoruz paraları. Bir kısmını biz ödüyoruz. Bir kısmını Hazine ödüyor. Bir kısmını Orman Genel Müdürlüğü ödüyor. Evet, ödüyor ama sonrasında sorumluluk tartışmasını yapıyor. Rücu sorumluluğu tartışmasını yapıyor ve Ek Madde 2 var, malumunuz 2644 sayılı Kanun. Bu da çok geniş yorumlanıyor. Ve doğal olarak savunma yapamayacak kişiler sorumlulukla karşı karşıya kalıyorlar. Onların mirasçılarına da rücu etmek zorunda kalıyoruz. Şimdi evet bu bizim için o sorumluluğun değerlendirilmesi tekrar önemli. Ama artık oturdu düzen, istikrar kazandı gibi. Kimin bu davaları takip edeceği hususu yine tabii değiştirilebilir. Ama nihayetinde AİHM kararları, Anayasa Mahkemesi kararları, Yargıtay kararları artık oturdu. Ama burada

yine de tartışılması gereken hususlar var, bu tazminatın özellikle. Şimdi çok fazla konu var ama dediğim gibi bizim işlemlerimizi tartışıyorsunuz. Bütün gün Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesini tartışsanız bizim için daha iyi olur. Çünkü sonuçta uygulayıcısı biziz, bütün işlemlerin uygulayıcısı biziz. Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi bizim için önemli.

Şimdi malumunuz biraz önce değerli katılımcılar da ifade ettiler. Orman, mera, yayla, kışlak ya da kıyı kenar çizgisi içerisinde kalan taşınmazların tapusunun iptal edildiği zaman Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi davaları açılıyor. Doğrudur. Yargıtayımızın bu konularda görüşleri var. Şöyle, diyor ki bilinçli olarak tahribat gerçek anlamda nitelik kaybı sayılmaz. Diyor ki siz bir şeyi tahrip ederseniz yani bir ormanı tahrip ederseniz bu niteliğini kaybettiremezsiniz. Tapusunun iptal edilmesi gerekir diyor. Ama sonrasında Yargıtay yine şunu diyor. Siz bunu tahrip etmiş olsanız bile ve buna bağlı olarak o zaman için bir orman kadastrosu olmasa bile ki bu konuda ayrıca bir açıklama daha yapacağım, sonrasında tapusu iptal edildikten sonra tazminat miktarı geldiğinde malumunuz 2007 ve 2009 tarihleri söylendi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tazminata hükmedin dedi. Çünkü dedi ki kamusal bir menfaat vardır. Ama bunu söylerken dedi ki muhik bir tazminat ödenmesi lazım. Yani uygun bir tazminat, dengeli bir tazminat ödenmesi lazım. Ama Yargıtayımız bu konuda gerçek değerinden, biraz önce Genel Müdürümün söylediği gibi, ilçenin değerine gelecek değerlerde tazminatlara hükmetmeye başladı. Bu da Devletimize çok fazla bir yük getiriyor ve dava sayımız da çok az değil.

Kadastro konusuna gelince, malumunuz ilk Türk Medeni Kanunumuz 1926 tarihli. Ama Kadastro Kanunumuz 1925 tarihli. Ve biz o zamandan gelen paftaları, planları hala uyguluyoruz, kullanıyoruz. Onların geçerliliği devam ediyor. O zamanki tapu kayıtlarımız devam ediyor. Evet, kadastro çalışmalarını yakın bir zamanda tamamladık. Çok az bir birimimiz var, onların da sebeplerini biliyorsunuz, 200 küsür tane birimimiz kaldı. Geri kalan bütün kadastro çalışmaları tamamlandı. Buradaki olay şu; şimdi siz prizmatik ölçmüşseniz, biraz önce değerli katılımcı söyledi, planimetre okuma hatalarından. Planimetre dediğiniz şey malumunuz bir mercek, altında bir kroki var ve bu krokinin üzerinde onu gezdiriyoruz. Yani elinizin titremesi, yaşınız, o günkü halet-i ruhiyeniz oradaki metrekareyi değiştirir ve sonrasında o föye yazarken üç kez ölçersiniz ve ortalamasını alırsınız. Yani bu kadar, hani insana göre hassasiyeti değişen bir durum. Yani siz iki sene sonra gidip ölçtüğünüzde, farklı ölçebileceğiniz bir hususdan dolayı Devlet tamamen kat'i olarak sorumludur diyoruz. Kaldı ki mesela prizmatik ölçüyorsunuz, şimdi bizim TUSAGA-Aktif Projemiz var hem Türkiye'de hem Kıbrıs'ta cors istasyonlarımız var ve nokta konum hassasiyetinde ölçüm yapıyoruz.

Nokta konum hassasiyetinde ölçüm yaptığınızda iki metre hassasiyetinde ölçümü eş tutmuş oluyorsunuz. Şimdi onu da geçelim, malumunuz bir deprem ülkesiyiz. Çok yakın bir zamanda çok büyük bir deprem atlattık. Şöyle söyleyeyim, bizim cors istasyonlarımız çoğunlukla kamu binaları üzerinde. Mesela Elbistan civarında, Türközü'ydü herhalde tam hatırlayamıyorum, ama hemen yanındaki ilçedeki kaymakamlık binamızın üzerinde bir cors istasyonumuz var ve o cors istasyonu 4.67 metre kaydı. Bina yerindeydi ve deprem sebebiyle cors istasyonu 4.67 metre kaydı. Yani bütün koordinatlar değişti. Şu an onunla ilgili çalışmalar yapıyoruz ama bırakın

deprem olmasını, bir deprem ülkesiyiz ve yıllık olarak kayıyor zaten. Ve bir sene, iki sene sonra tekrar ölçtüğünüzde aynı koordinatı bulamıyorsunuz ve ona bağlı olarak metrekare değişiyor. Yani siz gündüz ölçtüğünüzde güneşin açısına göre öğleden sonra ölçtüğünüzde koordinatlar değişebilir. Yani 1 metre, 2 metrekare. Şimdi bize 3 metrekare için dava açıyorlar. Ama bu 3 metrekare iki sene sonra ölçtüğünüzde artı olarak da gelebilir. İşte biz bu sebeple bugüne kadar hani o bir cümleden ibaret, tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Evet, doğru Devlet sorumludur, bir cümle. Ama Devlet olarak da altını çok doldurmamışız. İlk defa geçen sene Tapu Planlarında Yanılma Sınırı Hakkında Yönetmelik çıkardık. Çünkü bizim kesin bir koordinatımız yok. Bilimsel olarak yok. Bu koordinatlar değişebilir ve o yanılma sınırı içerisindeki metrekare, 1000 metrekare için 995 ile 1005 metrekaresi olarak değişebilir. O 5 metrekare için tazminat ödemesi gerekir mi Devletin, bunun tartışılması gerekir. Dediğim gibi aslında çok şey anlatılabilir ama diğer konular da tartışılacak malum. Evet tazminat konusunun tekrar bu konuda gündeme gelmesini çok istiyoruz. Rücu sorumluluğu hususunun, 70 sene önce yapılmış bir işlemin sorumluluğunu personelimize yüklemek istemiyoruz. Ama bu konuda gerekli hassasiyeti de gösteriyoruz. Herkese çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet, çok teşekkür ederim. Yani kifayet-i müzakereye herhalde yaklaştık. Son bir söz varsa alalım. Buyurun.

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL:

Bazı konulara, bazı kavramlara açıklık getirmek gerekir. Birisi tapulama, bir diğeri tescil. Bu iki kavram birbirinden farklı. Tapulama demek, kadastrosunu yaparsınız elde ettiğiniz o alan için tapu kütüğüne kaydedersiniz. Bunun adı tapulama. Tescil ise ayni sonuç doğuran bir tapu sicili işleminin adıdır. Şimdi hangisinden bahsettiğimizi tam anlayamadığımı ifade edeyim. Bir kere orman demek daha 1920 yıllarında havadan çekilmiş fotoğraflarda orman olarak görünen yerler, o gün için orman kabul edilmiş. Daha sonra çıkan bir kanunda, 1946 yılında yanılmıyorsam, bütün ormanlar devletleştiriliyor. 1950 yılında çıkarılan diğer bir Orman Kanunu ile bugün yürürlükte olan Orman Kanunu ile devletleştirilen ormanların bir kısmı sahiplerine iade edilmiş. Ama ne var ki devletleştirildikten sonra ormanlar, orada arazi sahibi olanlar o yaşadıkları mekânı terk etmişler, İstanbul'a, Ankara'ya, çeşitli yerlere gitmişler. Bir kısmının iadesi söz konusu olmamış. Orman Kanunu şimdi deniliyor ki çok geçmişte de uygulandı. O fotoğraflarda, havadan çekilen fotoğraflarda üzerinde herhangi bir bitki örtüsü olmasa bile o alan olduğu gibi orman kabul edilmiş. Bunu gören vatandaşların büyük bir kısmı oraları işgal etmişler. Sonra orman kadastrosu oraya geliyor. Orman kadastrosu diyor ki işte bu fotoğrafta görüldüğü üzere bu bölge ormandır diyor. Bununla ilgili özellikle Antalya'da çok olaylar yaşanmış bulunuyor ve birçok Antalya'daki otellerin, motellerin daha önce kurulduğu yerler tamamen orman alanı içerisinde kalıyor.

Bir de sonradan çıkarılmış olan 2/B hükmü var. 2/B hükmünden ne anlıyoruz? Ona da bir bakmak lazım. 2/B demek, bir ormanlık alanın zaman içerisinde meskûn alana dönüştürülmesi, hayvancılığın yapılması ve bitkisel üretimin yapılmasının olduğu durum. Bunun için 1982 Anayasası, 1982'den önce böyle bir işgal, hayvan otlatma veya benzeri bir şeyler, orman varlığını kaybetmişse, statüsünü kaybetmişse, 2/B uygulaması devam ediyor. Ama ne yazık ki bildiğim kadarıyla son çıkarılan Kanunla bu sınırlar aşılmış. Çünkü ondan sonra oluşmuş olan 2/B arazileri var. İşte İstanbul'da içinde yaşadığımız şu Çavuşbaşı Köyü veya benzeri yerler var. Antalya'da çok sayıda üstü kapanmış olan, ziraat yapılan yerler var. Buralarda ziraatı yapan, işgal eden, bina yapmış olanlara mülkiyet hakkı tanınıyor, 2/B uygulanması suretiyle. Bu arada tabii çok el değiştiriyor, 2/B netice itibarıyla bir zilyetlik halini ifade ediyor. Zilyetlik üzerinden üçüncü kişilere devredebiliyor. Tabii ki bu devir sonucunda 2/B uygulamalarından onlar da yararlanabiliyor. Şimdi bu 1007 ile ilgili sorun, kadastrosu yapılmış olup da tapulaması yapılan yani tapu kütüğünde ayrı bir sayfanın açıldığı hali mi ele alıyoruz, ondan doğan sorumlulukları mı? Yoksa tapuda tescil işlemi yapılmış yani tapulama yapılmış, orada bir tescil var, tescile bakarak birisi bir başkasına onu devrediyor veya bir başkası o kayda istinaden temellük ediyor o yeri. Buradan doğan bir ihtilaf mı var? Yani bunun bir aydınlığa kavuşması gerekir diye düşünüyorum. Şimdi pratikte uygulayan arkadaşlarımız, gerek Yargıtay'da gerekse Hazine'de bu işle meşgul olan arkadaşlarımızın şikâyetleri nereden doğuyor? Hangisinden doğuyor? Önemli olan bu.

Bir hususu daha söyleyeceğim. Kıyı Kanunu yanılmıyorsam 1984 tarihli gibi geliyor bana. 1984'ten önce kıyının 100 metre dâhilinde pek çok arazi var, bina da yapılmış. Şimdi, hadi bina yapılan yeri kullanmaya devam ediyoruz, biz de böyle bir yerdeyiz yazlıkta. Arazinin kullanılmasına izin vermiyorsa, ekip dikmeye veya orayı nemalandırmaya imkân vermiyorsa, o zaman mülkiyet hakkı tahdit edilmiş demektir. İmkân vermediği oranda malikin elde edebileceği menfaatler varsa onu mutlaka Devletin karşılaması lazım. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki anlayış bu. Siz gidiyorsunuz, arazide bina yapabilme imkânınız var. Ama diyorsunuz ki burası Kıyı Kanununa tabi. Burada inşaat yapamazsınız dediğiniz zaman mülkiyet hakkına direkt bir müdahale var demektir. Onun için bu konular biraz daha açıklığa kavuşturulsa iyi olur diye düşünüyorum. Teşekkür ederim beni dinlediğiniz için. Sağ olun.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sağ olun Hocam. Şimdi son birkaç dakikalık artık sözler. Buyurun.

Katılımcı:

Şimdi malum olduğu üzere 2022 yılındaki 7413 sayılı Yasayla gayrimenkul devirleri noterlere de verildi. Biz bununla ilgili bir altyapı çalışması hazırlarken bana da tesadüfen Orman Kanununun 2/A, 2/B ve 2863 sayılı Kültür Tabiat Varlıkları Kanunundaki belirtme şerhlerle ilgili bir çalışmayı ben üstlendim. Burada şunu fark ettim. Ankara'da usul ve esasları

hazırlayan arkadaşlarla da yaptığımız görüşmelerde, tapu müdürlüklerinde elektronik ortama bu bütün taşınmaza ilişkin belgeler, belirtmeler, şerhler yüklenirken hepsinin tam ve eksiksiz yüklenip yüklenmediği daha henüz belli değil. Dolayısıyla bir tarafta da bizim zaten Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi tartışılıyor. Zaten benim bu toplantıda konuşabileceğim tek konu da bu. Bizim Noterlik Kanununun 162 nci maddesindeki sorumluluğumuz çok çok daha ağır bir durumda. Şimdi biz yarın bir satışta tapudaki memur bir belirtmeyi, bir şerhi oraya eklemedi ise ve biz o satışı yaptığımız zaman doğrudan doğruya sorumlu olacağız, herhangi bir tazminat söz konusu olduğu zaman. Bu bizim için çok büyük bir şey oluşturuyor. Burada şöyle bir eksiklik görüyorum. Mesela bize zaman zaman bunlarla ilgili eğitimler ve çalışmalar yapıldı bizim bünyemizde. Mesela Almanya'da bir gayrimenkul satışı yapıldığında biz şu anda sisteme giriyoruz her şeyi, belgeler, her şey tamamsa ve sistem de bir engel görmüyorsa enter'a basarak satışı gerçekleştiriyoruz. Ama Almanya'da noterler bu işlemi yaparken işlemi sonlandıran noter değil. Elektronik ortamda bu işlem tapu birimine gidiyor, oradaki görevli kontrol ediyor, en son orada işlem sonlandırılıyor ve devir gerçekleşiyor. Oysa bizde doğrudan bunu noter yapıyor. Şimdi Kastamonu'nun bir ilçesindeki gayrimenkulün dosyasını biz tam olarak göremiyoruz. Bu konuda hukuki yönden çok büyük bir altyapı eksikliğinin olduğunu düşünüyorum. Yani bunun giderilmesi gerekiyor. Bu giderilmezse hem Devlet hem noterler çok büyük bir yükümlülük altına girecek. Bizim hukuki mesuliyet sigortamız var ama artık bu taşınmaz satışlarının, devir işlemlerinin bize geçmesiyle o kadar yüksek primler çıkmaya başladı ki Noterler Birliği bunu karşılamada da zorlanmaya başladı. Bu noktada şunu, bilmiyorum hani nasıl düşünülür, bugün bir otobüse bindiğinizde yolculuk yaparken otobüsün zorunlu trafik sigortası var, kasko sigortası var bir de araca binmek ile koltuk sigortası yapılıyor. Bence burada hem Devletin yükünü azaltmak, hem de bu işe imza atan tapu memuruydu, noterdi, bu konuda bir hukuki güvenlik şemsiyesi sağlama adına her işlem için belli bir cüz'i para ödemek suretiyle bir sigorta poliçesi düzenlenmesi, bununla ilgili bir altyapı hazırlanması gerektiği düşüncesindeyim. Saygılarımı sunuyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Çok teşekkür ederim. Şebnem Hocam kapatalım mı?

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Hızlı bir şekilde kapatalım tamam 30-35 saniye. Şimdi kıymetli Noterimiz bambaşka bir konuyu dile getirdi. Benim aslında başka bir vesileyle söylemek istediğim bir şeydi bu. Şimdi noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesi, dikkat ederseniz bu satış sözleşmesi yani noterin yapması gereken taahhüt işlemi. Ama ne yazık ki çok yanlış kurgulandı ve taşınmazın satışı da noterde bitiriliyor şu anda. Oysa bu işlemin mutlaka tapu müdürü tarafından tamamlanması gerekir. Tasarruf işlemi kısmı tapu müdürlüğüne ait olmalıdır. Bu bir kere çok ciddi bir hata ve bundan dolayı gerçekten noterlerin çok ağır bir yükü var. Olmaması gereken bir yükü var.

İkincisi noterin burada yapacağı sadece satış sözleşmesidir. Dolayısıyla bu satış sözleşmesinden kaynaklanacak bir herhangi durumda notere bir kusursuz sorumluluk yüklenmesi ve Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi bağlamında adeta Devletin sorumluluğunun notere yükleniyor olması yine bence çok ağır bir sorumluluktur. Bunun da tekrar gözden geçirilmesi gerekir. Bu işlem başlamıştı. Ben bunun görüşmelerine Meclis'te de katıldım ve gerçekten yani bunların hepsini Meclis'te de dile getirdik ama ne yazık ki dinlemediler ve gerçekten uygulanamıyor şu anda. Noter Bey çok daha iyi söyleyecektir. Şu aradaki 6 aylık zaman zarfında o kadar az satış yapıldı ki. Çok büyük bir patlama bekleniyordu ama hiçbir noter bu sorumluluğu neredeyse almak istemiyor ve çok haklılar. Bunun mutlaka düzenlenmesi lazım, mutlaka elden geçmesi lazım. Hani bunu da bir kayıtlara geçirelim. Yasayı yaptık olduyla gitmemesi gereken bir şey bu.

Hakan GÜZEL:

Şimdi Sayın Başkanım, özellikle teşekkür ediyorum. Sadece birkaç hususa değinip geçmeyi arzu etmiştim. Onun için söz istedim. Birincisi benim şahsi perspektifimde de kurumsal bakışımızda da Devletin yapılan hatasından ya da işte ortaya çıkan bir mağduriyetten sorumsuzluğunu kabul eden bir anlayış mevzu bahis değil. Devlet elbette ki hatalarını telafi etmekle mükelleftir ve bunu da yapıyoruz zaten. Fakat bu telafi yöntemini tespit ederken bizim itirazlarımız ve birtakım çekincelerimiz var. Benim de fakülteden hocam olan Mehmet Hocama da saygılar sunuyorum öncelikle. Şöyle bir süreç, belki çok kısa tutmak kaydıyla, Hocam 35 saniye dedi çünkü. Bu sorun bir gün de ele alınsa yetmeyecek bir sorun, sadece onu belirteyim. Çünkü Türk hukukunda, eşya hukukunda, tapulama süreçlerini zaten bir imparatorluk bakiyesi Devletle beraber konuşulmasında fayda var.

Osmanlı mülkiyet sisteminden Cumhuriyet mülkiyet sistemine geçiş aşamalarındaki basamaklara bakmakta fayda var. Hocam kısmen değindi. Devletleştirmeler var, sonrasında özelleştirmeler var, efendime söyleyeyim birtakım eklemeler ve çıkarmalar var ana mevzuatlarda. Yetki dağılımlarında sorunlar var. 2863 sayılı Kanun ayrı bir sorun, işte Mera Kanunu, Kıyı Kanunu, efendime söyleyeyim Kadastro Kanunu başlı başına bir sorun. Ve bütün bunlara yapılan dokunuşların sistemde ortaya çıkardıkları deformasyonlar var. Hocam 2/B'lerden bahsetti. 2924 sayılı bir Kanun vardı. Bunu mülga eden 6292 sayılı Kanun vardı. 6292 sayılı Kanun ihtiyaçtan doğdu. Şöyle bir ihtiyaçtan doğdu. 2924 sayılı Kanun gibi, ben Erdal Onar Hocamdan da randevu almış, bir tartışmaya girmiştim, AYM kararının iptali üzerine. Sağ olsun bizi desteklemişti Hocam da. Uygulanmıyor, yani sadece orman köylüsüne tahsis etmek gibi bir kapı bırakmıştı Devlet yönetiminin elinde ve orman köylüsü yok ortada. Ve sizin bunu nasıl yapacağınız belli değil. Orman köylüsü alınca ne yapacağı belli değil. İstanbul gibi büyük lokasyonlarda, Ümraniye gibi Sultanbeyli gibi alanlarda artık sizin orman köylüsü bulmanızı bırakın başka şey bulmanız mümkün değil. Dolayısıyla 6292 sayılı Kanun artık bir zorlama ve bir dayatmanın sonucu, fiili dayatmanın sonucu ortaya çıktı.

Tapulamaya ilişkin tek bir kanun yok. İmar Kanunu ile tapu oluşabiliyor, Gecekondu Kanunu ile tapular oluştu. Efendime söyleyeyim

Avşa Adası örneğim var. Yani çok fazla şeye girmeyeceğim yaşanmışlıklarımızdan. Kıyı Kanununun Osmanlı'dan bugüne taşınmasındaki sorunlar var. Yani siz iktibas kanun yapıyorsunuz ama geçmişteki mülkiyetiniz ve fiili kullanım durumlarınız, zeminle mevzuat uyuşmuyor. Hal bu olunca da doğal olarak Devlet birtakım çıkış kapıları üretti. Sayın Başkanıma kısa bir dokunma, daha doğrusu bir cevap vermek isterim. İnsan Hakları Dairesi Başkanı, bizim de yakın çalıştığımız yapılardan bir tanesi. Evet, AİHM ve AYM bağlamında bizi rahatlattı diye düşünüyoruz ama tek bir dosyada 165 milyon ödeyen bir birimin; bir, ODTÜ şu anda en az 100 sene borç öderse bitiremeyecek durumda. İki, AYM o kadar mülkiyet hakkını, temsilcimiz varsa kusura bakmasın ama ben her fırsatta dile getiriyorum, onlarla da birebir gidip görüşüyorum, başkan düzeyinde de görüşüyorum, o kadar genişletici yorumlara evrildi ki artık yani bunun duru durağı yok. 221 sayılı bir Tasfiye Kanununu yakın zamanda iptal etti. Şu anda bunun Devlete maliyetini biz hesaplayamıyoruz. Yani 221 sayılı Kanunun Devlete getirebileceği muhtemel maliyeti biz hesaplayamıyoruz. Hukuk güvenliği kalmadı. AYM'nin ve Yargıtay'ın birtakım yorumları üzerinde ne zamanaşımı var, ne hak düşürücü süre kavramı var. Şu anda Ankara'da Esenboğa Havaalanının mülkiyeti tamamen tartışmalı. Dedesinin aldığı, parasını yediği malı, ikinci kuşak torunları Devletten para istiyor. Bizden şu isteniyor. Diyor ki bunun banka makbuzunu getirir misiniz? Ya Sayın Yargıcım, Sayın Üyem, 50 sene önce ben Ziraat Bankasından bu makbuzu nerede bulacağım bir, nerede saklayacağım bu kadar makbuzu, evrakı ve sair. İddia sahibi davayı açıyor, bütün şeyi ben ispatlıyorum davalı olarak. Evrak varsa var, yoksa yok. Tamam, al sana tazminat ve yani bu kontrolden çıktı Devlet adına. Dolayısıyla sadece bir iki şeye değindim. AYM'de rahatladık ama içeride boğuluyoruz. Bu hepimizin sorunu, benim değil.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Bir cümle sadece söylemek istiyorum. Sadece bir cümle, tam bunu toparlayan. Şimdi gerçekten şu çok büyük bir sıkıntı. Devlet burada davalı pozisyonundadır. Davacı hiçbir şey ispatlamamakta ve bundan belki 60-70 yıl önce yapılan işlemleri Devletin ispatlaması beklenmektedir. Oysaki Devlette evrakın saklanma süresi 10 yıldır. Maksimum 20 yıl sonra da eski adıyla SEKA'ya gönderme zorunluluğu vardır. Yoksa sizin arşivleriniz bunları saklamaya yetmeyecektir. Ben 14 sene ODTÜ Hukuk Müşavirliği yapmış birisi olarak çok rahat söyleyebiliyorum. Ne yazık ki tamamının bedeli ödenmiş olan yerler için elimizde evrak olmadığından... Yani ben o kadar çok uğraştım ki onunla ve burada gerçekten çok acı bir durum vardır. Biz de gerçekten yargı kim neyi ispatlayacak? İspat yükünü burada değiştirmiştir. Sadece bunu söylemek istiyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Abdulkerim Hocam buyurunuz.

Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM:

Katılımcıları ben de saygıyla selamlıyorum. Tabii çok önemli problemlere değinildi Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesiyle ilgili. Fakat Çalıştayın sonucu adına şimdi Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinde yansıtılan bu problemler çok önemli, tabii ki bunları konuşmak gerekiyor. Acaba Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinde bir revizyona bu noktada ihtiyaç var mı? Şimdi Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinin sorumluluk şartlarıyla alakalı meseleler kanaatimce bunlar. Yani bir tapu sicilinin tutulması kavramı, bu kavrama bir açıklık kazandırılmasına bağlı. Bu da içtihatlarla bilimsel çalışmalarla olabilecek bir şey. Yine işte hukuka aykırılık unsuru, illiyet bağı, zarar görenin özellikle burada kusuru illiyet bağını kesecek bir yoğunlukta mı veya tazminat miktarını etkileyecek bir unsur. Bunların her somut olay özelinde tartışılması gerekiyor. Uygulamadaki problemler tabii ki. Çiğdem Hocamın bir tespitine katılıyorum. Şimdi Devletin zararı tazmin etmesi sorumluluğu olmalı. Fakat her açıdan Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi buna gerekçe gösterilmemeli. Devlet bir zararı tazmin edecekse özel kanunlarla, belki Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinden çıkış noktası bulunmayacak. Çünkü Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesine dokunduğunuz zaman o zararların tazmini meselesinde, kapsam çok genişletilmiş oluyor. Bu sefer farklı problemlere yol açıyor. Emsal teşkil ediyor. Dolayısıyla bir konuya ilişkin özel kanunlarla bir düzenleme getiriliyorsa, o kanunun yol açabileceği sorunlara dair de bir tazminat hükmü getirilerek çözümlenmesi gerektiğini düşünüyorum ben. Ancak böyle çözülebilir. Teşekkür ederim Hocam.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Çok teşekkür ederiz Hocam. Başhukuk Müşavirimiz kısa yine 30 saniye bir şey söyleyecek. Ama bu arada şunu anlıyoruz yani sizin de toparlayıcı konuşmanızdan. Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi, madde olarak sorunlu bir madde değil. Uygulamada sorunlar var. Peki, bunun için herhangi bir özel düzenleme önerimiz yok değil mi?

Hakan GÜZEL:

Özel düzenlemeler her seferinde bir hataya sevk ediyor. Daraltalım derken başka bir semptom yaratıyoruz. İçtihat hukukunun bunu üretmesi, içtihatların buna yol çizmesi gerekiyor. Doğru uygulanıyordu ama son 10 yıldır evrildi. Bununla ilgili çalışmalar kamuda çalışıldı zaten, gündeme de getirildi ve dediğimiz gibi iptal edilen tapulara müteallik bizim tazminat ödememiz. Müşavirimin söylediği muhik tazminata ilişkin şerhimiz baki kalmak kaydıyla tarafımızdan karşılanıyordu. Bir itiraz da yoktu bunda. Çünkü burada yani çok kısa değinmek zorunda kalıyoruz. Birden farklı kurumun çalışıyor olması, benim yıllardır masada tuttuğum mesele. Orman kadastrosunu birisi yapıyor, genel kadastroyu birisi yapıyor, kıyıyı başka birisi tespit ediyor, yeri geliyor mahkeme müdahil oluyor. Yani yetki ve görev karmaşasının da ürettiği sıkıntılar var sahada. Bunların hepsinin farkındayız. Bunları çözmeye de uğraşıyoruz. Bununla ilgili geçmişte elinde orman olan,

yani şahsi kusurları bir kenara koyayım, vatandaşımızın uyanıklıklarını bir kenara koyayım. Elinde tapu var, sonra orman gitti buraya dava açtı, orman etti bitti mesele. Eyvallah, buna biz tazminat ödüyoruz, itirazımız da yok. Ama 1007 o kadar geniş ve torba bir yoruma sokuldu ki artık bunun ucu bucağı kaçtı.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Tamam Sayın Genel Müdürüm, teşekkür ederim. Son bir 30 saniye ama bitiriyoruz. Ondan sonra bir ihtiyaç molası tabiri caizse.

Katılımcı:

Çok teşekkür ederim. Şöyle, öncelikle ormanla ilgili olarak ifade edeyim. Değerli Mehmet Ünal Hocam benim de Hocamdır. 3116, 4785, 5658 ve 6831 sayılı Kanunlardan bahsetti. Nihayetinde, biraz önce Genel Müdürümün de söylediği gibi yetki karmaşası vardı öncesinde. Orman Genel Müdürlüğünün ayrı kadastro, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün ayrı kadastro yapması sebebiyle burada sorunlar vardı. Biliyorsunuz 5304 sayılı Yasayla önce orman kadastrosunu, bu sene içerisinde de 7442 sayılı Yasanın Ek Madde 7 getirdik 3402'ye. Artık 2/B çalışmalarını da tek elden yapıyoruz. Böylelikle 1007'nin en azından, tabii 2023'e geldiğinde bunu çözme durumu oldu, tek elden yapılması durumu.

Noterlerle ilgili olarak da şunu çok kısa söyleyeyim. Malumunuz 3 Temmuz'dan itibaren noterler de tapu işlemlerini yapmaya başladılar. Bununla ilgili sadece bir istatistiki bilgi vereyim. 2023 yılında Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü 18 milyon 513 bin yevmiyeli işlem yapmıştır. Bunun 2 milyon 500 bin işlemi, satış işlemi. 2 milyon 404 bin 582. Noterlerimize yapılan başvuru, toplam vatandaşlarımızın yaptığı başvurusu ise 2329 dün akşam saat 11 itibarıyla. 1558'i noterlerimiz tarafından iptal edilmiştir, karşılıklı olarak tabii ki. 670 işlem ise tesis edilmiştir. 670 işlem tamamlanmıştır. 101 işlem ise devam etmektedir. 2 milyon 404 işlem ve bunun içerisinde 670 işlem yaklaşık 6 aylık dönem içerisinde. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sayın heyete çok teşekkür ediyorum. Çok yararlı bence çok faydalı oldu. Hem görüş alışverişi, müzakereler gerçekleşti. Yani hem uygulama, hem doktrin, hem noterlerin sorumluluğu, hem insan hakları, hem idarenin yaşadığı zorluklar, hem efendim Hazinenin hukuki durumu bakımından oldukça girift bir sorunla karşı karşıya olduğumuzu anlıyoruz. Ama bize ayrılan sürede ancak bu kadarını yapabiliriz.

12.00'ye kadar devam edelim. Evet, şimdi o zaman bu kesinleşmiş orman kadastrosu meselesini bir geçelim. Kentsel dönüşüme ilişkin mevzuat diyeceğiz. Mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirilmesi. Ne hazırlamıştık biz Tuğba Hanım altta?

Tuğba EREN TOKYÜREK:

Şimdi Hocam burada biz 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanuna baktık. Tabii çok da detaylarına vakıf olduğumuz bir konu değil. Madde 3 ve devamı sanki hep komple bu başlıkla ilgili gibi geldiği için bu şekilde madde 3 ve devamı deyip bıraktık.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Tamam, teşekkür ederim. O zaman Emrehan Hoca dersini veriyor bunun. Hazırlıklı mısınız Emrehan Hocam?

Prof. Dr. Emrehan İNAL:

Estağfurullah, yani bazı hususlarda belirli bir birikim var. Çok teşekkürler. Emrehan İnal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Şimdi 6306 sayılı Kanunla ilgili olarak, tabii Kanun ilk çıktığında muazzam bir önce belirsizlik hissiyatı oluştu. Yani sanki, evet bir kentsel dönüşüm ihtiyacı var, deprem ülkesiyiz. Kamu düzeni bakımından mutlaka bu dönüşümün gerçekleştirilmesi ve bunun malikler tarafından bu dönüşümün gerçekleştirilmesi öngörülüyor. Fakat öyle bir öncelikli algı oluşmuştu ki bu o zaman 2/3, şimdi son değişiklikle salt çoğunluk sanki istediği kararı alabilir. Eğer riskli yapı tespiti yapıldıysa, bir yapı hakkında riskli yapı tespit edildi ise her türlü kararı alabilir ve bunda hiçbir şekilde yapabileceğimiz bir şey yok şeklinde bir anlayış sanki hakim olmuştu. Fakat zamanla yani Yargıtay'ın da bu konuda bazı uygulamaları oldu. Şu konuda şu anda hemfikiriz ki evet burada kamu hukukundan doğan bir mülkiyet sınırlaması vardır. Ama evet, bu bir riskli yapı tespiti durumunda bu yapının, bu riskin izalesi gerekmektedir. Dolayısıyla Kanun işte 2/3'tü, şimdi salt çoğunlukla maliklere gereken kararları alma imkânı vermektedir. Ama bu kararlar hiçbir surette karara katılmayan maliklerin, paydaşların, kat maliklerinin mülkiyet hakkını ihlal edici nitelikte olmamalıdır. Yani karar alınabilir, tabii ki bu bir mülkiyete müdahale teşkil eder. Ama bunun mülkiyet hakkını ihlal etmeden de yapılabilmesi mümkündür.

Dolayısıyla mülkiyet hakkını ihlal eden bir karar var ise de kat malikleri kurulunun veya kat malikleri kurulu demek belki doğru değil ama işte diğer paydaşların riskli yapı tespiti üzerine alınacak bir karar, diğer herhangi bir paydaşın veya kat malikinin mülkiyet hakkını ihlal ediyorsa, diyelim ki yeni yapılacak binada sizin arsa payınız benimkinden daha fazla oranda azalıyorsa veya işte alınan kararlar çerçevesinde benim deniz manzaralı dairem bodrum kata indiriliyorsa vesaire bunlar, bu kararlar kesin hükümsüzdür. Dolayısıyla bu kararlara dayalı olarak herhangi bir satış işlemi yapılsa bile bu geçersizdir. Tapu devri yapılsa bile bunun iptali sağlanmak suretiyle bu mülkiyet hakkının ihlalinin giderilebilmesi mümkündür. Keza bu dönem zarfında en çok belki uygulamada tereddüt yaratan hususlardan biri şuydu. Mülkiyet hakkı ihlaline uğrayan kat maliki veya paydaş dava açıyordu. Diyordu ki mahkeme, alınan bu karar ve bu karar çerçevesinde imzalamaya icbar edildiğim sözleşme bu. Ey hâkim bu sözleşmeyi sen revize et. Benim mülkiyet hakkımın ihlalini

ortadan kaldıracak şekle dönüştür bu kararı ve bu sözleşmeyi. Şimdi bazı konularda yerel mahkemeler sıklıkla karar verdi. Dedi ki ben sözleşmenin içine nasıl müdahale edeyim, bu sözleşmeyi değiştireyim. Evet burada senin bir mülkiyet hakkına ihlal vardır. Bu karar ve sözleşme mülkiyet hakkını ihlal edici niteliktedir. Ben bunu tespit ediyorum ama bu tespitle yetiniyorum. Sözleşmede herhangi bir içeriğe müdahale edemem dedi. Yargıtay'ın bu konuda kararları var. Yargıtay bunun hukuki altyapısını, çerçevesini çizmedi ama dedi ki işin esasına girilmesi gerekir diye bozdu bunu. Orada da esasında bunun hukuki belki altyapısı veya tanımlamasını şu şekilde yapmak lazım. Eğer alınan kararda ve bu karara dayalı olarak yüklenici ile akdedilen, akdedilmesi öngörülen ve karara katılmayan diğer paydaşa da; al bu sözleşmeye ya katıl imzala, aksi takdirde senin payını satışa çıkartacağız denilecek sözleşmede, benim mülkiyet hakkımı ihlal eden bir hüküm varsa bir paylaşma vesaire şeklinde bunu kısmi bir hükümsüzlük olarak kabul etmek lazım. Dolayısıyla hâkimin de bu kısmi hükümsüzlüğü sözleşme boşluğunu doldurmak suretiyle giderebileceği kabul edilebilir şeklinde buna hukuki bir altyapı getirilebilmesi mümkün diye düşünüyorum. En genel hatlarıyla ben bu şekilde bir tespitle başlayayım. Sonrasında uygulamada karşılaşılan başka sorunlar…

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL:

Tekrar hepinizi sevgiyle selamlıyorum. Burada yapılanlara bakıyorum. Hukukun gereklerine tam uygun şekilde davranılmadığı kanaatine varıyorum. Daha kolay bir yöntem var burada. Kat Mülkiyeti Kanununun 47 nci maddesi var. 47 nci maddesinde ne diyor, harap olma diyor. Eğer bir bina harap olmuşsa kat mülkiyeti sistemi çöküyor, sona eriyor. Aynı maddeye yapılacak bir eklemeyle, efendim işte yarıdan bir fazlası, üçte ikisi gibi yollara sapmadan bunu sağlayabilme imkânı var. Denilebilir ki efendim yapılan etüt, inceleme sonucu binanın depreme dayanıksız olduğu tespit edilirse, o bina harap olmuş kabul edilir dendiği anda, bir kere kat mülkiyeti sistemi sona ermiş olmayacak burada. Bir ek maddeyle de böyle hallerde kat mülkiyeti sona ermez dememiz lazım. Aksi takdirde herkes payını çeşitli yollardan satarak oradan çıkabilir. Böyle bir durumda mülkiyet hakkının ihlali de söz konusu olmaz. Çünkü o kat maliklerinin kendi paylarına düşen payı muhafaza etmiş olursun. Denilebilir ki böyle hallerde kat mülkiyeti sona ermez dediğimiz zaman, daha önceki kurallar var malum, harap olma halinde kat mülkiyeti kendiliğinden sona ererdi.

Burada istisnai bir hüküm koymak suretiyle bunu götürmek mümkün. O zaman %50'nin birden fazlası karar verirse hikâyesi falan filan ortadan kalkar. Çünkü ciddi olarak ortada maddi bir durum var. Mevcut bina depreme dayanaksız olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla ya yerine yeni bina yapılacak veya bir başka yerde bina yapılıp o payların karşılığı, o binada sağlanacaktır. Onun için bunları çok uzattılar bildiğim kadarıyla. İşte %50'nin bir fazlası üçte iki falan diye. Buna ihtiyaç yok. Çünkü fiili durum, gerçek durum o binanın depreme dayanıksız olduğunu gösteriyor. Hala orada bir mülkiyet hakkının korunması gibi bir yolu sürekli gündeme getirmekte bir yarar görmüyorum. Bu basit düzenleme ile mesele çözülür diye düşünüyorum. Kat Mülkiyeti Kanununun 47 nci maddesinde yapılacak olan bir, iki eklemeyle bu iş yoluna

konur. Çünkü Ülkemiz deprem ülkesi. Her gün sarsılıyoruz. Yapılar da zaten geçmişte yapılmış. Depreme dayanıklı değil çeşitli sebeplerle. Burada o binaların depreme dayanıklı hale gelmesinde kamu menfaati var. Kamu menfaati olduğu yerde artık mülkiyet hakkı ile kamu menfaati arasında bir denge kuracaksınız. Bir taraftan mülkiyet hakkından mahrum etmeyeceksiniz insanları, öbür taraftan da kamunun menfaati olan depreme dayanıklı binalar yapacaksınız. Bence Kat Mülkiyeti Kanununun 47 nci maddesinde yapılacak olan iki maddenin eklenmesiyle birlikte bu sorun çözülür diye düşünüyorum. Teşekkür ederim. Sağ olun.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Hocam. Buyurunuz efendim.

Ali KÖŞÜM:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı)

Kısmen bizim uygulama alanımıza giren bir konu. Ancak daha çok ihtiyati tedbir yönüyle önümüze gelmekte. İşin esasına girecek dosya gelmedi henüz ilk derece mahkemelerinden bize. Yalnız Hocamın mülkiyet hakkına dokunulduğu yönündeki bir itirazı vardı. Ona değinmek istiyorum. Zaten mülkiyet hakkına dokunulması amacıyla getirilmiş bir düzenleme. Mehmet Ünal Hocamın dediği gibi burada bir kamu yararı var. Deprem riski olan bölgelerdeki riskli yapı kararı alınan yapılar ve Kanundaki düzenlemede bu yapıların yıktırılmadan önce parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirerek imar adası bazında uygulama yapılmasına vesaire diyor. En son payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseler oranında paydaşların salt çoğunluğuyla daha önce 2/3'tü, şimdi salt karar verilir diyor. Devamında da bu karara uymayan maliklerin arsa paylarının satılacağı ve dolayısıyla mülkiyet hakkına dokunulacağı düzenleniyor. Bunun düzenlenmesinin sebebi, burada bu Kanun olmasaydı oy birliği ile yapılacaktı bunlar. Bir an önce deprem riskine maruz kalacak yerlerin düzenlenip yeni yapıların oluşturulması için 2/3 isteniyordu. 2/3'te de sorunlar çıktığı görülünce 1/2'ye indirildi kanun koyucu tarafından. Burada mülkiyet hakkına dokunulması zorunlu. Kamu yararı da bunu gerektiriyor. Bunu belirtmek istedim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim. Buyurunuz Mehmet Başkanım.

Mehmet BARAN:

Saygıyla selamlıyorum tekrar heyeti. Buradaki 6306 sayılı Yasanın çıkmasından önce bu konuda 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanıyordu. Bizim Daire de 634 Kat Mülkiyeti hükümlerine baktığı için

ben Mehmet Hocamın o görüşüne katılmıyorum. 634 sayılı Yasada kat irtifakının ya da kat mülkiyetinin hangi hallerde sona ereceği düzenlenmiş. Ancak 6306 sayılı Yasanın ilk çıktığı zaman, bizim Dairede benim de yazdığım içtihatta dedik ki; kat mülkiyeti ayaktaysa yani ana taşınmaz ayaktaysa, siz 2/3 ve bu ana taşınmazın yıkılıp yeniden bir proje yapılmasına karar veremezsiniz dedik. Ancak bu engel olunca Nisan 2016'da zannediyorum kanun değişikliği ile bu da hükümden kaldırıldı. Şimdi mevcut durumda şu var. Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesine göre bağımsız bölüm maliklerinden birisi gidip binanın güçlendirilmesi gerektiği konusunda mahkemede bir karar alabiliyor. Bunun için 19 uncu maddede inşaat yapmaya yönelik 4/5 çoğunluğun alınmasına falan ihtiyaç duyulmuyor. Biz diyoruz ki şimdi yeni uygulamamızda, eğer bir yapı rezerv alanındaysa ve riskli yapı kentsel dönüşüm kamu tarafından, yani gerek Çevre ve Şehircilik Bakanlığı gerek belediyeler tarafından alınmışsa artık burada Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri değil, 6306 sayılı Yasanın hükümleri uygulanmalıdır diyoruz. Ancak bu alanların dışında kat mülkiyetine tabi bir binada vatandaşların böyle bir karar alması halinde o zaman diyoruz ki Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. Yani yeni bir proje, tadilat projesi oy birliği gerektirir diyoruz. Bu yönde görüşümüz.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederiz. Emrehan Hocamız bir şey ilave edecekmiş.

Prof. Dr. Emrehan İNAL:

Ben bir yanlış anlaşılmaya mahal vermiş olabilirim. Elbette 6306 sayılı Kanun mülkiyet hakkının bir sınırlamasını teşkil ediyor, dokunuyor buna. Ama bu öngörülen çoğunlukla alınacak kararın mülkiyet hakkını ihlal edebileceği anlamına gelmiyor bu. Yani bu karara katılmayan azınlığın mülkiyet hakkını ihlal etmeksizin bu karar alınmalı. Bu karar eğer benim mülkiyet hakkımı ihlal ediyorsa, dediğim gibi benim deniz manzaralı dairemi bodrum kata indiriyorsa veya diğerlerine nazaran arsa payımı azaltıyorsa, dükkân olan bağımsız bölümü yeni binada konut olarak bana, bu benim mülkiyet hakkımın ihlalini teşkil ediyorsa bu karar geçersizdir. Benim mülkiyet hakkımı ihlal etmeden bir karar alınıyorsa burada bir problem yok. Bu kararların alınmasında da buna dikkat etmek gerekir dedim. Ama Sayın Başkanım yani riskli yapı tespiti yapılmış, bu riskli yapıdır, buna rağmen mi oy birliği gerekir diyorsunuz? Ben onu tam olarak anlayamadım açıkçası.

Mehmet BARAN:

Hayır. Herhangi bir riskli alan dışında, rezerv alanı dışında kat mülkiyetine tabi bir taşınmazda bağımsız bölüm maliklerinin 2/3'le yeniden bina yapılması ya da kat mülkiyetinin terkini falan konusunda alacakları bir kararın geçersiz olduğunu söylüyorum. Bunun nedeni şu; zaten Kat Mülkiyeti Kanununun 19/2 maddesine göre güçlendirme faaliyeti kat mülkiyetini sona erdiren bir faaliyet değil, bütün bağımsız bölüm maliklerinin yararına olan

bir iş. O nedenle orada bir sorun yok. Mahkeme binanın güçlendirilmesine karar verirse, bir bağımsız bölüm malikinin talebiyle bile inceleme yapıp da evet bu bina güçlendirilmelidir, kamu sağlığı, içindekilerin yaşam hakkı açısından gereklidir derse problem yok. Bizim söylediğimiz; Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesi yürürlüktedir, ayaktadır. Nerede ayaktadır? 6306 sayılı Yasa uygulamasının dışındaki alanlarda. Çünkü 6306 sayılı Yasa özel bir yasa ve kentsel dönüşümü, riskli yapıları sona erdirme konusunda hızlı davranmasını gerektiren bir durumdur. Orada da çok açık bir şey var, onu da söyleyeyim. Arsa paylarının düzenlenmesi büyük sorunlar yaratıyor. Arsa paylarının düzenlenmesi, şimdi eski bina, 40-50 yıllık bina, zemin katta arpa payı çok yüksek değil. Çünkü giriş katı, foseptik patlıyor, şu oluyor, bu oluyor, hayvan giriyor, hırsız giriyor. Ama üçüncü, dördüncü kat kıymetli. Fakat yeni yapılan binada birinci kat, ya bir kafeterya ya bir ne bileyim restoran gibi ya da sosyal donatı gibi planlanıyor. Çok fark ediyor arsa payı. Bu konuda çok büyük ihtilaflar da doğacak diye düşünüyorum. Arsa paylarının düzenlenmesi konusunda da Dairemiz son dönemde verdiği içtihatlarla, ben muhalefet yazıyorum, Dairemizin o kararına karşıyım. Türk Medeni Kanununun 2 nci maddesine ve iyiniyet, kötüniyet, dürüstlük kuralına atıf yaparak uzun süredir dava açmayan vatandaşın dava açmasında iyiniyetli olmadığını söylüyor ve davanın reddedilmesi gerektiğini düşünüyor. Ben böyle düşünmüyorum. Çünkü 634 sayılı Yasada hak düşürücü süreler, her maddede, her olayda farklı farklı düzenlenmiştir. Bizzat Türk Medeni Kanununun 3 üncü maddesi sonradan malik olan herkesin süreye tabi olmaksızın bu davayı açabileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle ben de muhalefet şerhinde buluyorum. Saygılar sunarım.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet, teşekkür ederim. İsmail Hocam siz el kaldırmıştınız.

Doç. Dr. İsmail ATAMULU:

Hocam teşekkür ediyorum. Öncelikle ben somut kanun hükümlerinden gitmek istiyorum. Burada riskli yapı tespiti yapıldıktan sonra 90 günlük bir süre içerisinde maliklerin burayı boşaltması ve yıkılmasından bahsediliyor. Ama bunun akabinde ne olacağına dair bu maliklerin durumlarının nasıl düzenleneceğine dair bir belirleme yok. Yıkımın gerçekleştirileceği, gerekirse belediye marifetiyle, kolluk marifetiyle, buna yer verilmiş. Daha sonra kira yardımı, gerekirse konut yardımı, yapım işi için yardımların yapılacağı düzenlenmiş ama henüz bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yok. Çünkü yetkiyi oraya vermiş, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılacak denilmiş. Ama somutlaşmış bir şey yok. Bence sıkıntılı noktalardan bir tanesi şu. Hiç şüphesiz yapılan yeni yapının değeri eski yapıdan daha fazla olacaktır. Ve böyle bir durumda eğer ödeme yapılması gerekiyorsa mülkiyetin ödeme bitene kadar malike geçmeyeceğine dair bir düzenleme var. Bu sıkıntılı bir hüküm kanaatimce. Çünkü mülkiyet malike geçmeyecek. Önceden kötü de olsa bir evim vardı. Bunun üzerinde başkaları lehine sınırlı aynı hak tesis edebiliyordum. Örneğin; kredi çekerken ipotek tesis edebiliyordum. Ama bu durumda ben borcumu ödeyene kadar üzerinde

herhangi bir sınırlı ayni hak tesis edip oradan istifade edemeyeceğim. Yani sadece dolaylı bir sükna hakkına sahip olmuş olacağım, oturma hakkına sahip olacağım. Bu da mülkiyet hakkı ile bağdaşmıyor kanaatimce. Elimdeki yapı alınmış, yenisi verilmiş ama mülkiyeti bana geçmemiş. O sebeple sorun olabilir. Bu değerleme raporunun alınarak somutlaştırılması konuşuluyordu önceki kanun zamanında. Ama değerleme raporu alınması şartı da kaldırıldı, yeni düzenlemeyle birlikte. Özellikle yıkılan taşınmazın ve yerine yapılanın değeri arasındaki farkın somutlaştırılması bakımından bu rapor önemliydi. Ama tahminen süreci uzatacağı kanaatiyle bu raporun alınması şartı da kaldırıldı. En azından böyle bir belirleme yapılıp da hangi daireye neresi düşecek şeklinde somut hesaplamalarla bir şey yapılsa öncesinde, daha isabetli olacağı kanaatindeyim. Teşekkür ediyorum Başkanım.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sağ olun. Başkanım Kanun ölçeğinde mesela uygulamadan kaynaklanan şurası ifade etmiyor, burayı düzeltelim şeklinde bir öneriniz olursa onu da yansıya yansıtalım. Hem de elimizde somut bir teklif olur diye düşünüyorum. Buyurunuz Başkanım.

Ali KÖŞÜM:

Emrehan Hocamın az önce bahsettiği konularda genelde uyuşmazlık çıkıyor. Biz işin esasına bakmadık bugün kadar ama genelde tedbir talepleriyle gelen dosyalardan gördüğümüz kadarıyla yüklenici ile anlaşan kişiler 2/3 veya şimdi salt çoğunluğunun içerisinde kalan kişiler açısından genelde sorun olmuyor. Ama yüklenicinin, Emrehan Hocamın dediği gibi, deniz gören bir daireyi bodruma taşıdığı kişiler açısından sorun çıkıyor. Orada da eğer payları satış yoluyla satılmışsa bu durumda da sözleşmeye dâhil olmamış oluyor. Sözleşmeye dâhil olmayınca mülkiyet hakkını en fazla tazminat yoluyla ileri sürebilir, mülkiyet hakkının karşılığını diye bir görüş bildirmek istiyorum. Onun dışında uyarlama talepleri de geliyor. Ancak sözleşmeye dâhil olmayacağı için o uyarlama taleplerini yapıp yapmayacağı da bir ayrı soru işareti diye düşünüyorum. Saygılar.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Şimdi bu yeni yasal düzenleme, daha doğrusu değişiklikle getirilen rezerv alan kavramı ve rezerv alan ilanının nasıl olacağı, ne olacağı bana biraz keyfi geliyor açıkçası. Burada ciddi bir keyfilik var. Kesinlikle katılıyorum, Ülkemiz bir deprem ülkesi. Tabii ki önlem almamız gerekiyor. Bunlara yüzde yüz katılıyorum. Ama çok ciddi de bir keyfilik olacağından yana ciddi korkum var benim. Bunun bir kere altını çizmek istiyorum. İkincisi salt çoğunluğa çevrilmiş olması bir anlamda mülkiyet hakkı tabii ki ihlal edilecek. Yani bunun amacı zaten mülkiyet sınırlaması. Doğru ama salt çoğunluğa çevrilmiş olması bence çok ağır bir mülkiyet sınırlaması getiriyor. Bu da özellikle belli bölgeler bakımından hele de İstanbul'un belli bölgeleri bakımından büyük sıkıntı yaratacakmış gibi duruyor. Çünkü burada katılmayan kişiler mallarını

devretmek durumunda kalıyorlar ve bunu arsa üzerinden devrediyorlar. Dolayısıyla taşınmazın gerçek değeri mi, nasıl değerlendirilecek, ne olacak çok sıkıntılar yaratacağını düşünüyorum, bunun açıkçası gelecekte. Ve kişilerin gerçekten mülkiyet haklarını kaybetmeleriyle sonuçlanacak. Bir önemli sorun da burada, eğer ki imar yasaları gereği kat çıkılması mümkün değilse ki buralar zaten riskli alan olduğu için kat çıkılması mümkün olmayacak büyük olasılıkla. Burada yüklenici de bir şey kazanacak kuşkusuz ki. Dolayısıyla kişilerin buna ciddi bir parasal katkıda bulunması gerekecek. Katkıda bulunmayanlar bakımından alınmış herhangi bir önlem yok. Bu kişilere özel krediler, özel yapılandırmalar, özel şeyler. Yani ben evimi kaybediyorum ama çok ciddi bir para verip evet yeni bir ev kazanacağım. Ama benim bu parayı verecek gücüm yoksa ne yapacağım? Taşınmazımı yok yere sadece bir bedel alacağım. Bu bedel benim taşınmazımı karşılamayacak bile ve o bedelle ben kendime bir ev alamayacağım. Böyle büyük bir sıkıntı olduğunu görüyorum burada. Yani evet, yasanın amacı çok güzel ama altyapısı hazırlanmadan çıkarılmış bir yasa. Kişilere mutlaka özel destekler, özel kredi imkânlarının sağlanması gerektiğini düşünüyorum ve bu rezerv alan konusuna tekrar bir dikkat çekmek istiyorum. Teşekkürler.

Prof. Dr. Emrehan İNAL:

Yani rezerv alan konusunda bir de keza o alanda kalıp da riskli olmadığı halde, bu muhtemelen Anayasa Mahkemesinden dönecektir diye düşünüyorum. O yüzden fazla bir kaygı duymuyorum Hocam. Sayın Başkanımın dediği hususta buna şöyle bir çözüm bulabilmek mümkün. Şimdi Kanun bana demiş ki; Kat Mülkiyeti Kanunu, ben bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyeti bağımsız bir mülkiyet olarak kabul ediyorum ve bağımsız bölüm üzerindeki mülkiyet bağımsız bir mülkiyet hakkıdır, hiçbir suretle sonuçlandırılamaz, senin de oy birliğine katılman olmadığı müddetçe demiş idi. Şimdi 6306 sayılı Kanunla diyoruz ki eğer riskli ise kamu düzeni sebebiyle salt çoğunluk bu yönde karar verebilir. Ama eğer benim mülkiyet hakkımı ihlal ediyorsa bu karar, o zaman bu karar geçersiz olarak kabul edilir. Hukuka aykırı, işte Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesinden Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mülkiyet hakkını ihlal eden bir karar, velev ki 6306 sayılı Kanun, velev ki deprem, velev ki kutsal yaşam hakkı gerekçesiyle bile olsa mülkiyet hakkını ihlal ediyorsa yani sizin mülkiyet hakkınız benim aleyhime veya tam tersi bozuluyorsa, mülkiyet hakkını ihlal ediyordur. Geçersizdir. Dolayısıyla bu geçersiz karara istinaden yapılan her işlem de geçersizdir. Dolayısıyla satılsa bile esasında mülkiyet hakkını kaybetmiş olmamam lazım. Satılsa bile tapuda diğer paydaşlara devir yapılsa bile yolsuz tescil kabul edilmesi gerekir. Çünkü sebep, o tescilin dayanağı o satışın, dolayısıyla o satış sonrasındaki tescilin dayanağını teşkil eden karar geçersizse mülkiyeti hakkının ihlali sebebiyle, takip eden bütün işlemler de geçersizdir. Tapudaki tescil yolsuzdur. Ben hala mülkiyet hakkına sahibim. Dolayısıyla tazminat hakkına dönüşmemesi gerekir. Dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlaline de yol açılmamış olur diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Buyurun Başkanım.

Ali KÖŞÜM:

Bir cümle söyleyeceğim. Hocamın dediği gibi eğer dayanak olan karar geçersizse aynen katılıyorum, benim söylediklerim geçerli olması hali için.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Mehmet Hocam bir söz istedi.

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL:

Bir sorum var benim. Diyelim ki kat mülkiyeti konusu olan ana yapının çatısı yok oldu, uçurdu, götürdü. Orada bağımsız bölüm malikleri bu çatının yapılmasına katılmayacak mı? Katılacak. Eşyaya bağlı borç diyoruz biz buna. Yıkılmış, harap olmuş bir binanın yeniden yapılmasına niye katılmasın. Aynı mantıkla devam edersek. Değil mi? Harap olmuş, bitmiş ve üzerinde demin söylediğim gibi bir istisnai hüküm koysak, desek ki bu şekilde harap olmuş olan binalar kat mülkiyeti konusu olmaktan çıkarılamaz diye bir hüküm koyarsak o zaman bütün bağımsız bölüm malikleri için o binayı yeni baştan yapma yükümlülüğü doğar. En basitinden en ağırına doğru bir mantık geliştirecek olursak. Onun için çok uzatmadan, efendim mülkiyet hakkı ihlal ediliyor mu edilmiyor mu diye herhangi bir düşünceye yer olmadığı kanaatini taşıyorum bu durumda. Onun için yeniden yapılmasında hepsi, paydaşlar pay sahibi olacaklar. Ayrıca kat mülkiyeti biliyorsunuz kompleks bir mülkiyet hakkı. Ana gayrimenkuldeki paya bağlı olan bağımsız bölüm mülkiyeti söz konusu burada. Dolayısıyla buradaki mülkiyet hakkı bizim bildiğimiz müstakil bir arazi, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı gibi değil. Birbirine bağlı olan bir mülkiyet hakkı. Onun için benim şahsi kanaatime göre işleri çok fazla bulandırmadan böyle basit formüllerle konuyu çözmek çok daha uygun olur, çok daha pratik olur diye düşünüyorum. Peki, teşekkür ederim. Sağ olun.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sağ olun Hocam. İlker Hocam konuşacak herhalde. Buyurunuz.

Doç. Dr. İlker ÖZTAŞ:

İlker Öztaş, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesiyim. Hocam şöyle düşünürsek yanlış olmaz diye düşünüyorum. Şimdi Kanunun aramış olduğu çoğunluk oluştuğunda aslında topluluk adına bir karar alınmış oluyor. Ve bu karara katılmayanlar da bu

kararla bağlı hale geliyorlar ilk olarak. Fakat onların mülkiyet hakkı ihlal edildiği için yapılan sözleşmeyi toptan kesin hükümsüz saymak değil de kısmi hükümsüz sayıp, sözleşmedeki boşluğu doldurma yetkisini hâkime tanımak daha doğru olur. Böylelikle hem sil baştan işlem yapılmamış olur, hem de hâkim müdahalesi ile adil bir dağılım da mülkiyet hakkının ihlalini giderici bir sözleşme de yapılmış olur diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederiz. Bir de Noter Bey söz alsın.

Tural ERDEN:
(Üsküdar 10. Noteri)

Uygulamada eksiklik gördüğüm hususlarda kısa beyanlarda bulunmaya çalışacağım. Mesela 6306 sayılı Yasada bize yansıyan şey maliklere yapılacak tebligatlarda kişinin Türkiye'de MERNİS'te hiçbir adres kaydı yok veya yurt dışı adresi var. Tebligat yapılıyor, kişi gelmiyor, bu çok büyük şeylere yol açıyor. Yani kat malikleri arasındaki komşuluk ilişkisinin de bozulmasına yol açıyor, bu sosyal dokuyu da bozuyor. Şimdi son bir yasa değişikliği oldu, bu günlük ev kiralama ile ilgili, Airbnb ile ilgili. Bana şimdi bununla ilgili, çok sıcak bir konu, işlem talebiyle gelindi. Bu toplantı sebebiyle pazartesiye randevu verdim. Paylı mülkiyet ya da el birliği mülkiyete tabi taşınmazlarda maliklerden birisi taşınmazı bu günlük kiralamada kullanacaksa Kültür ve Turizm Bakanlığına bununla ilgili başvuru yapması gerekiyor. Eğer, bir hisseli durum varsa hisse sahiplerinin de buna ilişkin olarak bir noterden beyanda bulunması ve kiraya verenin o taşınmazla ilgili Bakanlığa karşı bir nevi taşınmazın temsilcisi olarak sorumlu olacağına dair bir beyan isteniyor. Ve bu bence güzel bir şey. İleride doğacak hukuki problemleri izale etmeye yönelik olarak, benzer şekilde bence 6306 sayılı Yasada kişilerin mutlaka bir adres beyanında bulunması, özellikle yurt dışında yaşayanların kendilerinin Yasaya bir küçük ekleme, yani bir ilave yapılarak yerleşim adresi yurt dışında olanların Türkiye'de 6306 sayılı Yasa ya da Kat Mülkiyeti Kanuna ilişkin konularda bir vekil temsilci tayin etmesi, bunun tapu kütüğüne de şerh edilmesi birçok problemi aşacaktır. Çok basit bir yasal düzenlemeyle. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Başka söz almak isteyen var mı? İsmail Hocam buyurun.

Doç. Dr. İsmail ATAMULU:

Emrehan Hocam şunu merak ettim ben. İlker Hocam da katıldılar görüşünüze ama özellikle bu sözleşmenin bu karara katılmayanlardan biri bakımdan ya da birkaçı bakımından kesin hükümsüz sayılması halinde, meydana gelecek boşluğun hâkim tarafından doldurulması. Hâkim bu

doldurmayı nasıl yapacak acaba onu merak ediyorum? 6306'ya göre yapmayacak mı? Yani yine bunun uygulanması sağlanmayacak mı? Yoksa biz bir malik tarafından kesin hükümsüz sayarsak sözleşmeyi, o zaman bu rezerv alanındaki yapı yıkılamayacak bir. Yıkıldıktan sonra yenisi yapılamayacak iki. Çünkü aradaki bir daireyi çekip de tamam senin bakımından kesin hükümsüz, alta destek koyalım, diğer dairelerin hepsini yıkalım, seninki burada kalsın, binayı yan tarafına yaparız şeklinde bir yöntem mi tercih edecek? Kesin hükümsüz olduğunda biz bu 6306'yı nasıl uygulayacağız?

Prof. Dr. Emrehan İNAL:

Şimdi ne dedik? Sadece diyelim ki yeni binadaki paylaşımda bir hükümsüzlük var. Çünkü ne yapmış, alınan karar, riskli yapı tespitinde bulunulmuş, kat malikleri oturmuş, demişler ki biz senin dükkânını artık istemiyoruz, senin dükkânını alacağız, yeni yapılacak binada sana konut vereceğiz. Şimdi bu benim mülkiyet hakkımı ihlal ediyor mu? Ediyor. Ben de diyorum ki bu geçersiz. O zaman hâkim de diyecek ki; arkadaş bu geçersiz, bu davacının yeni binada da bağımsız bölümü iş yeri niteliğinde olacaktır, bu bir. İki, alınan karar benim deniz manzaralı dairemi bodrum kata mı indirdi? Hâkim diyecek ki; arkadaş bu davacıya sen bu paylaşım planında bodrum katı vermeyeceksin, 9 nolu daireyi vereceksin diyecek. Yani o kadar da zor görünmüyor benim gözüme, hâkimin bu boşluğu doldurması. Veya işte ön cephedeki dairem alınmış arka cepheye verilmiş. Ufak tefek farklılıklar varsa onlar zaten denkleştirme ile giderilebilir. Mehmet Ünal Hocamın belirttiği, bunun çok daha pratik bir şekilde çözümlenebileceği fikrine ben de katılıyorum.

Doç. Dr. İsmail ATAMULU:

Hocam özellikle benim anladığım çoğu zaman, buradaki salt çoğunluk sağlanırken bu kişinin rızası var. Yani kentsel dönüşüme girmesine rızası var, anladığım o. Daha sonraki paylaşımda rızası yok. Çünkü ilk başta da kentsel dönüşüme dâhil olması noktasında da rıza göstermedi dersek biz bu vatandaşın bu Kanunun uygulamasına engel olması yolunu açarız.

Prof. Dr. Emrehan İNAL:

Hocam şöyle, aşamaları adım adım gidelim, riskli yapı tespitini herhangi bir kimse dahi aldırabiliyor, burası da problemli ama. Uygulamada maalesef sizin haberiniz yokken sizin de paydaşı olduğunuz ortak alanlara müdahale ediliyor. Hiç haberiniz yok. Bir gün eve geliyorsunuz, birisi sizin de paylı mülkiyetinizde olan kolondan karot alıyor görüyorsunuz. E kimsin sen? Riskli yapı tespiti talebinde bulunuldu, ben bu tespiti yapmaya geldim diye. Riskli yapı tespiti yapıldıktan sonra alınacak kararda %51 yeterli. Sizin katılmanıza gerek yok. Ama sizin katılmadığınız bu karar sizin mülkiyet hakkınızı ihlal ediyorsa ki ediyor. Ediyorsa bir engelleme yok ki. Siz, ey %51 öyle bir karar alın ki benim mülkiyet hakkımı ihlal etmeden alın. Ben katılmasam da mecbur kalayım buna uymaya. Sen %51 kararı al, ama bu

kararla benim mülkiyet hakkımı ihlal etme. İşte bu konudaki uyuşmazlık; Şişli'de binada benim %25 payım var, o payımın bugünkü değeri diyelim ki 10 milyon lira. Şimdi öyle bir karar alıyor ki %75'e hisse, yeni yapılacak bina, bu arada Şişli'de yeni yapılacak bina gökdelen olacak, şimdi öyle bir karar alıyorlar ki yeni yapılacak binadaki arsa payının %97'sini müteahhide veriyor. Çünkü müteahhit de o %75'in içinde. %97'sini müteahhide veren bir karar alıyor. Bana da diyorlar ki; senin mülkiyet hakkını ihlal etmiyoruz, senin %25'lik hissenin dairenin fiyatı ne kadar? 10 milyon lira. Biz yeni yapılacak binada, gökdelende sana 10 milyon lira değerinde -3 bodrumda 16 metrekare bir dükkân vereceğiz. Ne oluyor? Yeni yapılacak binada benim arsa payım o binanın değerine orantılı olacak ya, bağımsız bölümün değeri ile orantılı olacak, bana 10 milyon lira değerinde, benim şu andaki bağımsız bölümün değeriyle eşit değere sahip verdikleri yerin, o bağımsız bölümün binanın bütününe oranı binde 75. %1 bile değil. Yani benim %25 hissemi %1'in altına indiriyor bu karar. Şimdi %51'e katılmayım deyip kentsel dönüşüm sürecini baltalayan ben mi oluyorum? Dolayısıyla %51 veya 2/3 neyse istediği kararı alsın, benim içime sinsin veya sinmesin ama benim mülkiyet hakkımı ihlal etmesin. Benim mülkiyet hakkımı ihlal etmediği müddetçe istedikleri kararı alsın. Ben ona katılmazsam satılsın benim payım. Satılsın. Ben de mülkiyet hakkımı kaybedeyim, paramı alayım. Ama mülkiyet hakkımı ihlal ediyorsa bu geçersizdir. Geçersizlik de bu surette doldurulabilir.

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA:

Hocam yine belki bir soru gibi olmuş olacak ama burada hani sözleşmede boşluk oldu, kısmi geçersizlik oldu, hâkim de belirledi, bu kararın kesinleşme süreci taşınmaz davaları, artık ben diyeyim 5 yıl, siz deyin 10 yıl. Ne kadar sürecek bu süreç? Süreç içerisinde ne olacakla ilgili. Bunları sadece benim kanaatim olarak söylüyorum. Sadece bunu yargı yorumlasın, bu arada da ne olsun değil, bence iyi kanun koyucu bunları düşünür ve bu süreçler içerisinde ne olacağına ilişkin önlemi alır. Tabii bu bizim kurulumuzda değil, önemli bir konu olduğu için de mülkiyet hakkını ihlal ettiği için. Buna ilişkin Kanunda değişiklik ihtiyacı var gibi görünüyor bana. Üstelik de bu 4'te 3'tü sanıyorum, sonra onu yarıya indirerek çoğunluk sağlanabilsin diye alınırken, tabii yarısına sahip olan ve kötüniyetli kişilerin söylediğiniz gibi mülkiyet hakkını ihlal etmesi durumunda, davanın sonucu gerçekleşene kadar o kişinin hakkını kazanabilmesini sağlayacak bir mekanizma olmadan nasıl olacak o iş? Yani ya bir teminat mekanizması düşünülebilir ya bu oran tekrar artırılabilir gibi konularda düşünmek gerekir diye naçizane düşünüyorum. Bilmiyorum katılır mısınız? Çok uzatmamak adına söylemek istedim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Şimdi ben de söyleyecektim. Çiğdem Hoca da konuyu açtı. Şimdi kentsel dönüşüm aşamasında aslında kamunun, görevlerini bir açıdan değil bütün açılardan yerine getirmesi gerekiyordu. Mesela ben bunu çok dile getirdim. Belediye başkanlarıyla da konuştum. Bizzat gittim, randevu alıp. Bu parsel bazında yapılan kentsel dönüşümler şehirleri mahvetti. Parsel bazında yapıyorsun, yaptırıyorsun, adamın hiçbir kazancı olmuyor, dışarı çıkıyor, geri

geliyor, otoparkı yine kullanışsız, dönemiyorsun, giremiyorsun. Dedik ki ada bazında kentsel dönüşüm yaptırın. Mevzuata uygun. Ada çok büyükse yarımada veya en az 3 bin 5 bin metrekarelik bir standart koyun. Çekme mesafelerini artırın, yoldan çekme mesafelerini. Biraz emsali artırın. Adam da heveslensin bunu yaptırmak için, inşaat yoğunluğunu artırın. Yani malik bu işe niye girsin o zaman? Herkesin keyfi yerinde. Çok büyük bir sorun, otopark sorunu, otoparksız şehirlerde yaşıyoruz. Şehirlerin merkezleri ölüyor. Bir ailede 2 veya 3 araba olmaya başladı. İnsanlar 40 kilometre ileriye gidip apartman dairelerinde yaşıyorlar. Sırf otopark endişesi sebebiyle. Böyle çok acayip bir dönüşüm meydana geliyor. Tabii bu sırada sermaye el değiştiriyor. Yani o kadar çok etkileri var ki, basit bazı kamusal müdahalelerle, mesela demin ifade ettiğim gibi, ada bazında veya en az 5 bin metrekarede yapılması gibi, çek mesela çekme mesafelerini geri getir. Sosyal donatıyı sağla. İçeride adamın otoparkı, çocuk alanı olsun. Biraz da yükseklik ver canım. Adam 40 kilometre ileride 20 katlı binada yaşıyor da eğer zemin müsaitse, her şey müsaitse burada niye 4 katlı binada hâlâ yaşamak zorunda kalsın ve bu duruma razı olsun?

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL:

İmar Kanunu müsait buna.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Ama kimse risk almak istemiyor Hocam. Mesela Bağdat Caddesi'ndeki kentsel dönüşümlere falan baktım. Müteahhit de kazanacak. Sadece ana caddede bulunan kentsel dönüşümlerde alt kattaki ticari alanlar müteahhide verildiği için, yükleniciye verildiği için onlar yapılmış. Bir arka sokağa geçtiğiniz zaman felaket, işlemiyor. Ama şu bizim söylediğimiz çerçevede biraz inisiyatif alarak bunu yapmak mümkün. İşte yapmaya yapmaya geliyoruz, sonra bir noktada her şeyi yargı ile çözmeye çalışıyoruz.

Ali KÖŞÜM:

Değerli hocalarımın hâkimin müdahalesi olarak söz ettiği hususa bir açıklık getirmek istiyorum. 2/3 veya yeni Yasadaki 1/2 çoğunluğun dışında kalanlar eğer sözleşmeyi imzalamıyorsa verilen süre içerisinde, zaten satış yoluna gidiliyor. İdarece payları satılıyor. Payları satıldıktan sonra tekrar onların sözleşmeye müdahale edilmesini isteme hakları kalmıyor. Sözleşme ile bir alakaları kalmıyor çünkü. O zaman benim düşünceme göre ancak tazminat yoluyla bunu talep edebilecekler. Ama 1/2'nin dışında kaldı, verilen süre içerisinde hatta satış yapıldıktan sonra bile bir imkân tanınıyor, 15 gün zannedersem bir süre veriliyor. O süre içerisinde imzalanırsa satış geçersiz hale geliyor. Bu şekilde sözleşmeyi imzaladıkları zaman sözleşmeye yine dâhil oluyorlar azınlıkta kalmalarına rağmen. O zaman da hocalarımın dediği gibi o haklarını sonuna kadar kullanabileceklerini düşünüyorum. Teşekkür ediyorum.

Mustafa BEKTAŞ:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi Başkanı)

Kentsel dönüşüm 6306 sayılı Yasa çıktığında Göztepe bölgesinde, kentsel dönüşüm operasyonunda dava olarak önümüze geldi. Kat malikleri ve site malikleri tarafından. İptal davası yani alınan kararın iptali davası şeklinde geldi. İhtiyati tedbir şeklinde talepler oldu. İhtiyati tedbiri hiçbir zaman vermedik. Çünkü burada can önceliklidir mal daha sonradır. Evin boşaltılması, elektriğinin kesilmesi, doğalgazın, suyun kesilmesi, o haliyle bırakılması, eğer keşif yapılacaksa keşfi yaparız. Benim edindiğim tecrübe 6306 sayılı Yasada 2/3 çoğunluk yeterliydi. 1/3'te kalanların hiçbir kanuni hakları falan yok. Bunu şöyle söylüyorum. Yani mahkemeye dava açsa alabileceği hiçbir şey yok. Yapmaları gereken, bir kişi bu üçte bir azınlığa kaldı, sadece 100 bin lira bir para alabildi. Yani Bağdat Caddesi'nde Ayşe Teyze 2. katta falan oturuyor, arka tarafta mimar… Sorun zaten mimari projeden kaynaklanıyor. Site yönetimine bu işleri, sözleşmeyi yapma, teknik ekibi müteahhidi falan bulma yetkisi veriliyor. Sınırsız yetkiye istinaden site yöneticisi falan da arka tarafta bir yerde oturuyor. Yeni mimari projede müteahhitle kafa kafaya veriyorlar. En güzel Bağdat Caddesi'ne bakan 3. katta falan kendine… Fakat Bizim Ayşe Teyze arka tarafta 5. katta. Çünkü zaten 82 yaşında ve dava olarak mahkemelere geliyorlar bunlar. Ben dedim ki bu Yasada dedim şu olabilir. Mümkün mertebe yani mimari proje yeniden yapılırken kat maliklerinin veyahut da site maliklerinin bulundukları kat, cephesi, büyüklüğü, küçüklüğü, yönü dikkate alınsın. Yani cephesi arka tarafa değil de ön tarafa bakıyorsa ön tarafa. Büyüklüğü 80 metrekare ise atıyorum 77. Çünkü tabanda falan bir düşüm oluyor. Yeni projede 100 metre ise 82 metreye falan düşüyor. Ve daha yukarılara falan çıkıyor. Ben Kentsel Dönüşüm Yasasında en işlek maddesi 15 inci madde, yani belli başlı düzeltmeler yapılırsa Kanunda fıstık gibi yürüyeceğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Çok isabetli Başkanım, gerçekten de benim uygulamada görüştüğüm kişilerle vardığım sonuç, öncelikle yüklenicilerden ve yöneticilerden kaynaklanan sorunlar var. Yani bir anda başka bir pazar kuruluyor tabiri caizse ve ne sağlıklı yönetici bulmak mümkün oluyor, ne sağlıklı yüklenici bulmak mümkün oluyor. Dolayısıyla hatta bizim yaptığımız projede bunun belli bir ölçekte kamu tarafından yönetilmesi gerektiğini de söylemiştik. Çünkü bu menfaat içtihadının dağıtılmasının bunlara bırakılması mümkün değil. Bu haliyle çıkması mümkün değil diye herkes tarafından kabul ediliyor. Efendim sayın heyete çok teşekkür ediyorum. Şimdi ara veriyoruz.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet, nasıl, katılımımız yüksek. Birkaç eksiğimiz var. Onlar da tamamlanır inşallah. 3 numaralı konudayız. Yargıtay'ın avans tapu uygulaması ve arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinde yaşanan sorunlar ve çözüm önerileri. Çok önemli bir konu. Evet, heyecanlıyız bu konuyu

konuşacağımız için. Hocalar da onu söylüyorlardı şimdi. Önce Sayın Yargıtay Üyemizden başlayalım. Buyurunuz efendim.

Mehmet ÖZDEMİR:
(Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi)

Hocamın da belirttiği üzere gerçekten avans tapu uygulaması Türkiye'de hangi açıdan bakarsanız bakın, arsa sahibi açısından, yüklenici açısından ya da yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişiler açısından çok önemli bir sorun olmaya devam ediyor. Bu sorunda herkesin kendine göre haklı olduğu taraflar da var. Mağdur olan taraflar da var. Karşılıklı bir hak ve adalet dengesini sağlamak oldukça zor. Ben konuya girişte önce Dairemizin genel uygulaması nedir, o konuya çok kısaca, zaten biliniyor ama kısaca bir özetleyeceğim. Ancak şunu belirteyim ki Dairede bu konuda farklı, ben de dâhil farklı görüşler de var. Yani Dairenin çoğunluk görüşünün aksine görüşler de var. Belki bilgi bakımından şunu söyleyebilirim. Yargıtay dairelerinde, bizim Daire de olmak üzere benzer uygulamalar, 11. Hukuk Dairesinde de var. İlkesel bir konuya ilişkin Daire içinde farklı görüşler olduğu takdirde üye sayıları arttı malum. 11, 12, bizim Dairede 13 üye var. Daire Büyük Genel Kurulu şeklinde toplanıyor. Burada arkadaşlar herkes görüşlerini, düşüncelerini ifade ediyor. Çoğunluk hangi yönde oluşmuşsa aynı dairede çok farklı kararlar çıkmasın diye farklı görüşte olanlar her bir dosyada azınlık durumunda kalıyor ve karşı oy yazıyor. Aksi takdirde diyelim ki dairede 13 kişiden 7 kişi farklı görüşte, 6 kişi farklı görüşte. Ama herhangi bir müzakerede muhalif görüşte olan 3 kişi bir araya geldiğinde Daire kararı değişecek. Tabii kararlarda istikrar sağlanması bakımından da bu durumda hemen üçüncü muhalif kişi heyetten çıkıyor, yerine çoğunluk görüşünde olan bir kişi katılmak suretiyle Daire kararı oluşmuş durumda. Onun için bu konuda bunu şunun için söylüyorum. Dairemiz de aşağı yukarı bıçak sırtına geldi, yani bu görüş değişikliği konusunda. Ben çözümler kısmına kısmen değineceğim. Bilindiği üzere Yargıtay Kanununun 15 inci maddesinde farklı Daireler arasında veya Genel Kurul arasında içtihat farklı olduğu takdirde bu içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilebileceği gibi, bir Daire eğer yerleşik görüşünden dönmek isterse Birinci Başkanlığa başvurmak suretiyle Daire de içtihatların birleştirilmesini talep edebiliyor. Yani böyle bir yol, böyle bir yöntem Yargıtay Kanununda var.

Dairemizin genel uygulaması şu şekilde; yani çoğunluk görüşü diyelim, daha doğrusu yerleşik görüşü, herkesçe bilinen görüşü, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri veya diğer adıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karma nitelikli sözleşmeler. Eser sözleşmelerinde yüklenici bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi de o eserin bedelini ödemeyi üstlenir. Ancak bu tür sözleşmelerde bedel arsa olarak veriliyor. Bu nedenle karma nitelikli bir sözleşme olması dolayısıyla da Borçlar Kanunundaki eser sözleşmesinden mülkiyeti devir borcunun doğmuş olması nedeniyle Türk Medeni Kanununa girmiş oluyoruz. Yani Türk Medeni Kanunuyla Borçlar Kanununun kesişme noktasındayız.

Genel görüş şu; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi para borcuna, yani bedel diyelim, para demeyelim, bedele karşılık arsa vermekte ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılırken ya da sonraki bir

aşamada tapuyu yükleniciye devretmekte. Bunu tapuda satış olarak gösteriyorlar. Fakat Yargıtay, Dairemiz, bu satış olarak gösterilse dahi bu bir avans mahiyetindedir. Yüklenici bütün edimlerini yerine getirip eseri tamamladığı takdirde, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiği takdirde ancak bu bedele hak kazanabilir. Aksi takdirde bu yolsuz tescil durumunda. Yani bu bir illete bağlıdır, eserin yapılıp tamamlanması illetine bağlıdır, bir sebebe bağlıdır. Dolayısıyla eser yapılıp teslim edilmediği müddetçe bu illetten yoksun hale gelir. Görüşü bu. Dolayısıyla bu illetten yoksun kalma olayı sadece sözleşmenin tarafları açısından değil, üçüncü kişiler açısından da hüküm ifade eder. Çünkü tescil yolsuz tescil haline gelmiştir. Daire görüşü bu. Dairedeki farklı görüşün gerekçesi de şu; biz diyoruz ki burada artık biliyorsunuz kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bir diğer edim neydi? Mülkiyeti devir borcu. Mülkiyeti devir borcu bizim kanunlarımıza göre, Tapu Kanununun 26 ncı maddesi, sanırım Noterlik Kanununun 60 ıncı maddesi, Borçlar Kanununun 213 üncü maddesi, resmi şekilde yapılmadığı takdirde geçerli değil. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri noterde yapılabildiği gibi eğer mülkiyeti devredilmişse, normalde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin diyoruz, geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması gerekir. Çünkü mülkiyeti devir borcu doğuruyor. Ancak resmi şekilde yapılmış olmasa bile adi yazılı şekilde yapılmış olsa dahi eğer arsa sahibi yükleniciye bağımsız bölüm, daha doğrusu tapu devretmişse, arsa tapusunu devretmişse gerek hisse olarak gerekse tamamını devretmişse artık aranan resmi koşul gerçekleşmiştir. Dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesi gayri resmi yapıldığı için geçersiz olan kat karşılığı inşaat sözleşmesi geçerli hale gelmiştir.

Şimdi Dairede yüklenici ile arsa sahibi arasındaki uyuşmazlıklar bakımından farklı bir görüş yok. Burada asıl temel konu yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılıp sayılmayacağı konusuna odaklanıyor. Dairedeki farklı görüş, benim de dâhil olduğum görüşün temel dayanağı burada da yolsuz tescil kavramı kanuni bir tabirdir, kanuni bir terimdir. Ama avans tapu uygulaması, Kanunda yer alan bir tabir değildir. Mülkiyet devredilmiş oluyor. Borçlar Kanunundan kaynaklanan bir edimin tam olarak yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirilmesi tapudaki illiyeti üçüncü kişiler bakımından ortadan kaldırmaz, iyiniyetini ortadan kaldırmaz. Olumsuz örneklerden giderek konuyu açmak gerekirse, arsa sahibi tapuyu devrettikten sonra kötüniyetli yükleniciler, kısmen ona da geleceğiz, burada ben burayı yapıyorum diye bankadan kredi kullanıyor, üzerine ipotek tesis ettiriyor. Veya Türk Medeni Kanununun 893 üncü maddesi gereğince yapı alacaklısı ipoteği tesis ettiriyor taşeronlarına. Veya daha ortada hiçbir inşaat, imalat yokken bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devrederek satıyor. Başka başka kişilere, belki birden fazla kişiye de satıyor. Dolayısıyla burada bir arsa sahiplerinin mağduriyeti var. Diğer taraftan yükleniciden bağımsız bölüm alan üçüncü kişiler. Son dönemde çok sık rastlamaya başladık bunlara. Bunlar yapının önemli bir kısmı tamamlanmış. Farklı bloklar halinde yapılıyor. Atıyorum 1, 2, 3, 4, 5. blok bitmiş. 7, 8, 9, 10. blokların inşaatı devam ediyor veya başka bir mahalde. Gidiyor, bitmiş bir arsa var. Daha doğrusu bitmiş bir bağımsız bölüm var. Bu bağımsız bölümü görüyor. Banka gidiyor ekspertiz yapıyor. Buraya bir değer biçiyor. Ona göre ipotek kullanıyor, üzerine ipotek konuluyor. Belki 15 yıl, belki daha uzun sürelerle buraya kredi ödemek suretiyle satın alıyor. Ondan sonra arsa sahibi

bir dava açıyor. Diyor ki yüklenici bana karşı edimlerini yerine getirmedi, ben sözleşmeyi geriye etkili feshediyorum, daha önce yükleniciye avans olarak verdiğim tapuları da geri istiyorum.

Şimdi üçüncü kişiler açısından konuya baktığımızda ciddi bir mağduriyet var. 10-15 yıl borçlanıyorsunuz, bütün varlığınızı ortaya koyuyorsunuz, fakat sizden kaynaklanmayan bir nedenle elinizden tapunuz gidiyor. Bağımsız bölümünüz gidiyor. Yani birlikte ailenizle birlikte oturmayı düşündüğünüz bağımsız bölüm arsa sahibine geri dönüyor. Şimdi burada biz iyiniyetin şunun için esas alınması gerektiğini düşünüyoruz. Çok kısa süreli devirler olmuşsa, değerin çok altında satılmışsa, yüklenici irtifak kurmuş hemen bu tapuları devretmişse, yüklenicinin yakınıysa, çalışanıysa, yüklenici ile arsa sahibi arasındaki hukuki ilişkiyi biliyor veya bilebilecek durumdaysa, bu durumda iyiniyet korunmaz diyoruz. Biz üçüncü kişiler mutlak iyiniyetlidir kavramından hareket etmiyoruz karşı görüş olarak. Biz diyoruz ki, kanun hükümlerini ihmal etmeyelim. Kanunda yer alan kural iyiniyetin korunmasıdır. Bağımsız bölümü alan üçüncü kişilerin kötüniyetli olduğunun ispatı gerekir diyoruz. Daire çoğunluğu ise diyor ki bu avans tapudur, yolsuz tescildir, yolsuz tescilde iyiniyet araştırmasına girilmez deniliyor.

Şimdi bu konuda iki daire yavaş yavaş iki konuda bir istisna getirmeye başladı. Biri artık yerleşti ama diğeri henüz yerleşmedi. Bunlardan birisi, bağımsız bölüm cebri icra yoluyla satılmış ve cebri icradan satın almış ise üçüncü kişiler, cebri icrada taşınmazın tüm vasıfları sayılıyor. Üzerinde bir kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığına dair şerh yok. Tedbir yok. Sözleşme bulunduğuna ilişkin hiçbir bilgi yok. Mükellefiyetler listesinde hiçbir şey yok. İcradan ihaleye girmişsiniz, satın almışsınız, bu kişilerin iyiniyeti korunur diyoruz. Burada iyiniyete girilmiyorsa hiç girilmemesi lazım. Tabii çelişkisi söz konusu çoğunluk görüşünün.

Diğer istisna, arsa ise burası. Bu tür örnekler de var. Arsa olarak alıyor, arsa olarak tapuyu devrediyor, yükleniciye arsa olarak satıyor burayı. Siz üçüncü kişisiniz, kendinize ev yapmak için bir arsayı satın almak istiyorsunuz. Neye bakarsınız? Tapuya gidersiniz. Size satmak isteyen kişinin üzerinde mi mülkiyeti? Evet. Üzerinde tedbir, haciz, herhangi bir tahdidat, bir davalıdır şerhi, bir kat karşılığı inşaat sözleşmesi şerhi var mı? Yok. Tertemiz tapu. Arsayı alıyorsunuz, birkaç yıl sonra arsa sahibi, arsa birkaç kez el değiştiriyor. Ona ilişkin somut örnekler var. Arsa sahibi dava açıyor, ben bu arsayı yükleniciye inşaat yapması için vermiştim, dolayısıyla inşaatı da yapmadı, ben bu arsayı geri istiyorum. Değerli arkadaşlarım, bağımsız bölüm alan üçüncü kişilere şunu söyleyebilirsiniz. Sen eğer müteahhitten daire alırken, gidiyorsun 10. Kat, 30 nolu bağımsız bölümü alıyorsun örneğin. Gittin, daha su basmanı seviyesinde ya da yeni temel atılmış. Sen bunun ileride yapılıp bittiğinde müteahhidin buna hak kazanacağını bilebilirsin. Bunu araştırman gerekir. Araştırdığın takdirde bunu öğrenebilirsin diyebiliriz. Ama arsada ne diyeceğiz? Yani hiçbir inşaat ameliyesi yok. Ne kazı var, ne başka bir şey var. Normal arsa. Herhangi bir şahıstan alınan arsayla, yani o zaman, bir de müteahhitlik öyle bir şey ki bu müteahhitliği herkes yapıyor. Yani herhangi bir şirket diyelim. Gayrimenkul alım satımı da yapıyor olabilir, inşaat da yapıyor olabilir. Sırf bir şirketten almak ya da gerçek kişi olan müteahhitler var. Siz gidiyorsunuz Ahmet oğlu Mehmet'ten bir arsa satın alıyorsunuz, sonradan onun müteahhit olduğunu, o müteahhidin arsa sahibiyle bir adi yazılı şekilde kat karşılığı inşaat sözleşmesi olduğunu, bunun tapuya vesaire

şerh edilmediğini, edimlerin yerine getirilmediğini, dava açıldığı takdirde de bunun geri döneceğini düşünüyorsunuz. Yani olayın bir yönüyle arsa sahiplerini çoğunluk görüşü olarak koruyan yönü var. Fakat son dönemde Dairenin bu uygulamasından dolayı, hukuki bir tabir değil ama uyanık bazı arsa sahipleri ile yükleniciler anlaşmak suretiyle üçüncü kişileri, özellikle yurt dışında yaşayan üçüncü kişileri mağdur etmeye başladılar. Adi yazılı şekilde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıyorlar ki bu sözleşme her zaman düzenlenebilir. Tapuda devrediliyor. Yurt dışındaki kişilere bu, yurt içinde de olabilir sorun değil, bağımsız bölümler satılıyor. Daha sonra arsa sahibi masum, gariban, kandırılmış, rolünü üstleniyor. Çünkü müteahhit bu tapuları gayrimenkulün değeri inanılmaz arttığı için, arsa sahibi sattığı yerleri, daha doğrusu yüklenici geri alamayacağı için arsa sahibine dava açtırıyor. Arsa sahibi ile yüklenici normalde böyle bir uyuşmazlıkta hasım olması gerekirken, menfaatleri çatışması gerekirken, enteresan bir şekilde aynı elden çıkmış arsa sahibinin, arsa sahibi yükleniciyi koruyor. Yüklenici yapamadı, edemedi, inşaat maliyetleri arttı. Yüklenici arsa sahibini korur beyanlarda bulunuyor. Diyor ki arsa sahibi mağdur oldu, ben yapamadım, edemedim vesaire. Yani bu iş istismar edilmeye de başlandı. Dolayısıyla bu kanayan bir yara. Benim bu konuya ilişkin, çok uzatmak istemiyorum, söyleyeceğim çok şey var ama ana hatlarıyla tespitlerim bundan ibaret. Siz değerli katılımcıların, değerli hocalarımızın konuya ilişkin soruları olursa, o soruları cevaplandırmak için Hocam da fırsat verirse cevaplandırabilirim. Ayrıca da çözüm önerilerimizi de ne gibi bir çözüm olabilir, onu da işin sonunda, tartışmaların sonunda dile getirebilirim. Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet, teşekkür ederim Başkanım. İlk konuşmalarda uzunca bir süre veriyoruz fark ettiğiniz gibi. Konunun böyle tafsilatlı olarak derli toplu anlatılması için. Ama ondan sonraki konuşmalarda tabii bu kadar rahat olamayacağız. Çiğdem Hocanın bu konuda ayrıntılı çalışmaları vardı, önceden hatırlayabildiğim kadarıyla. Çiğdem Hocam bir söz istiyor. Lütfen buyurunuz Hocam.

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA:

Çok teşekkür ediyorum Sayın Hocam. Sanıyorum 90'lı yılların sonuna doğru Bankacılık Enstitüsünde bir tebliğ sunmuştum, sonra da yayımlandı bu. Bu, konunun tabii neredeyse tüm ayrıntılarıyla ele aldığım bir çalışmaydı. Üçüncü kişilerin bu durumunu o zaman da fark etmiştim. Kısaca yani mümkün olduğu kadar kısa olarak anlatmaya çalışayım.

Şimdi önce eşya hukuku sisteminden bahsedeyim. Eşya hukuku sistemi güven üzerine kurulmuştur ayni haklar sisteminde. Yani güven sisteminde eğer tapuya bir mal tescil edilmişse, o malı alan kişinin o tapunun üzerindeki şerhte, efendim tescilde, sınırlı ayni hakta, onu görebildiği ölçüde ancak onu kazanır. Aksi takdirde kazanmaz. Bu güven sistemi, ayni hakların belirli olması, yani ben tekrar ders vermek vesaire gibi istemiyorum ama sistemi

anlatmak istiyorum. Bu hep üçüncü kişilerin tapuya güven, güven derken 1023'ten bahsetmiyorum zaten, henüz oraya gelmedim, doğrudan doğruya güvenerek haklarını alabilsin diye kurulmuştur. Dolayısıyla mesela tapuya şarta bağlı olarak herhangi bir tescil yapamazsınız, bir iki istisnası var bağışlamadan rücu gibi. Ama onun belirlediği istisna dışında şarta bağlı satış yapamazsınız.

İkinci temel ilke, borçlar hukuku ve özel hukukun temel ilkesi, kişisel hakların yani şahsi hakların nispiliğidir. Yani iki kişi arasındaki borç sözleşmesi ifa edildi, edilmedi, para ödendi, ödenmedi, ayni hakları etkilemez. Dolayısıyla kişisel hakkın üçüncü kişilere ileri sürülememesi temel ilkesi vardır. Bu işte şerh ile gerçekleşir. O da yine istisnadır. Onun dışında belki Kanundan doğan bir eşyaya bağlı borç oluşturursunuz. Onun dışında kişisel hakları, üçüncü kişilerin ileri sürmesi mümkün değildir. Şimdi somut olayımızda bahsedilen konuda ki oraya doğrudan doğruya, malikin kendisine de gelmiyorum, malikin kendi payını sattığı durumlar var, gelirim ona da. İşte malik arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıyor. Sözleşme sonucunda da aslında Türkiye'de çok yaygın, başka ülkelerde eser sözleşmesi parasını vermesi lazım. Parasını vereceksin, eseri yapacaksın. Bizde ne yapıyor? Neden bunu bizde uyguluyor? İki taraf da para vermiyor, üçüncü kişiden alıyor bunu. Ne yapacak? Tapuyu verecek, arsayı müteahhit alacak, müteahhit üçüncü kişiye satacak. Öncesinde satacak ki parayı elde etsin. Elde ettiğinde inşaatı yapacak. Malik de kendisine düşeni bu arada satabiliyor. Oradan da elde ettiği ile yapacak. Sistemimiz böyle, yani hepimizin bildiği sistem bu. Bu sistem üzerinde ne öbürü zahmet ediyor bir kuruş harcıyor, ne beriki zahmet ediyor bir kuruş harcıyor. Paralar kimden geliyor? Vatandaştan geliyor, üçüncü kişilerden geliyor. Harika rantlar elde ediliyor, paralar kazanılıyor ama sonradan öyle bir sistem oluşuyor ki eşya hukuku sistemimizin tüm ilkeleri delinerek, o kişilerin yıllarca biriktirdikleri, temelden alıp ödedikleri veyahut da bir şekilde parasını ödediği şeylerden elde ettiği taşınmazlar gidiyor. Geriye onların eline sebepsiz zenginleşme ile üç kuruş ödediği paraları geri vermesi sistemine dönüşüyor. Bu harika bir sistem. Türkiye'ye özgü Türk hukuk sistemine özgü harika bir sistem. Bunun neden yanlış olduğunu ben size yine tekrar anlatayım. Şimdi tapu sicilinin böyle şarta bağlı olmaması var ya, şimdi siz neyi satıyorsunuz üçüncü kişilere diyor? Bunlar diyor üçüncü kişiler. Arsa payını satıyorsunuz. Malik de kendisine düşen o arsanın bir pay satmış oluyor. Yüklenici de bir pay satmış oluyor. Arsa payını sattığınız zaman iyiniyetli bir şey var mı kişinin kazanması için? Arsa payını bir kişiye sattığınız zaman Türk Medeni Kanununun 1023 üncü maddesine gitmemize gerek var mı? Yolsuz tescil nerede? Yolsuz tescil sonradan yargının kabul ettiği ile oluşuyor. Yolsuz tescil yok ortada. Ve medeni hukukun ilkesinde karşı tarafta, ortada yolsuz tescil yok daha dönmedi. Yolsuz tescil olursa Türk Medeni Kanununun 1023 üncü maddesi devreye girer. Daha yolsuz tescil yok. Daha şu anda, gidiyorsun tapuda, benim payım, ha sizin payınız. İster bunu sonradan yap, ister önceden yap.

Burada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi var. Ben buna girdim. Hatta diyelim ki arsadan sattı. O ileride kat olacak, onun beş misli para ödüyor ona, o aldığı arsa karşılığında. Karşı taraftan aldığı bedel de onun çok daha fazlası. Oraya da ayrıca değinmek lazım. Arsayı alıyor, bakıyor ki yok tamam diyor, güçlü bir konumdayım tapum var diyor. Ben tapumu, işte tapuyu da verdiler, işte ben bu arada paramı da ödedim, ister öbürüne ödedim ister buna. Bu

arada bir şeyler oluyor. Ne oluyor? Yüklenici bitirmiyor. Kiminle kim arasında sözleşme var payı karşılığı, kişisel hak, efendim malikle yüklenici arasında var. Malik diyor, oradaki dönmelerin sınırlanması gerekir kısmını çözümlerde ileri sürerim. Mal teslim edilişini ise sözleşmeden dönülmeyeceğini düzenleyen borçlar hukukunda bir sürü hüküm var. Bunu kıyasen de uygulayabilirdik. Buraya da koyabiliriz. O kısma da ayrıca. Diyelim ki sözleşmeden döndü. Ama sözleşmeden döndüğü zaman bizim sözleşmeden dönmede tasfiye sağlayan temel görüşümüz ne? Klasik görüş. Efendim, o da klasik görüşün sebebi de şu. Çünkü şey alıyorsunuz, siz zaten işte eşya hukukunun temel prensibi öyle olduğu için. Siz birisine malı devrettiyseniz, o onun mülkiyetine geçtiyse, nasıl sebepsiz zenginleşmede anlatıyoruz. Diyoruz bitti o. İyi niyetli sebepsiz zenginleşmenin iade borcu diyoruz işte artık zaten vesaire. Ama iş niye arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine gelince farklı, ne olduğunu bilmediğim bir dönme ile karşılaşıyoruz?

Doktrinde biz onu bulup bir ayni etkili dönme dedik ama ayni etkili dönme görüşü çok böyle, istisnai kabul edilmeyen bir şey. Üstelik Yargıtay'ın böyle ayni etkili dönme görüşünü kabul ettiği diye bir şey de yok zaten. Yani o yolsuz tescil ne zaman gerçekleşti? Döndüğü anda gerçekleşti. Şimdi bizim tapu sicili sisteminde yevmiye defterine kayıt anında iyiniyetliyse mülkiyeti kazanır. Sonradan aradan 10 yıl geçmiş, 30 yıl geçmiş, ondan sonraki yıl geçmiş. O zaman döndü, o zaman yolsuz tescil haline geldi. O zaman yolsuz tescil anına, zaten bir milyon yıl evvel kazanan o iyiniyet birdenbire gerisin geriye geri geldi. Sen bunu bilmiyordun, iyiniyetli değilsin, Türk Medeni Kanununun 1023 üncü maddesi uygulanmaya başlandı. Bilmiyorum ne kadar anlatabildim. Yani burada medeni hukukun temel ilkelerine gittiğimiz zaman böyle bir şey söz konusu olmaması gerekir. Yani yok. Ne istediğiniz kadar ayni etkili dönme görüşü deyin, o bile yok ya. Deseniz bile o çoktan iyiniyetli. Zaten edindiği anda yevmiye defterine girdiği anda, ha bir de iyiniyetin tanımında asla şöyle bir şey yok, iyiniyet tapu sicilindeki ayni hakkın varlığına ilişkindir. Yani ileride, efendim bu sözleşmede borcunu ödemez, ödememe ihtimali vardır, yahu ben de bunu bilmiyordum diye bir iyiniyet tanımı, siz bütün hocalarımız eşya hukukçusu. Bir tane böyle bir tanım yapılabilir mi Hocam? O zaman satım sözleşmesinde de yapalım. Çok emin olamadım, efendim bu ödemeyebilirdi, sen niçin iyiniyetlisindir diye bir tanım yapılabilir mi? Hocam kusura bakmayın biraz sesim şey yaptı. Böyle bir tanım da yok. Ya gerçekten yok. Tapudaki o ayni hakkın olmadığına güvenle ilgili bir meseledir, onun şüphe ile ilgili bilmesi gerekmesi ya da ayni hakkın varlığı ile ilgili değildir, şahsi haklarla ilgili, şahsi karşı tarafın borcunu ödemesiyle, ödememe gücüyle falan ilgili bir iyiniyet tanımımız da yok. Yani hiçbir medeni hukuk hocası böyle bir iyiniyet tanımı yapamaz. Bu açılardan bu içtihat isabetli değildir. O vakitten beri isabetli değildir. Yargıtay o somut olayda, o günün koşulları altında belki de birazcık iyiniyetle, Yargıtay'ın iyiniyetinden bahsediyorum, bir içtihat geliştirmiş ama bu eşya hukuku sistemini mahvetmişti. Fakat bu içtihat o kadar kuvvetli, o kadar yerinde, o kadar yerleşmiştir ki biz ölsek, yüz kere bunu anlatsak değiştiremeyiz. İşte sizin çabalarınız biraz biraz ama daha sizin o söylediklerinizin kırk tane daha fazla gerekçesi var. Daha oraya gelinemez, yani yüz kere anlatabilirim. Değişmedi.

Acaba burada ne yapılabilir? Şimdi sorun şu; kişisel hakkın üçüncü kişiye ileri sürülmesi. Kişisel hakkın üçüncü kişiye ileri sürülebilmesi için şerh

müesseseleri var. Belki o konuşulabilir. İşte efendim burada yükleniciye, arsa malikinin kendisini koruması için o şey üzerinde, mesela satım sözleşmesi yapıyor, Kanundan doğan ipotek hakkı var. Madem arsa malikini korumak istiyorsun, Kanundan doğan ipotek hakkını koysun. Sattığı kişiye, yükleniciye oradan Kanundan doğan ipotek hakkını. O da sistemde var. Ne ekleyeceğiz yani. Yani dolayısıyla o ipotek hakkını da koyacağı için üçüncü kişi der ki; ipotek hakkı varmış, bir dakika ben almayayım der. İster mi tabii koymayacak onu oraya. Aksi takdirde satamaz oradaki öğretmene vesaire. O yüzden bu tip mekanizmaları göz önünde bulundurarak ve Yargıtay'ın bu yerleşmiş içtihadını nasıl çözerizle ilgili, ben şey dönmenin de sınırlandırması gerektiğini düşünüyorum. O %90'lara varma vesaire ile ilgili o içtihatlara da karşıyım. Çünkü teslim yapmaz, tazminat borcuna dönüştürür. Niçin işte %90'ı yapılmış veya %70'i yapılmış bir inşaatta gerisin geriye, baştanbaşa hiçbir şey olmamış gibi geri döndü. Ben o kısma da karşıyım. Hatta yasaklanması gerektiğini düşünüyorum ama oralara gelemeyeceğim için korkumdan. Zamanla söylerim onları da. Var yani sistemimizde kıyasen uygulayın. Ayıpla ilgili bir madde de vardı, eğer şeyse dönme hakkını kullanamazsın diyordu, diğer seçimlik haklarını kullan. Teslim edilirse var, onu kıyasen uygulayın diye ben orada da yazmıştım. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Çiğdem Hocam. Israrlı bir şey var burada. O nedenle oradan devam edelim.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Teşekkür ederim Hasan Hocam. Şimdi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sanıyorum bir tek Türkiye'de olan bir sözleşme. Başka bir ülkede ben görmedim böyle bir sözleşme. Bizim yarattığımız bir sözleşme, bir isimsiz sözleşme atipik sözleşme. Sayın Üyem bunu vurguladı biraz önce bakın karma sözleşme dedi. Ama biz bu sözleşmenin hem borçlar hukuku hem eşya hukuku karakteri olduğunu sanıyorum dikkate alamıyoruz. Biz bunu borçlar hukuku kurallarını uygulayarak eşya hukuku kurallarını da tamamen çiğneyerek çözmeye çalışıyoruz ve mağduru koruyalım anlayışıyla çözmeye çalışıyoruz. Son yıllarda benim, pek çok farklı alanda sadece belki eşya hukuku değil bunu farklı alanlarda da görüyoruz. Anlayamadığım bir mağduru koruyalım, mağduru korurken de hukuk kurallarını hiçe sayalım yaklaşımını yargı benimsemeye başladı. Ben bir kere bu yaklaşımın mutlaka düzelmesi gerektiğini düşünüyorum.

Bizim derdimiz mağduru korumak değildir, bizim derdimiz, bakın çok güzel söylüyorsunuz, çok güzel söylüyorsunuz aynen. Çok ciddi katılıyorum ben size, bakın aynısını tekrar ediyorum. Burada biz mağduru koruyacağız derken kime göre, neye göre mağdur. Biz bunu eğer değerlendirmeye kalkarsak bunun sonu gelmez. Bizim kanunlarımız çok açık ve çok güzel. Gerçekten çok güzel. Hele de Türk Medeni Kanunumuzun eşya hukuku sistemi gerçekten güzel. Yeter ki uygulayalım arkadaşlar. Şimdi biz bir avans tapu diye bir şey yaratamayız, uyduramayız. Böyle bir şey olamaz. Bir kere

ayni hak karşı tarafa geçmişse artık geçmiştir bu ayni hak. Ben ayni hakkı, ne diyoruz işte, koşula bağlı yapamam, avans veremem. Avans olarak nasıl geçiririm ben ayni hakkı? Böyle bir şey olabilir mi hukukta? Burada önemli olan mevcut kuralları uygulamak. Bakın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iki farklı şekilde yapılabilir. Başlangıçta doğrudan doğruya taşınmaz satışı yoluyla yapılabilir veya taşınmaz satış vaadi yoluyla yapılabilir. Bunlar resmi şekle bağlıdır. Resmi şekilde yapılmıyorsa, ay o onu ifa etmiş, bu bunu yapmış, ben bu sözleşmeyi geçerli sayayım dediğim anda zaten işi yolundan çıkarıyorum. İkincisi ben burada o borcunu yerine getirmediyse tapuyu geri alayım dediğim anda eşya hukuku sistemini ortadan kaldırıyorum. Üçüncüsü tapu kütüğüne güven ülkemiz esas bizim. Ben birisine taşınmazı verdim. Bir elle yazılı uyduruk bir sözleşme de yaptım. Taşınmazı da teslim ettim. Fakat hala benim üzerimde gözüküyor. Gidiyorum üçüncü kişiye bu taşınmaz üzerinde ipotek hakkı tanıyorum. Şimdi diyor ki mahkemelerimiz; ey üçüncü kişi, sen bir araştırsaydın baksaydın o dairede kim oturuyor, bankaya basiretli banka ol diyor. Nasıl basiretli banka olsun, kapı kapı dolaşıp sen burada nasıl oturuyorsun, hangi hakla oturuyorsun diye mi soracak? Yani böyle bir şey olabilir mi? Tapu kütüğünde açık. O zaman ben ne yapıyorum? Tapu kütüğündeki benim kütüğe güvenimi, kütüğün herkes tarafından bilinir olduğuna ilişkin kesin karineyi çöpe atıyorum, sen kapı kapı dolaş diyorum. Böyle bir şey olabilir mi? Böyle bir uygulama olabilir mi?

Eğer biz mevcut kurallarımızı düzgün uygularsak hiçbir şeye gerek yok. Hasan Hocam son cümle. Şu olabilir, olmalı belki de. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile gerçekten hani ne olduğunu bilemediğimiz, işte deve midir civciv midir nedir bilemediğimiz bir sözleşmemiz var bizim. Bu sözleşmemizi keşke Kanunla doğru düzgün düzenleseydik. Çünkü bakın bu bir karma sözleşme, çifte tipli karma sözleşme. Ama bir ayağı borçlar hukuku, bir ayağı eşya hukuku. Biz Yargıtay'da her şeyi borçlar hukuku ile çözmeye çalışıyoruz. Bir de burada alacağın devirlerini çıkarıyoruz, alacağın devirlerine ayni haklar tanıyoruz, ayni sonuçlar tanıyoruz. Bunlar olmayacak şeyler, olamayacak şeyler. Yok %90 tamamlandı ise öyle, %50 tamamlandı ise böyle, görüş değiştirdim %95 yaptım. Bu olmaz. Ne olursunuz mevcut kurallarımızı uygulamak yeterlidir. Ama kurallarımızı uygulayalım. Kişiye göre değerlendirme yapmayalım. Ama arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini düzenlersek evet çok iyi olur.

Prof. Dr. Hakan AYRANCI:

Evet, teşekkür ederim Hocam. Doktrinden bir iki daha söz alayım. Buyurun. Ondan sonra uygulamaya geçelim.

Doç. Dr. Ayşe ARAT:

Teşekkür ederim Hocam. Ayşe Arat ben, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesinden. Tüm katılımcıları saygıyla selamlıyorum. Ben de hocalarım gibi düşünüyorum. Zaten avans tapu kavramı baştan hatalı bir kavram. Para borcu için kullanılan bir kelimenin ayni hakla ifade edilmesi gereken bir kuruma kullanılması hatalı. Aslında burada söylenilmek istenen şey, arsa payı

karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdünden dolayı, arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde, dönmenin sonuçlarının ne olacağı hususu. Dönme konusunda da işte doktrinimizde kabul edilmiş olan teoriler var. Klasik dönme teorisi, ayni dönme teorisi ve yeni dönme teorisi. Bu teorileri bile her birinde göz önünde bulundurduğumuzda görüyoruz ki aslında zaten belki ayni dönme görüşünde biraz farklı ama orada da Türk Medeni Kanununun 1023 üncü maddesinin zaten uygulanması kabul ediliyor, o görüşü savunanlar tarafından.

Diğer iki klasik dönme görüşünde ve yeni dönme görüşünde, zaten sözleşmeden dönülmesi, tapudaki kaydın üçüncü kişi açısından yolsuz olması sonucunu doğurmuyor. İyi niyeti zaten aramamıza gerek yok. Türk Medeni Kanununun 1023 üncü maddesine gitmemize gerek yok. Başlangıçta onu söylemek lazım. Ama kaldı ki eğer iyiniyeti arayacaksak iyiniyet zaten kazanma anında aranır. Dolayısıyla da kazanma anında da tapudaki kayıtta malik görünen bir kişiden devir gerçekleştiğinde artık, hayır sen iyiniyetli değilsin demek de dediğimiz gibi sistemimizin farklı yorumlanması diyelim. Tabii Yargıtay böyle düşündüğü için farklı yorumlanması olarak değerlendiriyoruz. Dolayısıyla ben de kesinlikle bu yaklaşımın doğru olmadığını düşünüyorum. Kaldı ki arsa sahibinin bu kadar korunmaya layık bir tarafı olmasını gerektirecek haklı bir sebep de göremiyorum. Çünkü arsa sahibi zaten kendisini baştan koruyacak tedbirleri alabilecek bir taraf. Yani baştan devri yapmayabilir mesela veya vekâlet vermeyebilir mesela. İşte inşaat tamamlandıkça peyderpey devirleri gerçekleştirebilir. Yani sırf arsa sahibini koruyacağız diye bu kadar çok mağdur yaratmanın doğru olmadığı kanaatindeyim. Yargıtay bakımından da böyle düşünen Yargıtay üyeleri olduğunu da biliyoruz. Çünkü kararları incelediğimizde hep şerhlerde farklı düşünen hâkimler olduğunu da görüyoruz. Bu da tabii ki görüşün belki değişme ihtimalinin olduğunu gösteriyor bize.

Dönme konusunun sınırlanması noktasında da kesinlikle katılıyorum. Hatta hep bunu ifade etmeye de çalışıyorum. Çünkü kendi çalıştığım dosyalarda da gördüm bunu. Arsa sahibi zaten yüklenicinin işlerinin kötüye gittiğini fark edince, kendine düşecek olan kısmı tamamlatmak için onu zorluyor ve bir şekilde de tamamlatıyor. Ondan sonra tamamlanmayan kısımdan dolayı üçüncü kişiler büyük oranda mağdur oluyorlar. Hatta yani hani dönme ya da sözleşmenin feshedilmesinin %90'lara varan bir orana çıkmış olması Yargıtay kararlarında, fesih ile yine en azından o zamana kadar elde edilmiş tapu devirlerinin korunması imkânı varken üçüncü kişilerin elinde, dönme ile birlikte bu imkân da tamamen ortadan kalkmış oluyor. Benim kanaatim, sözleşmeden dönmede arsa sahibinin sınırlanması, özellikle arsa sahibinin kendisine düşecek paylar tamamlanmışsa dönmeye kesinlikle gidilmemesi hususu. Yani belki burada hani dürüstlük kuralı çerçevesinde de bir değerlendirme yapılabilir. Ve pay devirlerinin çok olduğu durumlarda, mesela ben bir dosya çalışmıştım. Belediyenin yapmış olduğu bir inşaatta neredeyse binlerce devir yapılmış ama belediye kendisine düşecek olan payı imal ettirmeyi başarmış. Sonra belediye sözleşmeden döndü. O kadar çok mağdur var ki, şimdi biz burada arsa sahibini koruyacağız diye maalesef o mağdurların hepsini heba ettik. Hiçbiri, yani düşünün o kadar hayal kuruyorsunuz, emek veriyorsunuz, hatta bazen oturanlar oluyor içinde, sonra diyorlar ki hayır siz buranın maliki değilsiniz. Ben de bu sistemde, daha doğrusu sistemde demeyeyim de Türk Medeni Kanunumuzun sisteminde

zaten bir eksiklik yok ama Yargıtay'ın içtihadının bu anlamda değişmesinin Ülkemizin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili yaklaşımını daha doğru bir yere getireceğini düşünüyorum Hocam. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Gökhan Hoca bir konuşsun.

Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN:

Sayın hocalarıma saygılarımı sunuyorum. Şimdi Hocam ben öncelikle Şebnem Hocamın dediği gibi mutlaka bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğunu düşünüyorum bu alanda. Ve bu alanda bence hani hocalarımın yanında naçizane, şimdi biz sözleşmenin sona erdirilmesi ile ilgili verdiğimiz eğitimlerde, aldığımız derslerde belli kavramlar var. Nedir? Dönme, fesih vesaire. Ama Yargıtay geçmişe etkili fesih, ileriye etkili fesih, ileriye etkili dönme, geçmişe etkili dönme gibi yeni yeni böyle değişik kavramlar kullanıyorlar. Şimdi yıllar önce verilen, 84 yılıydı yanlış hatırlamıyorsam, bir içtihadı birleştirme kararında diyor ki; arsa para karşılığı inşaat sözleşmesi ani sürekli edim karmaşığı bir sözleşmedir diyor. Şimdi buradan şöyle bir sonuç çıkıyor. Bu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde demek ki dönme de olur, fesih de olur. Böyle bir şeye gidiyor. Uygulamada böyle. Şimdi bir kere burada bir kavram birliğinin bence sağlanması gerektiğini düşünüyorum, kararlarda da bu konuda. İkinci konu yine uygulamadan, hani benim kendi adıma en azından gördüğüm birkaç sıkıntı.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Şey diyor Yargıtay değil mi, eser sözleşmesi ağırlıklı kendine özgü bir sözleşme.

Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN:

Evet, ani sürekli karmaşığı diyor. Süreklilik var diyor, inşaat işlerinde biraz süreklilik olduğu için diyor. Hocam burada benim en azından uygulama ile ilgili gördüğüm, mesela geçmişe etkili fesih, ben çok kullanmak istemiyorum ama yani yerleşik böyle kullanıldığı için bu kavramı kullanacağım. Geçmişe etkili feshe karar verildiğinde işte müspet zarar niteliğindeki kira tazminatı cezai şart talep edilemez, menfi zarar talep edilebilir sadece, menfi zararla ilgili de Yargıtay'ın bir hesabı var. Şöyle hesaplanmalıdır diyor; sözleşmenin yapıldığı tarihe gideceksiniz, başka bir müteahhitle sözleşme yapsaydı oran kaç olurdu, sözleşme feshedildikten sonra makul bir süre sonra bir daha sözleşme yapılsaydı oran ne olurdu, arada fark varsa bu menfi zarar.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Müteahhidin batması demek bu yani.

Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN:

Bunun ispatı mümkün değil Hocam. Yani ya da nasıl ispatlanacak? Yan yana iki arazi arasında biri %30'a %70 anlaşıyor, biri %50'ye %50 anlaşıyor. Sözleşme özgürlüğü var yani. Bunun ispatı çok... Ben şunu söylüyorum naçizane. Belki biraz ileri gideceğim ama bu menfi müspet zarar ayırımı noktasında ben artık bir sıkıntı olduğunu düşünüyorum. Kira tazminatı neden müspet zarar? Şöyle bir durum oluşuyor Hocam. Sizler daha iyi biliyorsunuz. Şimdi arsa sahibi sözleşmeyi feshetmek istediğinde hiçbir şey alamıyor. Bir de üstüne borçlu çıkıyor, yapılan imalattan dolayı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre. Yani bunun bence, bilmiyorum tabii bu noktada görüş nasıl değiştirir ne olur, çözülmesi gerektiğini düşünüyorum. Yani ileriye etkili fesih, geçmişe etkili fesih kavramlarının artık bir şeye oturtulması gerektiğini en azından düşünüyorum.

Yine bir de burada Sayın Noterimiz vardı, uygulamada bizzat karşılaştığım bir soruyu da kendisine sormak istiyorum. Özel vekâletle yapılacak bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yetkisi alınmadı diye bu vekâlet eksiktir diyerek sözleşme yapılmadı. Yani sadece alınan yetki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapma yetkisi alınmıştı. Ve noter bize gelen yazıda dedi ki, taşınmaz satış vaadi yazmadığı için dedi bu sözleşmeyi yapamam dedi. Bunun gerekçesini de merak ediyorum açıkçası. Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi unsurlarından biri o, hani taşınmaz satış vaadi.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Ona biraz sonra gelelim o zaman.

Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN:

Bu kadar Hocam. Özellikle ben bu geçmişe etkili fesih konusundayım.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Buyurun Başkanım.

Ali KÖŞÜM:

Teşekkür ederim. Öncelikle Mehmet Özdemir Başkanım etraflıca iki tarafın Yargıtay'daki iki heyetin görüşünü de etraflıca açıkladı. Genel bilgileri de verdi. Teşekkür ediyorum. Hocalarım da gerçekten iyi bilgiler verdi, güzel bilgiler verdi. Yalnız gözden kaçırılan bir şey olduğunu düşünüyorum. Ben

geçen yıl Türk Borçlar Kanunu Çalıştayında da benzer şeyleri söylemiştim, burada tekrar edeceğim. Burada tipik bir sözleşme yok, kanuni bir sözleşme yok, kanun yok. Kanun olmayan bir durumda bütün hocalarımız iki tane farklı sözleşme var ve iki farklı sözleşmenin, gerçekten dedikleri doğru, yanlış değil, iki farklı sözleşmenin hükümlerini olmayan farazi bir sözleşmeye uygulamaya çalışıyorlar. Bence bütün sorun buradan kaynaklanıyor. Yargıtay'ın avans uygulaması da bu boşluğu doldurmaya yönelik. Yani zorunluluktan çıkan bir uygulama. Ben orada da söylemiştim. İvedilikle bunun bir kanununun çıkarılması gerekiyor. Gerekirse oraya avans terimini de koyabilirsiniz, başka bir isim de koyabilirsiniz, böyle bir şey. İkincisi de eğer kanunu çıkaramıyorsanız Noterlik Kanununa bir madde ekleyerek iyiniyet dedik, iyiniyeti şey yapabiliriz orada, şerhi noterlerin direkt tapuya şerh etmesi yoluyla, resen şerh etmesi yoluyla iyiniyet tartışmasının önüne geçilebilir diye düşünüyorum. Bütün fark, kanunu olmayan bir sözleşmeye kanuni sözleşmelerin hükümlerinin uygulanmaya çalışılması, birebir uygulanmaya çalışılmasından kaynaklanıyor. Teşekkür ederiz.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Tamam Başkanım. Özcan Hocam buyurun.

Prof. Dr. Özcan GÜNERGÖK:

Teşekkür ederim. Benden önce söz alan hocaların, değerli katılımcıların beyanlarına kesinlikle katılıyorum. Bu kadar büyük bir uygulaması olan, özellikle de artık deprem riskinin ortada olduğu dönemde, kentsel dönüşümün yapılması gereken bir dönemde en çok başvurulan sözleşmelerden biri olacak olan bu sözleşmeyi yasa koyucunun göz ardı etmesi artık katlanılmaz bir durumdur diye düşünüyorum. Biz burada bu sözleşmeden kaynaklanan sonuçları tartışıyoruz. Peki, bizi bu sonuçlara neler götürüyor? Yani çıkarılacak bir kanun bunun üzerinde de durmalı ve bunun önüne geçmelidir, bu nedenlerin.

Baktığımızda burada herkes kendi ihmalinin sonuçlarına katlanmalıdır diyoruz. Gerçekten de öyle. Yeterli teminat almayan arsa sahibini korumanın çok anlamı yok diyoruz. Fakat şunu da göz ardı etmemek lazım. İnsanları yeterli teminat almamaya iten sebepler de teminatın maliyeti. Dolayısıyla teminat maliyetleri açısından mesela ipotek harçları vesairesi bakımından da belki bu sözleşme bazında bir istisna yapılabilir, düşük bir oran belirlenebilir. Bu çalışmalarda bunun üzerinde de durulabilir diye düşünüyorum. Diğer bir sebep de yüklenicilerin yetersizliği aslında, mali yapılarının güçlü olmaması, deyim yerindeyse önüne gelenin artık inşaat yapıyor olması. Dolayısıyla nasıl bazı faaliyetleri düzenlerken yasa koyucu belli bir şirket tipinde olmasını, belli bir mali yapıda olmasını arıyor ise artık iş hacmi aşırı derecede yükselecek olan bu sektörde de her önüne gelenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapamaması gerektiğini, belli mali yeterliliğinin olması gerektiğini düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Hocam. Başhukuk Müşavirimiz buyurunuz.

Ömer Sinan BAYÇELEBİ:

Ben hocalarımın dediklerinin hepsine katılıyorum. Ama nihayetinde tapular iptal edildiğinde vatandaşlarımız bize geliyor. Ve diyor ki size güvendik, aldık ve sonrasında tapularımız iptal oldu. Tabii ki doğrudan muhatap biz değiliz ama evet tazminat davaları da var. Şöyle ifade etmek istiyorum. Ya bunun hukuki ve şekli yönü evet çok önemli. Ama bunun bir de fiili bir tarafı var. Aranızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmış arsa maliki var mı bilmiyorum ama bu iş yapılırken malumunuz aylarca sürer. Müteahhitler bakarsınız, müteahhit bulursunuz, müteahhidin daha önce yaptığı yapılara gidersiniz. Oradaki yapılardaki oturanlara sorarsınız. Araştırırsınız, çok uğraşırsınız. Ama hani bu aylarca süreçten sonra işte biraz önce Sayın Üyemizin söylediği gibi birden fazla blok yapıldığı durumda iskânı da alınmış bir taşınmaza, bitmiş bir taşınmaza gelip tapu kaydına baktığınızda, tapu siciline baktığınızda herhangi bir sıkıntılı bir durum olmamasına rağmen oradaki kayda güvenebileceğiniz bir durumda aldığınız taşınmaz ile ilgili olarak Yargıtayımız iki mağdur karşısında araştırma yapması beklenilmesi gereken, uzun uzun araştırma yapan kişiyi mağdur kabul edip Türk Medeni Kanununun en esaslı unsurlarından bir tanesi olan 1023 üncü maddeye güvenen kişinin ise iyiniyeti çoğunlukla tartışılmaz. Yine kendisinin söylediği gibi banka kredisi ile 10 yılını, 15 yılını bağladığı bir taşınmaz ile ilgili olarak tapusunu iptal edebilirsiniz. Bu evet çok sıkıntılı bir durum. Ama şu husus da gözetilmeli. Yargıtay ilk kararlarından beri bu kararı bu şekliyle veriyor. Bu konu Anayasa Mahkemesinin gündemine de geldi malumunuz. Anayasa Mahkemesi de 10 yıl önce hatırlıyorum, ben diğer komisyonda olduğum için bu konulara çok bakmadım ama 10 yıl öncesinde aynı konuda özgürlükçü bir mülkiyet anlayışı olmasına rağmen o da Yargıtayımız gibi karar verdi. Şimdi, 2017, 7 sene geçmiş doğal olarak. Dedi ki arsa sahibi müteahhitten almasın, üçüncü kişi gitsin müteahhitten parasını alsın dedi. Ama aslında o araştırıp bulduğu kişiden arsa malikinin alması gereken Anayasa Mahkemesi de böyle bir karar verdi. Nihayetinde o kadar çok tapu iptal edildi ki hani çok az değil tabii, şimdi her dönem gelir bunlardan bize. Çok fazla tapu iptal edildi. Bu sürecin sonunda bugün için o kadar tapu iptal edilmişken, çünkü arsa malikleri az ama muhatapları çok, şimdi on binlerce tapu iptal edilmişken buradan nasıl dönülecek? Evet, kesinlikle katılıyorum hukuki ve şekli olarak Türk Medeni Kanununun 1023 üncü maddesine güven olmalı. Burada Yargıtay'ın verdiği karar doğru değil ama o kadar çok tapu iptal edildi. Onların durumu, nasıl geri dönülecek? Bundan sonraki süreç nasıl olacak? Yok, ben sadece soruyorum nasıl olacak diye. Yoksa ben hukuki yönüyle ilgili olarak bir şey söylemiyorum ama on binlerce tapu iptal edilmiş. Buradan sonra nasıl döneceğiz? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

İsmail Hocam buyurun.

Doç. Dr. İsmail ATAMULU:

Hocam teşekkür ediyorum. Bence burada Yargıtay'ın bu tutumu Sayın Üyelerim, arsa sahibini korumaktan ziyade yükleniciyi koruyor. Yani ben Çiğdem Hocamdan da bu dersi aldım zamanında, daha sonra yüksek lisans tezi yazma fırsatım oldu. Özellikle biz elinde hiç parası olmayan bir organizatöre götürüp arsaları veriyoruz. Daha sonra o adam bu arsaları satıyor. Paraya çeviriyor. Paralarını alıyor, harcıyor. Üzerinde hiçbir şey bırakmıyor. Ondan sonra temerrüde düşüp çekip gidiyor. Biz burada sözleşmeden döndük, arsa sahibi yarın binayı alsın ya da hiçbir şey alamasın, üçüncü kişiler mağdur olsun. Ama vasıfsız bir adam gelip, organizatörlüğü yapıp, parayı toplayıp kaçıyor. Bir şey meydana getirmiyor, belki temerrüde düşüyor. Onun için burada Özcan Hocamın da belirttiği gibi herkesin yüklenici olmasından ziyade belli şartlar sağlayan, sanki kamu ihale sözleşmesinde aranan şartlar gibi tıpkı, o şartları sağlayan kişilerin bunları yapabilmesi önemli. Yoksa müteahhit ülkesine döner. Teşekkür ediyorum Hocam.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sağ ol İsmail Hocam. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA:

Şimdi kanun yapma kısmına gelince ister istemez, hani burada kendine özgü bir sözleşme var, karma sözleşme var ama işte burada farklı olduğu için gibi bir şey söyledi Başkanım. Şimdi aslında biliyorsunuz borçlar hukuku özel hükümdeki sözleşmeler, o sözleşmelere ilişkin ifa aşamalarını düzenler. Temerrüt hükümleri genel hükümlerdedir ve esas olarak bizim karşımıza gelen, çıkan da temerrüttür. Yani Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerindeki kısımdır. Dolayısıyla burada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile herhangi bir satım ya da eser sözleşmesi arasında hiçbir fark yoktur. Dolayısıyla acaba ve hatta ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin, biraz evvel de bahsettim, dönmeyi, çünkü teslim ediliyor ya, teslim edildiği için teslim edilmiş, aradan zaman geçmiş, ayıptan dönmeyi kısıtlıyor Kanun. Niye kısıtlıyor? Artık teslim etmişsin, kullanmaya başlamış, çok araya giriyorum, çünkü bu kararları artık ayıptan doğan sorumluluğa da çevirmeye başlamıştı Yargıtay. Öyle kararlar da gördüm. Diyelim ki aradan çok uzun zaman geçti, üçüncü kişilere devredildi, yine de arsa malikine ayıptan dolayı sözleşmeden dönme imkânı verip üçüncü kişilerden, yine tapu tescil iptal imkânı, dönme sebebiyle. Bu dönme dolayısıyla yolsuz tescil baştan itibaren yapılınca iyiniyet de bu şekilde anlaşılınca orada da uygulanmaya başladı. Hâlbuki dediğim gibi bunlar esas olarak söz konusu değil. Yevmiye defterine kayıt edildiği anda onun mülkiyet hakkını tasarruf yetkisine ilişkin bilgisi açısından iyiniyeti arayacağız. Başka şeyde, aralardaki sözleşmelerdeki bilirdi, bunu ifade ederdi şeklinde bir iyiniyet anlayışımız yok. Oraya geliyorum. Dolayısıyla yapılacak bir kanunda bile yani Türk Borçlar Kanununun neresine koyacaksınız arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini? Ya da özel bir kanun mu yapacaksınız? Diyelim ki Türk Borçlar Kanununun özel hükümlerine

koysanız bile orada o zaman özel hükümlerine koysanız bile, yani mesela ne diyeceksiniz, efendim teslim edilmişse dönemez diyeceksiniz. İşte efendim temerrüt halinde şöyle olur, tasfiye böyle olur işte ya da yüklenicilerin özellikleri şeklinde bir şey olabilir. Mülkiyet kısmına gelince hani özellik yok. İfa aşamasına geçiyoruz, tüm sözleşmeler açısından eşya hukukunda söylediğimiz ilkeler arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesi açısından da geçerli. Yani onun bir isimsiz sözleşme olması, bu kararın çıkmasını gerektirmiyor. Kesinlikle öyle. Şu anda biz borçlar hukukunun mevcut hükümlerini yorumlayarak buna varıyoruz. Eşya hukuku ilkelerine aykırı davranarak yapıyoruz. Bu açıdan söylemek istedim. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet, zamanımız çok azaldı. Bir Hocama söz vereceğim. Sonra sizin söyleyecekleriniz vardı Sayın Üyem, eksik kaldı değil mi yarım kaldı. Onları tamamlayacaksınız.

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL:

Efendim hepinizi tekrar sevgi ile muhabbet ile saygı ile selamlıyorum. Şimdi hocalarımız çok güzel izah ettiler. Bir yerde sanıyorum ikiniz de öğrencimiz oldunuz gibi geliyor bana değil mi? Öyle tahmin ediyorum. Şimdi mevcut yürürlükte olan hükümlerden ayrılmamak lazım. Bir kere avans tapu diye ben bir şey görmedim şimdiye kadar. Doktrinde böyle bir ifade yok. Bir mülkiyet hakkı edinildiyse mülkiyet hakkının edinilmesinde herhangi bir sakatlık yoksa yani borçlandırıcı illiyet dediğimiz kısımda bir sakatlık yoksa mülkiyet hakkı kesin bir şekilde edinilmiş olur. Bunu sonradan, karşılığını ödemeden malikten geri almak imkânı yok. Ya satacak ya iade edecek. Benzeri bir takım hukuki işlemlerle iade edecek. Geçen sene bu konuyu ilgilendiren bir karar bulmuştum. O kararı Yargıtay Başkanımızın da hazır bulunduğu yerde söyledim. Türk Medeni Kanununun 1023 üncü maddesini uygulayabilmek için mutlaka yolsuz bir tescil olması gerekir. Yolsuz tescilin olmadığı yerde Türk Medeni Kanununun 1023 üncü maddesini uygulamaya kalktınız mı bizim birinci sınıftaki öğrencilerimizin durumundan da daha dun bir duruma düşersiniz. Yani hukukun tekniği var kabilinde.

Benim anladığım kadarıyla olay şu. Yargıtay mağdur olanları korumak istiyor. Yani diyor ki, efendim böyle bir işlem yapılıyor, bu hileli yollara da sapılıyor, burada falanca kişi mağdur olmuştur, ben onu koruyacağım diyor. Koruyabilir ama hukukumuzun temel ilkelerinden birisi unutmayalım, herkes uğradığı zarara katlanmakla yükümlüdür. Ancak Kanunda açık bir hüküm varsa uğradığı zarar başkaları tarafından karşılanabilir. İşte Borçlar Kanunun 49, onu takip eden maddelerde durum bu. Onun için bence bu yapılanlar yanlış. Bu yanlışlıktan dönmemiz lazım. Hukuki güvenliği, mülkiyet güvenliğini ortadan kaldırıyor.

Geçen sene getirdiğim kararda şöyle bir durum vardı. Muğla'nın bir ilçesinde bir arsa sahibi ile müteahhit anlaşıyor. Arsa sahibi arsanın yarısını kendi uhdesinde bırakıyor. Diğer yarısını müteahhide devrediyor. Müteahhit kendisine devredilmiş olan kısmı hisselere, paylara bölüyor. Her hisseyi bir

üçüncü kişiye satıyor. Burada iyiniyet, kötüniyet falan da söz konusu olamaz yani. Burada iyiniyet nerede söz konusu olur? Türk Medeni Kanununun 1023 üncü maddesinde söz konusu olur. Dolayısıyla bu iyiniyetliydi, kötüniyetliydi ve üçüncü kişiler mülkiyet hakkını kesin bir şekilde kazanmış oluyorlar. Onun elinden dönmeyi kullanarak o mülkiyet hakkını almak mümkün değil. Dolayısıyla kim yanlışlık yaptıysa, kim hukukun gereğini yerine getirmemişse o zarara uğramış demektir. O da o zarara katlanacak. Gitsin bir başka yerden bulsun yani. Onun için kendisini korumayan insanları hukukun koruma yoluna gitmesi, yani böyle virajlar alması anlamına gelir. Bence o avans tapu denilen kavramdan mutlaka dönülmesi gerekir. Uygulanmaktan vazgeçilmesi gerekir. Benim kanaatim bu. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Hocam. Sayın Üyemiz de son hususları bağlasın.

Mehmet ÖZDEMİR:

Hocam teşekkür ederim. Hocamın da isabetle söylediği gibi aslında burada Yargıtay, arsa sahibinden korumuş olmuyoruz bu çoğunluk kararında. Biz yükleniciyi korumuş oluyoruz. Bir güzel laf var. Bir keçiden iki post çıkmaz diye. Yüklenici bir keçiden dört post çıkarıyor. Bir, arsa sahibinden menfaat elde ediyor. Taşınmazları devralıyor. Üçüncü kişiye satıyor, ondan menfaat elde ediyor. Ben buraya inşaat yapıyorum diyor, kredi kullanıyor, bankadan menfaat temin ediyor. Kendi alt taşeronlarına inşaatçı ipoteği tesis ettiriyor, bir de ondan menfaat elde ediyor. Dört menfaat birden elde ediyor. Yani biz hâlâ diyoruz ki gariban, işi bilmeyen arsa sahibi. Ya burada gerçekten korunan kişi arsa sahibi değil. Biz yükleyiciyi koruyoruz. Arsa sahibinin kendi elinde koruma imkânı var, söylendi. Şerh verebilir. Ne mâni var? Vekâletname vermeyebilir. Öyle yükleniciler var ki kendine düşen bağımsız bölümü değil, arsa sahibi vekâlet verdiği için arsa sahibinin bağımsız bölümlerini de satıyor. Evet, kademeli devir. Biz kademeli devir diyoruz. İnşaat seviyesine göre. İşte şu şu seviyeye geldiğinde şu kadar bağımsız bölüm verilecektir. Yani belki bu tür şeylerde eğer finansman sağlanacaksa biz diyoruz ki bu finansman sağlamak için bir araçtır. Peki o zaman, bir laf var, yani kimseyi yormamak için böyle tabirler kullanıyorum, ne kadar ekmek o kadar köfte derler. Yani o zaman kademeli devir en mantıklı çözüm. İnşaat yap, karşılığında bağımsız bölüm al. İnşaatın seviyesini %60'a getir, bağımsız bölüm al. %80'e getir bağımsız bölüm al. Yani bunları bu şekilde çözme, finansman sorununu da çözme imkânımız var. Arsa sahibinin elinde argüman var ama üçüncü kişi ne yapabilir? Ne yapabilir, tapuya güvenebilir. Gidiyor tertemiz tapu. Bitmiş bina. Daha ne yapsın? Yani şey mi zabıta araştırması mı yapsın, ilan mı versin? Ben bir tapu alacağım, bu tapuda falan yerden bir tapu alacağım, bir daire alacağım, burada bir arsa sahibi var mı, bir kat karşılığı inşaat sözleşmesi var mı diye ilan mı versin, gazetelere ilan mı versin? Yani bağımsız bölüm alan üçüncü kişinin elinde hangi hukuki imkân var, hangi argüman var?

Peki, bu işin çözümü niye zor? Dairenin bu kararı, 89 tarihli bir içtihadı birleştirme kararına dayanıyor. Şimdi ortada bir içtihadı birleştirme kararı olduğu için, hocalarım da dile getirdi, bunun en güzel çözümü Kanun değişikliğidir. Bunun yeri de Medeni Kanun değildir. Çünkü bu Türk Medeni Kanununun sorunu değil, eşya hukukunun sorunu değil. Biz borçlar hukukundaki şahsi edimlerin, kişisel hakların yerine getirilmemesinden dolayı ayni hakkı ihlal ediyoruz. Bunun yeri Türk Medeni Kanunu değil, Türk Medeni Kanununun sorunu değil. Türk Medeni Kanunundan biz çözüm üretmeye çalışıyoruz ama bir noktaya kadar. İçtihadı birleştirme var. Dairenin yerleşik görüşü var. İçtihatlar ikide bir değiştirilmez. Bunun çözümü madem Türk Borçlar Kanununu ve temel olarak eser sözleşmesini esas alıyorsak, müstakil bir kanun çıkmayacaksa eser sözleşmesi ile eser sözleşmesini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde bir çözüm üretilebilir, ek yapılabilir. Bu mümkün.

Bir başka çözüm şudur. Noterlere tescil mecburiyeti, tapu siciline bildirim mecburiyeti getirebiliriz. Değerli arkadaşlar, 50 bin liralık hurda bir araç satılıyor. Karayolları Trafik Kanunu 20/D maddesine göre noterden araç teslim edilse, bedeli bile ödense araç satışı geçersiz diyoruz. 50 milyar liraları bulan yerler var, çok büyük siteler var, satılıyor, ediliyor, ortada resmi bir şey yok. Böyle bir şeye hukuk nasıl müsaade eder? Dolayısıyla bir çözüm, yani ara çözümler, birkaç çözüm var. Bunlardan birisi de noterlere kat karşılığı inşaat sözleşmelerini tapuya resen bildirme yükümlülüğü getirebiliriz. Ama bu geçici çözüm ama gene nihai çözüm değil. Niye? Çünkü biz diyoruz ki tapu devri yapılmışsa adi yazılı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de geçerlidir diyoruz. Şimdi tamam resmi yapıldığında noter bunu bildirir ama adi yapılmışsa ne olacak? Dolayısıyla yani bunun bir kanuni düzenlemeye ihtiyacı var. Daire olarak belki görüş değişikliği olur, biz yerleşik görüşümüzden dönmeyi düşünüyoruz deriz, yeni bir içtihadı birleştirme yoluna Yargıtay Kanununun 15 inci maddesi gereğince o yolu açabiliriz. Ama bu konu acilen böyle pansuman tedbirlerle, yan tedbirlerle çözülebilecek bir konu değil. Yasal düzenlemeye ihtiyaç duyan ve ağır kanamalı hasta denir ya, yani acilen neşter vurulması gereken, acilen ameliyat edilmesi gereken bir hasta durumuna gelmiş. Çok büyük mağduriyetler var. Biz nefesimizin yettiği kadar adil ve hakkaniyete uygun davranmaya çalışıyoruz ama bu işte sadece tek sorumluluğu Yargıtaya yüklemek ya da kürsüdeki hâkimlere yüklemek doğru değil. Bu işin çözümünün de olması gerekir diye düşünüyorum. Hocam bir de inşaatçı ipoteği konusu vardı, beraber anlatabiliriz dedik ama konu uzadı mı bilmiyorum oraya çok girmeyelim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Girmeyelim evet bir konu daha halledelim. Ondan sonra herhalde yetişmeyecek.

Mehmet ÖZDEMİR:

Sadece şunu söyleyeyim Hocam o zaman, inşaatçı ipoteği ile ilgili. Yakın zamanda Hukuk Genel Kurulundan bir karar çıktı. Tazminat

sorumluluğu gerekir tedbir ile ilgili. Bunu bazı uygulayıcı arkadaşlar da var. Türk Medeni Kanununun 893 üncü maddesindeki inşaatçı ipoteğinin kendine özgü oradaki geçici olarak tescil edilir ibaresinin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 389 ve devamı maddelerindeki ihtiyati tedbire ilişkin olmadığını belirttik. Âcizane benim Geçici Korumalar kitabım var. Orada da özellikle yazdım bunu. Bu kendine özgü inşaatın seviyesini, bedelini tespitini gerektiren bir dava türüdür. Dava ile birlikte olması lazım. İhtiyati tedbir yoluyla inşaatçı ipoteği tesis edilmiş, Bodrum'da çok değerli yerler satılmış. Malikin haberi yok. Malik mağdur olmuş. Sözleşmenin tarafı değil. Dolayısıyla çok ciddi mağduriyetler var. Onunla ilgili sadece onu tespit edebilirim. Yani kürsü hâkimlerimiz, istinaftaki başkanlarımız, üyelerimiz bu konuda dikkatli olsunlar. Yani ihtiyati tedbir yoluyla inşaatçı ipoteği tesisi yoluna gitmesinler. Geçici tescile Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki tedbir birbirinden farklı. Bunu da söylemiş olayım. Evet, bu konudaki sorumluluk da üstümde kalmasın. Teşekkür ederim Hocam, sağ olun.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Sayın Üyem. Şimdi şu diğer konuya geçsek. Bir 35 saniye.

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA:

Biz geçen yıl Anayasa Mahkemesi ile birlikte bu konuda bir sempozyum yaptık. Zaten Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararı da konuştuk. Orada Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda; Yargıtay'ın çok yerleşmiş içtihadıdır, biz Yargıtay'ı denetleme makamı değiliz, bu sebeple bu kararı vermekte zorlandık dedi. Öyle ortadan çıktı. Yine, ayrı özel kanun yapılabilmesi kısmı zor olabilir. Ben Türk Borçlar Kanunu değişikliğinde eser sözleşmesinin sonraki maddelerine eklenerek şunu öneriyorum; arsa yükleniciye teslim edilmişse artık sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz ifadesi konulabilir. Burada, yine aklıma geliyor ama yanılabilirim, arsa malikine kendisini koruyucu tedbirler alması konusunda bir zorlamaya gidilebilir. Arsa maliki de kendisini korumak için şunları şunları yapabilir. Yani bir zorlamaya gidilebilir şeklinde bir öneri aklıma geldi. Daha da düşünülebilir.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Bir külfet gibi bir şey düzenleyelim, hakkını yerine getirmezse başka bir şey talep edilsin yerine gibi.

Tural ERDEN:

Arsa payı karşılılığı inşaat sözleşmelerinde Başkanım, gelen vatandaşları bir görseniz müteahhit diye gelen insanı inşaata bekçi yapmazsınız. Ama para olunca her şeyi yapıyorlar. Ben bunları redakte ediyorum, tek tek vatandaşa

anlatıyorum. Şimdi Sayın Başkanıma sordum Ali Beye. Dedi ki; siz buraya redakteyi yapıyorsunuz ama yarın bir şey olsa bunu noter böyle yaptıydı derse ne yapacaksınız dedi. Ben dedim, yeri geliyor veriyorum, ertesi gün gelin diyorum. Yani işi düzgün yapmaya çalışıyoruz, sözümü bağlayacağım, iki şeyi söyleyip bağlayacağım. Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi ya da Noterlik Kanununun 162 nci maddesi, sonuç maddeleri. Yani risk doğuyor, zarar doğuyor, sonuç maddeleri. Önemli olan oraya gelene kadar sorunları halletmek gerekiyor.

Son diyeceğim de şu. Bakın gelecekte çok uygulamacı hâkimlerimizin, başkanlarımızın önüne gelebilecek bir konu bu. Türkiye'ye bir yabancı akını var ve bakın bir noterlikte çeviri yaptırıyor, pasaportunu öbür noterde hisse devri yapıyor. Taşınmaz satış vaadi yapıyor. Şahıs Türkiye'de değil. Biz bunu önerge haline getirdik, Noterler Birliği, İçişleri Bakanlığı ile bir ortak çalışma yürüsün. Çok basit bir şey. Dedik ki; şimdi bilmiyorum belki haberiniz olmayabilir, e-Devlet'inize girdiğinizde hangi tarihte Türkiye'den yurt dışına çıkıp çıkmadığınızı görebiliyorsunuz. Aynı şey, optik okuyucuda pasaportlar okunarak yabancılar giriş çıkış yaptığı için İçişleri Bakanlığında bütün pasaport kayıtları yabancıların da kayıt altına alınıyor. Bize bir uç verilsin. Biz bir vatandaş, yabancı geldiğinde, sisteme girdiğimizde o insanın Türkiye'de olup olmadığını görelim. Gördüğümüzde ne olacak? Hem sahtecilik azalacak, hem ceza dosyası azalacak, hem hukuk davası azalacak. Yani mesela bunu hasreten belirtiyorum, ileride ortamlarda dile getirilmesi için. Çok konuştum, özür diliyorum, teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Çok teşekkür ederim. Çok faydalı oldu. Şimdi Başkanım çok kısa ve özlü konuşuyor sürekli. Evet buyurunuz.

Haydar AYDIN:
(İstanbul Ticaret Mahkemesi Başkanı)

Borçların tamamen ödenmiş olması halinde ne olursa olsun bu iyiniyetli üçüncü şahsın edinimi geçerli kılınmaktadır. Bu da aslında gerçekten binlerce tapunun, İstanbul gibi on binlerce konut projesinin yapıldığı yerlerde adeta kooperatif gibi dairenin başında satış yetkisi olan müteahhitlerin yaptığı projelerde insanların notere gitmeden orada adi yazılı sözleşme ile yaptığı sözleşmeye geçerlilik tanınması, o insanlar otururken yıllar sonra, onun üzerine ipotek tesisleri, üçüncü şahıslara devirlerinin önlenmesi bakımından Türkiye gerçeği ile örtüşen bir karar verilmektedir. Bence de bu belki demin Hocam dedi, ipotekler bu saatten sonra konulduğu için geçerliliği ortadan kaldırılıyor, hacizler feshediliyor ve buna ilişkin pek çok dava Sayın Başkanım Ali Bey'e gidiyordur. Ama bunun önlenmesinin tek bir yolu; bir, bu tapuyu alan insan devir alsa da bu sözleşmeyi mutlaka notere tapuya bildirildiğini belgelendiren belge bulunmadıkça ruhsat verilmeyebilir. Mesela belediye imar yasasına, mevzuata bir hüküm eklenmek suretiyle. Çünkü en büyük dava, on binlerce, sanıyorum Başkanım da doğrulayacak, bu üçüncü şahısların edinimlerinin korunmasına yönelik zorunlu Yargıtay

içtihadı birleştirme kararına dayalı, hatta 60'lı yıllarda verilmiş. Bu uygulamayı devam ettiriyoruz bugün. Yoksa inanın, sokakta peynir ekmek gibi satılan, devir aldığımız o taşınmazların sahiplerinin mülkiyet sahibi olma imkânı yoktur. Hepinize saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Başkanım. Şimdi çok az zamanımız kaldı.

Tuğba EREN TOKYÜREK:

Sunum için 15 dakikamız var Hocam.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Bunu da yapabildiğimiz kadar bakalım. Ne demişiz, yasal önalım davaları ile satış bedeli olarak depo edilen meblağın değerinin aşınmasından yani değer kaybından kaynaklanan sorunlar ve çözüm önerileri denmiş. Bu konuda söz almak isteyen var mı? İnsan hakları açısından.

Mustafa BEKTAŞ:

Önalım davaları bizim Dairenin görev alanına girmektedir. Biz bakıyoruz. Önalımla ilgili Yasada satış bedeli ve harçtan ibaret depo edilmek suretiyle tapu iptal tescil yani fiili taksim ve diğer yasal engel olmadığı takdirde davanın kabulüne karar veriyoruz. Fakat uygulamada depo edilen bedel 2 yıllık süre içerisinde dava 2 gün kala, atıyorum 1 yıl 8 ay sonra falan dava açılıyor. Enflasyon karşısında para da değer kaybediyor. Herhangi bir rayiç veyahut da efendim aşınan o değerin falan telafisi de mümkün olmuyor. Biz diyoruz ki bu pay, tarla, arsa, satılan payın değeri tapuda 200 bin lira falan gösterilmiş. 1 yıl 8 ay önce 200 bin lira gösterilmiş. Artı bir de tapu harcı 204 bin liraya falan yatır, tapu iptal tescile karar veriyoruz diyoruz. Vatandaşlar falan bu şeyde mağdur oluyorlar. Ben diyorlar, 2 sene önce bir araba alırdım, fakat şu anda alamıyorum veyahut bir daire alırdım diyor. Bu konuda sıkıntılar var.

Ayrıca başka bir sıkıntı, tapuya vatandaş Erzurum'dan geliyor, Tekirdağ civarında bir tarla alıyor. İmarlı diyorlar, 200 metre falan diyorlar. Orada yetkili bir kişiye vekâlet veriyorlar. Vekâletle Erzurumlu bir vatandaş adına tescil görüyor. Arkasından bir dava geliyor, Erzurum'a gidiyor, bir dava geliyor, davada diyorlar ki; burayı sen 20 bin liraya almışsın. Fakat 20 bin liraya falan 100 bin lira ödeme yapmış. Dolayısıyla hileli bir şekilde orada danışıklı işlem yapmak suretiyle vatandaşın 100 bin lirası 20 bin lira ödemek suretiyle haksız ve sebepsiz zenginleşme yoluyla... Burada da bir şey ne denir, bir araştırma yaptırdık el altından. Orada tapu memurunun da dikkatli olması gerektiğini savcılığa söyledik. Şifahi bir şekilde...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Adam hakkını 20 bin liradan kullanıyor değil mi?

Mustafa BEKTAŞ:

Evet evet, 20 bin liradan kullanıyor. Anayasa Mahkemesi'ne gidiyor vatandaş. Biz tescile 20 bin lira diyoruz, diğer adam 100 bin lira diyor. Bu muvazaa nedenine dayanıyor. Sözleşmenin tarafı muvazaaya dayanamaz, bu dinlenmez falan diyoruz, ispat imkânı da tanımıyoruz. Dolayısıyla 20 bin lira üzerinden hakkını, malı geri alıyor. Diğer paydaş Anayasa Mahkemesi'ne gidiyor. Her hafta Anayasa Mahkemesi'nden bize dosyanın incelenmesi için talepler geliyor. Bu taleplere şu ana kadar yani bir karar falan çıkmadı ama ne karar verecek merak ediyoruz.

Bir başka önalımla ilgili mesela bu İcra ve İflas Kanununun 111/a maddesinde yapılan bir değişiklik var. İndirebilir miyiz acaba? İcra ve İflas Kanununun 111/a maddesinde, kıymet takdiri yapıldıktan sonra borçluya taşınmazı talep etmesi halinde tespit edilen değerin %90'dan yukarı bir fiyat üzerinden rızai satış, yani payını satış imkânı tanınıyor. 2021 yılında yapılan değişiklik şu anda uygulamada herhangi bir uygulaması yok. Öğretide de görüş farklılığı var. Bunun cebri icra olduğunu söyleyen ve önalım davası açılmayacağını, bir başka noktada bu bir rızai satıştır, ihale falan yoktur. Borçlu gönlüyle arkadaşını falan çağırmış üç beş tane, onlara rıza yoluyla gönüllü satış yapmış. Diğer paydaşın önalım davası açma imkânı var diyen bir görüş var. Yargıtay'da örnek bir dosya yok. Rızai satış mıdır yoksa cebri icranın bir parçası mıdır? Ben burada hocalarımızın görüşlerini merak ediyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr Hasan AYRANCI:

Başkanımız önceden söz istemişti. Buyurun.

Ahmet Müşerref YAKIŞIK:

Estağfurullah kusura bakmayın. Başkanım kısmen özetledi. Ben bahsettiği konulara çok girmeyeceğim. Genel itibarıyla bizim insan hakları alanında temel Anayasa Mahkemesi'nin önüne giden veya AİHM'e giden meseleler bir nemalandırma meselesiydi. Onu Yargıtay çözdü bir şekilde ama hâlâ uygulamada bazı problemler oluyor. Ne demek bu? Depo edilen para yargılamanın uzun sürmesi sebebiyle geç bir tarihte ödeniyor. O süre zarfında paranın değerini yitirme meselesi söz konusu oluyordu. Aşınma kavramı bir buradaydı. Anayasa Mahkemesi bunda ihlal kararı vermişti. Ama dediğim gibi aslında Yargıtay bu meseleyi çözdü.

İkinci konu da paranın geç depo edilmesi meselesi. Yani yargılama uzun süre devam ettiği için diyelim ki 12. ayda depo kararı veriliyor. Bu süre zarfında uzunca bir süre geçmiş oluyor. Burada da eğer tarafın bir kusuru söz konusu değilse mağdur olma durumu söz konusu oluyor. Burada da bir

problem var. Bir de Yargıtay haklı olarak bir çözüm noktasında şöyle bir şey var. Devir aldığı tarihten sonra taşınmazın değerinin artması söz konusu ise bunun da araştırılması gerektiğine ilişkin, sanırım Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin buna ilişkin kararları var, bu da aslında sorunu biraz çözebilen bir taraf. Ama sıkıntımız, bizim biraz munzam zararla ilgili problem. Yani munzam zararın istenmesi ile ilgili Yargıtay'da sanırım bu konuda tam bir çözüm bulunamadı. Bu yasal faizi aşan 3095 sayılı Kanundaki problemden kaynaklanan yasal faizi enflasyonun altında kalan miktarın munzam zarar kabul edilip edilmemesi noktasında, Yargıtay bu konuda özellikle bunun başka şekilde ispatlanması gerektiğini, yani sadece enflasyonun altında kalan bir miktarın yeterli olamayacağına ilişkin. Daireler arasında bir içtihat farklılığı var ama bu konuda içtihadı birleştirme kararı istendi sanırım. Ama buna gerek yok denildiği için uygulamada bu problem var. Yani sadece enflasyonun altında kaldığı için bu başlı başına bir zarardır, munzam zarar kabul edilebilir görüşü olursa bu Anayasa Mahkemesi de öyle. Çok fazla sorun kalmayabilir. Ben genel olarak yani bu şekilde durumu özetlemek isterim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruyla ilgili verdiği iki tane karar var munzam zararla ilgili. Bir tanesi kamulaştırma ile ilgiliydi. Yanlış hatırlamıyorsam Ano İnşaat orada şey dedi. Yani sepet hesabı yapılır dedi. O sırada enflasyon da çok düşmüştü. Bambaşka bir sonuç ortaya çıkıyordu. Somut ispat genel kuralından ayrılmış gibi görünüyordu. Sonra bir başka başvuruda Anayasa Mahkemesi bu sefer bu önceki karardan alıntı yaparak; ya ben orada öyle bir karar verdim ama orada bir tarafta kamu da vardı, zarar görendi, işte mağdurdu falan deyip oradan bir dönüş yaptı. Fakat Yargıtay 6. Hukuk Dairesi ilk karardaki gibi devam ediyor diye biliyorum Başkanım. Öyle mi? Bir dönme ihtimali de yok gibi diyorsunuz yani. Ben konuştum da arkadaşlarla, bir dosya da önümüze gelmedi dediler. Dosya önümüze gelecek ki, Anayasa Mahkemesi'nin bu ikinci kararı da önümüze gelecek, o zaman bakarız, şu anda önümüze gelmeden bir şey söyleyemeyiz dediler. Değil mi? Ama bekleniyor, bu çok önemli bir karar çünkü. 11. Ticaret Dairesi sepet hesabının sahibiydi mesela, ilk yapanlardan biriydi. Onlar şu ara dönemde, 20 senelik dönemde vazgeçmişlerdi. 6. Daire orada yalnız kaldı. Şimdi belki bir iki senede tekrar sepete döner miyiz tartışması yapılıyor.

Ahmet Müşerref YAKIŞIK:

Yasal faizin %12'lerde olduğu, enflasyonun %65, işte %70'lerde, 80'lerde olduğu bir yerde munzam zarar açısından bunun ille de başka şekilde ispat edilmesinin istenmesi realitelere çok uygun olmuyor. O noktada belki çözüm farklı olabilir. Muvazaa ile ilgili son olarak şunu ifade etmek istiyorum. AİHM'de de benzer bir durum söz konusu oldu. Orada ihlal bulmadı AİHM de. Anayasa Mahkemesi'nin de benzer konularda kararı var aslında. Bu klasik borçlar hukuku anlamında çok problem görünmüyor. AİHM problem görme diyor onu. Netice itibarıyla iç hukukta muvazaaya ilişkin bir değerlendirme var. İlk derece mahkemelerinin de Yargıtay'ın da bu konuda bu kararı

verdikten sonra ben çok fazla bu işe girmem, beni ilgilendiren bir konu değil diye söylediğini de ifade etmek istiyorum.

Doç. Dr. İsmail ATAMULU:

Başkanım teşekkür ederim. Bence bu önalım hakkı meselesine, önalım davası meselesine 1-2 gün ayrılması gerekiyor tek başına ama çok hızlı bir şekilde şunu ifade etmek istiyorum. Belki biraz radikal bir söylem olacak ama önalım hakkına dair davanın kaldırılmasına tarafım ben. Yani önalım davası kaldırılmalı, tek taraflı irade açıklaması ile kullanılmalı. Tıpkı eski kanun zamanında olduğu gibi, tıpkı İsviçre'de olduğu gibi. O zaman bu bedele ilişkin uyuşmazlıklar da ortadan kalkacaktır. Bedeli gerçekten düşük gösterdilerse bunun sonuçlarına katlanacaklardır ve önalım hakkının kullanılmasına müsaade edilecektir. Tapuya gitti, beyanda bulundu. Önalım hakkını düşük bedelle kullanabilecektir. Eğer yüksek gösterilmişse gerçekten, o zaman dava konusu yapılabilir ya da önalım hakkının şartları oluşmadığı noktasında dava konusu yapılabilir. Bunun dışında 2 yıllık süreye dikkat çekti Başkanım. 2 yılın sonunda geliyor, bu hakkı kullanmak istiyor. Neden biz üst süreyi kullanıyoruz? Çünkü taraflar alıcı ya da satıcı bildirimde bulunmadığı için biz 2 yıllık süreye gidiyoruz. Eğer bunlar bildirimde bulunsalar 3 aylık süre içerisinde kullanılacak bu hak. O zaman 3 aylık süre içerisinde de o kadar fazla dalgalanma olmayacak.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Ama İsmail Hocam şöyle şeyler var. Şimdi biz genel olarak, Hocamın yanında haddim değil de eşya hukukunu biz biraz taşra eşya hukuku olarak uyguluyoruz. Şehir eşya hukuku, şehirde, merkezde ne oluyor? Mesela Ankara'da İstanbul'da da var biliyorsunuz. Planlama dediğimiz bir şey var. Şehir planlaması. Şimdi gidiyor adam bir tarlayı alıyor. Ondan sonra arkasından bir süre sonra biliyor veya bilmiyor bilmiyoruz ayrıntısını. Gidiyorlar tarımdan bir görüş alıyorlar. Tarım şeyi kalkıyor, marjinal tarım arazisi diyorlar. Ondan sonra efendime söyleyeyim, kurumlara gönderiliyor planlar. 5 binlik plan yapılıyor, binlik plan yapılıyor, bu 1-2 sene içinde bitiyor. O sıra 10 liralık şey 1000 lira oluyor veya 100 lira oluyor. Şimdi böyle hızlı geçiş dönemleri var. Aslında burada benim kanaatim bu eşya hukuku bakımından hep olaylara baktığımızda artık yerleşik alanlar çok arttığı için taşra, köy eşya hukukundan şehir eşya hukukuna da bir dikkat celp edip buradaki menfaat dengelerini de gözetmek lazım. Burada çok büyük kayıplar var.

Doç. Dr. İsmail ATAMULU:

Sayın Hocam orada da çözüm şu olabilir. Aynısını mal rejiminde de yaşıyoruz biz. Mal rejiminde tasfiyeye ilişkin değer hesaplanırken karar tarihine en yakın değerin esas alınması prensibi benimseniyor. Hani en son alınmış bilirkişi raporunda değer neyse önalım hakkı davası devam edecekse bu da kullanılabilir. En yakın değer neyse, en yakın tarihli rapordaki değer

neyse o esas alınabilir. Eğer muvazaalı bir davranış yoksa. Ama bunun dışında kanaatimce bu dava kaldırılırsa, tek taraflı irade açıklamasıyla bu hak kullanılabilir hale getirilirse, adam gidecek, hesabına para yatıracak, dekontu getirecek, tapu memuruna verecek ve diyecek ki; ben önalım hakkımı kullanıyorum. Önalım hakkı geçmiş olacak.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim. Çiğdem Hocam buyurun.

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA:

Vergiden kaçırmak için tapu siciline taşınmaz değerinin düşük gösterilmesi ve sonrasında önalım hakkının kullanılması meselesi ile ilgili izninizle birkaç dakika bir şeyler anlatmak istiyorum. Biliyorsunuz burada konu kısmi muvazaa olarak Türk hukukuna özgü olarak, Türk hukukunun yorumu sonucunda kısmi muvazaa, kısmi muvazaa olmuştur. Yoksa muvazaa Türk Borçlar Kanununun eski 18, şimdi 19, esaslı unsurda farklılık varsa, İsviçre'de de öyledir. Eğer siz gerçek değeri göstermiyorsanız bu muvazaadır ve geçersizdir. Bunun sonucu geçersizdir. Herkes için geçersizdir. Öyledir, İsviçre böyle uygular. Siz oradaki gerçek değerini 100 bin lira veriyorsanız oraya 10 bin lira yazarsanız, 98 bin lira yazarsanız o geçersizdir. Bunu bizim geçerli kılmamızın sebebi tabii ki o zamanki çok da kolay değil neredeyse tamamı öyle yapmış. Bu sefer daha önce yapılanlara geçmişe şümul nasıl yapacağım, yargı da bilememiş o sıra. Düşünmüş, taşınmış, ben kendime özgü bir çare bulayım demiş. Bu Türk hukukunun, yargının yarattığı bir çaredir, Kanunun getirdiği değil. O çare de hepimizin bildiği gibi; ha evet, siz vergiyi ödeterek geçerli kılmaktır. Bakınız, siz fazla vergiyi ödeterek orada geçerli kılıyorsunuz. Kıldınız mı? Siz esas olarak bunu geçerli kabul ettiniz mi? Herkese karşı ileri sürülebilir hale getirdiniz mi? Artık geçerli, sağlık kazandı. Fakat aynı yerde geliyor burada. Önalım hakkının kullanılması olayında o geçersizlik yaptırımda sağaltma düşüncesini burada uygulamıyor. Vay diyor, sen ne yaptın diyor? Nasıl vergiden kaçırdın? Seni yaramaz. Ben hiç kimse kendi işte kusurundan yararlanan Türk Borçlar Kanununun eski 44 üncü maddesindeki temel ilkeyi buraya getirip uyguluyor, gerekçesi bu. Kimse kendi kusurundan yararlanamaz diyor. Öbür taraf orada denkleştirme tazminatının hesaplanması ile ilgili bir kimse, öbür taraf da kusurluysa. Buraya getiriyor ama onun yaptırımı normalde gerçekten geçersiz kılsa bu sorun meydana gelir mi? Çünkü geçersiz artık. Geçersiz bir sözleşmeden kaynaklanan önalım hakkını kullanması mümkün değil. O yaptırımı orada uygulamıyor. Bakın iki çifte standart. Ya hepsini birden geçersiz kılacaksın ya ikisini birden sağaltacaksın. İkisini birden sağlıklı hale getireceksin. Burada sağlıklı hale getirmiyor. Ne yapıyor? Ya biliyor herkes yani. Orada da Türk sisteminde, Sayın Maliye temsilcisi, lütfen bizim bağışlama ile ilgili bağışlama ile satış arasındaki vergi uçurumunu kaldırınız. Bakın Türkiye'nin bütün taşınmaz sorunları ortadan çıkar. O başka konuyla ilgiliydi ama ve satıştaki kısmı da ne olur azaltın. Vergi çok. Vergi çok olunca 100 bin lira gösterdiği zaman vergisi şu kadar, 10 bin lira gösterdiği zaman. Türk halkı çok seviyor böyle şeyleri, hemen kaçırıyor. Siz bakın mesela gerçek Türk Borçlar

Kanununu uygulayın sıfır vergi kaçağı. Çünkü geçersiz. Onu da yapmıyor ama buraya geliyor, seni yaramaz, 10 bin liradan kullanacaksın. Böyle bir adaletsizlik olabilir mi? Böyle bir adaletsizlik olamaz sayın yargıçlar. Siz eğer iki tane yanlış yapıyorsanız ikisinde de yanlış yapacaksınız. Ya da doğruyu uygulayacaksınız.

Katılımcı:

Hocam, belediye emsal dışına çıkılmasına engel olmak istiyor. Sen gerçek değeri göstermek istersen emsal diyor burada düşük, sen gerçeği gösteremezsin diyor. Belediye söylüyor.

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA:

Bir de belediye bunu zorluyorsa ama sen ille ve kat'a 1 milyon lira ödüyor oraya. Öbür tarafa bahşediyoruz. Buradaki adaletsizliği kim nasıl çözecek?

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet Hukuk Antropolojisi diye bir kitap okudum. Biraz okuması zordu tercüme olduğu için. Tercüme biliyorsunuz bazı sakatlıklara mâl oluyor. Orada diyor ki geleneklerin, örf ve âdetin getirdiği refleksler kolay kolay aşılamaz. Yani özellikle doğulu toplumlar batının bazı kanunlarını alarak kısa zamanda modernleşeceklerini sandılar. Ama bu gelenek bir süre sonra çeşitli adlar altında hükmünü icra ettirmeye başladı. Bizim böyle bir sorunumuz da var. Buyurunuz Şebnem Hocam. Yalnız son birkaç dakikamız kaldı. Ondan sonra önceden beyanda bulunayım. Bir aile fotoğrafı çektirelim. Hepimiz çok büyük zamanınızı ayırdınız. Çok teşekkür ederiz. Ondan sonra da öteki toplantıya ancak yetiştireceğiz ana toplantıya.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Hocam teşekkür ederim. Aslında bakın, dönüp dolaşıp sabahtan beri hep aynı noktaya geliyoruz. Bir şey dikkatimizi çekiyor mu? Kanunu uygulamamamızın sonuçları bunlar. Eğer yargımız gerçekten Kanunu uygulasa, biraz önce Çiğdem Hocamın dediği o kadar doğru ki. Ben eğer bedelde muvazaa yapıyorsam bu geçersizliktir, kesin hükümsüzlüktür. Ben bunu kısmi geçersizlik, sen vergini ödersen ben bunu geçerli sayayımla gidersek işte sonuç bu noktaya geliyor. Öyleyse bizim Kanunu uygulamamız lazım. Bakın birkaç kişinin canı yanacak. Evet bir kısım yapılan sözleşmeler geçersiz olacak. Ama ondan sonra bir daha yapılacak mı? Hayır. Eğer biz Kanunu yargı olarak eğip bükmek yerine düzgün uygulayacak olursak kanunlarımız güzel. Yeter ki uygulayalım. Burada ben Hocama şiddetle katılıyorum. Aslında önalım hakkının kullanımı nedir? Önalım hakkı nasıl bir haktır? Yenilik doğuran bir haktır. Yenilik doğuran haklar nasıl kullanırlar? Tek taraflı irade açıklaması ile kullanılırlar. Biz bunu dönüp dolaşıp da neden

dava yoluna bağlıyoruz? Son derece yanlış bir şey. Gerekçe de aynen, Çiğdem Hocam söylüyor, herkes dava açıyor da o yüzden böyle yapıyoruz. Ya böyle bir gerekçe olabilir mi? Kanunun böyle bir gerekçesi olabilir mi? Burada bence acilen düzelmesi gereken işte hani Kanunda bir şey düzeltmemiz lazım ya bunu düzeltmemiz lazım. 22 yıllık bir hatayı düzeltmemiz lazım. Bunun dava yoluyla kullanılması doğru bir şey değildir. Eğer dava yoluyla kullanılmazsa bu yaşadığımız sorunların %90'ı zaten kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Yargının da gereksiz yükü ortadan kalkacaktır.

Hakan GÜZEL:

Şimdi Sayın Hocalarıma saygılar sunuyorum. Çok kısa tutacağım. Çiğdem Hocam vergiye ilişkin bir şey söyledi. Gelir İdaresi Başkanlığımızdan kimse olmadığı için ben onların yerine söylemeyeyim. Bir harç aslında bahsettiğimiz konu, Hocamın da bildiği üzere. Harçlara ilişkin düzenlemelerde Hasan Hocamın bıraktığı yerden devam etmek istiyorum. Hukuk antropolojisi, hukuk psikolojisi, hukuk sosyolojisi ve en temelde de bütün toplumda başta da hukuk camiasında, özellikle sahada, bu bir itham değildir, lütfen yanlış anlaşılmaktan sizleri tenzih ederim, hukuk etiğine şiddetle ihtiyacımız var. Yani bizde bir vatandaş masumiyeti gibi bir genel kabul var. Bir devletçi bakış perspektifi değil bu, bakın yani bütün sorunları aslında vatandaşın kendi menfaatçi ve pragmatik yaklaşımına bağlı. Bu kadar insan oturuyoruz, oralardan buralardan geliyoruz, mesai harcıyoruz ve tartışmaya başlıyoruz. Fakat okuldan mezun olup sahaya çıkan arkadaşlarımız hemen ertesi gün, yani o kadar çok fazla örnek var ki anlatmak, vaktinizi almak istemiyorum. Zaten kısıtlı sözü aldım. Vergiyi de indirseniz, vergiyi de efendime söyleyeyim sıfırlasanız, emin olun ki bu sorunların hepsi yaşanacak, yaşanıyor da nitekim. Çünkü Kamulaştırma Kanununda bir düzenleme yapıldı. Uzlaşma sistemi getirildi. Uzlaşılan daha ben bir tane kamulaştırma uygulaması görmedim. Çünkü hiç kimse hiçbir şeyi beğenmiyor. Önalım davası, Toprak Koruma Kanununu bununla beraber düşünmek lazım. Kısıtlamalar getirildi. Bizim bir hukuk multi disiplinimiz yok. Her şeyi böyle kompartıman kompartıman çok fazla konuşuyoruz. Dolayısıyla bu bölünmüşlüğün ve bu fazla sahipliliğin, yani bir çocuğun ebesi fazla olunca ya kolu ya bacağı derler Erzurum'da, o hesap. Yani ebeler fazla ama çocuk hep malül ve sakat doğuyor. Toptan bir iyileşmeye ihtiyacımız var, toptan bir rehabilitasyona ihtiyacımız var, toplum olarak rehabilitasyona ihtiyacımız var. Hukuk onun bir cüzü diye düşünüyorum. Saygılar sunuyorum. Çok fazla uzatmayacağım. Sağ olun.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sayın Genel Müdürüm çok teşekkür ederim. Yani şahsen ben büyük bir keyif aldım Hocam bu toplantıdan. Her bir katılımcının heyecanı, isteği, gayreti çok takdire şayan. Çok teşekkür ederiz, ayaklarınıza sağlık. Çok önemli katkılarda bulundunuz. Tabii bizim öngördüğümüz konuların bir kısmı dışarıda kaldı. Bu bize tabii Adalet Bakanlığı'na şu talebi iletmemize hak veriyor. Aynı ekiple fakat bu defa hani böyle bir törensel şey olmadan aynı yerde, aynı mekânda, aynı ekiple, kalan konuları da, güzel söyledi Hoca,

şerhimizi böyle koyalım diyor. Bakanlık yetkililerine de söylüyoruz. Başkanım burada zaten not alınıyor. Aynı ekiple, aynı yerde, fakat bu defa Mehmet Hocamın başkanlığında en büyüğümüz olarak, yeniden yapılmasını arzu ediyoruz, talep ediyoruz. Bu da gerçekten gerekli, yararlı olacak ve büyük bir ihtiyacı karşılayacak. Hepinize ayrı ayrı çok teşekkür ediyorum. Sağ olun var olun diyorum.

V. GRUP GÖRÜŞMELERİ

V. GRUP TARTIŞMA KONULARI

Miras Hukuku

- Türk Toprak Hukukundan Kaynaklanan Kısıtlamalar Işığında Terekedeki Taşınmazların Paylaştırılmasından Kaynaklanan Sorunlar
- Ölüme Bağlı Tasarruflarda Murisin İradesini Öne Çıkarmaya Yönelik Yapılması Gereken Düzenlemeler
- Mirastan Feragat Sözleşmesinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri
- Doğal Afet Sonrası Düzenlenecek Mirasçılık Belgelerinde Ölüm ve Gaiplik Karinesi
- Mirasçı Bırakmaksızın Ölen Kişilerin Mal Varlığının Hazineye İntikalinde Yaşanan Sorunlar
- Miras Hukukunda Arabuluculuk
- Mevzuat ve Uygulamadan Kaynaklanan Diğer Sorunlar ve Çözüm Önerileri

V. GRUP ÇALIŞMASI

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Sayın hocalarım değerli katılımcılar hoş geldiniz.

Çalıştayımızın miras hukuku konulu toplantısına başlamadan önce hepinizi saygıyla selamlıyorum. Bugün tartışma konuları sizlere bildirilmiştir herhalde. Toprak hukukundan tutun da ölüme bağlı tasarruflar, murisin iradesi, miras hukukunda arabuluculuk, mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan sorunlar ve çözüm önerileri gibi çok değişik konularımız var. Bu konularla ilgili olarak, hepimizin zaten uzmanlık konusu, söz almak isteyen katılımcılarımız olursa buyursun. Dolayısıyla çok değişik konular, sorunlar. Bunlara bağlı değiliz. Bunun dışında da yine miras hukuku ile ilgili aklınıza gelen aksaklıklar, çözüm önerileri olursa her konuda konuşabiliriz. Tabii süre sınırlı olduğu için, demin Sayın Hocam da dedi, ayrı alt gruplar oluşturulabilir ama süremiz kısıtlı. Herkes her konuda dilediği öneride bulunabilir veya açıklamada bulunabilir. Söz almak isteyen varsa sıra ile başlayalım bu konularla ilgili olarak. Konular herhalde daha önce geldi size yani gelmeyenler varsa okuyalım.

Diyor ki; Türk toprak hukukundan kaynaklanan kısıtlamalar ışığında terekedeki taşınmazların paylaştırılmasından kaynaklanan sorunlar. Bu en çok belki günümüzde karşımıza çıkıyor, fakat bu hukukla alakası yok. Biliyorsunuz Türkiye'de bizim toplum yapısında, arazi toprak kavgasında 3 ölü 5 yaralı birbirlerine giriliyor. Hani biz güzel, Kanunu İsviçre'den almışız ama ben hep onu diyorum, dün de konuşuldu, Türk Medeni Kanunu doğumdan ölüme kadar ölümden sonra mirasla her konuyla ilgileniyor. Hatta doğmadan önce biliyorsunuz çocuk ana rahmine düştüğü andan itibaren, cenin dediğimiz, medeni haklardan istifade eder. Ana rahmine düştüğünde başlıyor, öldükten sonra da peşimizi bırakmıyor, miras hukuku adı altında ölenlerin mal varlığında böyle bir hukuk dalı yok. Yani kişinin doğumundan ölümüne kadar her konuda bizim ana bilim dalıyla ilgili bir olay, bir sorun mutlaka çıkıyor. Mesela burada ileride geleceğiz, arabuluculukla ilgili sorunlar da var. Ben kişisel olarak şunu söylüyorum. Türkiye'de arabuluculuk şöyle işe yaramıyor; zaten kişiler birbirini tanıyor, anlaşacak olsalar arabulucuya gitmezler ki. Ama ben çok olay gördüm, olsun hocam inadına para da versem sürünsün diyor karşı taraf için. Yani mantıklı, menfaate uygun çözüme de yanaşmıyor. Bu tabii uygulamada olan konular. O bizi ilgilendirmediği için biz teorik olarak olması gerekeni söyleyeceğiz. Hangi arkadaşımız istiyorsa ondan başlayalım. Nasıl derseniz. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM:

Şimdi ilk konu başlığı ile ilgili olarak söz almak istiyorum. Türk toprak hukukunda kaynaklanan kısıtlamalar. Şimdi bu kanuna baktığım zaman bir de tabii ki miras hukuku problemlerinin süratle çözümlenmesi ve insanların bir daha karşı karşıya gelmemesi amaçlanmalı bence yapılacak düzenlemelerde. Bir hüküm var ki bu Toprak Korunması Hakkında Kanunla

getirilen değişiklikler en son 2014 yılında, eğer tarımsal arazinin vasfı değişirse 20 yıl sonra dahi, 20 yıl içerisinde kişiler paylaşmanın bu yeni duruma göre yapılması noktasında, aradaki gelir farkı, değer farkı falan olacak olursa, buna göre bir hak talep edebilecekler. Yani 20 yıl süreyle bir dosyanın açık kalması ve insanların hani uyuşmazlık sona erdikten sonra, bir biçimde yıllar geçtikten sonra, amcanın da yeğeni tanımadığı, "artık ayıp bu tür talepler ileri sürülür mü, bu dosyalar kapandı" denilecek bir noktayı geçtikten sonra tekrar o dosyaların açılması, amcanın yeğeni, yeğenin amcayı takmadığı, birbirine saygı duymadığı bir noktada tekrar bu kavgaların derinleştiği, hatta bunların daha da kötüye gittiği, sosyal ilişkileri bozduğu bir noktaya doğru gidiyoruz. Bu sürenin en fazla 5 yıla düşürülmesi, bu işlerin bitirildikten sonra, insanların ön göremediği süre 5 yıllık bir süre olabilir ama 20 yıllık bir sürede Türkiye'de çok şey değişir. Ben süre bakımından biraz daha düşürülmesi gerektiğini düşünüyorum işin açıkçası.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Buyurun efendim.

Katılımcı:

Başkanım, Başkan beyle ben İstanbul Bölge Adliye Mahkemesindeydim. Bizim ağırlıklı olarak bu konularda gördüğümüz kadarıyla, biz mirasçılık belgesinin iptali kısmına bakıyoruz. Acaba onu da buradayken değerlendirebilir miyiz? Gündeme onu da alabilir miyiz?

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Tabii istediğiniz konuda önerileriniz varsa konuşalım. Hatta ben şunu söylüyorum, tabii çoğu arkadaşlarımız genç de eskiden cep telefonunun olmadığı, WhatsApp'tı, Google'dı, UYAP'tı hiçbir sistemin olmadığı dönemde bile 5 yıl uzun bir süre hocamın dediği gibi. Şimdi bırak 20 yılı bir hafta içinde her türlü bilgiyi alabilirsiniz. UYAP'a girersiniz, e-Devlet şifrenizi kullanırsınız, WhatsApp var, Google var. Dediğim gibi yani 20 yıl çok uzun bir süre aslında. Hani kişinin mirasçı olduğunu veya işte amcasının oğlundan mı, dayısının oğlu ile ortak bir taşınmaz mı kaldı öğrenmesi kolay.

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM:

Hocam o kısım değil de tarımsal arazinin vasfı değişirse, örneğin birisinin sihirli değneği dokunup da orası toplu konut alanı ilan edildiğinde bu tarımsal arazi 20 katına çıkıyor ve diyor ki burası da biz bölüşürken 5 bin liraydı dönümü şimdi 5 milyon lira oldu diyor. 20 yıllık süre, çok uzun bir süre., spekülasyona açık bir süre. Bunun daha öngörülebilir, daha uyuşmazlıkları sona erdirebilir, daha kısa sürede çözümlenebilecek bir süreye çekilmesi gerekiyor.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Mutlaka amaca uygun bir düzenleme yapılması gerekir kanaatindeyim ben de. Evet, buyurun.

Tamer PAMUK:
(Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hâkimi)

Sayın Başkanım ben Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi Hakimiyim. Ancak ben daha önce ahkam-ı şahsiye hâkimliği yaptım Ankara'da. Türk Medeni Kanununun 614 üncü maddesindeki iflas hükümlerine göre tasfiye pek uygulanamıyor. Biz Ankara hâkimleri olarak mevcut uygulama resmi tasfiye yapıyoruz. Güzelliği ne? Malları değerinden satıyoruz. Daha çok alacaklıları alacağına kavuşturuyoruz, daha çok borçluları borcundan kurtarıyoruz. Dolayısıyla bu tasfiyeye en yakın mirasçıların gerek mirasçı meselesinde, ya iflas hükmünün, çünkü ben araştırdım önce, gittim dedim iflas uygulayacağım, bilen yok. Bir tane makale var, mantığıma uymadı kendime göre. Bir mahkeme uygulaması var ama ben böyle yapıyorum, teftiş bize dokunmuyor, tamam resmi tasfiye yapalım. Resmi tasfiyede mirasçı atıyoruz ama bir taraftan yani kanuna aykırı bir şey yapmış olmanın da bir şeyi var, hani hâkim niye bunu uyguluyor gibi. Dolayısıyla bu Türk Medeni Kanununun 614 üncü maddesindeki iflas hükümlerine göre en azından ya da resmi tasfiye yoluyla gibi bir alternatif uygun olur mu? Bir sorunumuz yok, elimizde kalan hiç mal yok, gidiyor, taşınmazı niye satamayacağız? Ama hani gerektiği zaman belki satamadıklarımızı iflası yaparsak, bu konuyu ben gündeme getirmek istedim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Yok yok, çok faydalı günden açısından söyleyebilirsiniz. Ben hatta şunu söylüyorum, burada konuşulanlar burada kalmasın. Hocam olsun, siz olun bunları yazılı olarak sayın Adalet Bakanlığına bildirelim böyle bir düzenleme yapılması uygun olur diye. Onlar da uygun görüyorsa yapsınlar.

Katılımcı:

Evet, zaten ben bu durumdan bahsettim ama gündem biliyorsunuz.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Evet, teşekkür ediyorum. Buyurun.

Oktay ESER:
(Tarım Bakanlığı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü)

Sayın Hocamın konusunu gündeme getirmek istiyorum. Özellikle şunu belirtmek istiyorum. 2014'ten sonra çıkan 6537 sayılı Yasayla birlikte tarım arazisi satış, miras, iflas, hisselendirme, tüm iş ve işlemler Tarım Bakanlığının iznine tabi biliyorsunuz. Hocamın dediğine katılıyorum, haklı. Yani 20 yıl önce miras hükümlerine göre miras taksim işlemi yapılmışsa, 20 yıl sonra o arazide değer artışı meydana gelmişse sonradan o mirasçılar hak sahibi olacak. 5403 sayılı Kanunda hakikaten bu büyük bir sıkıntı. Diyeceksiniz ki 8-9 yıldır bununla ilgili bu madde hükme göre uygulayıcı kuruluş olarak herhangi bir işlem yapıldı mı? Yapılmadı. Yani aslında şu anda bu madde hükmü kadük, kullanılan bir hüküm de değil zaten. Çünkü niye? Uygulanabilirliği çok zor. 20 yıl önce mirasçılar kendi arasında bir taksim yapmış, 20 yıl sonra arazide değer artışı meydana gelmişse o mirasçılardan hak almasın. Bu ne kadar doğru? Hocamın dediği çok doğru, teşekkür ediyoruz. Şimdi 15.05.2014'ten sonra tarım arazileri satışı, iflas, miras işlemlerinin hepsi 5403 sayılı Kanunda değişiklik yapan 6537 sayılı Yasayla Tarım Bakanlığının iznine tabi bildiğiniz gibi. Şimdi burada biz uygulayıcı kuruluş olarak ciddi sıkıntılar yaşıyoruz. Yani Türk Medeni Kanununun 659 uncu maddesinden 668 inci maddelerine kadar hepsi çıkarılmasına rağmen, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668 inci maddeler tamamen iptal edilerek 6537 sayılı Yasaya özgülenme yapılmıştır. Yapılırken bazı madde hükümleri Türk Medeni Kanununda sonuç olarak, biz uygulayıcı olarak, mesela 664 üncü madde elbirliği mülkiyetinin sonlandırması, kaldığı için şu anda herhangi bir, bizim 5403 sayılı Kanunla şu anda Türk Medeni Kanununun 664 üncü maddesi çakışmaktadır. 664 üncü maddesi ne? Elbirliği mülkiyetinin sonlandırılması. Elbirliği mülkiyetinin sonlandırılmasında ortaklarda herhangi bir itiraz yoksa hâkim direkt elbirliği mülkiyetini pay mülkiyetine dönüştürmesini yapabiliyor. Ama bizim 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde kriterlerimiz var. Ne diyoruz? Diyoruz ki bir mirasçıya, 2014'ten sonraki ölümler için diyorum, ya da bir mirasçı değilse gelirin katları şeklinde ya da aile malları ortaklığı ve kazanç malların ortaklığı kurulmasına ya da limited şirketine ya da üçüncü kişiye devredilmesine. Daha açık ifadeyle biz 2014'ten sonraki ölümlerde tek bir mirasçıya verilmesini öngörüyor. Kanunun asıl amacı bu. Çünkü tarım arazileri satış, iflas, hisselerin bölünmesini engellemek için. Çünkü daha küçük parsele düştüğü zaman biliyorsunuz ekonomik tarım yapamayacaktır. Bunun önüne geçmek için 5403 sayılı Kanun değişiklik yapan 6537 sayılı Yasayla Kanunun 8 inci maddesinde bu hüküm getirilmiş. Bu madde ile Türk Medeni Kanununda şu anda var olan, uygulamada olan 664 üncü maddesi çelişki oluşturuyor, çakışıyor. Yani herhangi bir miras kaldıysa, mahkemeye gidersen, kanunu hâkim görmemezlikten gelirse elbirliği mülkiyetini sonlandırarak Kanuna tezat bir karar vermiş oluyor.

Örneğin bir sürü mahkeme kararı var. Bizim 5403 sayılı Kanunu görmemezlikten gelerek Türk Medeni Kanununun 664 üncü maddesine göre karar vermektedir. O zaman ne oldu, bizim kanunumuz amacına ulaşamadı. Bunun için Türk Medeni Kanununun 664 üncü maddesinde değişiklik yapılması gerekiyor. Tek bir cümle ile biz bunu Adalet Bakanlığına da aslında resmi yazıyla Tarım Bakanlığı olarak bildirmemize rağmen bir sonuç

alamadık. Çünkü tarım arazileri ciddi anlamda bu kanun hükmüne göre parçalanıyor. Ne yapıyor? Mesela kooperatif hissesi var, kooperatif dağılıyor, hisse sonunda dağıtım yapılıyor, Türk Medeni Kanununun 664 üncü maddesi, elbirliği mülkiyetinin pay mülkiyetine dönüştürmesi. Mesela, siz kendi aranızda anlaşamadınız, gidiyorsunuz mahkemeye, direkt bu madde hükmüne göre hâkim karar veriyor. Hâkime şunu diyemezsin; 5403 sayılı Kanuna göre karar ver. Öyle bir emir veremezsin zaten. O madde hükmünde ne yapacağız, değişiklik yapacağız. Türk Medeni Kanununun 664 üncü maddesine, bunu bir teklifte sunduk kanun tasarısı olarak, tarım arazileri hariç ibaresini eklersek, hâkimler bu madde hükmüne dayanarak karar vermeyecek. Otomatik olarak 5403 sayılı Kanuna göre karar vermek durumunda kalacak. Şu anda bununla ilgili bizim kanuna tezat, aykırı bir sürü mahkeme kararı var. Buna dikkatinizi çekmek istiyorum, bu ciddi bir olay, Çünkü tarım arazilerimiz parçalanıyor. Bir örnek vermek istersek; Türkiye'de şu anda ortalama işletme büyüklüğü 5,9 hektar, 59 dekar. Almanya'da 45 hektar, İngiltere'de 53, Amerika Birleşik Devletleri'nde 118 hektar. 5,9 hektar olan işletme büyüklüğümüz tarım arazilerimiz gittikçe parçalanıyor. Bunun önüne geçmenin yolu Türk Medeni Kanununun 664 üncü maddesine tarım arazileri hariç ibaresi eklenirse en azından bizim şu andaki mevcut kanunumuzu işler hale getiririz diye düşünüyorum. Konu denk geldikçe fikrimi söyleyeceğim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Ben teşekkür ederim, sağ olun. Gerçekten tarım arazisi Türkiye'nin belki en önemli konusu. Çünkü bir savaş çıktığı zaman şu iphone telefonu yemeyeceğiz. Ekmekle su lazım, yani insanın hayatta kalması için gerekli olan gıda ve sudur. Dediğim gibi hangi sebeple olursa olsun tarım arazilerini tarım amacıyla kullanalım, bölünmesin devlet fazla fazla herkesi hakkını versin, kimse mağdur olmasın. Devlet hazineden onun karşılığını ödeyip gerekiyorsa kamulaştırsın, devlete kalsın, kişi mağdur olmasın, fazla fazla miras hakkını da ödeyelim. Ama dediğiniz öneri çok isabetli, teşekkür ediyorum. Buyurun Hocam.

Dr. Öğr. Üyesi Osman Levent ÖZAY:

Sizin nezdinizde herkesi saygıyla selamlıyorum. 6537 sayılı Kanunu yüksek lisans tezi olarak çalıştığım için Tarım Reformu Genel Müdürlüğü ile ilgili birkaç hususu belirtmek isterim. Öncelikle uygulamada bazı temel sorunlar var, sizlerin de belirttiği gibi. Ancak Türk Medeni Kanunuyla herhangi çakışma söz konusu değil. Çünkü sonraki özel kanun ve 5403 sayılı Kanundaki düzenlemelerimiz zaten emredici nitelikte. Orada sadece mirasçılar arası iradeyi devirler bakımından bir tamamlayıcılık söz konusu. Yani onlar terekede bir tarım arazisi varsa bir yıl içerisinde mirasçılar eğer isterse kendi aralarında bir iradi devir yapabilirler noktasındaydı. Burada uygulama ile ilgili temel bazı eleştiriler olabilir. Bunların da bir noktada ben biraz Tarım Bakanlığından kaynaklanabildiği kanaatindeyim. Mesela elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi ile ilgili 2020 yılında getirilen değişiklikte el birliğinden paylıya dönüştürülecek ise terekedeki tarım

arazilerinde Tarım Bakanlığı, il-ilçe tarım müdürlükleri izin versin denildi. Şöyle sorunlar oluyor uygulamada. Mahkemelerde ortaklığın giderilmesi davaları açılıyor, terekedeki tarım arazi ile ilgili de özellikle ilk derece mahkemesi farkında değilse 5403 sayılı Kanunu dikkate almadan bir karara hükmedebiliyor. Tapu müdürlüğüne gittiğinde, tapu müdürlüğü; benim genelge gereği bunu tarım müdürlüğüne sormam gerekiyor, diyor. Tarım müdürlüğüne sorunca da tarım müdürlüğü diyor ki; elbirliği mülkiyetinde olan bir tarım arazisi aslında bir paydır, paylı mülkiyete çevirmek birden fazla pay anlamına gelir. 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde diyor ki bize; pay ve paydaş adedi artırılamaz, bu paydaş adedini artırmak anlamına geliyor, ben izin veremem. Mahkeme kararı bu sefer kadük bir noktaya geliyor. Belki bu noktada emredici hükümlerin. 5403 sayılı Kanunun emredici niteliğinden kaynaklı sulh hukuk mahkemeleri nezdinde bilinmesi gerekliliği zaten, yani emredici sonraki bir özel düzenlemeden bahsediyoruz. Hani bilinmemesi gibi bir durumun söz konusu olmaması lazım.

Fadıl Hocamın dediğine naçizane ekleme yapmak isterim. Evet 20 yıllık süre çok uzun gerçekten. Ama çok özel iki şartta sadece uygulanıyor oradaki durum. Tarım dışı amaçlı kullanım söz konusuysa ve mirasçılardan ehil mirasçı, biz bu tarım arazisini gelir değeri üzerinden özgülemişsek, yani o tarım arazisinin kendi ranta bağlı ya da taşınmaz değeri değil de o araziden 5 yıl boyunca ekonomik olarak ne kadar bir gelir elde edildiği, bunun Tarım Bakanlığı ve TÜİK üzerinden verileri var, o veriler üstünden hesaplanıyor, yani çok özel ve istisnai bir durum. Eğer burada süreyi kısaltırsak o zaman ehil mirasçıya verme ile ilgili bu sefer mirasçının çok zenginleşmesi gibi bir durumda söz konusu olacak. Dolayısıyla hani bir süre en azından bu yükümlülüğü taşıması gerektiği kanaatindeyim. Burada çok vaktinizi almadan birkaç hususa daha değinmek istiyorum. Kanun yapılırken mirasçılar arası iradeyi devir noktasında aile malları ortaklığı imkânı vardı. Yani 1 yıl içerisinde aile malları ortaklığı kurabilir mirasçılar deniyordu. O dönemde de aslında tasarıda ve komisyonlarda çok söylendi fakat belki gözden kaçtı.

Uygulamada şöyle oluyor Hocam; 1 yıllık süre içerisinde eğer mirasçılar paylaşmazsa kural olarak 3 aylık bir ihtar süresi veriyor, ihtar çekiyor bakanlık ve 3 ayın sonunda dava açması gerekiyor, açabilir diyor takdir yetkisi. Tarım Bakanlığı halihazırda bildiğim kadarıyla bu yetkisini kullanmıyor, herhangi bir dava yoluna gitmiyor. Bu 1 yıllık sürede de herhangi bir şekilde bundan endişe eden mirasçılar, ki 2015'li yıllarda oldu bu da, notere gidip aile malları ortaklığı kurup yine aynı şekilde hiçbir şey olmadan, aralarında paylaşmadan elbirliği mülkiyetli devam ettirdiler. Belki bir noktada işte amiyane tabirle hafta sonları gidelim de mangal yakalım piknik yapalım denerek bu araziler ne birleştirilebildi ne ekilebildi ve bunların toplamı da çok ciddi bir ekonomik kayba sebep oldu. Bu noktada belki aile malları ortaklığının da kaldırılması ve daha rijit düzenlemeleri sağlayacak daha emredici hükümlerin gelmesi gerektiği kanaatindeyim. Çünkü 1940'lı yıllardan beri model aldığımız İsviçre'de BGBB Kanunu üzerinden çok net bir şekilde bunlar uygulanıyor. Hatta mirasçı 3 yıl boyunca kendisi ekip biçmez ya da birisine ekip biçtirtmez ise diğer mirasçılara, öncelikle saklı paylı mirasçılar olmak üzere ya da orada kiracı var ise onlara özel alım hakları tanınıyor.

Bu noktada Türk hukukunda sınırdaş arazi malikinin ön alım hakkı kalktı ama bizzat araziyi işleyecek ya da işleyebilecek pozisyonda olan kişilere

bir alım hakkının tanınması gerektiği kanaatindeyim öncelikle. Bir de Hocam genel dünyadaki tarımdaki gidişata bakarsak daha kapitalleşme tarımı da etkiliyor. Çiftçi tipi anonim ortaklıklara geçiş yapılması lazım. Senelerce Türkiye Cumhuriyeti bu konuda kooperatifler bağlamında çok çalışmalar yaptı ama kooperatifler de bildiğimiz üzere tamamen kooperatifin ortaklarına belirli imkanlar sağlamak noktasında. Oysa mülkiyetlerin hala kendisinde olduğunu bilirse kişiler ve anonim ortaklıklara bu şekilde sermaye olarak getirirse tarım arazilerini ve karşılığında kâr payı alırsa bizim zaten o anonim ortaklıktaki pay üstünden şirket payı olacağı için, tarımsal arazi ile ilgili sorunumuz da ortadan kalkacak, bölünme sorunu da ortadan kalkacak. Şirketlerdeki hisseleri mirasçılar kendileri birbirine zaten devrederek ya da miras sırasında istediği kadar paylaşılsın, paylaşılan şey tarım arazisindeki kâr payının paylaşılması olacak. Araziler bölünmeyecek ve çok daha büyük bir arazide tarım faaliyeti yapabileceğiz noktasındayım. Çok teşekkür ederim sabrınız için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Ben teşekkür ederim. Gerçekten çok spesifik bir konuda sizin çalışma yapmış olmanız bizim için şans oldu konuyu bilmeniz açısından. Teşekkür ederim.

Aybüke ERDEM:
(Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi)

Başkanım bölüyorum, kusura bakmayın. Katılımcılarımızın görüş ve önerilerini kâtip arkadaşımız yazıyor da sonunda böyle cümle ile özetlerse meram daha düzgün anlatılır kendileri tarafından diye düşünüyorum. O konuda da yardımcı olursanız.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Tabi tabi. Önerisi olan sayın hocalarımız, katılımcılar, biraz açıklamalı olursa eğer sunduğumuz makam ne olduğunu anlasın. Şimdi bir tarım arazisindeki resmi tasfiye nedir bilmeyebilir haklı olarak onu bir açıklama yaparsak iyi olur.

Katılımcı:

Tarım arazileri ile ilgili bir şey önerebilir miyim?

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Tabi, buyurun.

Katılımcı:

Hocam bu tarımsal arazilerde paylaşmada ortaya çıkan bu 20 yıllık süre ile alakalı temel problem, aslında tarımsal arazilerin gelir değerinin esas alınarak paylaşılması. Hocam Türkiye'de son yıllarda tarımsal arazilerin gerçek değeri gelirlerinin çok üzerine çıktı. Eğer paylaşmada gerçek değer esas alınırsa aslında hiçbir problem kalmaz. Örneğin Ege Bölgesi, Akdeniz, Marmara bir tarımsal arazinin gelir değeri çok düşükken gerçek değeri çok, belki 10 kat, belki 20 kat, belki çok daha fazla. Gelir değeri yerine gerçek değer esas alınırsa hiçbir problem kalmaz diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Ben herkesi sevgi ile selamlıyorum. Şimdi ben aslen Ankaralıyım. Bizim oradaki en büyük tehlike pandemi ile birlikte hobi bahçeleri. Şimdi ben İsviçre'de kaldım. İsviçre'de kaldığım yerde de bizim Türklerin de vardı ama bir bölgedir orada küçük küçük herkese bahçeler verilmiştir, sadece bahçedir ve onu eker biçer ve belediyeye belli aidat vardır verilir. Yani mülkü değildir, belediyenindir, belediyeden kiralar. Şimdi bizim orada, kendim Ayaşlıyım Temelli o kesimdenim, inanın o güzelim tarım toprakları, hobi bahçeleri adı altında peşkeş çekiliyor. Dediğim gibi yarın yetiştireceğimiz tarla yok, bir kere insanlar oraları çok talan etti. Yeraltı sularımız kirleniyor, mesela ben satmadım, yanımdaki sattığı için benim tarlam da tamamen plastik poşet. Ondan sonra kullanılamaz hale geliyor. Güzelim tarım toprakları peşkeş çekiliyor. Kaç kere şikâyet etmemize rağmen Ayaş Belediyesi ha yaptım ha yapacağım, bundan gelir elde ettiği için rant elde ettiği için bir türlü karşılık vermedi.

Diğer taraftan, en kötü kısmı ve en acı kısmı hiçbir hukuki dayanak yok. Kooperatif adı altında kuruluşlar var. Onların vasıtasıyla güzelim tarım toprakları, Polatlı, Temelli orayı düşünün, onlar peşkeş çekiliyor. Böyle dümdüz ovadır, suludur ve sulu araziyi birilerine mangal yaksın bilmem ne yapsın diyor. İsviçre'de ben kendim de gördüm bizim Türk'ün de vardı, giderdik ama belediyeden kiralardık. Bugün bir kere nasıl aldınız diye sorduğunuzda kooperatif adı altında kuruluyor, 30 dönüm tarım toprağını her birer metrekare ile ayırıyor, tel çekiliyor, ondan sonra oraya evler, kulübeler ne ise yapılıyor ve bunun mülkiyeti var mı, elinizde tapu var mı? Yok. Peki niye aldınız? İşte satıyor. Bu kooperatif adı altında uyduruk kaydırık bir şey var, hiçbir kanuni zemini yok. Bugün ne yazık ki Ankara özelinde tarım toprakları diye bir şey yok ve ilk önümüzdeki 5 yıl içinde resmen kendim çok direniyorum. Temelli yolunda bir toprakta miras şahsıma düştü. Çok söyledi, satmadım ama etrafı satılmış durumda, benim tarlamda plastik poşetten geçilmiyor ve hiçbir altyapı yok, bunun kanalizasyon problemi, yeraltı suları problemi, buna ulaşım olsun diyerekten her yeri bölmüşler. Güzelim o koca, uzun, dümdüz ovaya bir de Ankara sanayisini getirdiler.

Köyleri kaldırdılar. Türk Obası köyü kalktı, kaldırıldı tamamen kamulaştırıldı. Ve o kadar tarım arazi ki. İsviçre'de bizim kaldığımız yerin hemen yanında mısır ekiliydi, biz mısır tarlasının yanında oturuyorduk. Bakın öyle güzel bir yerde, biz son dönemde yok hobi bahçesi yapacağım, yok uzun uzun evler yapacağım diye zaten son 6 Şubat'ta da gördük ne yaptığımızı. Yani Amik Ovasına havalimanı yaptık. O güzelim Amik Ovasını, sulu araziyi bitirdik. Ne yazık ki büyük bir tehlike hobi bahçeleri. Mirasçılar gidiyor hobi bahçesi adı altında ne hukuki dayanak var, ne ellerinde bir tapu var. Her şeyden önemlisi bence yarına ilişkin tarım arazimiz kalmayacak, resmen açız. Bugün en büyük tarlamız, sırf o hobi bahçesi vatandaşları yüzünden ızale-i şuyu ile satılıyor. Her bir metrekareye tel çekiliyor. O kadar ki dümdüz tavan tarla, ova ve sulu arazi, hiç sulu arazi, kuru arazi diye fark etmiyor. Bakın İsviçre'de var ama dağın başındaydı bizim Türk'ünki, İsviçre'de nasıl onu değerlendirmiş, dağın başında ekilmeyen, dikilmeyen yere size bahçe yapmış hafta sonları gel yap diyor. Ama biz yanlış anlamış bu kısmı. Onun için bence Tarım Bakanlığının, Adalet Bakanlığının buna çok acil olarak... Türkiye'nin geleceği bitik. Bildiğiniz o Çubuk Ovası düşünün, Çubuk Ovası diye bir şey yok. Ayaş'ın o domates yetiştirilen ovaları yok, Bayram Köyü yok. Çok büyük bir tehlike bence, bir de mülkiyet diye bir şey yok. Çünkü Türk Medeni Kanununda tanımlanan mülkiyete karşılık gelen bir düzen yok. Ne yazık ki Bakanlık buna göz yumuyor. Bence bu kamu düzenini ilgilendiren bir durum. Buna mutlaka bu anlamda önem verilmeli diye düşünüyorum ve bunun hem bir kanuni dayanağı olmalı hem de sulu arazide işte verimli arazide bunlar ayrılmalı en azından geride kalanlar için. Çünkü her yer hobi bahçesi ve her yer poşet, inanılmaz bir pislik, çevre pisliği, yeraltı sularımızın kirliliği. Yani bir de çok sosyal bir durum, köyde hiç bilmediğimiz insanlar, köyde eroinden, şundan bundan tutuklananlar, çünkü bizim köyün sınırlarında yaşıyorlar. Bunlara bence bir dur demek lazım. Onun için hem Tarım Bakanlığı hem de Adalet Bakanlığı buna bir düzenleme getirmeli diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Çok teşekkür ediyorum. Buyurun efendim.

Oktay ESER:

Hocam merhabalar tekrar. Şimdi hocamın dediğini destekler şekilde, dediği doğru, çok doğru hakikaten. Önce kooperatif kuruluyor, işte diyelim ki 100 dekarlık bir arazide bin tane hisse alıyor. Ondan sonra da kooperatif fesih ediyor kendini, hissesi oranında üyelere dağıtım yapıyor. Eğer ki Tarım Bakanlığından görüş isterlerse yapamıyor bunu çünkü. Ne yapıyor? Mahkemeye gidiyor, mesela kooperatif fesholacak, hisse soran üyeler hisse alıyor. Normalde tarım arazilerinin parçalanmaması gerekirken o hisseler dağıtılıyor. Neyle dağıtılıyor? Türk Medeni Kanununun 644 üncü maddesine atıfta bulunarak, bu madde hükümlerine dayanarak hâkimin karara veriyor. Ne yapıyor? Kooperatifin ne kadar hissesi varsa o hissesi oranında onlara geçmesini sağlıyor. Bir gafletimiz bu. Hocamın dediği doğru.

İkincisi de şu; Hocamın dediği gibi gerçekten hobi bahçeleri şunlar, bunlar hepsi yasak aslında, tarım dışında kullanılanların hepsi yasak, yani adam 3 katlı bina yapmış, hobi bahçesi, ne alaka. 5403 sayılı Toprak Koruma Kullanımı Kanununun 21 inci maddesi de var ama bu madde hükmü, bizim Tarım Bakanlığının diğer bir Daire Başkanlığımıza bunu işletemedik, işleyemiyor. Bakın gerçekten çok zor. Yani diyor ki tarım dışındaki tüm arazileri üstünde bina varsa bunu yıkın, eğer yapmazsa hapis cezası bile var. Bu madde hükmü 2020 yılında çıktı. Ekrem Pakdemirli zamanında, Bakan - biraz siyasi bir konu ama- üstüne gitmeye kalktı. Ama o kadar güçlü bir şey var ki bu konu üzerinde gücümüz yetmedi daha doğrusu. Bu madde şu anda işletilemiyor. Madde var, Kanun da var. Yıkılması gerekiyor, eski haline getirilmesi gerekiyor, ama yapılamadı.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Buyurun.

Tamer PAMUK:

Değerli hocam, bir şeyi engellemeye kalkarsak Hocamızın da dediği gibi bu hobi bahçeleri insanların mülkiyet değil ama genelde baktığımız zaman, insanların imarlı bir yer alma gücü yok. Ben de tarım arazinin tabi ki bu şekilde bölünmesini uygun bulmuyorum. Bununla birlikte Hocamızın lafının bir kısmında geçen, devlet bir şeyi engellemek istiyorsa ona uygun kendisinin ürettiği çözümü, o zaman hobi bahçesinin yani tarımdan çıkmış, tam tersi uygulamalar da var. Kıraç bir yerde bakıyorsunuz hobi bahçesinin olduğu yerler değerli, yemyeşil, ağaçlı vesaire, diğer yerler daha kötü durumda kalıyor. Ama Hocamın dediği gibi sulak bir tarım arazisi yapıyorsanız, ciddi bir tarım getirisi olan bir yere yapıyorsanız hiç doğru değil. Ama cidden çok kurak bir tarım arazisinden çıkması gereken bir yere yapıyorsanız ağaçlandırıyor o insanlar. Herkes 500 metre 20 tane ağaç dikiyor. Ama devletin muradı bu mudur? Değil midir? Devlet önden gidip insanlara, güzel kardeşim böyle bir şey var, imarını alma konusunda devletin memurunda böyle bir güç yok şu anda. Dolayısıyla biz şurayı şeyden çıkalım diyerek tarıma girmeden, o da bir yarım tarım arazisi gibi oluyor aslında. Burayı imara açmayacağız, sana şu kadar bir küçük kulübe hakkı veriyoruz. Bunu düzenleyerek, sen hiçbir şeyi düzenlemezsen vatandaş da bir ihtiyaç varsa buna senin bir çözüm üretmen lazım ve bu Kanunu düşünerek üretmen lazım. Bu da dile getirilmesi gereken bir husustur. Bir de şey karmaşası var imar affı buraya girer mi girmez mi? Oraya bir bina yapıyor imar affına girer mi girmez mi? Ankara Valiliğinin bir hukuku görüşü var.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Ama gerçekten büyük bir tehlike, bakılması lazım. Mesela Gölbaşı İlçesi çok değerlidir biliyorsunuz. Ankara'nın Gölbaşı diye bir ilçesi kalmadı. Benim kendi memleketim de öyle. Polatlı, yani Kurtuluş Savaşı'nın olduğu yer, dümdüz ova, Türkobası Köyü kalmadı. Sanayi geldi. Çünkü dağlık tarafa bina

yapmak istemiyor, dümdüz ovaya Ankara Sanayisini oturttu ve köy kalmadı. Hobi bahçeleri de ayrı bir problem. Hobi bahçelerinin beraberinde değişik problem geliyor, çevre kirliliği, sularımız kirleniyor, herkes çöpünü nereye koyacak, su nasıl bağlanacak. İnanın görmelisiniz, içiniz acıyor. Yani rezalet bir yer, bir durum oldu. Hiçbir hukuki temeli yok. Yani bu kamu düzeni, ülkemizin durumu yarın açız yani resmen. Domates yetiştirilen yerde niye millet mangal yaksın diye güzelim tarlaları bölüyoruz. Bence bu bizim milli güvenliğimiz. Yakmasın, gitsin dağın başına yaksın. Burası dümdüz arazi. Onun için mutlaka üzerinde durulmalı. Bu ne kadar acı bir şey, beyefendinin dediği gibi yapamadık demek ne demek. Yarın açız, yarın Yunan saldırırsa açız. Yazın mesela Ege'deydim, her yer ev. Ne gerek var? Yunan bize atlasa biz gittik yani. Bu çok büyük bir savunma yani, ben çok üzülüyorum ülkem için. Ben ülkemi seviyorum ve ülkem için çok üzülüyorum. Yani birileri mangal yaksın diye benim arazim niye gitsin? Ne kadar büyük acziyettir üstüne gidememek. Dava açalım. Yani bu çok acı bir durum. Her köyüme gittiğimde, çünkü her hafta sonu giderim, çok üzülüyorum.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Hasan Hocam pardon çok özür dileyerek bir usul ile ilgili bir şey bir hatırlatmada bulunmak isterim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Buyurun hocam.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Değerli hocam biliyorsunuz bugünün sonunda bütün çalışma gruplarının yöneticileri yani siz bir sunum yapacaksınız. Burada ne konuşulduğu hangi sonuçlara ulaşıldıysa onları işte insanları anlatacaksınız. O yüzden şu tutanağın düzenlenmesi sizin açınızdan çok önemli.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Tabi tabi biliyorum doğru.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Demin arkadaşlarımız hatırlattılar ama konuşmacı arkadaşlarımız pek dikkat etmiyorlar buna. Yani yöntem olarak tespit ettiğimiz hukuki sorun nedir ve bu hukuki sorunla ilgili kendilerinin kişisel önerisi hangisidir? Bunu kısaca ifade edip bu tutanağa geçirilmesini sağlayabilirsek bu yaptığımız çalışma da hani bir anlamda bir işe yaramış olur.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Çok teşekkür ederim aynısını başlarken de söylemiştim. Hani Bakanlığa sunulacağı için kimin ne önerisi varsa teklif varsa bir şekilde iletsin demiştim, aynı şey. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Hocam Bakanlığa sunulma meselesi başka. Tabii ki isteyen ayrı çalışma yapsın, Bakanlığı ayrıca göndersin.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Yani burada sohbet olarak kalmasın bir işe yarasın anlamında söyledim.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Tamam, işte ben de onu teyiden ifade etmek istedim. Siz bunları anlatmak durumundasınız günün sonunda. Anlatırken elinizde bir şey olması lazım.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Tabi ben onu sizden alacağım, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Hani bunu ona göre bu mantıkla şey yapabilirsek zannediyorum bu yaptığımız çalışma da böylece bir işe yaramış olur. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Değerli hocalarım merhabalar. Usul ile ilgili zamandan kazanmak açısından şöyle yapabilir miyiz? Şimdi hızlı konuşuyoruz ya özet halinde her bir arkadaşımız, sırayla kendi konusuyla ilgili konuştukları ile ilgili birer ikişer cümle yazdırırsa en sonunda daha iyi olur. Çünkü akıcılığı bozuyor. Tek tek böyle cümle cümle yazdırmak da hakikaten kolay değil. En sonunda özet olarak arkadaşlar ikişer cümle, üçer cümle sırayla yazdırabilir, bu şekilde daha hızlı bir akıcılık olabilir.

Ben de Levent kardeşimin söylediği bir hususla ilgili olarak konuşmak istiyorum. Süre gerçekten, 20 yıl çok uzun. Mustafa Fadıl Hocama katılıyorum. 5 yıla düşürülmesi lazım. Ama o zenginleşme olayı şöyle aşılabilir. Şimdi diyelim ki gelir değeri üzerinden bir mirasçı ödeme yaptı, ehil bir mirasçı üzerine geçti diyelim, ehil mirasçı kaç para ödedi, belli bir rakam ödedi, onu biz 5 yıl sonra eğer böyle bir imar artışı olursa o rakama

yuvarlayabiliriz. Diyelim ki 10 kat mı değer kazandı, kaç para ödedin şu kadar para. Hani mal rejiminde de var ya denkleştirme alacağı gibi. 100 milyon lira ödedi 10 kat değer kazandı, 1 milyon lira ödemiş gibi hesap edip her bir mirasçıya, diyelim ki 5 mirasçı var, 200'er bin lira ödediği düşünülür. Gelir değeri imar artışından dolayı diyelim ki 5 milyon liraya çıktı, her bir mirasçıya 1 milyon lira düştü, 200 bin lira mahsup edilir, geri kalan parayı alır. Dolayısıyla kendi parası DA değer kazanmış oluyor, aynı zamanda ödemiş olduğu. Ve para üzerinden de bir hesaplama yapılabilir. Öyle bir denkleştirme imkânı olabilir, onu özetleriz birazdan, bilmiyorum eğer katılıyorsanız olabilir.

Katılımcı:

Başkanım o zaman bu tür davalara çözüm olarak yapılacak en güzel şey ormanın yasal hasım konuma getirilmesi. Orman yasal hasım konumuna getirilsin, gerekirse istinaf ve temyiz hakkı da tanınıp böylece o sorunun önüne geçilmiş olur yani. Nüfus da nasıl yasal hasım konumdaysa orman da yasal hasım konuma gelsin, kendi hakkını savunsun, orman bu şekilde olmayacağı yolunda. İstinaf ve temyiz hakkı da tanınmış olur, sorun çözülür. Böylece genel kanun, özel kanundan hangisinin uygulanması gerektiğine üst mahkeme zaten karar verir.

Oktay ESER:

Hocam bir istatistiki bilgi verebilir miyim? Kısa bir istatistiki bilgi vermek istiyorum. Türkiye'de yaklaşık olarak yılda 450.000 kişi ölmekte ve bu ölen kişilerin murislerinin %48'i tarımsal araziye sahip. Her bir parselde 13 kişiden oluşuyor, 13 hissedar. Bakın Türkiye'deki tarım arazilerinin parçalılık, hisselilik durumunu vurgulamak için diyorum. Bir hissede ortalama 13 kişi var, ölen kişilerin yüzde %48'i tarımsal araziye sahip. Türkiye'de şu anda ortalama işletme büyüklüğü 59 dekar, İngiltere'de 530 dekar, Almanya'da 450 dekar, Avrupa ülkelerinde ortalama işletme büyüklüğü 120 dekar. Ülkemizdeki tarımsal arazinin ne kadar küçük, parçalı ve hisseli olduğunu göstermek için diyorum.

Bu sadece Tarım Bakanlığının görevi de değil aslında, tüm kurumların görevi. Toprak milli bir servettir. Tüm birimler olarak biz korumak zorundayız. Tapuda koruyacak, üniversiteler de koruyacak, herkesin koruması gerekiyor. Çünkü toplumsal bir bilinç oluşması gerekiyor.

Dr. Öğr. Üyesi Osman Levent ÖZAY:

Sayın Hocam, metine de Halil Hocamın kıymetli önerileri çerçevesinde yazılması bakımından şu şekilde ifade etmemiz mümkün olabilir mi acaba? Türk Medeni Kanununun 644 üncü maddesi ile 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesi arasında bir çakışma sorunu var mıdır? Öneri olarak benim kendi naçizane fikrim özel nitelikte emredici hükümler öncelikli uygulanması gerektiği için ve 5403 sayılı Kanunun da 8 inci maddesinde tarım arazilerinin asgari tarımsal büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez ifadesi

yer aldığı için. Tarım Bakanlığının genelgesinde de olduğu üzere -ki kanunların yanında genelgenin zaten hani çok da önemi olmamakla birlikte- burada 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesi doğrudan uygulanması gerekir, özel nitelikte sonraki emredici bir hüküm olduğu için. Türk Medeni Kanununun 644 üncü maddesinde herhangi bir çakışmasının olmadığını, mahkemeler tarafından doğrudan 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin dikkate alınmasını gerektiğini, "hisselendirilemez" ifadesinin de elbirliği mülkiyetinden paylı mülkiyete çevirmenin, hisselendirme niteliğinde olacağı için 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesine aykırılık teşkil edeceği naçizane kanaatindeyim ben. Teşekkür ederim, ifade olarak kendim de özel olarak yazabilirim.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Leventciğim şimdi dediğin doğru biz yorum yoluyla buna vakıfız, biliyoruz da mahkemeler bazı kararlarında Türk Medeni Kanununun 644 üncü maddesinden bahsediyorlar genel hüküm olarak.

Oktay ESER:

Şimdi biz mahkemelere emredemeyiz, mahkemeler emir alamaz, Anayasa ilkesi. Sonuçta orada madde hükmü durduğu sürece hâkim istediği taraftan Türk Medeni Kanununa atıfta bulunarak karar verebilir. Onun için bu madde, ne diyeceğiz, tek bir cümle eklemek istiyorum, tarımsal vasıf arazileri hariç olmak üzere ibaresini eklediğimiz zaman biz, 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile çakışmasını önleyeceğiz.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Ya da özel kanun hükümleri hariç olmak üzere de diyebiliriz.

Suna TÜRE:
(Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Üyesi)

Başkanım, hâkimin konuya vakıf olması gerekiyor, şimdi ortaklığın giderilmesi davaları bize geliyor, İstanbul daha çok Trakya'dan geliyor. Önce 5403 sayılı Kanunun 8/c maddesi koşullarının olup olmadığına bakıyoruz, sonra ortaklığın giderilmesine bakıyoruz.

Hasan Hüseyin SELVİ:
(İstanbul Anadolu 32. Asliye Hukuk Mahkemesi)

Başkanım, asıl mesele şurada. Dilekçe gelince ya ister istemez hâkim önce genel hükümlere bakıyor, o kadar çok kanun var ki, o kadar çok özel kanun var ki hâkim o kanunları bazen erişemeyebiliyor. Bunun da en büyük sıkıntısı savunmada kimse olmayınca, davalı konumunda bunu savunacak

kimse olmayınca doğal olarak hâkim genel kanunu uygulamak zorunda kalıyor. Aslında özel kanununda tam olarak aydınlanmış olsa özel kanun uygulayacak. Sıkıntı buradan kaynaklanıyor.

Tamer PAMUK:

Ben Bakanlıkta, Kanun Yararına Temyiz Biriminde yıllarca çalıştım. Kanun yararına temyiz hukuki sonuçları değiştirmeyen ama Yargıtay ve istinaf incelemesinden geçmemiş kararların değerlendirildiği bir platform ve bu Resmî Gazete'de yayımlanır. Yani bir mahkeme kararı eğer derecattan geçmediyse ve kesinleşmişse -ki bu uygulamalar ona benziyor- Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne bunu gönderdiğimiz zaman, gerekçemizi, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bunu ilgili daireye gönderir, ilk derece kararını ve bu karar bozulur, bozulan karar da Resmî Gazete'de -denir ki işte şu şu sebeple özel hüküm varken genel hüküm uygulandığından işte bu kanuna aykırıdır denir- ilan edilir, artık hâkimin de bu konuda Yargıtay kararı yok. Çünkü normalde işte -Hakim Hasan Hüseyin Bey'in de dediği gibi- hazine tarafından temsil edilmediğinden Yargıtay'a gitmiyor ya da istinaf sınırında kaldığından Yargıtay'a gitmiyor, Yargıtay kararı bulunmuyor. Ama kanun yararına temyiz dediğimiz uygulama, tarafların kesinleşmiş karardaki haklarını kaldırmaksızın sadece bir eğitici hüküm olarak, yani mahkemenin bu yargılamada vardığı sonuç, uyguladığı hukuk yanlıştır şeklinde de Resmî Gazete'de ilan edilir. Artık ondan sonra hakim onu bilmiyorum da diyemez ya da Yargıtay'ın da görüşü orada olduğu için hakim onu çok daha dikkate alır. Çünkü bir mahkeme farklı karar veriyor, öbürü benim farklı görüşüm var diyor. Ama kanun yararına temyiz, özellikle hocalarımız bu yolu kullanabilirler. Kesinleşmiş ve derecatten geçmemiş bir ilk derece mahkemesi kararı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü tarafından kanun yararına temyize götürülüp de bu konuda bir içtihat oluşturulabilir, onu arz etmek istedim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Teşekkür ederim, sağ olun. Başka söz isteyen. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK:

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinden geliyorum. Çok önemli bir konu tabii ki ama ben farklı bir konuda bir şeyler söylemek istiyorum mümkünse, ama eğer bu konu devam edecekse Hocam, ama daha sonradan söyleyeyim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Tabi buyurun söyleyin.

Prof. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK:

Miras hukuku dersine giriyorum uzun süredir, ilgileniyorum, kitap var Fikret Hoca ile birlikte. Hep kafama takılan ve bu nasıl bir çelişki dediğim, bence çıkarılması gereken bir konu var, onu ben ifade etmek istiyorum. Türk Medeni Kanununun *557* nci maddesinde -yani bu iptal, ölüme bağlı tasarrufların iptaline ilişkin maddede- bu ölüme bağlı tasarrufun içeriği, koşul ve yüklemenin hukuka veya ahlaka aykırı olması hali de bir iptal sebebi olarak düzenlenmiş. Fakat biz özellikle sözleşme özgürlüğü yani Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinde hukuka, ahlaka aykırılığın kesin hükümsüzlük olduğunu ve bunun önemli bir sınırı olduğunu hep söylüyoruz. Ve gerçekten de zaten bir hukuk devleti olarak da hukuka aykırı bir şeyi ister sağlarız, ister ölüme bağlı olsun bu tasarruf, yaşatmamız gerektiğini söylüyoruz. Tabii *557* nci madde, işte bu miras bırakanın iradesinin yaşatılması, işte tasarrufun ayakta tutulması ile ilgili illaki, ama oradaki süreler yani iptal sebepleri ve bağlı olduğu süreler hak düşürücü süreler geçirildiğinde, böyle bir tasarrufu biz aslında hukuka aykırı olsa bile, ahlaka aykırı olsa bile geçerli olduğunu kabul etmek zorunda kalıyoruz. Bu aslında doktrinde de çok yer verilen bir görüş. Yani naçizane bunun mutlaka bu iptal sebepleri arasından kaldırılması gerektiğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Teşekkür ederim sağ olun. Hocam buyurun.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

İpek Hanım, çok özür dilerim. Teklifinizin karşılığının ne olduğunu kafamda yerleştiremedim de onun için tekrar etmenizi istirham edebilir miyim?

Prof. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK:

Tabii ki, Türk Medeni Kanununun *557* nci maddesinde dördüncü sebep olarak iptal sebebi, ölüme bağlı tasarrufların iptali sebeplerinden, ölüme bağlı tasarrufun içeriği koşul ve yüklemenin hukuka aykırı olması hali bir iptal sebebi olarak düzenlenmiş. Üçüncü bendin dördüncü sebep, *557* inci madde a, b, c, d onu da ifade etmeye çalıştım. Bu durumda eğer iptal talep edilmezse, böyle bir tasarrufun, biz hukuka veya ahlaka aykırı olan bir ölüme bağlı tasarrufun geçerli olduğunu kabul ediyoruz. Bunun olmaması gerektiğini yani bunun, tamam bir iradeyi miras bırakan iradesini göz önüne üstün tutma ve ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutma, yaşatma ilkesi var miras hukukunda ama bu hiçbir şekilde hukuka veya ahlaka aykırı bir iradeye de geçerlilik tanımak anlamına gelmemesi gerektiği. Onun için bu sebebin iptal sebepleri arasından kaldırılması gerektiğini. Eğer hukuka veya ahlaka aykırılık varsa tıpkı Türk Borçlar Kanundaki gibi yani tasarrufların tabi olduğu yaptırım gibi böyle bir ölüme bağlı tasarrufun kesin hükümsüz olması gerektiği.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Türk Medeni Kanununda -eğer yanlış biliyorsam lütfen düzeltin- ölüme bağlı tasarruflarla ilgili böyle kesin hükümsüzlük veya kendiliğinden geçersizlik diye bir müeyyide yok.

Prof. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK:

Şöyle sadece bu hükmü kaldırırsak bu iptal sebebini, zaten artık bu iptale gidemeyeceği için hukuka veya ahlaka aykırı olan her şey zaten kesin hükümsüz olmalı. Yani bir tasarruf bu, bir kazandırma. Onun için haydi haydi bence Türk Borçlar Kanunundaki hükmün uygulanması gerektiğini düşünüyorum ben, yani benim önerim sadece buradaki sebebin kaldırılması.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Yasa gerekçesine belki yazılabilir. Şu sebeple çıkartılmıştır, aslında bu kesin hükümsüzdür, anlamında bir şey yazılabilir gerekçeye değil mi? Yani gerekçeye yazılırsa belki bu amaçla çıkartılmıştır denilerek ancak olabilir. Başka türlü bir şey zor yani.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Evet buyurun.

Dr. Öğr. Üyesi Osman Levent ÖZAY:

Teşekkür ederim Sayın Hocam. Ben tarımsal mirasla ilgili bir başka konuya dikkat çekmek istiyorum. Ben naçizane bu konuda yüksek lisans çalışması yaptım. Hayrunnisa Hocamın görüşüne gerçekten katılıyorum. Bakanlığa bir takdir yetkisi tanınmışsa, bir yetki verilmişse bunun kullanılması lazım. Korunma ya da gerekli tedbirlerin alınması noktasında. Bir de iradi olarak tarımsal tereke söz konusu olduğu takdirde paylaşım yapılması mümkün. Hani bildiğiniz gibi kül halinde devir yapılıyor. Fakat bu devir yapıldıktan sonra arazi parçalarına da dikkat çekildi. Yani mesela bir tarımsal terekede ortalama 6,9 ya da işte 7 arazi diyelim, 7 parça arazi var. Sonrasında bunun bir mirasçıya devrinden sonra diğer mirasçılara yeniden devir yapılmasında bir engel yok. Yani tapuda farklı taşınmazların, diyelim ki 5 kardeş var, birine devir yapıldı, kül halinde devrettiler, devir yapılan kardeş diğerlerine dağıtabiliyor bunu. Bunun önüne geçilmesi noktasında da en azından 5 yıllık bir süre zarfında iradi devir gerçekleştikten sonra belki kaza-i devirde dâhil edilebilir. Bir yeniden devir söz konusu olacaksa tarımsal terekenin kül halinde devredilmesi, yine bu 5403 sayılı Kanunun hükümlerine dâhil edilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Oktay ESER:

Hocam bir şeye dikkat çekmek istiyorum. Beyefendinin şu anlamda da haklılığı var. Şimdi bir tarımsal arazide miras hükümleri bitirildikten sonra, diyelim ki beş kardeş, baba rahmetli oldu, 5 kardeşten birisine tüm arazileri devrettik kanun gereği. 5403 sayılı Kanunun 8/c maddesi gereği devrettikten sonra elbirliği mülkiyeti tamamen tek bir kişiye geçti. Topyekün geçti. 5 kardeşin malını bir kişiye verdikten sonra o 5 kardeşten bir kişi onları aynen herhangi bir kişiye hisselendirmeden, paydaş sayısı artırmadan aynen satabiliyor. Kardeşi de olabilir, dışarıdan bir kişi de olabilir, üçüncü kişi de olabilir. Yani miras bittikten sonra hisselendirmeksizin aile satışına müsaade ediyoruz. Ama ne yapıyoruz, hisselendirmesine müsaade etmiyoruz. Orada ne yapıyoruz, işletme büyüklüğünü veya toprak bütünlüğü koruyoruz miras hükümleri bittikten sonra. Ama mirasta biz buna müsaade etmiyoruz. Nasıl etmiyoruz? 5 kardeşten, işte 3 dekar, 5 dekar, 10 dekara kadar arazisi varsa bir miras bırakanın bunları topyekün kardeşlerden 1 kişi alabilir diyoruz hisselendirmede. Ama miras hükümleri bittikten sonra hisselendirmeden devretmesine müsaade ediyoruz. Şunu diyoruz, miras hükümleri bittikten sonra mirasçı kalan kişinin, kardeşin bunu en az 5 yıl, 10 yıl belli bir süre korumasını teklif ediyoruz anladığım kadarıyla. Bu aslında iyi, güzel bir düşünce.

Dr. Öğr. Üyesi Osman Levent ÖZAY:

Yani hisselendirme söz konusu değil, fakat tapuda farklı sayfalara kayıtlıysa 7 ayrı parça arazi varsa bunu 7'ye bölebiliyorsunuz sonuçta.

Oktay ESER:

7 parça alıyor 1 mirasçı, 7 kişiye satabiliyor.

Dr. Öğr. Üyesi Osman Levent ÖZAY:

Toprak bütünlüğü korunuyor ama işletme bütünlüğü korunmuyor.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Buyurun.

Katılımcı:

Hocam, Levent Hocamın bahsettiği İsviçre örneğinde derdimiz tarım arazilerini korumak ve işlenmesini sağlamak ise mirasçıların birbirleri arasında devri değil de daha çok ehil kişiye devri yani mirasçılar 3 kişiye de devredebilir, ama bu ehil olmalı. Ehil olmasından ama tarım arazinin korunması işlenmesini de sağlanması ve teşvik edilmesi anlamına geliyor.

Dolayısıyla dert aslında mirasçılardan birisinin devrini engellemek değil. Yani diğer sayın hâkim, hâkimelerin ve hocaların da bahsettiği, bir şeyi yasaklamak değil tam tersi önünü açarak koruma amacını da sağlayarak önünü açmak. Dolayısıyla bu da ehil kişiye devri, ehil mirasçıya devri, üçüncü kişi ehil mi bu konuda?

Oktay ESER:

Şimdi şöyle bir açıklık getireyim; ehil mirasçı devir olayı mahkemeye giderse, sulh hukuk mahkemesine giderse, mahkeme de ehil mirasçı belirle derse bilirkişi marifetiyle, ondan sonra devreye giriyor. Tarım Bakanlığının ehil mirasçı belirleme yetkisi yok. Sadece ehil mirasçı belirleme kriterlerimiz var. Biz bunu da yönetmelikle belirledik. Ama biz Tarım Bakanlığı olarak şu kişi ehildir diyemiyoruz. Kriterleri belirledik, sadece mahkemenin inisiyatifinde. Mahkeme yazı gönderir Tarım İl Müdürlüğüne, der ki ehil mirasçıyı belirle, bana gönder. Ona göre yani ehil mirasçı kavramı mahkemeye giderse, sulh hukuk mahkemesine gidildiği zaman gündeme geliyor. Durup dururken 5403 sayılı Kanunun 8/c maddesine göre Tarım Bakanlığı ehil mirasçı belirleyip de buna intikal yapması mümkün değil, şu andaki mevcut Kanunda.

Dr. Öğr. Üyesi Osman Levent ÖZAY:

Çiftçilik belgesi verebiliyorsunuz değil mi?

Oktay ESER:

Verebiliyor ama ehil mirasçıyı Tarım Bakanlığı direkt diyemiyor, bunu mahkemenin belirlemesi gerekiyor.

Dr. Öğr. Üyesi Osman Levent ÖZAY:

Mahkemenin de yapması gereken tapuda tarla vasfını gördüğünde kişinin ehil olup olmadığını size sormak.

Oktay ESER:

İşte kriterler var.

Selahattin AYDIN:
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 36. Hukuk Dairesi Başkanı)

Söz alabilir miyim Hocam? Şimdi konuşulan konu, ortaklığın giderilmesine ilişkin davalar belirtildiği gibi genellikle Trakya'da çok var. Bunlar bize geliyorlar istinaf incelemesi olarak.

Şimdi eğer ilk derece mahkemesinde ileri sürülmüş ise ben herhangi mirasçılardan bir tanesi, ben ehil mirasçıyım ama mahkeme üzerinde durmamış ise biz bu kararları kesinlikle kaldırıyoruz. Diyoruz ki mirasçılardan bir tanesinin böyle bir iddiası var, sen bunu araştır, buna göre karar ver. Mahkemeye gidince mahkeme işte Tarım Bakanlığına soruyor, İlçe tarım müdürlüğüne soruyor, bilirkişi incelemesi yapıyor. Onun bir kriteri var, ona göre yaptığı her işe bir puan verir, ona göre eğer bilirkişi ehil mirasçıdır diyorsa, biz ortaklığın giderilmesine karar vermiyoruz. Mahkemeye diyoruz ki sen o ehil mirasçıya süre ver, o parayı depo ederse ona devret. Zaten böyle bir sorun yok zaten ortaklığın giderilmesi davasında. Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davalarında da, onların pek çoğu istinafa gelmiyor zaten. Taraflar zaten razı olduğu için istinafa gelmeyince bir istinaf incelemesinin yapılması da zaten söz konusu değil.

Tamer PAMUK:

Değerli Başkanım, yani bu özellikle birinci derecede Tarım Bakanlığına da diyeceğim o, bu çok güzel bir yöntem, Yargıtay kararı oluşturan bir yöntem. Ve bu yargıya gitmiyor, taraflar arasında anlaşıyor dediğimiz kararda dahi eğer kanun hükmü yanlış uygulandıysa Yargıtay bunu bozuyor ve bu Resmî Gazete'de ilan ediliyor. Bu hem hocalarımızın önünde bir Yargıtay kararı oluyor taraftar istemese bile. Özellikle anladığım kadarıyla burada tarafların istinaf etmemesi nedeniyle ortada kalan yanlış ya da eksik uygulamalar aslında Yargıtay tarafından değerlendirilebilir haldedir. Onu arz etmek isterim. Çünkü medeni hukuk uygulamasının belki kanun yararına temyiz farkındadır onu demek istemiyorum ama çok sık kullanıldığını ben orada çalıştığım dönemde de akademisyenlerden gelen bir kanun yararına temyiz talebi çok olmadı. Genelde taraflarda getiriyor. Ama eğer bir ilk derece mahkemesi kararı kesinleşmişse, bu kanun yararına temyize getirilmek suretiyle çok güzel içtihatlar, özellikle bu tarım arazisi konusunda, çıkacağını düşünüyorum. Onu ısrar etmiş gibi oldum ama arz etmek istedim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Teşekkür ederim.

Dr. Şanver KELEŞ:
(Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi)

Biz cebri icra yani cebri icra hukukunda işte ihalenin feshine gelinebiliyor, işte bu tarım arazisidir, bu nedenden dolayı saklaması şeklinde. Daha önce 8/son maddesine göre bu ihalenin feshi olarak görülüyordu. Artık bunu ihalenin feshi olarak görmüyoruz, çünkü o kanun maddesinde değişiklik yapıldı. İşte pay ve paydaş artırılamaz hükmü ortadan kaldırıldı ama bu hüküm bu payın yani elbirliği payının satışına engel değil. Artık biz ihalenin feshi olarak bunu görmüyoruz. Son değişikliğe göre bu şekilde içtihatlarımız var. Bunu söylemek istemiştim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Başka konuşmacı yoksa diğer konulara geçelim 5 maddemiz var. Buyurunuz.

Katılımcı:

Bir başlık altında kısa bir şey söylemek istiyorum hocam, kıymetli hazirunu saygıyla selamlıyorum. Hocam şimdi tabi burada amaç tarımsal arazilerin parçalanmasını engellemek. Gelecek açısından belki bir perspektif olması açısından. Kıta Avrupası hukuk sisteminde şimdi artık ticari işletmelerin de parçalanmasının önlenmesi amacıyla özellikle toplumun ekonomik menfaatleri açısından tarımsal araziye benzer bir özel düzenleme getiriliyor. Burada da eklersek eğer belki böyle bir düzenleme gelecektir bizim açımızdan da önem arz ediyor.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Evet, katılıyorum çok yerinde bir öneri. Ticari işletmelerde ehil mirasçıya özgülenmesi ve ehil mirasçıları özgülemesi noktasında bunların şu anda marka değerini ciddi anlamda yitiriyorlar. Yani miras çekişmeleri sebebiyle.

Katılımcı:

İsviçre hukukunda tartışmalar var Hocam. Ticari işletmelerin parçalanması da en az tarımsal arazinin parçalanması kadar çok önemli. Tarımsal arazilerin parçalanmasının önlenmesine ilişkin özel hüküm şeklinde bir özel düzenleme ticari işletmeler için de getirilebilir diye bir görüş özellikle sunarsanız iyi olur.

Dr. Öğr. Üyesi Osman Levent ÖZAY:

Hocam çok kısa şunu da eklemek istiyorum, madem bu konu kapanacak. Şayet bu söz konusu hükümler tam olarak işlerlik kazanamayacaksa, Avrupa'da uygulamaları da var, arazi bankacılığı denen bir sistem var, Bakanlığın da zannediyorum bununla ilgili daha önce çalışmaları olmuştu. Yani bu da değerlendirilebilir bir çözüm önerisi olarak. Aslında merhale merhale, kademe kademe geçmişe dönüyoruz. Belki 1897 tarihli Arazi Kanunnamesinde miri arazi olarak tanımlanan araziler bugünkü sistemden daha işlevsel kullanılabilirdi. Yani rakabesi ile çıplak mülkiyet birbirinden ayrılsaydı tarım arazileri için, Osman Hocamın da dediği gibi, 3 yıl mesela mazeretsiz olarak ekim gerçekleştirilmediği takdirde kişinin elinden alınıp ehil bir mirasçı olmaksızın başka ehil bir kimseye devir mümkün hale getirilebilirdi. Belki üstün kamu yararı sebebiyle mülkiyetin tabii özüne de dokunuyor bu durum ama bu da değerlendirilebilir yani.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Arkadaşlar biz tabii hep İsviçre'yi örnek veriyoruz da ömrümüz oralarda geçti doktora yaparken. İsviçre'nin tamamının tarım arazisi Konya Ovası kadar değil. İsviçre zaten 40 bin, 41 bin kilometre, Türkiye'nin 20'de 1'i olan bir yer. Dağı, bayırı, Cenevre Gölü'nün tamamını tarım arazisi kabul etseniz Konya Ovası kadar etmiyor. Yani tarım arazisi Türkiye için gerçekten önemli, 776 bin kilometrekare toprağımız var. En azından tarım arazilerini koruyalım. Diğeriyle ne yaparsak yapalım hukuka aykırı, kanuna aykırı, ister hobi bahçesi yapın ister kooperatiften zevksiz binalar yapın, ama tarım arazisini koruyalım.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Müsaade ederseniz bir 15 dakika ara verelim.

Başlayalım. Buyurun.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Tarımsal arazilerin hukuki statüsü sadece miras hukuku alanı dikkate alınarak açıklığa kavuşturulabilecek bir husus değildir. Dolayısıyla ilgili dallarını da kapsayacak daha geniş katılımlı ayrı bir çalıştay konusu yapılması isabetli olacaktır.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

En önemli konu tabii bu tarımsal arazilerdi. Daha üzerinde konuşulması gerekiyor. Dediğim gibi sadece medeni hukukun konusu değil yani Türkiye'nin konusu. Ama diğer konular işte ölüme bağlı tasarruflarla muris iradesi, mirastan feragat sözleşmesi. Bunları da tek tek başlık olarak değil bundan sonra konularla ilgili, yani hangi başlık olursa olsun sıra gözetmeden fikrini açıklamak isteyen arkadaşlarımız varsa buyursunlar.

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Hocam, İsviçre hukukunda miras ile ilgili önemli değişiklikler yapıldı malumunuzdur. 1 Ocak 2023'te yürürlüğe girdi. Ben de bir makaleden yola çıkarak böyle bir 5 sayfalık özet yaptım gayet uzun da ana başlıklarıyla değinmek istiyorum.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Tamam buyurun.

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Eğer başka arkadaşımız, genç arkadaşlarımız varsa hazırlığı olan onlar da değinebilir. Veya ben bitireyim ana başlığı ile siz de ekleme yaparsınız diye düşünüyorum, gerçekten çok önemli. 2010 yılında başlamış süreç, değişiklik süreci ve 2020'de 18.12.2020 tarihli federal kanun ile halkoyuna sunulması amacıyla kabul edilmiş. Halkoyundan geçtikten sonra da, orada biliyorsunuz referandum sistemi var, geçtikten sonra 1 Ocak 2023'ten itibaren yürürlüğe girmek üzere kabul edilmiş ve 1 Ocak 2023'te yürürlüğe girmiş, şu anda yürürlükte bu değişiklikler. Dokuz ana başlıkta değişiklik var. Bayağı bir değişiklik var ama ben özellikle bizim konumuzla ilgili, özellikle bu ölüme bağlı tasarruflarda murisin iradesini öne çıkarmaya yönelik düzenlemelere değinmek istiyorum. Diğerlerine de satır başlarıyla değinmek istiyorum.

Bu yöndeki düzenlemeler saklı payın kaldırılması ve azaltılması ile ilgili özellikle birinci başlık altında incelenebilecek olan düzenlemeler. ZGB 470'de düzenleme yaparak, maalesef diyorum, anne, babanın saklı payı kaldırılmış İsviçre'de. Bizde ise makale yazarı Hüseyin Tokat çok güzel izah etmiş; ailenin önemi, işte anne baba hakkı düşünülerek biz de bunun yapılmaması gerekir diyor. Zaten anne babanın miras payı az, saklı payı da az. Dolayısıyla aynı kanaatteyim. Bizde bunu yapmamak bak çok daha iyi olur. Alt soyun saklı payı azaltılmış 4/3'ten 1/2'ye düşürülmüş. Bu değişiklik şöyle, bizde zaten daha önce yapıldığı için, 1/2'ye düşürüldüğü için burada da bir bizlik bir durum yok. Orada 4/3'ten 1/2'ye düşürüldüğü için. Eş ve kayıtta hayat ortaklığı bakımından bir değişiklik yok. Bize zaten kayıtlı hayat ortaklığı yok. Eş bakımından da bize de değişiklik gerektiren bir durum yok. Toplamda tasarruf özgürlüğü 1/2'ye çıkarılmış oluyor İsviçre hukukunda. Yani terekenin yarısı üzerinde şu anda serbestçe tasarruf edebilir. Biraz daha arttırılmış. Uluslararası hukuktaki eğilim de bu yolda. Yani birçok ülke tasarruf özgürlüğünü artırmaya yönelik düzenlemeler yapıyor. Amerikan hukukunda, zaten Angolasakson hukukunda da bu yolda, daha fazla bir tasarruf özgürlüğü var. Ona değinmek istiyorum.

Bir de boşanma davası devam ederken, yeni bir değişiklik, eşlerden biri ölürse sağ kalan eşin veya kayıtlı hayat ortağının saklı pay hakkını kaybetmesi söz konusu. Hangi hallerde kaybediyor? Bizden biraz daha ileride bu konuda, bize de olabilir. Çünkü buradaki irade şu, acaba bu evliliği veya kayıtlı hayat ortaklığını bitirmeye yönelik irade ne zaman ortaya konmuş ve özellikle eşler anlaşmalı boşanma için başvurmuşsa ya da bir eş diğer eşin davasını kabul

etmişse ya da eşler 2 yıldan beri ayrı yaşıyor ise, ki ölüm anından geriye doğru 2 yıl hesap ediliyor, boşanma davası devam ederken eşlerden biri ölürse, hani biz de diğer ölen eşin işte mirasçıları davaya devam ederse, davalının karşı tarafın kusuru ortaya çıkarsa, düşüncesi tamamen kaldırılmış ve otomatiğe bağlanmış. Yani eşlerden biri ölürse ve fakat anlaşmalı boşanma davası açılmış veya bir eşin davasını diğer eş kabul etmiş ya da 2 yıldan beri fiilen ayrılık varsa saklı payını tamamen kaybetme ve tasarruf özgürlüğünü buna dâhil etme yolunda bir eğilim var. Saklı payın bu şekilde kaldırılması ve tasarruf özgürlüğünün artırılması yolunda bir değişiklik yapılmış.

Bir de yine ZGB 120 fıkra 2'de boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte eşlerin yasal miras hakkını kaybetmesi bizde de aynı yoldaydı. 120 fıkra 2'de, bayağı ayrıntılı düzenleme, ölüme bağlı tasarruf ile aksi öngörülmedikçe boşanmadan sonra veya sağ kalan eşin saklı payı kaybetmesine neden olan boşanma davası, yani eşlerden biri ölürse anlamında söylüyor, eşlerden birinin ölümünden sonra ölüme bağlı tasarruftan doğan haklarını kazandırmaları kaybeder, şeklinde bir düzenleme yapılmış. Bayağı bir değişiklik var da.

Katılımcı:

Hocam, o boşanma ile ilgili bir şey söyleyebilir miyim?

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Buyurun.

Katılımcı:

Tam emin değilim ama İsviçre'de boşanma davası açıldığı anda karar kesinleşse bile geriye etkili bildiğim kadarıyla.

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Boşanma kararın kesinleşmesi ile birlikte kaybediyor. Kesinleşmesi ile kaybediyor.

Katılımcı:

Bizde de boşanma davalarında kusur tespiti yapılsın. Boşanmaya yönelik irade…

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Bizde öyle mecburen kusur tespit edince tespit davasına dönüşüyordu ve öyle, dediğiniz gibi geçmişe etkili oluyordu.

Katılımcı:

Böyle bir amaçla olursa mantıklı oluyor Hocam. O yüzden dedim İsviçre'de acaba öyle mi diye.

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Burada otomatiğe bağlamış ölürse, işte anlaşmalı boşanma davası varsa tamam diyor, yani haklarını saklı payı kaybediyor gibi bir düzenleme yapılmış. Biraz da usul hukuku açısından sorunlar doğduğu için, Hüseyin Tokat da makalesinde diyor ki; bizde çok sorun doğuruyor, davalarının uzamasına sebep oluyor, otomatiğe bağlanması bu açıdan iyi olur, düşünülebilir şeklinde bir düşüncesi var. Ben genç arkadaşlarla söz vermek adına burada şimdilik kesiyorum. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Çok teşekkür ederim.

Katılımcı:

Hocam, karşılıklı boşanma açıldığı durumda biz de olabilir, yani her iki tarafında boşanmaya yönelik istekleri var. Davalar kusur belirlenmesine yönelik. Dolayısıyla aslında her iki tarafta evliliği sona erdirmek istiyor, artık o sırada ölüm halinde mirasçı olmasında gibi.

Katılımcı:

Çekişmeli boşanmak istiyor, hani orada bir sıkıntı oluyor. Burada ise tabi anlaşmalı boşanmaya bağlamış olayı.

Suna TÜRE:

Heyet Başkanımıza bir şey iletmek istiyorum. Komisyona özellikle ilettiğimiz mirasla ilgili Türk Medeni Kanununun 529 uncu maddesi vardı. Bu hakikaten çözümsüz. Bir diğeri işte tarımla ilgili Türk Medeni Kanununun 713 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ve şufa. Acaba biz mirastan mı devam edelim, yani bir başlık olarak mirasın feragatini mi alalım, vaktimiz kalacak mı?

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Onun için hangi konuda söyleyebilirsiniz.

Suna TÜRE:

Mirasla başladığı için, acaba Türk Medeni Kanununun 529 uncu maddesini ben öne alsam bir sorun olur mu?

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Tabi Başkanım.

Suna TÜRE:

Şöyle, ben ara bölümde de yine bir hocamızla görüştüğüm gibi mirasın düşmesi, miras red hakkının düşmesi, feragat başlığı altında feragat eden kişinin, ivazlı feragat özellikle, sonuçlarının eş yönünden ne olacağını çözemiyoruz.

Şöyle ki; mirastan feragat edenin en yakın ortak köke geçer cümlesi var. Belki yanlış kullanıyorum. O kökümüz eş kök olmadığı için, eşle ilgili bir hısımlık, kime geçecek? Eşin kendi füruuna mı geçecek? Feragat edenin kendi füruuna mı geçecek? Yoksa o sıradaki ortak eşten doğana mı geçecek? Yoksa bizim normal mantığımız olan üst ana babadan doğana mı geçecek? Bu 529'daki bu en yakın ortak kökü çözemiyoruz. Bir kararımız vardı genel kurula gitti, biz füruğa verdik ivazlıda, çok meşhur bir isim olarak da sonra gerekirse zikrederim. Ama Genel Kurulda umutla beklediğimiz dava orada da feragatle sonuçlandı, taraflar anlaştı. Yani ortak kökten diğer paylaşımlarda anlıyoruz. Ama bu bir eş değişikliğinde çözemiyoruz, eşin ivazlı feragatinde. Hocalarımızdan destek istiyoruz.

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

İvazlı da olsa ivazsız da olsa eşin ortak olmayan çocuklarına da hiçbir şekilde geçmez zaten. Eşin mirastan feragati durumunda ne ortak kökten bahsedebiliriz ne yakın kökten bahsedebiliriz. Çünkü zümre dışı mirasçı diye düşünüyorum. Dolayısıyla böyle bir problemin olmaması gerekiyor aslında.

Suna TÜRE:

Maalesef böyle bir problem var, çünkü bizim Genel Kurula da taşınan kararımızda biz annenin, yani ikinci eşi olanın ceninken feragatinden sonra doğan çocuğa 1/4, babanın ilk eşinden olma çocuklarıyla beraber hak verdik.

Muhalefet de çıktı, çok ciddi bir muhalefet de çıktı. Şunu kabul ediyoruz. Annenin başka eşten olan çocuklarına gitmez, ama böyle uygulamalar olduğu için bu sorun burada.

Katılımcı:

Hocam ben de Cüneyt Hocamın söylediklerine ekleme yapayım mı? Feragat kişinin lehine feragat ettiği, bu feragat hükümden düştüğü zaman, onun yerine mirasçı olacak kişinin mutlaka miras bırakanla soy bağının olması lazım külli halef olabilmesi için. Eğer başka bir evlilikten olan çocuğu ise veya ortak çocuk değilse kesinlikle mirasçı olmaz. Ortak çocuksa olur zaten. Orada zaten problem yok.

Suna TÜRE:

Kendi çocuğu olduğunu düşünün, ortak çocuğu. Yani anne, ikinci eş lehine birinin feragat etmeden mirastan feragat etti, ivazlı feragat etti. Burada çocuğunun pozisyonunu.

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Çocuk tekse tek mirasçı olur.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Çok özür dilerim. İki şeyi birbirine karıştırıyormuşuz gibi geldi bana. Çocuğun anneye olan mirasçılığından mı bahsediyoruz, çocuğun babaya olan mirasçılığından mı bahsediyoruz? Yani anne feragat etmiş.

Suna TÜRE:

Anne feragat etti, babaya olan.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Tamam, annenin feragatinden bağımsız olarak zaten babanın mirasçısı.

Suna TÜRE:

En yakın ortak kök nedir burada? Feragat edenin en yakın ortak kökü?

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Yok, eşte yok.

Suna TÜRE:

İşte eşten olmayınca zümre sistemi en yakın ortak kökte. Normalde eğer eş olmasaydı kime giderdi? Üst soydan gelirdi.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Çocuğu yoksa eğer.

Suna TÜRE:

Bunda böyle mi düşünüyorsunuz? Yani biz böyle düşündük ama muhalefetli. Hayır orada bir şey var bakın öyle değil. Hayır tablo öyle değil. Şöyle, murisimiz, burada bir eş var, bunun üç çocuğu var. Burada bir feragat eden, ikinci eş, burada bir çocuk var, şimdi bunun hakkı. Yani birinci eşten çocukları var. Murisimiz baba. Birinci eşten çocuklar var. Feragat eden ikinci eş, ikinci eşin füruğu, tek evladı, ne yapacak?

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Kimden ama?

Suna TÜRE:

Anne feragat etti, ivazlı feragat.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Çocuk başka birinden mi?

Suna TÜRE:

Hayır, hayır ortak. Yani babanın, yani ikinci eşinden olma çocuk. Anne, ikinci eş feragat etti.

Katılımcı:

Yani 4 tane çocuk var.

Katılımcı:

Ama annenin mirastan feragati ile o feragat edilen sadece kendi çocuğuna mı gider?

Katılımcı:

Gitmez.

Katılımcı:

Yoksa babanın diğer çocuklarına da gider mi?

Suna TÜRE:

Şimdi arkadaşlar sorun şu. Türk Medeni Kanununun 528 inci maddesi çok güzel düzenlemiş ama 529 uncu maddesinde feragat edenin en yakın ortak kökü ne demek? Desin ki mesela, yine ortaya bir çözüm koysun, bu tür feragatlerde çocuk, yani şimdi biz şunu karıştırıyoruz. İvazsız feragate döndü, annenin feragatinin mesela diğer çocukların yararına aslında baba onu yaptı. Ama yeni doğan çocuk alacaksa feragatin bir anlamı yok ki. Yani orada biz de sizin gibi düşündük. Çoğunluk olarak dedik ki; evet diğerleri ne alıyorsa bu da alır dedik ama yine de bu düzenleme, bilmiyorum biz getirdik işte sizin önünüze koyduk. Buyurun.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Bence kanun metnini lafzen yorumlamamak lazım. Amaca göre yorumlamak lazım. İkinci fıkraya baktığımızda o ortak kök meselesi ikinci fıkrada. Ortak kök varsa dikkate alınır yoksa ortak kök dikkate alınamaz ki.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Hocam burada ortak en yakın kök eşi değil mi?

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Hayır, olur mu? Onların ortak kökü değil. Çocuk bakımından düşünmeyin. Feragat eden kişi bakımından düşünün.

Katılımcı:

Hepsi bence eşit olarak bölüşür.

Suna TÜRE:

Ama bakın gerçekten böyle düşünürsek ikinci eşlerin, ben de şahsen feragat ederim. Ne olacak baba zengin, çocuğu alsın, hikâye orada, bir şey olmalı gibi geliyor. İsviçre ile falan da zorluyoruz ama böyleyse zaten bakın sonuçta biz de böyle yorduk. Genel kurul kararımız da yok, Hukuk Genel

Kurulu kararımız olsaydı biz bunu getirmezdik. Ama şimdi bu ortak kök hep alır mı almaz mı noktasındayız. Ama esas mirasla ilgilenen ve bu sonuca varıyorsanız sonunda…

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

O mesele bence başka bir meseleyle bağlantılı. Şimdi bu Türk Medeni Kanununun benimsediği sistem bu, bu sistemi kabul ediyor muyuz etmiyor muyuz sorusu ile ilgili aslında bu söylediğiniz.

Suna TÜRE:

Hayır, öyle değil. Zümreyi kabul ediyoruz. Burada kadın zümre dışı ya.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

İşte onu diyorum, oraya gelmeye çalışıyorum. Şimdi normal şey yok, eş olmuş, feragat de hükümden düşmemiş. Gerçekten kadın feragat etmiş ivazlı bir şekilde ve yürürlükte, miras bırakan öldüğünde de yürürlükte. Ne olacak şimdi? Hem eşi kendisi hem de onun alt soyu ivazlı feragat olduğu için, ne yapamayacak, mirasçı sıfatını taşıyamayacak değil mi?

Suna TÜRE:

Şimdi işte ayrı farklı görüş var. Mirasçı sıfatını taşıyacak mı?

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Hayır farklı görüş değil. Türk Medeni Kanununun sistemi bu.

Suna TÜRE:

Yok, yok hayır özür dilerim. Şimdi biz dedik ki, bizim kararımızda, muhalefetli çıkan kararımızda aynen sizin dediğiniz gibi, çocuk yani hükümden düşmeyen bir feragati olduğu için ivazlı, faydalanamaz görüşü muhalefetti, faydalanır görüşü çoğunluk görüşüydü. Sanki buradaki hocalarımız çocuk faydalanır görüşünde. Siz farklı mı söylüyorsunuz?

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Hükümden düştüyse tabii ki faydalanır.

Suna TÜRE:

Düşme yok, ben düştü deyince, düşünce olur tabii. Ben yanıldım.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Hükümden düştüyse tabi ki faydalanır. Hükümden düşmediyse faydalanamaz yani.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Hükümden düşünce en yakın da onun altsoyu...

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Hükümden nasıl düşecek, belli bir kişi lehine ise mi olacak? Ortak kök yok çünkü. Yani ancak o zaman olur.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Hocam burada yapılması gereken kanun koyucu düzenlesin. Öyle ya da böyle bizi ilgilendirmiyor. İster alt soya bıraksın, ister kimseye bırakmasın ama bir netlik olsun yani hukuki istikrar açısından. Kanun koyucunun bunu düzenlemesi gerekiyor olay o.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Miras hukuku sistem ve ilkeleri içerisinde tamamlanabilir yani. Burada bir boşluk yok.

Katılımcı:

Hocam daha iyi bilir, doktora yeterliliğine girmeden önce tartışırız eş, eşin akrabası mıdır diye. Onu bilerek kanun koyucu demiş ki eş zümre sisteminde yer almaz, kanun gereği mirasçı. Ve bunun sonucu olarak da bir ortak kökten bahsedemeyiz mümkün değil. Hatta ve hatta daha da ileri gidelim; eş mirası reddetse dahi söz konusu pay, alt soyuna geçmez. O hiç devrede yokmuş gibi biz devam ederiz ve daha önce ölmüş gibi hatta daha önce ölmüş gibi altsoya mirası paylaştırırız.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Özür dileyerek aslında sistemde boşluk yok. Yorumu şöyle getirmemiz lazım. Buradaki feragatler, ikinci kadın genelde evladı çok alsın diye yapar. Hiçbir zaman diğer kadının çocukları alsın diye yapmaz, ki akla aykırı. Onun

için bunu yapacağı için alt soyuna geçer. En yakın kökte burada kimdir kocasıdır. Kocanın altsoyu kimdir? Kendi çocukları.

Katılımcı:

Hayrunnisa Hocam, yalnız Suna Hanım haklı burada. Burada ortak kök diyor, 3 çocuk ortak kök değil. Yani feragat eden eşin ortak kökü değil. Sadece bir çocuk ortak. O yüzden orada haklılar. Yani burada sanki sadece kendi çocuğunun altsoyuna insin düşüncesi olduğu için ikinci eşin çocuğuna inmeli, diğerlerine gitmemeli sanırım değil mi Suna Hanım.

Suna TÜRE:

Varsayımsal olarak çocuğuna gitmesi değil de bu evliliğe diğer çocukların izin verebilmesi için bizim olayımızda bu feragat sözleşmesini almadan izin vermiyorlar. Fakat hanım da hamile. Haberdar değiller. Bu olay önemli değil, önemli olan şu; hukukçular olarak biz her zaman kanuna bakarız. Kanuna baktığımızda eşin ortak kökü, bizde bir formül bulmaya çalışıyoruz muhalefetli, muhalefetsiz. Ama buradaki asıl amaç, kadının alt soyuna da gitmemesiydi, mirastan mahrum olmasıydı. Ama öyle oldu ki, biz dedik ki bu çocuğu nasıl bir günahı olabilir, bu da babasının hakkını alacak dedik, düz mantıkla. Ama Hocamın dediği gibi bunu biz öneri olarak koyalım. Burada kaç kişi farklı yorum yaptı, siz farklı yaptınız, siz farklı. Hani bu ortak eşin ortak kökü yok. Eş durumunu yazsınlar oraya bir cümle olarak. Eş hariç mi desinler. Eş derse ikinci eş mi diyecekler. Kocadan gelecek mirastan feragat ediyor kendi adına.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Ama çocuk şimdi zaten o, onun babası.

Katılımcı:

İkinci feragat eden eş için söylüyor onu. Kendi çocuğuna gitsin istiyor.

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Sayın Hâkimim, sadece kendi çocuğuna gitsin, diğer çocuklara gitmesin mi?

Suna TÜRE:

Hayır, hayır tabi öyle bir durum olamaz.

Katılımcı:

Suna Hanım, aslında çok açık, yani burada diyor ki, onun lehine yapabilir. Diyebilir ki sadece ben ölürsem çocuğuma gitsin feragat ettiğim pay diyebilir, yapmadıysa da amaca uygun yorum da o şekilde düşünülebilir.

Suna TÜRE:

İvazsızda bile tartışma konusu ama Türk Medeni Kanununun 528 inci maddesinden gidiyoruz. İvazsızda, daha önceki hukukçularımız da hep ivazsızsa faydalanmalı şeklinde yorum yapmış. Şimdi biz şöyle diyelim, biz de bir çözüm buluyoruz. Tabii ki sonuçta bütün şeyleri bağlayacak. Ama bu ortak kök, eş deyince sizin de kafanızı karıştırdık çünkü kafamız karışmıştı, getirdik. Takdir heyete ait. İster yazarsınız oraya. Biz gönderdik komisyona. Eşin durumunu çok çözemiyoruz ve böyle kalırsa da çözülmeyecek. Ancak içtihada gidilmez ama bir Genel Kurul kararı bağlayıcı olabilir. Yani yorumla çıkılmaz, en yakın ortak kök eşin en yakın ortak kökü yok. İvazlı feragat ettiği zaman. Zümre sisteminde.

İşte muhalefet dedi ki bunlar alacak. Bu kız çocuğuydu bu almayacak dedi. Biz de hayır bu çocuk da alacak dedik.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Olur mu? O bunun babası tabi ki alacak.

Suna TÜRE:

Önerimiz şu, Türk Medeni Kanununun 529 uncu maddesindeki en yakın ortak kök, eş konusunda sorun yaratıyor diye yazalım.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Onu yazalım.

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Kendi çocuğu ortaktır. Diğerleri değil. Ortak değil, ikinci eşin sadece tek çocuğu ortak.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Aynen öyle.

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Hocam Türk Medeni Kanununun 495 inci maddesi ve devamında zaten açıkça söylüyor.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Suna Hanım, ikinci eşin çocuğuna mı kalsın dediniz, altsoyun?

Suna TÜRE:

Biz ne yaptık biliyor musunuz çoğunluk olarak ve bu Genel Kurulda feragatle sonuçlandı. Direnme oldu. Biz 3 tane ilk eşten olan çocuğa 1 tane de ikinci eşten olan çocuğa, 4'e pay ettik. Yani mirasta neden otursun da hâkim saatlerce eşe mi gider çocuğuna mı…

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Yani burada ikinci eş olması mı diyeceğiz yoksa?

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Eş olunca ortak kökle alakası yok ki. Eş kanuni mirasçı hanımefendi.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Değerli Başkanım, mirastan feragat ile ilgili benim de vurgulamak istediğim bir husus var müsaade ederseniz. Şimdi bu davetiye geldiğinde bu toplantı ile ilgili, işte konu başlıkları belirlenmişti. Bir tanesi de mirastan feragat. Merak etmiştim acaba bu mirastan feragati buraya kim dâhil etti ve hangi gerekçeyle dâhil etti?

Suna TÜRE:

Dairemiz.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Sizin dâhil ettiğiniz anlaşılıyor. Çok teşekkür ederim. Benim bu bağlamda vurgulamak istediğim husus da şu. Hani bu bana göre kanunda değişiklik yapılarak çözülecek bir sorun değil, Yargıtay'ın farklı anlayışı sebebiyle ortaya çıkan bir sorun diye düşünüyorum. O da şu; mirastan eşler, pardon eş adayları mirastan feragat sözleşmesi yapabilir mi, yapamaz mı? Yaparsa geçerli mi olur geçersiz mi olur? Bu konuda benim elimde şu anda iki

tane Yargıtay kararı var ve bu Yargıtay kararlarında deniyor ki, evlenmeden önce eşler mirastan feragat sözleşmesi yapamazlar, yaparlarsa geçersiz.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Sorunu kökten çözüyor.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Ben bunu anlamakta gerçekten zorlanıyorum. Mirastan feragat sözleşmesi yapılırken var mı ki ortada. Dolayısıyla gerekçede şu kararlarda söylenen, ortada feragat edilecek henüz bir hak yoktur ve olmayan haktan feragat edilemez, o yüzden bu mirastan feragat sözleşmeleri geçersizdir. Ama bu doğru değil bana göre. Neden doğru değil? Mirastan feragat sözleşmesi diyelim ki evlendikten sonra yaptılar, o anda da yok ki.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Hocam zaten bir de şu var. Çok affedersiniz, evliliği yapması amacıyla yani diyor ki, sen bunu yaparsan feragat sözleşmesini ben yaparım evlilik diyor zaten. Korelasyon var orada. Yani yoksa evlenmeden sonra yapmaz ki feragat sözleşmesi, evlendik artık diyecek.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

O yüzden bu içtihadın mı gözden geçirmesi lazım. Dediğim gibi mirastan feragat sözleşmesi kurumunun niteliğine aykırı bu yaklaşım tarzı, onu ifade etmeye çalıştım.

Suna TÜRE:

İzin verirseniz bununla ilgili yeni bir kararımız var, yani Aralık ayının sonunda verdiğimiz bir karar. Şöyle; eşler imam nikâhlı olarak yaşıyor, beyefendi hasta, bakıcısı gibi. Ama belli bir noktaya geliyor, çok baktığı için, evlilik yapacaklar, maaşı kalsın diye ama mirastan feragat de alıyorlar. Nasıl oluyor? Hasta olduğu için beyefendi, noteri eve getiriyorlar. Burada feragat sözleşmesini yapıyorlar. Yarım saat sonra da nikâh işlemlerini yapıyorlar. Şimdi böyle bir şey bizim önümüze geldi ve içtihatlarımız var, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin de içtihatları var. Bizden önce 2. Hukuk Dairesi bakıyordu, biz sonradan bakan bir daireyiz. Ya o kadar açık ki yani bu evlilik dosya kapsamında maaş bağlanması için. Öbür taraftan biz nasıl mirasa ortak edelim, vicdan el vermedi. Hani doğmamış bir hat da değil, birbiriyle o kadar yakınlar ki. Bu karar yazılma aşamasında. Biz heyette 5 kişiyle karar verdik. 3 kişi dedik ki hayır çok açık bir şekilde bu feragat geçerli dedik. Ben de içindeyim. Geçerli dedik yani bu o kadar net ki, İki arkadaşımız dedi ki bütün ilkelerimizi altüst ediyorsunuz, hayır bu feragat geçerli değil. Şimdi tahmin

edemeyeceğiniz kadar sorunlar geliyor, basit iki madde ama biz çok uğraşıyoruz feragatle. Hakkın özünden, yani evlendiğim zaman ben bir şekilde, boşanmadığım sürece eşimin mirasçısıyım gibi bir algı var. Yani hiç değilse hukukçular oraya kadar taşımış diyorum ben, adayken çok suistimal olur. Sonraki evliliklerde herkesi mirastan feragat ettirerek evliliği de gerçekleştiriyor beyefendiler, bir hanım olarak bunu da yadırgadığım için. Yani bu feragat dosya kapsamına göre bazen evet farklı görüşlerimiz oluyor da işte şu örnekte olduğu gibi farklılıklar doğuyor.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Bu meseleyi somut olayın özelliğine bakarak çözüme kavuşturmak lazım. Şimdi benim verdiğim örneklerde, o kararlarda, nişanlıyken bu feragat sözleşmeleri yapılmış ve o sebeple geçersiz denmiş. Bana göre bu yaklaşım bu sebeple doğru değil. Henüz ortada evlilik ihtimali dahi yokken bir şekilde işte bir araya gelmiş, mirastan feragat sözleşmesi yapmışlarsa, evet haklısınız bu ihtimalde bu mirastan feragat sözleşmesinin geçerli olmadığını söylemek lazım. Çünkü ne alaka, senin evlilik düşüncen dahi yok, nişanlılık falan diye bir şey de söz konusu değil, sen başka birtakım amaçlarla mirastan feragat sözleşmesi yapmışsın ivazlı veya ivazsız. Tabii ki bunu geçerli saymamak lazım. Ve ona göre karar vermek lazım. Ama bunlar nişanlı ve evlenme yolunda iradelerini ortaya koymuşlar. Genellikle zaten bu sonraki evliliklerde karşımıza çıkan bir sorun. Şimdi bunların, mirastan feragat sözleşmesini yapan şahısların amacı, etrafımdaki insanlarla da sorun olmadan yani işte önceki evliliklerden olan çocuklarla aralarında sorun olmadan, onların da bu evliliği benimsemesini sağlamak hedefiyle ne yapıyorlar, nişanlılık döneminde mirastan feragat sözleşmesi yapıyorlar. Bunu daha geçersiz saymak için bana göre somut olaydaki gibi bir sebep olmamalı. Bir de meselenin şu yönü var; bu sadece bu ihtimalde değil babasına nesep bağı ile bağlanmamış, tabii nesep bağı ile bağlı olan altsoyla yapılan mirastan feragat sözleşmeleri bakımından önem taşıyor bu. Eğer siz derseniz ki bu şahsın mirasçı olma ihtimali dahi ortada yokken böyle bir mirastan feragat sözleşmesi yapılamaz derseniz, o zaman bu ihtimali de mirastan feragat sözleşmesinin geçersiz olduğunu söylememiz lazım, ki işin niteliğine aykırı. O yüzden somut olayın özelliklerini dikkate alarak toptan bir şekilde geçerlidir yahut geçersizdir demek yerine, somut olayın özelliklerini de dikkate alarak uygulama yeknesaklığı sağlanırsa zannediyorum amaca uygun bir şey olur diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Buyurun.

Tamer PAMUK:

Hocam genelde hâkim yaklaşımı bunu doktrinler olarak anlatmakta biraz zorlanıyoruz ama, aslında bu müteahhitlerin kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yaptığı devirleri helvacı kâğıdı tabir ettiğimiz kağıtla

yaptığında Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirmesi var. Muhtar senede helvacı kâğıdı diyorlar. Diyor ki evet bu resmin şekilde yapılmalıdır ancak bunu senin savunma aracı olarak ileri sürmen iyi niyet aykırıdır diyor. Burada da aslında somut olayda dairenin ulaştığı şu; evet burada doğmuş bir hak yoktur, haktan feragat edemezsin, ancak bunu senin savunma aracı olarak ileri sürmen iyi niyete aykırı gibi bir yaklaşımla çözmüşler sanki olayı. Teknik olarak hukukun içerisinde ama sözleşmenin geçerli olup olmamasından ziyade, sözleşmenin geçerli olup olmadığının bir savunma aracı olarak ya da iddia olarak ileri sürülmesinin iyi niyetle uyuşup uyuşmadığında çözmüşler. Yani adalet açısından da benim de içime sindi.

Suna TÜRE:

Çok özür diliyorum. Yani bu karar, bu son verdiğimiz karar yazım aşamasında.

Tamer PAMUK:

Benzer bir şekilde çözülmüş gibi geldi bana, şahsi kanaatim.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Efendim şimdi Türk Medeni Kanununun 528 inci maddesi açıkça diyor ki; miras bırakan, bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapar. Bir Borçlar Kanunu anlamında sözleşmedir, iki mirasçısı ile yapılır. Şimdi henüz mirasçısı olmayan bir kadınla böyle bir sözleşme yapılmaz, yapılırsa da mutlak butlanla geçersizdir. Türk Borçlar Kanununun 26 ncı ve 27 nci maddeleri. Bence tartışılacak bir şey yok. Ama şöyle, ayrıca belki şarta bağlı mirastan feragat, yarın bir gün mesela evlenme vaadiyle olur nişanlanma, ya evlenmezse ya da evlenmeden önce ölürse. Şarta bağlı yapılabilir ancak.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Evlenmezlerse zaten bir anlamı yok.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Geçersiz olacaktır. Ama burada feragat sözleşmesi yaşarken olur, bir de mirasçısıyla olur, henüz o kadıncağız size bakabilir ama o sizin mirasçınız değil ki, sadece hizmetçiniz. Yani orayı kaçırmamak lazım.

Suna TÜRE:

Yani sizin şu cümlemiz çok güzel, mirasçı ile yapılır. Bizim somut olaya lütfen girmeyelim.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Bizi mirasçı yapan evliliktir. Evlenmeden nişanlı da mirasçı olmaz.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Şuna lütfen dikkat edelim. Evlenmiş olsa bile henüz mirasçı değil. O yüzden bu hükmü lafza göre anlamak işin niteliğine tamamen aykırı.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Sayın Başkan şöyle bir önerim var. Bizim bu özetleri şu anda yazdırmamız çok güç de. Öğle arasından sonra direkt konu başlıklarını, yani sunum için size yazalım, ondan sonra başlayalım tartışmalara yine. Çok az zaman kaldı. Öğleden sonra hemen konuştuklarımızı özet olarak yazdıralım. Bittiği zaman, zaman kalırsa 3'e kadar devam edelim. Tartışmaları kesmeyelim diye dedim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Nasıl derseniz, uyarım. Buyurun.

Nuran KIZILDERE:
(Bakırköy 39. Noteri)

Merhabalar efendim. Bizler daha çok vasiyetnamelerle ilgili vatandaşlarla yaşadığımız sıkıntıları dile getirmek isterim. Her şeyden önce vasiyetnamenin sıkı şekil ve seremoniye tabi tutulması ve günümüz teknolojik koşullarına uygun bir dile getiriliş olmadığı için bu uygulamayı yaparken, şekli sıkı sıkıya bağlı bir işlem olması nedeniyle noterler olarak daha çok düzenleme şeklinde vasiyetname yapmaktan imtina etmekteyiz. Daha çok vatandaşları kapalı vasiyetnameye yönlendiriyoruz. Bunun nedeni, bakıldığında, okuma yazma bilenler için 3 safhada oluşan bir oturum var. Bu oturumun birincisi; ilgili, beyanlarını bizlere bildirir, iradesini yazarız. Gerçek isteğine uygun olduğunu söyledikten sonra tutanağın altını imzalayıp, birlikte kapatırız. Daha sonra ikinci oturuma geçilir. Seremoninin ikinci oturumunda; vasiyet eden vatandaş, gerçek irade ve isteğini tanıklara bildirir noter huzurunda. Üçüncü seremoni de tanıklar seremonisidir. Tanıklarda ehliyete, gerçek istek ve arzusuna uygun olduğunu beyan ettiğini kendi önlerinde belirtir ve biter. Şimdi birinci seremonide tutanağın çıkması lazım. Tutanak çıkacak ilgiliye verilecek, okuyacak, ondan sonra tutanağın altını birlikte imzalayacağız. Ama bugünkü teknolojik imkânlarda biz bunu bilgisayar ortamında yapıyoruz. Bilgisayar ortamında biz o kısmın çıktısını alıp, ilgiliye vermemiz mümkün değil, vasiyetnamede bulunan kişiye vermemiz mümkün değil. Bir kül halinde ve oturumda birlik esası gereğince de bölünmemesi gerekiyor. Eğer çıktı alsak, bilgisayarda versek, okusa, tutanağı imzalasak, önce o imzalayacak sonra biz imzalayıp, mühürleyeceğiz veya gelişen yargı

içtihatlarında da birlikte de imzalama imkânı verilmiştir, bugünkü şartlarda kanundaki ifade edilişi birebir uygulamamız mümkün değil. Bu nedenle var olan teknolojiyi kullanmamızda doğacak olan şeklin yeniden düzenlenmesini talep ediyoruz.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Çok teşekkür ederim. Dâhil edelim.

Katılımcı:

Kaçıncı madde?

Nuran KIZILDERE:

Türk Medeni Kanununun 533 üncü maddesi okuryazarlar, 535 inci maddesi okuryazar olmayanlar.

Katılımcı:

Okuryazar olmayanlar imza atamıyor. Sürekli vasiyetnameler bu nedenle iptal ediliyor. Okuma yazma bilse bile kişi imza atamıyorsa olağanüstü vasiyetname.

Nuran KIZILDERE:

Şimdi orada eski kanunla yeni kanun çakışması vardı. Okuryazar olmayanları okuryazar olanların daha üst bir norm olan okuryazar olmayanlarına ilişkin vasiyetname imkânları vardır şeklinde yargı kararlarımız vardı. Ama dünkü oturumda hocalarımızdan biri aslında okuma yazma kabiliyetinden veya imza atma kabiliyetinden mahrum olanlar için okuma yazma bilmeyenlere ilişkin vasiyetname şeklini yapabileceklerini, ama okuma yazma bilip de okuma yazma imkânından veya imza atma kabiliyetine sahip olanların diğer şekli olan okuryazar olmayanlar ilişkin vasiyetnameyi yapamayacaklarını, bu konunun Türk Medeni Kanunundaki değişiklikle beraber açıklığa kavuşturulduğunu ve yargı kararlarında bu şekilde olması gerektiğini dünkü oturumda beyan ettiler yorumla.

Suna TÜRE:

Başkanım izin verirse cevap vermek istiyorum. Noter arkadaşım bu getirdiğiniz konu inanılmaz. Bu, Türk Medeni Kanununun 529 uncu maddesinden, feragatlerden de önemli. Biliyorsunuz Yargıtay 3. Hukuk Dairesi inanılmaz sınırlayıcı davrandı. Şu anda Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin konusunda. Yani şu sıra o seremonilerde bir tanesinde, yukarıda okusa bile çok net bir şekilde daireler olarak, bu yasadaki sıkı şekil şartına bağlıdır deyip,

vasiyetnameyi, o vasiyetnamedeki iradeyi yok sayarak şekil eksikliğinden iptal ediyoruz. Şimdi biz de gelişen bir durum var. Son 7 aydır biz diyoruz ki burada irade gerçekleşmişse; yani yazılmış, tanıkların bir engeli yok, tanıklara bir şekilde noter üstte, altta, arkada okumuş ise diyoruz, okuduk, biz anladık diyorlarsa, bunu bu vasiyetnamenin neresinde yazarsa yazsın -yani yasadaki gibi o seremonilerin altında değil de en arkaya yazdı- biz Daire çoğunluğu olarak diyoruz ki burada bu vasiyetname iradeyi sağlıyor, iradesine uygundur. Ancak bunda yine biz ilke kararı aldığımız için bunu muhalefetle çıkarıyoruz, birlik sağlayamadık. Sayın Başkanımız iyi bir mirasçıdır, onun muhalefeti ile bir arkadaşımızın muhalefetiyle yani 5'e 3'le çıkıyoruz, ama sanıyorum bu Genel Kurula da gitse, böyle toplantılarda gelse bu kadar bugünkü teknolojik şartlarda asıl olan iradedir, asıl olan imzadır, noterin orada şahsa okumasıdır. Yukarıda okudu, aşağıda okudu, bu olmamalı. Biz daire olarak içimizde rahat ayrıldık ama henüz bir Genel Kurul kararımız yok, henüz bir çoğunluğumuz yok.

Nuran KIZILDERE:

Ben bir açıklık getireyim, müsaadenizle, kanunun hukuki gerekçesini, bu seremoninin hukuki gerekçesinde şöyle bir şey var; kişiyi daha çok düşünmeye sevk etmek diyor. İradeyi gerçek anlamda tespit etmek, böyle önemli bir hukuki işlem için daha düşünerek yapmasını sağlamak için, hukuki gerekçe böyle. Ancak ben de diyorum ki kişi çok iyi düşünmeden geldi, bütün şekli yapmış olsak bile kişinin bu hakkı tümden ortadan kalkmıyor. Çünkü rücu edebilir vasiyetnamesinde. Yani şekil onu korumuyor. Kişi iradesini bugün bu şekilde verdi, ertesi gün gelir rücu da edebilir.

Suna TÜRE:

Yıllardır iptal sebebi.

Nuran KIZILDERE:

Evet ama ben de diyorum ki işte kişinin iradesine üstünlük tanımak.

Suna TÜRE:

Çok üzgünüm ama yanlışlarını ben de düşünmekle beraber bu böyle. Noter hanım bilir, başına gelmiştir. O kadar önemli ki, işte çıkaracaksın imzasını alacaksın, tekrar okuyacaksın. Yani ben bunu bütün olarak okudum, anladım, evet ama bu ben bunu yerine getirdim, ama bunun sayfanın altında yaptım bir üstünde yapmadım, bitmiştir diyoruz.

Nuran KIZILDERE:

Yani öyle bir şey ki, biz noterler olarak o kadar kılıkırk yarıyoruz ki. Eğer vasiyetname lehine yapılacak olan kişi yaşlı, yalnız başına gelemiyor ve kızına verecek diyelim. Biz diyoruz ki kızınla gelme, sen iradeyi sakatlayabilirsin. Hatta bunun civarında dolaşma. Yani bizi çok zorlayan bir seremoni.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Değerli Hocam şöyle bir öneri yazdık eğer uygun görüyorsanız. Getirebilir misiniz? Türk Medeni Kanununun 532 nci maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenen resmi vasiyetnamenin şekline ilişkin kuralların teknolojik gelişmeler dikkate alınarak gözden geçirilmesi önerilmektedir.

Katılımcı:

İradeyi öne alacak şekilde vazgeçilmeli diyelim

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Olur yazalım.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Sıkı şekil şartlarından bu bağlamda, sıkı şekil şartlarından ziyade irade miras bırakanın iradesini ön plana çıkartacak şekilde bir düzenleme yapılmalıdır.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Hocam feragatte de kökten çözecek bir şey söyleyebilir miyim? Nasıl ki mal ayrılığı sözleşmesi evlenmeden önce yapılabiliyor, feragatin de açık bir hükümle evlenmeden önce yapılabileceğine ilişkin düzenleme yapılmalıdır.

Oktay ESER:

Hocam vasiyetname ile ilgili son bir cümle söylemek istiyorum Tarım Bakanlığı olarak. Biz uygulayıcı kuruluş olduğumuz için karşılaştığımız sorunlardan birisi de miras bırakanın vasiyetinin, 5403 sayılı Kanuna aykırı olmasına rağmen bize şeklen kişi müracaat ettiği zaman mirasçılara uygulamıyoruz. Yani kanuna aykırı vasiyetname uygulanmaz diye uygulamıyoruz. Yalnız vasiyetin tevzi davalarına gidiliyor, dava açılıyor vasiyetin uygulanması yönünde. Vasiyetin tevzi davalarında mirasçının, miras bırakanın vasiyeti aynen onaylanır şekilde onaylanıyor, mahkeme

kararı olarak karşımıza çıkıyor ve 5403 sayılı Kanunun 8/c maddesinde aykırı olarak bunu uygulayın deniyor. Siz hukukçusunuz tabii ki bu konuda istişare etmek için ne yapabiliriz. Bir de şu var; vasiyetin tevzii davalarında ilgili hâkim hiçbir kurumdan görüş ve bilgi almaksızın sadece vasiyet bırakanın vasiyetini baz alarak karar veriyor. Bu da tarım arazilerinin hisselerinin parçalanmasına neden oluyor. Bu konuda naçizane teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

13:30'da buluşmak üzere ara veriyoruz.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Evet sayın arkadaşlarımız tekrar kaldığımız yerden devam ediyoruz. Konu ile ilgili söz almak isteyen varsa buyursun. Buyurun Sezer Hocam.

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ:

Uygulamada karşılaştığımız bir problem çok karşıma geldiği için özellikle paylaşmak istiyorum. Mirasçılık belgesinde mirasçılık sıfatını gösteren hallerin dikkate alınmaması, bu birincisi. Örneğin feragat, yoksunluk çıkarılma hallerinde veya miras payının mirasçıya devri halinde mirasçılık belgesi talep edildiği zaman bu haller hiç yokmuş gibi mirasların hepsi mirasçılık belgesinde gösteriliyor ve bunlar hak sahibi olmamasına rağmen terekede paylaşımına kadar tasarruf edebiliyor bu bir. İkincisi, yasal mirasçılar ile atanmış mirasçıların aynı belgede gösterilmemesi. Mirasçılık belgesi talep edildiğinde mahkemeler genelde yasal mirasçıyı gösteriyor. Atanmış mirasçıların atanmış mirasçılık belgesini gösteren ayrı bir belge veriliyor. Dolayısıyla atanmış mirasçı külli halef olmasına rağmen terekeden tasarruf edemiyor veya sadece yasal mirasçılar bunu yapabiliyor. Bu da hak sahibi olmayan kişilerin terekede tasarruf etmesine sebep oluyor veya ikiliğe sebep olmuş oluyor. Karşıma gelmiş bir olay; işte bir kimse öldü, hem yasal mirasçıları gösteren belge var hem de atanmış mirasçılar var ve atanmış mirasçılar mirasın tamamı bırakıldığı için tapuda gidip intikalini yapmışlar. Bankaya gidip parayı istedikleri zaman, miras bırakandan kalan parayı, bankaya iki belge soruyorlar. Banka da bu sefer diyor ki; hanginiz hak sahibi? Ödemekten kaçınıyor ama birisini ödese hak sahibi olmayanlar ödemiş olacak. Böyle problemler var. Mutlaka yasal ve atanmış mirasçıların aynı belgede gösterilmesi lazım ve mirasçılık sıfatını sona erdiren hallerin mutlaka mirasçılık belgesinde ya işte sonuçları paylaşma da dikkate alınır dememek lazım. O anda kimse, mirasçılık sınıfında kimler kazanıyorsa, onları göstermek gerekir diye düşünüyorum Hocam.

Katılımcı:

Ama şimdi atanmış mirasçılıkla ilgili bir talep yoksa o veraset ilamını veren hâkim buna atanmıştır diyemeyeceği için ne oluyor o zaman, iki tane farklı mirasçılık belgesi varsa birinin iptali için dava açılıyor.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Onun sistemde gözükmesi lazım. Yani sistemde gözüksün, itirazı olan varsa gitsin mahkemeye.

Katılımcı:

İşte 2009 yılında bir değişiklikle artık nüfus kayıtların altında yazılmıyor mirastan reddedilen. Eskiden ben İstanbul'a ilk geldiğimde müdüre ceza vermiştik sen bunları nüfusa bildirmedin diye mirası. Ama artık o yok. Nüfus kaydını sistemden aldığında altında şey yazmıyor. Mirası reddeden, reddetmeyen onu da nasıl bileceksin.

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ:

Zaten şu var; bunlar mirasçılık sıfatını gösteren aksi her zaman ispat edilen belgeler. Ama uygulama da şu var; bunlar mahkeme önüne gitmesine rağmen mahkeme bunlar dikkate almadan normal kimler soybağına göre… Geri çevrilmez ama önümüze gelen bir sürü olaylar var, Yargıtay kararları da var. Burada birliğin sağlanması lazım.

Katılımcı:

Neden? Orada da sulh hukuk hakimleri çok kısa sürede tayin ediliyorlar. Yani ben BAM'a seçilmeden önce 2007'den 2013'e kadar hep sulh hukuk hâkimiydim. Ama şu anda 7 yıldır BAM'dayım. Benim mahkememe bakan üçüncü hâkim olmuş. Çok çabuk değişiyor.

Nuran KIZILDERE:

Hocam ben bir katkıda bulunabilir miyim bu konuda? Vasiyetnamelerde sadece hâkime gönderilip açılmaması söz konusu. Ama mirastan feragatleri gönderdiğiniz zaman, biz noter olarak nüfusa bildiriyoruz, tescil görüyor. Ama okunması için biz mirasçılık belgesini gönderdiğimiz de çünkü orada da lehine atanmış mirasçı gösterilebilir, yani şunların lehine feragat ediyorum diyebilir. Gönderdiğimizde vasiyetnameler sadece açılıp okunduğu için feragatle ilgili yapılacak bir işlem yoktur. İadesine karar veriyor ve biz geri alıyoruz. Ama biz usulü olarak bildiriyoruz. Çünkü bizim yönetmeliğimizde var.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Asıl sistemde gözükmesi lazım, devir bilgisayar devri. Hâkimin ya da nüfusun önüne gitsin, bilinsin. Yanlış işlem yapılmasın diye.

Nuran KIZILDERE:

Feragatleri de bildiriyoruz ama hakim onu açıp okumuyor. Yani sadece vasiyetnamelerde böyle bir hüküm olduğu için biz okumuyoruz, bakmıyoruz diyorlar. Kanunda öyle bir hüküm yok.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

O zaman onu eklemek lazım.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Kanuna nereye ekleyelim Hocam bir önerin var mı?

Katılımcı:

Hocam Türk Medeni Kanununun 598 inci maddesi, mirasçılık belgesini düzenleyen hüküm. Oraya eklemek en doğru Hocam.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Öneri olarak yazalım.

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ:

Hocam bir atanmış mirasçıyla yasal mirasçılar aynı belgede gösterilsin, beraber. Şöyle düşünün; itiraz var, yasal mirasçılar mirasçılık belgesini aldı. Atanmış mirasçı sıfatını kesinleştirene kadar veya ispatlayana kadar istediklerini yapabilirler. Külli halef olarak zaten o anda mirasçıların yaptığı işlemler zaten geçersiz olacak normalde çünkü bir kısmı hak sahibi değil. Onun için mutlaka bunun en başta doğru düzenlenmesi lazım.

Katılımcı:

Hocam bu nasılsa zaten noterde yapılıyor. Dolayısıyla noterden otomatikman ölüm halinde gitmeli ve hâkimin önüne o düşmeli yani.

Katılımcı:

Ama vasiyetname daha sonra ortaya çıkmış olabilir.

Katılımcı:

Hocam öyle bir ihtimal olmaması lazım ölüm halinde otomatikman gidiyor, vasiyet de gider, feragat de gider.

Katılımcı:

Feragat gitmiyor. Vasiyetnameye anında işleniyor. Nüfusla noter arasında kullanılan entegrasyonlarda anında işleniyor.

Katılımcı:

Resmi vasiyetnamede kişi ölünce şey bitiyor, hemen de bildiriyorlar ölüm kaydını, hemen de zaten noterde de var, düşüyor nüfustan. Nüfus haberdar oluyor. Resmi vasiyetnamenin bir tanesi notere bir tanesi de nüfusa gider.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Noterde yapılan bütün işlemlerin mahkemenin önüne gitmesi lazım.

Katılımcı:

Bir şeyi daha açıklığa kavuşturmamız lazım. Vasiyetnameler geldikten sonra ikinci bir vasiyetname düzenlendiğinde hiç birbiriyle ilgisi olmayan iki vasiyetname. Diyelim ki birinci vasiyetnamede arabam A kişisine kalsın, ikinci bir vasiyetname düzenledim, daha sonra taahhüt ettirdim, diyelim ki evim B kişisine kalsın.

Katılımcı:

Birbiriyle çelişmiyor o zaman.

Katılımcı:

Çelişmiyorsa sona erdirmez ki. İçerik farklı olduktan sonra çelişmez. Yani birinde evi bırakıyor, birinde arabayı. Ama bir öncekinde bıraktığı evi ben vazgeçtim A yerine B'yi veriyorum derse o zaman değişir.

Katılımcı:

Aynı görüşte olan İsviçreliler de var. Şayet ölüme bağlı tasarruf yapıyorsa arabayla ilgili de yeniden teyit etsin. Sessiz kalmasın diye.

Katılımcı:

Ben biraz uygulamada da görüyorum açıkçası. Bir kişi ölmeden önce 9 tane vasiyetname düzenliyor. Duygusallaşmış Hocam, gitmiş vasiyetnameyle mirasçı atamış, 2 gün sonra geri almış. Sonra gitmiş yine birisini almış, sonra yine geri almış. Hocam burada işin açıkçası sonraki tarihin iptali durumunda önceki tarihli yeşerir mi daha. Bu tür durumda direkt resmi memur tayini yapılıyor, işin içinden hiç çıkılamıyor.

Katılımcı:

O zaman benim şöyle bir önerim olacak eğer heyet tarafından da kabul edilirse. Biliyorsunuz veraset ilamı çekişmesiz yargı meselesi. Bu şekilde ihtilafın olduğu veya olma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, artık veraset ilamı verilmesi çekişmesiz yargı olmaktan çıkıp çekişmeli yargı kurallarına göre sonuca bağlanır gibi bir ibare eklense, veraset ilamını düzenleyen hükme, belki o zaman bu sorunların yaşanması da engellenebilir. Ne demek istediğimi anlatabildim mi?

Katılımcı:

Noterlerde veriyor şimdi.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

İhtilaflı olduğunda noterler veremiyor. Bir yakınım vefat etmişti Allah rahmet eylesin, onunla ilgili bir veraset ilamı almaya çalıştım. Notere gittim, noter dedi ki; sizin bu işte muhtemel mirasçı olarak gözüken kişilerden birisinin kimlik numarası sisteme yazılmamış, o yüzden ben veremem bu veraset ilamını, lütfen gidin mahkemeye dava açın. Yani küçücük bir eksiklik yani, oradaki memur yazmamış onun T.C. kimlik numarasını muhtemel mirasçılardan birisinin. Bunu bile hani ihtilaflı şey haline dönüştürmek için yeterli görüyor noterlik sistemi. Mesela miras bırakanın nüfus kaydında vasiyetnamenin olduğu belliyse artık bunu zaten noter ben veremem demek durumunda. Git mahkemeye işte çekişmeli yargı çerçevesinde değerlendirsin mahkeme. Kimin mirasçı olduğuna o karar versin, ve belgeyi o şekilde düzenlesin gibi bir şeye zorlayacak şekilde buraya böyle bir cümle ilave edilebilirse belki bu sorunların yaşanması engellenmiş olabilir.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Hocam kısaca şöyle bir şey yazabilir miyiz? Mirasçılık sıfatının kazanıldığı veya kaybedildiği durumlar veraset ilamında gösterilir gibi bir şey.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Sadece mirasçılar değil. Mirasçılıktan çıkartılmış olanlar da gösterilsin anlamında.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Diyelim ki somut bir olay karşımıza geldi. Somut olayda yasal mirasçılar var. 2 tane vasiyetname ortaya çıktı. Birisinde yüzde 20 oranında mirasçı var diyelim, daha sonraki tarihli vasiyetnamesinde bunu ortadan kaldırmış, Bunda atanmış mirasçıyı nasıl belirleyeceğiz?

Nuran KIZILDERE:

Bakın hemen cevap vereyim. Ben tartışmanın neresinde olduğumu bilmiyorum, o nedenle yanlış bir şey söyleyebilirim. Birincisi şu; veraset ilamları çok kolay alınır çünkü bunu noterlere devrettik. Orada mirasçı olduğunu düşme olsun veya iskatı benzeri her türlü şey mirasçılığı kaldırmaz. Mirastan hak almayı kaldırdığı için onlar gösterilir. Çekişmeli yargıda eğer itiraz geldiği an, zaten aksi sabit oluncaya kadar geçerli, asliye hukuk mahkemeleri daha yetkin görülmüştür. Orada görülür. Sizin örneğinizde sonraki vasiyetname ile ortadan kaldırılabilir. Aynı taşınmaz için veya aynı hak için ikinci bir vasiyetname düzenleniyorsa zaten birinci ortadan kalkmıştır. Yani bu ikincinin şeklen malül olması başka bir şekilde olsa bile öbürüne aynı hak düzenlenmek için hayatiyet kazandırmaz.

Öbür taraftan şöyle yaparız biz; vasiyetname açılır, mirasçı atanması için bir belge veririz, muayyen mal vasiyetinde herhangi bir şey vermişse orada bu hakkını hükme bağlarız. Çünkü mirasçı atanmada hukuki yarar yoktur belge ile işlem görür, muayyen mal vasiyetinde ise biz onun onu alabilmesi için bir belge veririz. Şimdi bunlar veraset ilamının içinde değil dikkatinizi çekerim. Yani her sistem kanunda yerlerini bulmuş o nedenle, hani baştaki tartışmaları bilmiyorum ama, veraset ilamının ilk elden alınması mirasçılığın belgelenmesinde hiçbir sakınca görmüyorum. Bir düzenlemeye gerek yok, çekişme zaten var ise onun gideceği makam var diyorum. Böyle biliyorum yani tartışmayı baştan bilmeyince bir yerde hata yapar mıyım diye çekindim.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Evet, tam da sizin söylediğiniz şeyleri ifade edecek şekilde bir cümle yazdık. Uygun görürseniz bu şekilde arz edebiliriz.

Aybüke ERDEM:

Bir de Başkanım, Hocamız eklemeler yapıyor ama başka eklemeler de yapılmak isteniyorsa onu da tutanağa geçirelim.

Katılımcı:

Mirasçılık belgesi alma davasında vasiyetname olduğunu görüyor. Mirasçılık belgesi davasına bakan hâkim o vasiyetnameyi açabilir mi?

Katılımcı:

Vasiyetnamenin açılması hiçbir şekilde sulh hakimini etkilemez mirasçılık belgesi için. Ama şu var, şimdi vasiyetname ile alakalı bir dava söz konusu, o zaten nedir, açtım okudum. Tenfizde sorun olur. Tenfize gelirse yine mirasçılığı engellemez. Yani normal mirasçılara verirsin, çünkü burada bir tenfiz edilecek ya. Tenfizde sorun çıkarsa aksi olacak. Bu müesseseler gerçekten birbirine karışmıyorlar. Veraset ilamı vermek basit bir işlem.

Atanmış mirasçı için de vasiyetnamenin iptali gündeme gelebilir. O yüzden onu göstermemize gerek yok. Biz normal mirasçılara veririz ama tenfiz olur, buyurun.

Oktay ESER:

Bunu mirasçılara verdiğimiz zaman şöyle bir problem ortaya çıkıyor. Mirasçıların bir kısmı ya mirasçı değil veya payları daha az. Atanmış mirasçı külli halef olmasına rağmen, yani miras bırakanın ölümüyle terekede hak sahibi olmasına rağmen, o belgeyi alana kadar terekeyle ilgili hiçbir şey yapamıyor. Öyle bir problem ortaya çıkıyor.

Katılımcı:

Orada diyor ki mesela daha önceden belirli bir şey varsa mirası reddetmiştir. Veraset ilamında mirasçı olarak görünüyor ama reddi vardır bunun diyor. Ama vasiyetnameyi bir müesseseye henüz daha sağlamlaşmadan alıp mirasçı olarak koymak…

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Herhalde çok özür diliyorum. Kıymetli Hakimim, bu veraset ilamını alması üzerine özellikle taşınmazlarda sizin de bildiğiniz gibi aslında deriz ki tereke üzerinde elbirliği hak sahipliği var. Ama taşınmazlarda tapu uygulanmasında aslında sanki hiç el birliği hak sahipliği yokmuşçasına tapuya gittiği anda mirasçılara -Levent Hocamı ve Özkan Hocamı ve kendimi mirasçı addediyorum- 1/3, 1/3, 1/3 çıkıyor ve mesela orada birisi lehine bir vasiyetname var, biz bütün taşınmazları 1/3, 1/3, 1/3 yapıyoruz, sonra da iyi

niyetli üçüncü şahısları, örneğin ben Fadıl Hocama, gerçekten iyi niyetli çok da giden bir yer, orada önemli hak kayıpları ortaya çıkıyor. Ben yanlış mı anladım?

Katılımcı:

Müşterek halinde kaldığı için zaten ifa imkânı yok bir kere.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Tapu eğer uygulasa kanunu yemin ediyorum problem kalmayacak. Şu konuştuğumuzu konuşuyor olmayacağız.

Katılımcı:

Tüm verasetlerde olabilir. Yani verasetin aksi sabit oluncaya kadar geçerli dedikten sonra o belge mülkiyet aktarımına yol açacak. Yanlış veraset de verilmiş olabilir, 1/3, 1/3 değil de. Hani bunun önüne nasıl geçilir, kararın da kesinleşmesi gerekir.

Tamer PAMUK:

Vasiyetname açılması davası sulh hukuka düştüğü zaman sulh hukuk tedbir koyar, bütün taşınmazlara. Sulh hukuk atanmış mirasçı ya da muayyen mal vasiyeti edilenleri haberdar eder. Dolayısıyla bu aşamada muayyen mal vasiyet edilen ya da mirasçı naspedilen kişinin bu vasiyetnamenin açılıp okunmasına dair karar kesinleşir kesinleşmez, derhal bir tenfiz davası açması gerekir. Çünkü bir otomatik geçiş yok ve o mahkemeden de derhal bir tedbir talep etmesi lazım. Muayyen mal vasiyeti varsa mal üstüne, mirasçı naspi ise tereke üstüne. Bu şeyi kaçırırsa, bu muayyen mal vasiyet edilen için ve mirasçı naspedilen için ayrı belge istendiği zaman harcıyla beraber ancak vasiyetnamenin iptali süresi geçmiş ve artık vasiyetnamenin iptal açılamayacak durumdaysa veriyoruz onu. Normalde açıyoruz, okuyoruz, o kişi de muhatap olduğu için o kararı ona tebliğ ediyoruz ve uygulamada olması gereken yapılmadığında görüyorum ama vasiyetname geldiği an tapulara muris adına olan bütün taşınmazlara, vasiyetname şerhi konur. Yani en azından iyi niyeti kaldırır, devre engel midir onu tartışırız ama. O karar kesinleşirse taraflara tebliğ edildi, ondan sonra tedbire güvenmemek lazım. Mirasçılar muhatap olduğu için vasiyetnamenin tenfizinde bir ayni hak devretmediği için hakkı ile ilgili bir tenfiz davası ya da nasıl tenfiz edecekse başka şekil ona girmeyim, bu tedbirleri isteyip koydurtması lazım. Aksi takdirde kâğıt üstünde bir alacağı olur. Mallar gider, bir ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz almadığınız zaman. Ama söylemek gerekirse muayyen mal vasiyetinde ve mirasçı nasbında biz vasiyetnamenin iptal davası süresi geçmeden vermiyoruz, yani her şey bittiyse geliyor bakıyoruz evet diyoruz.

Katılımcı:

Burada sorun şu; yasal mirasçılar, miras bırakan ölür ölmez bir gün sonra mirasçılık belgesini alabiliyor. Atanmış mirasçılar alınana kadar onlar birçok işlemi yapabiliyor.

Katılımcı:

Sayın hazirun şöyle diyelim. Vasiyetname var. Bu arada da ölüm gerçekleşti. Ben o malları belli bir süre içerisinde zaten veraset ve intikal vergisi nedeniyle üzerime almak zorundayım. Ben almazsam olmayacak. Siz bana bir veraset belgesi vermezseniz yarın iptal edip edilmeyeceğini bilmediğim bu taşınmazları kapsayıp kapsamadığını veya murisin binlerce taşınmazın hangisini kapsadığını bilmediğim yerde siz benim miras haklarımı nasıl öldürürsünüz? Yani olmaz. Bakın veraset belgesi vergi için, icra iflas için, mirasın reddi için, yani ben bir terekenin defterini tutturmam için, ne bileyim aklıma gelen gelmeyen her şey için benim o belgem lazım. Benim o belgem yokken, bir düzenleme yapmışken yani haklar yarışır diye düşünüyorum.

Katılımcı:

Bir de şey var, zaten mirasta vasiyetnamede aldığınız, dediğim gibi otomatik geçiş zannediyor hani bizim vatandaşlar açısından konuşuyorum, ama siz zaten yasal mirasçıları muhatap alıp dava ya da haklarınızı korumanız lazım ihtiyat tedbiri bile alacaksanız…

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Şimdi bence gerçekten atanmış mirasçıya vermek istiyorsa muris, resmi vasiyetname yapması gerekir, çünkü daha emin olur.

Katılımcı:

Hiç fark etmez.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Ama şöyle bir şey, ben henüz atanmış mirasçıları bilemiyorum. El yazısıyla vasiyetname belki kaybolur yıllar sonra çıkar.

Katılımcı:

Hayır şöyle, sözlü vasiyetname belki sizin tereddüttünüz, sözlü vasiyetnamede de zaten derhal imkân olduğunda yapmazsan sulh hukuka, biter, üçü de eşittir.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Evet buyurun, buyurun başka konuya geçelim.

Katılımcı:

Ama önce ben aslında bu konuda Sezer Hocama ve Suna Hâkimime sormak istiyorum. Yıllar önce Bilge Hocaya sormuştum. Bilge Hoca da yurt dışındaki hocaya sormuştu. Ama ara ara bunlarında duyuyorum ilk derece mahkemelerde. Edinmiş malları katılma rejiminde tasfiye etmeden, eşin terekedeki payının ödenmesi ve daha sonra edinmiş malları katılma rejiminden kaynaklı katılma alacağı henüz zamanaşımına uğramadan, eşin dönüp ben katılma alacağını talep ediyorum demesi. Bilge Hocamız bunu İsviçre'deki hocaya anlatamadı. Diyor ki böyle bir karar var ne olacak? Öyle şey olur mu diyor. Hâkim niye edinmiş malları tasfiye etmeden terekenin tasfiyesine geçsin. Yani diyoruz ki geçti bir şekilde. Diyor ki bir şekilde geçmez.

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ:

Yok ama uygulama doğru. Katılma alacağı bir alacak hakkı. Aynı muayyen mal vasiyetinde olduğu gibi mirasçılardan talep edecek uygulama doğru, bizimki doğru.

Katılımcı:

Hocam şöyle, katılma alacağı tespit etmeden net terekeyi nasıl hesaplayacağız? Mirası yanlış hesaplarsak yaptığımız bütün paylaşmalar, hesaplamalar yanlış olacak.

Katılımcı:

Matematiksel olarak zaten o zaman ilk tereke paylaşımının hiçbir anlamı kalmıyor, sıfırlanması gerekiyor.

Katılımcı:

Size bir şey sorabilir miyim? Aslında bizler gerçekten Yargıtay kararı arama konusunda bayağı bir çaba sarf ediyoruz. Acaba Yargıtay ilgili dairelerin bir sitesinde, ya da istikrar kazanmış kararlarını bir sitesinde ya da başka bir yerde yayınlasalar biz direkt ulaşsak bu kararlara.

Katılımcı:

İçtihattan biz akıllı sisteme geçtik. Herkes girebiliyor, bizler ayrı giriyoruz, siz ayrı giriyorsunuz, her türlü içtihatta ulaşma imkânını açtılar. Bu yeni, bir en fazla 1 aylık bir süreç. Çok daha güzel oldu, YİM adıyla çok kolay oldu. Bu merkeze çok emek sarf ettiler. Daha düzenli olduğu söyleniyor.

Katılımcı:

Sayın Başkan, şimdi Tolunay Hanımın söyledikleri, boşanmanın onlarca yıl gibi uzamasına sebep olan mal rejiminin tasfiyesi konusunu bizim yargımız çözdü, siz ondan sonra nasıl aranızda tasfiye ederseniz edin.

Suna TÜRE:

Bir şey söyleyebilir miyim? Mirastan çıkacağız ama tekrar gireriz o konuya. Şufa konusunu bilmeyen, uygulamacı olmayan biri yoktur galiba, hissedarların korunabilmesi adına. Öncelik hakkı yani ön alım hakkı dediğimiz bir hak söz konusu. Biz iki senedir ön alım hakkındaki bu yüksek enflasyon nedeniyle satıcıyı, hisse satanı korumakla hareket edelim dedik. Ama yasanın düzenleme şekli diyor ki; ikinci alıcı hisse satıldığında tapudaki satış bedeli ile masrafları depo eder ve bu şufa hakkını yasal çerçevede elde eder diyor. Biz bu madde şekli olarak düzenlendiği için bu şekilde düzenlendiği için biz buraya rayici uygulayamıyoruz, endeks yapamıyoruz olmuyor çünkü. Biz ne yaptık? Bir şey yaptık, dedik ki; ön alım müracaatı yapıldığı zaman, yani dava açıldığı vakit ön inceleme aşamasında, hiç değilse tapuda görünen bedeli bir bankada yüksek faizli yani olabilen kamu bankalarında nemalandırılır. Ancak bu yine oransal olarak kurtarmıyor, gayrimenkul o kadar hızlı artıyor ve suiistimaller gündeme geliyor. Birde şu var biliyorsunuz; yan komşusu bedel teklif ediyor, alayım diyor, ama bunu vermiyor, üçüncü kişiye satıyor, yani almıyor, satış anında geliyor, oradaki tapuda gösterileni düşük değerden almak istiyor veya tapudaki o gün değerliyse bile yargılama aşamasında taşınmaz çok değerleniyor. Biz burada hakikaten o satış bedeli konusunda bir şey istiyoruz. Rayiç desinler, endeks desinler ama endeks karşılamaz. İkinci kişi alanın gerçek değer üzerinden rayiç değeri üzerinden gayrimenkul hukukçularının şufa ile ilgili, eğer bakmışlarsa asliye hukuk hâkimlerinin tümünü çok uzun süredir rahatsız ediyor. Aynı rahatsızlık şu anda bizde devam ediyor ama biz kanuni düzenleme karşısında sadece bunu getirebildik. Ama çok arzu ediyoruz satış bedeli değil yani, şu olur dava tarihindeki değeri olabilir, rayiç değeri karara yakın hani tenkislerde olduğu gibi. Ne koyarlarsa şimdikinden iyi olacağından eminiz.

Muvazaa davaları ispat kurallarına bağlıdır. Genel ispat kurallarına bağlı ve biz gerçekten taşınmazın değeri ne olursa olsun muvazaayı açıkça bize delil getirsin. Sadece değerden gidip muvazaa kabul edilemez biliyorsunuz. Dolayısıyla muvazaa ispatı çok zor oluyor ve biz %100 satış değeri üzerinden tapudaki satış değerini veriyoruz. Muvazaayı da bırakmamak lazım. Mesela muvazaayı getiriyor, mesela biz orada bazı yenilikler yaptık, temyiz kudretini

ona göre açtık, daire çok zorluyor veya “bir şeyler bulabilir miyiz?”e getirdik. Ama yok. Yani sonuçta bu satış bedeli çok rahatsız edici bizim için, sizler de uygun görürseniz.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Suna Hanım benim profesörlük takdim tezim ön alım hakkı, şufa hakkı. Orada ikili bir ayrım yapmak lazım. İsviçre'de yapılan satış işlemi ilgililere bildiriliyor. Dolayısıyla 2 yıllık sürenin geçmesi bakımından, hani satıştan itibaren 2 yıllık süren maksimum süre ya, orada hiçbir sorun çıkmıyor ama biz de kişiler işlemi yapıyor, satışı yapıyor hiç bildirimde bulunmuyor, 2 yıl geçtikten sonra hak düşüyor. Bu da çok doğru değil. İsviçre’deki düzenlemenin sebebi o. Onların tapu mevzuatında bu var. Yani satış yapıldığı zaman ilgililere, paydaşlara bildiriliyor. Herkes bundan haberdar olduğu için o 2 yıllık süre ondan konmuş. Ama bizde susacak hatta örtülü işlem yapıp ya ben kiraya verdim işte satmadım gibi demiş olsa 2 yıl geçse aradan ve ondan sonra öğrenmiş olsa resmen yeni işleme teşvik var, bu yanlış. Orada bir ayrım yapmak lazım. Eğer kişi ihbar etmişse yapmış olduğu satışı, o zaman o nemalandırma konusunda bir hüküm olmamalı, yani normal neyse ödediği bedel. Çünkü bildirmiş, 3 ay içinde davasını açmamış, hak düşürücü süre. Orada bir sorun yok ama öbüründe susmuş, hiç bildirim yapmamış, ondan sonra kalkıp diyor ki; ben tapudaki satış bedeli üzerinden işlem yapılsın diyorum. Orada tersine bir durum var. Ayrım yapmak lazım.

Katılımcı:

Bir de İsviçre’de olmayıp bizim, Yargıtay istediği için koyduğumuz, noter aracılığıyla bildirme olayı var ya, aynı İsviçre'deki gibi noter kısmını çıkarmamız lazım. Kişiler o kadar parayı vermez. Adam biliyor, öğrenmiş diğer paydaş ama noterde bildirmedi diye bir şey yapamıyor. O da bildirmiyor inadına.

Katılımcı:

Yok yapabilir, engel değil.

Katılımcı:

Ama öbür taraf da reddediyor. Bence oradan noteri kaldırmak lazım. İsviçre'deki gibi noter vasıtasıyla bildirmemeli.

Katılımcı:

Hayır öğrendiyse açabiliyor davayı.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Tapu mevzuatına bunun eklenmesi lazım. İsviçre'de var, bizde yok Hocam, paydaşları bildirilir diye bir hüküm yok. Ben araştırdım bizde yok. Biz de tavsiye ediyoruz.

Katılımcı:

Başkanım, yalnız bu ortadaki kanuni yasal düzenleme varken biz bunu davada avukatlara anlatamayız. Yani yasal düzenleme çok açık, yani kanun diyor ki tapuda gösterilen rayiç bedel artı tapu harçlarını ödemek kaydıyla.

Suna TÜRE:

Kanuna biz dokunamadık zaten. Biz ne kadar uğraştık, günlerce toplandık, gerçekten inanılmaz bir enflasyon var toprak konusunda. Yani yetişemiyorsunuz ki.

Katılımcı:

Gerekçemizde de bunu diyoruz değil mi Başkanım o zaman?

Suna TÜRE:

Yani gerekçemizde şu neden her yerde endeks yapıyoruz yani şey, şeye bile rayiç diyoruz 3 hukuk istikrarlı bir şekilde tapu tahsis belgelerinde bile eğer belediye veya kamu yerine getiremiyorsa orada rayiç diyoruz. Burada tapudaki satış bedeli diyoruz.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Evet buyurun Başkanım.

Dr. Şanver KELEŞ:

Ben bir şey söylemek istiyorum. Bu arazinin fiili taksim halinde, burada şufa hakkını feragat etmiş sayılır diye içtihatlarımız var. Ben de bu içtihatlara katılmıyorum. Sonuçta fiilen arazinin taksim edilmesine dair neden şufa hakkından feragat etsin? Etmemesi gerekiyor. Onu söylemek istemiştim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Teşekkür ederim.

Suna TÜRE:

Fiili taksimi ben şubat ayındaki Genel Kurulda daire başkanlarım dahi anlatıncaya kadar artık böyle var ya paralandım. Şufa zaten rahatsız edici bir konu. Bu rahatsız edici konu içerisinde yıllar hasarı olarak, satıcı bayi bu yeri gösteriyor, her şeyiyle tamam. Benim yerime herkes rıza gösteriyor, mirasçı da değiliz hissedarız. Benim yerimi biliyorsunuz, çevrili ve ben bunu bu haliyle, Ahmet Efendi'ye diyorum ki gel, bura satılık. Görüyor, sana bana soruyor, yani bir sürü de tanık var. Şimdi bu fiili taksimi sen aldıysan, iyi niyet kuralı iki nereye gidiyor? Yani bunu göre göre oldu, daha şufanı tanıyalım, fiili taksim zaten çok zor olur, şartları gerçekleşmişse -Şanver Bey biliyorsun orada da ben biraz da muhalefetli çıkardım onu- filli taksim varsa bitti. 6. Dairenin kadim uygulaması, bizim Dairenin kadim uygulamamız, şufa iyi bir madde değil. Madem o iyi madde değil, bakın hemen oradayken, 5403 sayılı Kanun, şu anda muhalefet yazıp duruyoruz. Eski dosyalar geliyor, yanındaki taşınmazı bütünlük sağlamak için diyorlar. Burası zeytinlik, adamcağız çok emek vermiş ve iyi bir paraya sattı burayı. Arkadaşım burayı çalılık bıraktı, yanını, efendim dönüm farkı var. Şuradan dibi değmiş diyor ve biz şufa hakkını kullandırıyoruz. İnanılmaz rahatsız edici bir şey. Ege'deki bütün taşınmazların çoğu mafyaya gitti, devlet niye kaldırdı, gördü gitti. Toprak çok kıymetli. Yani bu şufa, orada şufa, burada şufa, ben isyanlardayım. Özür dilerim yani. Koyun oraya bir şey ne koyarsanız koyun.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Yalnız ben fiili taksimle ilgili bir örnek vereceğim Suna Hanım. 3 kardeş var, fili taksim yaptı kendi aralarında. Kardeşlerden biri sattı yabancı kişiye. Neden diğer kardeşler şufa hakkını kullanamasın? Fiili taksim yaptım, ama ben diyorum ki kardeşim o benim, kardeşimle yaşayacağım ben, fiili taksime tamam diyorum. Ama yabancı, istemediğin biri geldi, ben niye kullanmayım şufa hakkını.

Suna TÜRE:

Çok güzel bir konuya değindiniz. Zaten bir anlamda da insanlar kendi dostlarıyla veya işte tanıdıklarıyla beraber olmak isterler. Fiili taksimde şudur; gerçek anlamda o yerin sahiplenilenin üçüncü kişi olduğunu görmemiz gerekir. Üçüncü kişi olarak gördüysek biz onu artık yasadan doğan bir satışta, ben kardeş olarak da malımı gelip sana 5 liraya satacağıma öbürüne daha yüksek bir bedelle satıyorum. Bunu sen o fiyatla alabilirsen alırsın, almak istiyorsan buyur al, almıyorsun. Yani bu kadar spesifik yapınca evet biraz benim hava da kalır da söylediklerim. Ama her zaman dengedir, terazidir, nizamdır bizim işimiz. Her olayda böyle yani, birini koruyacağız diye çok sayıda gelen dosyalarda mağduriyetler olabilir düşüncesiyle böyle düşünüyoruz. Zaten bu yeni değil dediğim gibi gerçekten Yargıtay'ın kadim uygulamasıdır fiili taksim. Bunu taraflar getirmese bile Yargıtay aşamasında bunu getirdiği zaman biz buna girmek zorundayız. Bu kamusal olarak görülür dairelerde. Tabi hocalarımın da görüşleri olur.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Ama Kanunda açıkça diyor ki, bakın eski deyimle nefsi şufadan feragat olursa tapuda olacak, yoksa adi feragatte yazılı olacak diyor. Kanun açıkça şekil aramış feragatte. Yani öyle fili taksimle kanun kabul etmiyor, dürüstlük kuralından çıkarak o yolu varıyoruz.

Katılımcı:

Kesinlikle ben Murat Hocama katılıyorum. Mesela başıma geleni anlatayım ben Hocam. Kendi akrabamın bir gayrimenkulü vardı. Erkek kardeşi yan taraftakini aldılar, burayı hep söylüyordu, vermiyorlardı. Sonra kardeşlerinden birine bir şekilde ayarladılar ve kendilerine sattılar fiili taksim olan kısmı. Geldi, o üçüncü kişi içlerine girince tabii ki pay izale-i şüyu istedi. Mecburen o bağlarını satmak zorunda kaldılar. Ama diğer kardeşler şufayı kullansaydı onu çıkarıverirdik. Yani orada dediğiniz gibi Yargıtay'ın uzun süredir kullanıyor demesi doğru olduğunu göstermez ki.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Somut olaya göre yani kardeşse bunlar, sıkı bağlar varsa belki uygulanmayabilir. Hani yabancı kişiler bunlar tamam. Fiili taksim yapmış anlarım.

Katılımcı:

Yanındaki müteahhit buraya mı almak istiyordu, yola yakındı, bunlar da vermiyordu inatla, diğer kardeş de biraz paraya düşkündü, buna parayı verdiler, onun payını aldılar, izale-i şuyu istediler.

Katılımcı:

Biz Hocam buradaki üç kişinin iyi niyetiyle gidiyoruz da acaba bizim üç kardeş nasıl üç kardeşler, çok merak ediyorum.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Buyurun.

Oktay ESER:

Hocam merhabalar, biliyorsunuz 2020'de sınırdaş arazilerde önalım hakkı kalktı. Bu anlamda çok mağdur vardı hakikaten. Şu anda devam eden

mahkemeler var. 2020 yılında biliyorsunuz sınırdaş arazilerde önalım hakkı kalktık gayet iyi oldu. Ama paydaşlar arasında hala önalım hakkı var. Şimdi Tapu Kanunda şunu diyor; 3 ay içinde paydaşlar arasında satış varsa, noter kanalıyla olursa 3 ay süre içinde hakkı saklı kalıyor, ama haberdar etmezse 2 yıl süresi var, hakkı saklı kalıyor. Aslında şöyle düşünüyorum ben, eğer ki uygun görürseniz, Tapu Kanununda ya da Türk Medeni Kanununda paydaşlar arasında satım olduğu takdirde, paydaşlara otomatik olarak tebligat gönderilmesi gerekir, gönderilirse bunların kısmen çözüme kavuşur. Niye biliyor musunuz? Şimdi 50 kişi var, biri payını satıyor, o 49 kişinin haberi yok, ondan sonra haber de etmiyor, 2 yıl hakkı saklı kalıyor. Adam kafası esiyor, gidip mahkemeye başvuruyor, tapuda gösterdiği değerden almaya kalkıyor. Şu anda çok mağdur çiftçimiz var. Hakikaten çok sıkıntı çeken vatandaşlarımız var. Bakanlığa geliyor diyor ki, ben tapuda beşi gösterdim, şu anda paydaştan biri mahkemeye verdi, arazinin değeri ise 2 milyar, ben ne yapayım. Hakikaten büyük sıkıntı var otomatik olarak Tapu Kanununda ve Türk Medeni Kanunda satış olduğu esnada otomatik olarak paydaşlara bildirim gitmesi gerekir diye düşünüyorum. Böyle bir madde ekleyelim ya da.

Katılımcı:

Başkanım bu hususta bizim teminat maddesi çok açık. Yani orada tapuda harçtan kaçmak için vatandaş dürüst davransın ya gerçek değeri bildirsin.

Katılımcı:

Ama binde 4 tapu harcı ödememek için.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Zamanımız doluyor bu konu evet yani miras hukuku ile ilgili bir konuda değil.

Suna TÜRE:

Toprakla alakalı diye girdim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Olsun toprakla alakalı olsun, geçelim olsun, konu sınırlaması yok.

Suna TÜRE:

Ben, ben yine konuşabilir miyim? Çok özür dilerim sadece bir cümle, ölüm sebebini Anayasa Mahkemesi iptal etti. Biz o tarihe kadar olanlara

devam ediyoruz, kazanılmış hak. Ama orada Anayasa Mahkemesine gitmemek için gaiplik kaldı. Bir şey daha kaldı. Aslında Anayasa Mahkemesine üçü de gitse, üçü de kalkardı, kalkmadı. Acaba burada diyoruz aceleye getirmeyeyim, vakit kalırsa dönelim. O ikisinin de kalkması lazım gaiplik ve belirsiz olma.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Eşya hukuku grubu herhalde konuşuyordur.

Suna TÜRE:

Tamam söyledim bitti. Tamam ama bu konu da çok önemliydi söyledim çünkü komisyona bildirdim.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Zamanımız ne kadar kaldı? Tabi tabi, buyurun.

Buket ÇAĞLAR:
(Hazine ve Maliye Bakanlığı Hukuk Müşaviri)

Ben çok kısaca vaktinizi almadan, özetle bir şey söyleyip çıkmak istiyorum. Efendim bizim mirasçı bırakmaksızın ölen ya da yabancı devlet uyruğunda olup da terekesi Türkiye'de bulunan insanlar ya da yurt dışında yaşayan vatandaşlarımıza ait olup da Türk Medeni Kanununun 501 inci maddesine göre mirasçı bırakmaksızın ölenlerinin devlete intikal etmesi gereken taşınmazlar yönünden bir hayli sorunumuz var. Bunlara ilişkin mirasçılık belgesinin alınması davalarında konunun en azından hazineye ihbarını talep ediyoruz. Çünkü burada hazinenin çok büyük bir zararı söz konusu şimdilik.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Nasıl bir şey olabilir?

Buket ÇAĞLAR:

Türk Medeni Kanununun 598 inci maddesine ekleyebilirsek en azından hazinenin de husumetiyle görülsün, haberimiz olsun. Mesela sahte doğum belgeleri ölüm belgeleri ile yurt dışından gelip buradan mirasçılık belgesi alıyor. Veya yurt dışındaki vatandaşın mirasçılarını saklıyorlar. O şekilde alıyorlar, o bakımdan çok sıkıntılı bir durum var. Yani Türk Medeni Kanununun 501 inci maddesine göre devlete intikal etmesi gereken taşınmazlar, üçüncü kişilerin eline geçiyor. O Suriye uyrukluların konusu

farklı. Suriye Devleti ile aramızda bir anlaşma henüz sağlanamadı. 1967-69'da çıkan Bakanlar Kurulu Kararnameleri ile onların idaresi Milli Emlak tarafından yapılıyor, Suriye'ye ait malların idaresi. Türk Medeni Kanununun 598 inci maddesine uygun görürseniz. Mahkemelerde en azından hazineye ihbar edilsin bu davalar.

Katılımcı:

Hocam, bir de uygulama açısından bir sorunu daha dile getirmek isterim ben. Yaşlıların vasiyetname düzenlemesi meselesi çok ciddi sorun uygulamada. 65 yaş üstünün mutlaka heyet raporu götürmesi meselesi. Uygulamada bazıları tek hekimli rapor götürüyor.

Nuran KIZILDERE:

Kanunda 65 yaş sınır diye bir şey yok. Herkes temyiz kudretine sahiptir ve sağlık raporu almak, istemek bile insan haklarına aykırıdır genel şey budur ama yargı kararlarında özellikle biz önleyici hukuk sistemi görevlilerinden birisiyiz. Akıl sağlığı fiil ehliyetini bulunmadığına ilişkin hususların tartışmasına en aza indirgemek ve yargıya hizmet etmek için kişinin durumuna bakarak eğer bir şüphemiz söz konusuysa bunu güçlendirmek istiyoruz. Yani biz onun öncelikle temyiz kudretine sahip olduğunu hak ehliyeti ve fiil ehliyetinin bulunduğuna kanaat getireceğiz ve kanaatimizin de güçlenmesini istiyorsak doktor raporuna göndererek fiil ehliyetine sahip olduğunu istiyoruz. Yani noterler, biz istiyoruz. Çünkü bu konuda fiil ehliyeti olmadığı zaman geçersizlik olacak ve iradesinin vasiyet edenin iradesi uygulanmayacak ve mahkemeler bu nedenle yargılama aşamasına çok uzun bir süreç yaşayacaklar. Önleyici hukuk sistemimizi kullanarak bunu yapmak istiyoruz. Yani böyle bir kural yok. Ama Noterlik Kanununda fiil ehliyetinin tespiti noterin takdirinde. Noter de bu takdiri kullanır. Şimdi kişi geliyor, 65 yaşında, hayatın içinde değil, tamamen evde yaşayan ona tanıklık yapacak, fiil ehliyetine tanıklık edecek hiç kimse yok. O nedenle biz de diyoruz ki bu sorun olabilir, ileride tanık getiremeyebilir. Hayatın içinde yaşamıyor işte fiili olarak çalışmıyor. Biz bunu güçlendirelim, fiil ehliyetinin olduğuna dair bir güçlü kanıt oluşturalım ve mahkemeye gittiğinde de bunlar delil vasfında olsun ve hızlı bir sonuç alınsın. Bu maksatla biz hareket ediyoruz.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Çok doğru hareket ediyorsunuz, çünkü size verilen yetki, işlem yapan kişinin fiil ehliyetine sahip olup olmadığını da görüp anlayarak bu yetkiyi kullanmanızı gerektiriyor. O yüzden kanunda bunun düzenlenmesi de gerekli değil benim kanaatime göre de. Çünkü siz noter olarak o şeyi ancak fiil ehliyetine sahip olduğunu tespit ettiğiniz kişilerle ilgili, çünkü sizin o tespitiniz aynı zamanda o anlama geliyor. O yüzden bence de uygulamanızda bir şey yok.

Nuran KIZILDERE:

Mesela bazen geliyor, 75 yaşında, ama ciddi bir işi var, yönetici kadrosunda, çalışıyor. Yanı o da zaten işlemlerini bile gösterebilir, ispatlayabilir, onlardan istemiyorum. Ama aktif hayatın içinde olmayanlara, pasif bir yaşam sürenlere takdir hakkımı kullanarak güçlendirilmesini istiyorum. Önce benim takdirim olacak, yani ben uygulamada gidip kendisinin re'sen rapor alıp gelmesini de istemiyorum, önce ben göreceğim, konuşacağım ondan sonra güçlendirilmesini isteyip doktordan rapor getirmesini, ancak böyle başlıyorum işleme.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Şimdi değerli arkadaşlar, bizim mevcut gündemimiz ile ilgili önerileri olan arkadaşlar varsa yazdırsın.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Halil Hocam bir çözüm bulduk. Şöyle; 501 inci maddede mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası devlete geçer hükmü var ya, devlet bu konuda gereken tedbirleri alır diye bir cümle ekleyelim, Nüfus Kanununa veya Yönetmenliğine de bir hüküm ekleyelim, diyelim ki nüfus memuru mirasçı bırakmayan kimsenin durumunu devlete ihbar eder.

Katılımcı:

Bu davalar açısından çok sorun olur, en azından davaların bize ihbar edilmesi lazım.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

O zaman nüfus müdürü demeyelim, nüfus müdürlüğüne ve hakimlere mi diyelim, nasıl yapalım yani?

Tamer PAMUK

Şimdi bende bir var, mesela Mirasçısının bulunmadığı bir dava, 3 ay önceki bir mevzu. Sonra tekrar dava açtı.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Ben de şunu anlamadım, mirasçı yoksa nasıl bir dava olacak ki yani.

Tamer PAMUK:

Hocam verasetin iptali davası var. Davacı iddiada bulunuyor. Karar kesinleşiyor. Hazineye ihbar falan olmuyor. Sonra hazine iptal davasını bir daha açıyor. Bu sefer yargılamanın iadesi talebinde bulunuyor. Aynı dava konusunda iki asliye hukuk kararı olmaz dedik ama istinaf yok dedi, sen bak dedi.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Belki fiilen zilyetliğindedir, iptal edilirse onun zilyetliğinde kalır düşüncesiyle mi acaba.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Peki başka konular var benim özellikle dile getirmek istediğim müsaade ederseniz bunları bir dile getirmek istiyorum.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Müsaade ederseniz Hocam, unutmadan bir şey söyleyeyim. Rahmetli Prof. Dr. Nurşin Ayiter, bizim miras hukuku hocamız oydu. İşte kavramlar, muris, mirasçı, saklı paylı mirasçı, vasiyet alacaklısı, saklı pay tenkis davası falan dedi ki bunları öğrenin ama şunu unutmayın dedi, miras hukukunda tek önemli şey var, sakın muris olmayın dedi, onun dışında ne olursanız olun dedi. Allah kimseyi muris yapmasın, teşekkür ediyorum buyurun.

Katılımcı:

Bir insan murisi öldüğü zaman en geç bir sene sonra bu murisimden ne kaldı, ne bitti diye araştırır. Aslında biliyor herkes, bir araştırsalar daha sonra tutuyor bu davayı açtırıyor. Ailevi başka çatışmalar yani. O hususta bir zamanaşımı hak düşürücü süre getirilsin diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Benim birinci olarak dile getirmek istediğim husus, Türk Medeni Kanunu 2001'de değiştirilirken de -daha önceki Medeni Kanunda da vardı ama birtakım şeyler düzeltilmişti daha önceki Medeni Kanundaki bu ifadeler- özellikle bu vasiyet ibaresi yerli, yersiz farklı anlamlarda kullanılıyor. İşte burada örneklerini yazdım. Vasiyet bir yerde bakıyorsunuz maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf anlamında kullanılıyor, bir yerde bakıyorsunuz şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf yerine kullanılıyor. Hâlbuki şekli anlamda vasiyeti ifade etmek istiyorsak kullanmamız gereken tabir vasiyetname. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufu kast etmek istiyorsak vasiyet tabirini kullanmamız gerekiyor. Ama ne yazık ki Türk Medeni Kanunu 2001'de bazı

yerlerde düzeltilmişti ama burada hala düzeltilmeyen yerler var. O yüzden onun düzeltilmesi gerektiği yönünde bir öneri müsaade ederseniz yapmak istiyorum. İkinci söylemek istediğim husus 495 inci madde ile ilgili. Türk Medeni Kanununun 495 inci maddesinin üçüncü fıkrasında miras bırakandan önce ölmüş olan çocukların yerini her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır kuralı var. Evet ölüm halinde böyle olmalıdır. Ama burada kastedilen ölüm değil burada kastedilen aslında çocuğun mirasçı olamadığı bütün haller. O yüzden bu da açık bir yazım hatası belki. Bunun da düzeltilmesi zannediyorum isabetli bir çözüm olur.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Arkadaşımıza öneri olarak yazdırırsanız Hocam.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Ben hepsini yazdıracağım. Sonraki söyleyeceğim şey, mirasçılık belgesi bağlamında. Kimler mirasçılık belgesi isteyebilir, kimler isteyemez bağlamında. Lehine muayyen mal bırakılmış olan kişilerin de tabii ki şey yapması gerekir. Mirasçılık veya işte lehtarlık belgesi mi diyoruz ne diyorsak o Türk Medeni Kanununun 598 inci maddesinde zaten bu söyleniyor. Bununla bağlantılı şöyle bir sorun var. O sorun da şu; bu vasiyet alacaklılarına hasarın ne zaman intikal edeceği ile ilgili Türk Medeni Kanunumuzda bir düzenleme var. Bu düzenleme tabii ki Türk Borçlar Kanunundaki hasarın intikali ile ilgili kuralla paralel bir düzenleme idi. Biliyorsunuz sözleşmenin kurulması ile beraber hasarın intikal edeceği kabul ediliyordu önceden. Sonra biliyorsunuz 2012'de Türk Borçlar Kanununu değiştirdik. Ve dedik ki artık hasar ne zaman teslimle intikal eder dedik. İlk yapıldığında Türk Medeni Kanunu işte Türk Borçlar Kanunundaki bu düzenleme ile birlikte yapıldığı ve ikisi bir bütün içerisinde olduğu için Türk Borçlar Kanunu değiştirildiğinde Türk Medeni Kanunundaki bu düzenleme böyle kalmış oldu. Türk Medeni Kanunundaki düzenlemeye göre mirasın intikali anında hasarın intikal edeceği söyleniyor. Bu bir alacak hakkıysa hasarın intikali anının ne olduğunun alacaklı bakımından bir önemi yok. Alacaklı bakımından önemli olan ne? Mülkiyet ona intikal etmiyor, sadece ölüm olayı mirasın intikali yani bu şahsın bir alacak hakkı sahibi olmasına sebebiyet veriyor, yoksa mülkiyet hakkının ona geçmesine sebebiyet vermiyor. Dolayısıyla bu anın miras alacaklıları bakımından vasiyet alacaklıları bakımından hasarın intikali anı gibi burada söyleniyor olması doğru değil. O yüzden bu hükmün de Borçlar Kanuna paralel bir şekilde hasarın bu şekilde intikal edeceğinin söylenmesi zannediyorum bu bütünlüğü sağlanması bakımından da isabetli olur. Onunla bağlantılı 518 inci maddede de bir fıkra var. Diyor ki bu fıkrada; "tasarrufu yerine getirme ile yükümlü olan kimse, mirasın açılmasından sonra bırakılan belirli mala yaptığı harcamalar ve mala verdiği zararlardan dolayı vekâletsiz iş görenin haklarına sahip ve borçları ile yükümlü olur" diyor. Vekâletsiz iş görmeyi buraya niye uyguluyoruz ki? Bu bir alacak hakkıysa zaten mal ona ait değil, vasiyet edilen şey vasiyet alacaklısına ait değil henüz. Bunun ait olabilmesi için ifa edilmesi yani işte alacağın ödenmesi lazım. Bu geçen zaman dilimi içerisinde dolayısıyla bu mal varlığı değerinde bir artış olduysa veya

azalma olduysa bu tamamen kiminle ilgili bir meseledir, kanuni veya irade külli halef ile ilgili bir meseledir. Onların bu şahsa karşı, vasiyet alacaklısına karşı sorumluluğu borçlunun sorumluluğu kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. İşte İsviçre'de de böyle bu. Ama tuhaf bir şey bu düzenleme. Çünkü onlar nedir? Vasiyet alacaklısı karşısında borçlu konumundadır. Dolayısıyla onların hukuki statüsünün de bu borcun niteliğine uygun bir şekilde belirlenmesi gerekir, yoksa vekâletsiz iş görme hükümlerine göre değil. O yüzden benim kişisel önerim; bu hükümde de işin niteliğine uygun bir düzenleme yapılırsa zannediyorum isabetli bir adım atılmış olur.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Hocam öneriniz var mı? Yazalım oraya.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Önerim normal şeye göre bakılır borç konusu şeyin ne olduğuna göre.

Katılımcı:

Hocam Türk Medeni Kanununun 601 inci maddesinde olması lazım. Vasiyet alacakların durumuna ilişkin eşya hukuku ve borçlar hukuku hükümlerine tabiidir diye bir ifade var.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Tamam ne güzel.

Doç. Dr. Cüneyt PEKMEZ:

Vasiyet alacakları bakımından miras bırakanın aksine bir tasarruf yoksa demek lazım değil mi Hocam? Hocamın bahsettiği İsviçre hukukundaki değişiklikler de yasal miras payını da saklı payı kapsamına sokan değişiklikler çok önemli o. 1978'den beri, bizim miras hukuk denkleştirme sisteminde de koca bir açıklık var. O açıklık yasal miras payının tenkisi suretiyle ancak saklı payın önce verilerek sonra yasal pay miras paylarının dağıtılması.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

523 ZGB'de saklı pay mirasçılarının yasal pay miras payları ile terekede elde ettikleri değerler ile ölüme bağlı tasarruflar saklı pay açan kısım ölçüsünde tenkit edilir diye bir hüküm var. Şöyle diyelim mi? Bir cümle ekleyelim mi? Biz yukarıya diyelim ki İsviçre'de 1 Ocak 2023'te yürürlüğe giren değişiklikler dikkate alınmalıdır diye bir cümle ekleyelim ki haberimiz

var yani bunlardan. Bunlarla ilgili gereken çalışmalar yapılmalı diye bir cümle. İşte genel bir cümle ekleyelim oraya.

Zamanımız kalmadı bir toparlayalım Hocam. Türk Medeni Kanununun 501 inci maddesine ekledik ya Hocam oraya bir çıkar mıyız, Hazineden gelen arkadaşın önerisi var. Şuraya Türk Medeni Kanununun 598 inci maddesine de bu yolda bir hükmün eklenmesi uygun olacaktır diye evet.

Katılımcı:

Eşin saklı payın azaltılması konusunda ne düşünüyorsunuz? Öyle bir şey de ekleyelim mi?

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

İşte Hocam genel söyleyelim çünkü 9 tane ana başlık var. 9 ana başlıkta buna giremeyiz şu anda. İsviçre'deki değişiklikler de dikkate alınmalıdır gibi bir şey yazılabilir yukarıya.

Katılımcı:

İşte ama İsviçre'deki anne babanın saklı payını kalıyor.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Ama onu tartışacak işte komisyon yani tartışacak yani. Biz yapamayız bu ayrı bir çalışma konusu.

Katılımcı:

Bu saklı payın yükseltilmesindeki bir şey şu olabilir. Türk Medeni Kanununun 510 uncu maddesinde diyor ki, miras bırakana veya -bu beni hep derste rahatsız ediyor- bir yakınına karşı ağır bir suç işlerse diyor. Orada benim mirasçılıktan çıkaracağım kişi atıyorum, hiç de yakınım olmayan 5 tane küçük çocuğu incitmiş, çok kötü bir şekilde çocukların zarar görmesine neden olmuş. Hem burada güzel bir öneri olur. Hani gerçekten de tasarruf sağlanmış olur bu kişi mirasçılıktan çıkarılarak.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Ağır suç işleyen denilebilir, yani sadece yakın değil.

Katılımcı:

O İsviçre'nin kafası. Adam kendi yakınına gelmedikçe pek aldırmıyor kötülüğü. Ama doğu toplumu öyle değil. Bizde kötülük başkasına yapılsa da canımız yanar.

Suna TÜRE:

Ben izninizle bir cevap vermek istiyorum. Gerçekten çok güzel bir fikir. Yani kendi evladınız, yakınınızda bu böyle bir durum olabilir. Ancak biz genel madde düzenliyoruz. Şimdi yakınını çözebiliyoruz. Ama ben bu şeyi alıp uygulamaya getirdiğimde o kadar farklı şeyler çıkar ki bunu yani şu anda bir fantezi gibi geliyor gerçekten. Çünkü bunun uygulaması var. Uygulamada ben o yakını anlayabiliyorum. Orada bile inanın ki vasiyetname düzenliyor, çıkartmıyoruz. Bir sürü şeyler, çok çok bariz olması gerekiyor, miras haktır diyoruz. Mülkiyet gibi diyoruz.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Ben başka bir konuya geçeyim. Türk Medeni Kanununun 500 üncü maddesi, evlatlık ile ilgili. Malumunuz geçen Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararda Türk Medeni Kanununun 314 üncü maddesindeki evlatlık eğer ayırdım gücü varsa erişkin ergin bir evlat edinilmiş ise artık 314 üncü maddede malumunuz küçüklerin evlat edilmesini ayırt etme gücü olmayanlarda ana babanın, evlat edinenin birlikte evlat edinilmesini kişilerin ad ve soyadları olur. Ama ergin olanlarda böyle bir hüküm yoktu, orayı iptal etti. Olması gerektiğini belirtti. Bu bağlamdan hareketle ben Türk Medeni Kanununun 500 üncü maddesinin ikinci fıkrasında evlatlık müessesesinin Türk hukukunda, Türk Medeni Kanununun 305 ve devamı maddelerinde ve burada tek taraflı, İsviçre'de olduğu gibi evlatlık olmasını istiyorum. Niye diyeceksiniz? Evlatlığı kendi asıl ailesinden koparmalıyız. Tek başına evlat edinenin üstüne yazmalıyız. O bağ bizde kopmuyor. Evlatlık iki taraftan da mirasçı oluyor, bu mirasçı olmasının ötesinde başka problemler oluyor. Hatta çocuk esirgemede ana babası olan küçükler evladı denilmek istenmiyor. Hep kimsesiz olanlar evlat edinilmek isteniyor. Çok büyük bir problem teşkil ediyor. Ayrıca bizim açımızdan problemler iki taraflı oluyor. Bir de evlat edinene evlatlık mirasçı ama bunun tam tersi yok bizde. Bunun da mesela olması gerekir. Mesela evlat edinen de evlatlığa mirasçı olmalıdır. Ben öyle düşünüyorum. Bunların bence üzerinde durmamız gerektiğini düşünüyorum, akşam tasarladım. Türk Medeni Kanununun ilgili kısımlarının da bu anlamda değişikliğe uğraması gerektiğini düşünüyorum. Yani tek taraflı evlatlık evlat edinene mirasçı ama bunun tam tersi yok. Zengin bir evlatlık olabilir, evlat edinen de ona mirasçı olmalıdır diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Müsaade ederseniz ben de görüşümü açıklayayım sizin söylediğiniz hususlarla ilgili. Bu konu Türk Medeni Kanununun 2001'deki o değişiklik

esnasında da yoğun bir şekilde tartışılan bir konu olmuştu. Bir kısım hocalarımız sizin ifade ettiğiniz gibi koparma esasının bizde de geçerli olması gerektiğini savunmuşlardı. Bunun üzerine İsviçrelilere soruldu. Dendi ki siz acaba bu koparma esasını niye getirdiniz? Onların verdiği cevap şu oldu. Dediler ki; biz bu koparma esasını şunun için getirdik, çünkü bizde evlat edinilen kişiler %99'u itibarıyla yabancı kişilerdir. Amacımız da şu; bunları kendi bulundukları sistemden tamamen koparalım, tam bir İsviçre vatandaşı haline getirelim, böylece geçmişleriyle de bağı kopsun, bunlar tam İsviçre'nin vatandaşı olsun. O sebeple böyle getirdik, eğer sizde de evlat edinilen kişiler bu şekilde ise yani Türk vatandaşı değilse, aynı toplum içerisinde yaşayan kişiler değilse, böyle yapabilirsiniz. Ama aynı toplumda yaşayan kişiler ise bu çok büyük sorunlara sebebiyet verir. Çünkü bunlar istese de istemese de birbirini, yani çocuk kendi ailesiyle, gerçek ailesiyle diyelim sürekli irtibat halinde olacak. Şimdi sürekli irtibat halinde olan bir kişiyi siz şeklen kopardım derseniz bu bambaşka sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet verir diye ifade ettiler. Onun üzerine de Türk Medeni Kanunu o şekilde, yani evlat edinmeye ilişkin kurallar o şekilde devam ettirildi. Aynı şekilde miras hukukuna yansıması da oranın devamı şeklinde kalmış oldu. O yüzden hani tam koparma ilkesi benim kanaatime göre bizim toplum yapımıza uygun değil. Ama şu söylediğinizde ben de katılabilirim; yani tek yönlü mirasçılık olmasın, evlat edinen de evlatlığa mirasçı olabilsin. Hedefimiz bunu çocuk konumuna getirmekse o zaman bunun da olması bana göre de doğru olur diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Katılımcı:

Ama bu sefer de biz tam koparma yapmadığımız için ailesinden, öbür ailesinden gelecek mirasa evlat edilen kişiyi mirasçı kılmak gibi bir şeyi de.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Yok, onu eş gibi yapmak lazım, eşlerin birbirine mirasçılığı gibi yapmak lazım. Çocukla anne babanın mirasçılık şeklinde değil eşlerin birbirine mirasçılığı gibi evlatlıkla, evlat edinilen arasındaki mirasçılığı şey yapmak lazım.

Suna TÜRE:

Toplumda böyle bir talep geldi mi?

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Evet var, çünkü bir dava okudum. Şahsıma soruldu. Evlat edinen çok mağdur, evlatlık bayağı zengin, adama miras kalmıyor, evlatlığın bütün diğer akrabalarına gitti miras. Baba, evlat edinen çok mağdur kalmış.

Katılımcı:

Evlatlık rejiminin temelinde evlat edinilen kişiyi korumak kollamak duygusu var. Şimdi biz bunu tersine çevirip evlat edinenin zenginleştirmek, bir şekilde miras almasını sağlamak öyle bir şeyimiz yok. Felsefesi yanlış.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Evlat edinilmişimdir, büyümüş, okumuştur, kazancı olmuştur. Benden önce ölmüştür ben kalmışım.

Katılımcı:

O, evlat edinmenin felsefesine aykırı.

Katılımcı:

Ama Hocam ben bu konuda size katılmıyorum.

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU:

Ama vasiyet bırakabilir Hocam, yani kendisine bakmış, evlat edinilmiş kişiye.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Evet buyurun.

Nuran KIZILDERE:

Bir de mirastan feragat sözleşmesi yaptığımızda yaşadığımız bir sorun var. Daha doğrusu yorum yapamıyoruz, olur mu olmaz mı dediğimiz. Mirastan ivazlı feragatte ivazın kimin tarafından ödeneceği, miras bırakan tarafından mı ödenmeli, yoksa mirası lehine bıraktığı kişi mi öderse ivazlı mirastan feragat olur mu? Bu konuda tereddüdümüz var. Mesela geliyor diyor ki; kardeşim bana 4 milyon verdi, bunu gönüllü verdi ama ben de kendi mirasımdan feragat etmek istiyorum, ödeyebilecek durumda değilim ama biraz miras bırakanımla böyle bir şey yapayım, kardeşim lehine bana vermiş olduğu 4 milyon karşılığında mirastan feragat edeyim. Bu ivaz konusu kimin, tarafından ödeneceği, yorum yoluyla sanki miras bırakanın ödemesi terekeden bir azalma olması gerekir gibi düşünsek de bir boşluk var gibi geliyor. Siz nasıl değerlendirirsiniz? Ben öğrenmek istiyorum.

Katılımcı:

İvazlı herkes ödeyebilir, hiç problem değil.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Hatta hiç ödemeden ben aldım derse de yapacak bir şey yok. Yani öyle de olabiliyor.

Katılımcı:

Feragat sözleşmesi bir sözleşmedir. Ben daha önce şu malları aldım falan filan bunda bir daha bir şey istemeyeceğim gibi bir taahhüt kapsamında olmayacak sözleşme.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Kabul ediyorsa sorun yok.

Nuran KIZILDERE:

Yine karşılaştığımız bir şey var. Yapmamaya karar verdik biz noterler olarak. Birlikte vasiyetname karşılıklı vasiyetname niteliğine mi bürünür diye tereddütte olduğumuz bir konu var. Eşlerin karşılıklı feragatleri geliyor. Özellikle ikinci evliliklerde, eş konuşuyor, diyor ki; eşimin benden herhangi bir mirasımdan pay almaması karşılığında ben de onun mirasından feragat ediyorum. Diğeri söz alıyor, bende diyor; işte o benim miras payından feragat etmesi şartıyla ben de ona mirasçı olmaktan feragat ediyorum diyor. Böyle karşılıklı feragatname birlikte vasiyet gibi mi değerlendirilir, karşılıklı feragat gibi mi değerlendirilir? Bu konuda da tereddüdümüz var noterler olarak.

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ:

Ama şöyle, bunlar normalde miras sözleşmesi olarak yapılsa da Kanunda öngörülen o şekli koşulların sağlanması şartıyla aynı ölüme bağlı işlemler ortaya çıkabilir ve bana göre bu mümkündür.

Nuran KIZILDERE:

Yani feragat olarak mı, karşılıklı feragat mi, eşlerin karşılıklı birbirlerinin miraslarından feragat ederek o benim mirasımdan feragat etmesi şartıyla, o da aynı şekilde karşılıklı. Bu bir vasiyetname midir? Karşılıklı vasiyetname mi diye değerlendirilir?

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ:

Feragat sözleşmesi ancak miras sözleşmesi ile yapılan bir ölüme bağlı işlemdir. Ve bunu biz vasiyetname olarak nitelendiremeyiz. Feragat iradesinin aynı anda ortaya çıkması var. Bu arada Kanunda öngörülen resmi vasiyetname şeklinde tabi olduğu için o şekli koşulların gerçekleşmesi yeterli.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Sezer Hocam zannediyorum tereddüt şu noktada. Bu ivazlı feragat mı ivazsız feragat mi noktasında galiba tereddüt var.

Nuran KIZILDERE:

E tabi orada karşılıklılık da var.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Karşılıklı olmak zorunda zaten sözleşme adı altında. Ama bu ivaz mıdır değil midir?

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ:

İvazsız feragat olur. Karşılıklı, aynı anda feragat varsa ikisi de ivazsız yapılmış olur. Zaten ikisi aynı anda hükümle sonuç doğurmaz. Birlikte ölüm karinesi hariç. Mutlaka birisi önce hükümle sonuç doğurur. Diğeri ilkinin hükümle sonuç doğurmasına bağlı olarak hükümsüz hale gelir.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

İvazlı olabilmesi için sözleşme ile bir şey verilmesi lazım.

Nuran KIZILDERE:

Evet, evet ben de en son sorun yaşanmaması için ayrı ayrı yapmaya karar verdim.

Prof. Dr. Sezer ÇABRİ:

Şu olabilir ayrı ayrı yapın diyorsunuz ama birisi önce yapıldığı zaman ikincisi yapılmayabilir.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Arkadaşlar şimdi süremiz sona erdi. Buradaki sonuçları diğer gruplardaki başkanlar ile oturup değerlendirmemiz gerekiyor. Hepinize teşekkür ediyorum bu güzel birliktelik için. İnşallah bir dahaki sefer başka vesilelerle bir araya geliriz. Hepinize sağlık, sıhhat, huzurlu, mutlu yıllar diliyorum. Teşekkür ederim.

V. GRUP SONUÇ BİLDİRGESİ

Tartışma Konuları: Miras Hukuku

Türk Toprak Hukukundan Kaynaklanan Kısıtlamalar Işığında Terekedeki Taşınmazların Paylaştırılmasından Kaynaklanan Sorunlar

Görüş ve Öneriler:

Görüş: Türk Medeni Kanununun 614 üncü maddesindeki iflas hükümlerinin uygulanmasında sorunlar yaşanmaktadır. Ankara mahkemelerince uygulamada resmi tasfiye yapılmaktadır.

Öneri: Maddede "ya da resmi tasfiye" gibi bir düzenleme getirilebilir.

Görüş: 6537 sayılı Kanunda yer alan 8/C maddesi 5403 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile Türk Medeni Kanununun 644 üncü maddesi arasında çakışma var mıdır?

Öneri: Türk Medeni Kanununun 644 üncü maddesine "tarım arazileri hariç" ibaresi eklenmesi halinde 5403 sayılı Kanunun 8/C maddesi ile uyumlu hale geleceği düşünülmektedir. (Çekince: Genel kanuna böyle bir ekleme yapmak genel kanun-özel kanun ayrımında sorun teşkil edecektir. Nitekim özel hüküm varken genel hüküm uygulanmaz, özel hüküm genel hükümden önce uygulanır.)

Görüş: 6537 sayılı Kanunun 8/C maddesi "Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinde 20 yıl içinde bu arazilerden tamamını veya bir kısmını tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda…"

Tarımsal arazilerin paylaşılmasında gelir değeri yerine gerçek değerin esas alınması

8/C hükmüne ilişkin sorunların önüne geçecektir

Öneri: 20 yıllık sürenin 5 yıla indirilebileceği düşünülmektedir (Çekince: anılan madde iki halde uygulanıyor olup söz konusu durumlar tarım dışı amaç ve ehil mirasçı sürenin kısaltılması halidir ve kısıtlı bir uygulama alanı vardır, 5 yıla düşürülmesi halinde mirasçıların zenginleşmesine yol açabilir.)

Görüş: Hobi bahçelerinin herhangi bir hukuki alt yapısı bulunmamaktadır. Bu kuruma hukukilik tanımak gereklidir.

Tarım bakanlığı bir imar planlaması yapmalıdır.

Hobi bahçeleri beraberinde birçok problemi getirmektedir.

Görüş: Türk Medeni Kanununun 557 nci maddesinde ölüme bağlı tasarrufların iptali düzenlenmiştir. 557 nci maddenin üçüncü bendinde "tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlaka aykırı ise…" ibaresinin kaldırılması gerektiği düşünülmektedir. Nitekim hukuka ve ahlaka aykırı ise zaten kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır.

Görüş: Tarımsal arazilerin parçalanmasının engellenmesine yönelik özel düzenleme gibi bir düzenleme ticari işletmelerin parçalanmasının engellenmesi için de getirilmelidir, böylece toplumun ekonomik menfaatleri ön planda tutulmuş olur, ticari işletmelerin miras yoluyla parçalanması engellenir. Buna ilişkin çalışmalar Alman ve İsviçre hukukunda mevcuttur.

Görüş: 5403 sayılı TKAKK hükümlerine ilişkin 8 inci madde emredici niteliktedir. Arazinin miras konusu veya ehil mirasçı talebi olup olmadığının değerlendirilmesinden bağımsız olarak tarım arazilerinde hisselendirme, ifraz, pay/paydaş adedi artırımına ilişkin yasakların sonraki özel emredici nitelikte hüküm gereği doğrudan uygulanması gerekmektedir.

5403 sayılı Kanunda mirasçılara iradi devir çerçevesinde tanınan aile malları ortaklığı imkânının sıklıkla arazilerin işlenmeksizin elbirliği mülkiyeti altında kalmasına sebep olduğu mümkünse bu imkânla birlikte arazinin işlenmesi hususunda yükümlülük tanınması gerekmektedir.

İsviçre tarım hukukunda olduğu gibi işlenmeyen arazilere ilişkin belirli süreler içerisinde hem elbirliği hem de paylı mülkiyetten alım hakkına yönelik tanınması gerekmektedir.

Tarım arazileri bakımından emredici düzenlemeler ile miras konusu araziler başta olmak üzere çiftçi tipi anonim ortaklıkların kurulması için çalışmalar yapılması

Tarım bakanlığının 1 yıl içerinde paylaştırılmayan arazilere ilişkin dava hakkını kullanması.

Tarımsal arazilerin hukuki statüsü sadece miras hukuku alanını dikkate alarak açıklığa kavuşturulabilecek bir husus değildir. Konunun önemi dolayısıyla ilgili bütün hukuk dallarını da kapsayacak. Daha geniş katılımlı ayrı bir çalıştay konusu yapılması isabetli olacaktır.

Ölüme Bağlı Tasarruflarda Murisin İradesini Öne Çıkarmaya Yönelik Yapılması Gereken Düzenlemeler

Görüş ve Öneriler:

Görüş: Türk Medeni Kanununun 532 nci madde ve devamı hükümlerinde düzenlenen resmi vasiyetnamenin şekline ilişkin kuralların teknolojik gelişmeler dikkate alınarak gözden geçirilmesi önerilmektedir. Bu bağlamda sıkı şekil şartlarından ziyade mirasbırakanın iradesini ön plana çıkartacak şekilde bir düzenleme yapılmalıdır.

Görüş: İsviçre'de 18.12.2020 tarihli Federal Kanun (01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren) ile 9 ana başlıkta yapılan değişikliklerin de Türk aile yapısı ve Türk hukuku göz önünde bulundurularak dikkate alınması önerilmektedir.

Mirastan Feragat Sözleşmesinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Görüş ve Öneriler:

Görüş: Türk Medeni Kanununun 529 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "en yakın ortak kök" ibaresi feragat edenin eş olması ihtimalinde sorunlara sebebiyet vermektedir. Bu husus dikkate alınarak hükmün gözden geçirilmesi önerilmektedir.

Görüş: Eş adaylarının mirastan feragat sözleşmesi yapabilip yapamayacağı konusunda Yargıtay'da görüş birliği mevcut değildir, anılan hususta farklı Yargıtay kararları mevcuttur. Evlilik ihtimali yokken yapılmış mirastan feragat sözleşmesinin geçersiz olması gereklidir ancak nişanlılık durumunda yapılan mirastan feragat sözleşmesinin geçerliliğinin olması gerektiği düşünülmektedir. Somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalıdır.

Bu bakımdan içtihat farklılıklarının giderilmesi ve anılan hususta içtihadı birleştirme kararının alınması hususu dile getirilmiştir.

Ayrıca bu konudaki önemli sorunlardan bir tanesi de mirasçı sıfatı taşımayan kişinin mirastan feragat sözleşmesi yapabilip yapamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda aynı mal rejimi sözleşmesinin durumunda olduğu gibi mirastan feragat sözleşmesinin de kanuni mirasçılık sıfatının kazanılmasından önceki bir dönemde yapılmasına imkân veren bir düzenleme yapılması önerilmektedir.

Görüş: Türk Medeni Kanununun 598 inci maddesine, mirasçılık belgesinin bazı durumlarda çekişmesiz yargı işi olmaktan çıkartılmasını engelleyecek bir fıkra eklenmesi önerilmektedir. Bu bağlamda düzenlenecek mirasçılık belgesinde mirasçı sıfatına sahip olanlar yanında mirasçılık sıfatını kaybetmiş olanlarla miras paylarının da oransal olarak gösterilmesinin sağlanması isabetli olacaktır.

Görüş: Türk Medeni Kanununun 734 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "satış bedeli" ibaresinin günümüz koşulları ve enflasyon oranları da göz önüne alınarak yeniden düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Mirasçı Bırakmaksızın Ölen Kişilerin Mal Varlığının Hazineye İntikalinde Yaşanan Sorunlar

Görüş ve Öneriler:

Görüş: Türk Medeni Kanununun 501 inci maddesine devlet dışında kanuni veya iradi mirasçısı bulunmadığı tespit edilen kişiler için "devletin gereken tedbirleri alır" şeklinde yeni bir fıkra eklenmesi, buna istinaden nüfus kanununa veya yönetmeliğine mirasçı bırakmaksızın vefat eden kimsenin durumunu nüfus müdürlüğünün hazineye ihbar etmesinin sağlanması önerilmektedir. Türk Medeni Kanununun 598 inci maddesine de bu yönde bir hükmün eklenmesi uygun olacaktır. Örneğin yabancılık unsuru içeren

veya 3561 sayılı Kanun kapsamında yönetim kayyımı, atanmış şahıslar hakkında verilen mirasçılık belgelerinin hazineye ihbar edilmesi önerilmektedir.

Mevzuat ve Uygulamadan Kaynaklanan Diğer Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Görüş ve Öneriler:

Görüş: Türk Medeni Kanununun 518 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan hasarın intikali ile ilgili kural Türk Borçlar Kanunu ile uyumlu hale getirilmelidir. 518 inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan vasiyet borçlusunun sorumluluğu ile ilgili olarak "ilgili eşya hukuku ve borçlar hukuku kuralları geçerlidir." şeklinde bir değişiklik yapılması önerilmektedir.

Görüş: Türk Medeni Kanununun 495 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "önce ölmüş olan çocukların" ibaresi değiştirilmeli ve yerine "çocukların mirasçı olamadığı hallerde" ibaresi eklenmesi önerilmektedir.

PROF. DR. HALİL AKKANAT

Miras hukukunda eşin mirasçılık esaslarıyla temel sorun esasında boşanma sisteminde kusur esaslı ve sebep odaklı bir yaklaşım benimsenmesidir. Geri kalan hususlar zaten kanun koyucunun takdiridir. Bu çerçevede belki eşin saklı pay oranının sabit tutulması da önerilebilir.

A. Kan hısımları

I. Altsoy

Madde 495-Mirasbırakanın birinci derece mirasçıları, onun altsoyudur.

Çocuklar eşit olarak mirasçıdırlar.

Mirasbırakandan önce ölmüş olan çocukların yerini (mirasçı olamadığı her hal olarak anlamak icap eder), her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır.

Mirasçı olamayan çocukların olarak anlaşılması lazım/bu aksaklık yine hükümlerin geneline yayılmış durumdadır)

II. Ana ve baba

Madde 496- Altsoyu bulunmayan mirasbırakanın mirasçıları, ana ve babasıdır. Bunlar eşit olarak mirasçıdırlar.

Mirasbırakandan önce ölmüş olan ana ve babanın yerlerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır.

Bir tarafta hiç mirasçı bulunmadığı takdirde, bütün miras diğer taraftaki mirasçılara kalır.

III. Büyük ana ve büyük baba

Madde 497- Altsoyu, ana ve babası ve onların altsoyu bulunmayan mirasbırakanın mirasçıları, büyük ana ve büyük babalarıdır. Bunlar, eşit olarak mirasçıdırlar.

Mirasbırakandan önce ölmüş olan büyük ana ve büyük babaların yerlerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır.

Ana veya baba tarafından olan büyük ana ve büyük babalardan biri altsoyu bulunmaksızın mirasbırakandan önce ölmüşse, ona düşen pay aynı taraftaki mirasçılara kalır.

Ana veya baba tarafından olan büyük ana ve büyük babaların ikisi de altsoyları bulunmaksızın mirasbırakandan önce ölmüşlerse, bütün miras diğer taraftaki mirasçılara kalır.

Sağ kalan eş varsa, büyük ana ve büyük babalardan birinin mirasbırakandan önce ölmüş olması hâlinde, payı kendi çocuğuna; çocuğu

yoksa o taraftaki büyük ana ve büyük babaya; bir taraftaki büyük ana ve büyük babanın her ikisinin de ölmüş olmaları hâlinde onların payları diğer tarafa geçer.

IV. Evlilik dışı hısımlar

Madde 498- Evlilik dışında doğmuş ve soybağı, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar.

B. Sağ kalan eş

Madde 499- Sağ kalan eş, birlikte bulunduğu zümreye göre mirasbırakana aşağıdaki oranlarda mirasçı olur:

1. Mirasbırakanın altsoyu ile birlikte mirasçı olursa, mirasın dörtte biri,

2. Mirasbırakanın ana ve baba zümresi ile birlikte mirasçı olursa, mirasın yarısı,

3. Mirasbırakanın büyük ana ve büyük babaları ve onların çocukları ile birlikte mirasçı olursa, mirasın dörtte üçü, bunlar da yoksa mirasın tamamı eşe kalır.

İSVİÇRE REVİZYONU: 01.07.2022: ZGB Art. 94'un lafzında basit bir değişikliğe giderek bu düzenlemeyi sağlamıştır:

«***Evlenmek için başvuran kişilerin on sekiz yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olmaları aranmaktadır***»

Saklı pay oranları ve tasarruf nisabındaki değişiklikler (tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi)

Eşin durumu iyileştirilmiştir (2007-kayıtlı birliktelik imkânı sona erdirilmiştir).

Saklı payı (tasarruf nisabı lehine küçültülmüştür)

Boşanma davasının açılmış olmasının sonuçları

(sağ kalan eşin (partner) saklı payını ve lehine yapılan ÖBT sonucu sahip olduğu hak sahipliğini kaybetmesi hususu düzenlenmiştir- ZGB art. 472, 120).

«ZGB Art. 120/f. 2 gereğince mirasçılık sıfatının kaybı için boşanmanın gerçekleşmiş yani boşanma kararının kesinleşmiş olması aranacaktır.»

Boşanma sisteminin kendisiyle tutarlıdır. Bu yönüyle artık İsviçre hukukundaki düzenlemelerden oldukça farklı bir miras hukuku yasal mirasçılık düzeni olduğu söylenebilir Türk hukuku bakımından.

Bir de mal rejimi statüsü de değiştirilmişken (edinilmiş mallara katılma) eşin saklı payındaki bu iyileştirmeler (Türk hukukunda) eleştiriye açıktır.

Art. 120 ZGB bakımından 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik ile boşanma davasının açılması ile eşin saklı payı üzerinde tasarruf imkanı getirilmiştir.

TMK m. 499 ile Art. 462 ZGB (sağ kalan eşin mirasçılığı) arasındaki farklar;

a. Oranlar farklıdır.

i. TMK'da § 1931 BGB'deki oranlar esas alınmış. Mal rejiminin artık değerinden pay alacağından hareketle fark gerekçelendiriliyor.

b. Aynı cinsteki eşlerin mirasçılığı 18.06.2004 tarihinde kabul edilen 01.10.2007 yürürlük tarihli Partnerschaftsgesetz ile eklenmiş

C. Evlâtlık

Madde 500- Evlâtlık ve altsoyu, evlât edinene kan hısımı gibi mirasçı olurlar. Evlâtlığın kendi ailesindeki mirasçılığı da devam eder (tam evlat edinme sistemine geçilmesi daha uygun olur).

Evlât edinen ve hısımları, evlâtlığa mirasçı olmazlar.

D. Devlet

Madde 501- Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer.

İKİNCİ BÖLÜM
ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLAR

BİRİNCİ AYIRIM
TASARRUF EHLİYETİ

NOT: Bu bölümle ilgili en büyük karmaşa "vasiyet, vasiyetname" kavramlarının devamlı olarak birbirine karıştırılması ve "belirli mal bırakma" diye yeni bir terim ortaya atılmasına rağmen bunun da yerli yerinde kullanılmamasıdır.

A. Ehliyet

I. Vasiyette

Madde 502- Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir.

NOT: temyiz kudretinin sonradan kazanılması halinde vasiyetname kendiliğinden geçerli hale gelmez. Tekrar yapılması gerekir.

II. Miras sözleşmesinde

Madde 503- Miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekir.

Art. 468 ZGB ile TMK m. 503 (miras sözleşmesinde ehliyet) arasındaki farklar;

a. İsviçre'de 19.12.2008 kabul ve 01.01.2013 yürürlük tarihli değişiklik yapılmıştır.

b. Ayırt etme gücüne sahip olma ve 18 yaş ehliyet koşulu olarak belirtilmiş; TMK m. 503'de ise ayırt etme gücü ve erginlik zikredilmiş. Türk hukuku bakımından yaş haricinde bir yolla erginliği kazanan da ehliyet sahibi olabilecektir. İsviçre hukukunda evlenme ile rüşt, 1994 kabul ve 1996 yürürlük tarihli değişiklik ile kaldırılmış olduğu için mülga mehazın bu şekilde değiştirildiği ifade edilmektedir (Güven, s. 899).

c. İkinci fıkrada ise kısıtlıların yasal temsilcinin izni ile sözleşmeyi yapabileceği ifade edilmiş iken TMK m. 503 bakımından ise kısıtlı bulunmamak koşul olarak ifade edilmiştir. Bu haliyle Türk hukukunda kısıtlı olmayanların rıza ile de olsa sözleşmeyi yapamayacağı gibi bir anlam çıkarılmaktadır (Güven, s. 898).

İKİNCİ AYIRIM
TASARRUF ÖZGÜRLÜĞÜ

A. Tasarruf edilebilir kısım

I. Kapsamı

Madde 505-(Değişik birinci fıkra: 4/5/2007-5650/1 md.) Mirasçı olarak altsoyu, ana ve babası veya eşi bulunan miras bırakan, mirasının saklı paylar dışında kalan kısmında ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir.

Bu mirasçılardan hiç biri yoksa, mirasbırakan mirasının tamamında tasarruf edebilir.

Art. 470 ZGB ile TMK m. 505 – Tasarruf Edilebilir Kısım

a. ZGB'ye tescilli yaşam ortağı eklenmiştir.

b. Ebeveynler saklı paylı mirasçı olmaktan çıkarılmıştır.

II. Saklı pay

Madde 506- Saklı pay aşağıdaki oranlardan ibarettir:

1. Altsoy için yasal miras payının yarısı,

2. Ana ve babadan her biri için yasal miras payının dörtte biri,

3. **(Mülga:4/5/2007-5650/2 md.)**

4. Sağ kalan eş için, altsoy veya ana ve baba zümresiyle birlikte mirasçı olması hâlinde yasal miras payının tamamı, diğer hâllerde yasal miras payının dörtte üçü.

Art. 471 ZGB ile TMK m. 506 – Saklı paylar

c. Saklı pay oranları her saklı paylı mirasçı için yasal miras payının yarısı olarak düzenlenmiştir.

d. Tescilli yaşam ortağı farklıdır.

Art. 473 ZGB – Eş ya da tescilli yaşam ortağı lehine öbt ile ortak altsoyun miras payları tamamı üzerinde (saklı payı da dahil) üzerinde intifa hakkı tanınması TMK'da bulunmuyor. TMK m. 240 kısmen bu hükümle ilişkilendirilebilir.

B. Mirasçılıktan çıkarma

I. Sebepleri

Madde 510- Aşağıdaki durumlarda mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir:

1. Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse,

2. Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse.

II. Hükümleri

Madde 511- Mirasçılıktan çıkarılan kimse, mirastan pay alamayacağı gibi; tenkis davası da açamaz.

Mirasbırakan ***başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça***[67], mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi, mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarına kalır[68].

Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir.

NOT: mirasçılıktan çıkarmanın af ile ortadan kalkar. Ancak bu affın bir ölüme bağlı tasarrufla da açıklanması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. İsabetli olan affın ispat edilebildiği oranda bu tasarrufun da kendiliğinden hükümsüz kaldığını kabul etmektir.

NOT: Bu durumda mirastan çıkarılanın saklı paylı altsoyu sadece saklı payını isteyebileceğinden miras başka zümreye geçtiğinde (örneğin eşi ve annesi var-eşini reddetti yahut çocuğu ve annesi var-çocuğunu reddetti); anne saklı paylı mirasçı olmasına rağmen saklı payını talep edemez. Bu da çıkarmanın şahsiliğine aykırıdır.

---

[67] Çıkarmanın farklı etkisinin delili ifadedir. Çıkan kişinin saklı payı, mirasbırakanın tasarruf nisabına bu hüküm vesilesiyle eklenir.

[68] Şayet mirastan çıkarılan kişi altsoy ise ve yerini alabilecek 1. Zümrede başka kimse yoksa; mirasbırakanın 2. Zümre mirasçıları saklı paylı mirasçı olamayacaktır. Sadece yasal mirasçı olurlar. Örneğin M öldüğünde eşi, tek kızı ve annesi hayatta ve kız mirasçılıktan çıkarılmışsa anne artık saklı paylı mirasçı olduğunu iddia edemez.

ÜÇÜNCÜ AYIRIM
ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN ÇEŞİTLERİ

NOT: ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin üçüncü bir kişiye bırakılması kural olarak mümkün değildir. Mirasbırakanın söz konusu tasarrufunun içeriği tam olarak belirlenmelidir. Ancak günümüz şartlarında bu kuralın sıkı sıkıya uygulanması mümkün olmamaktadır (*değişen yaşam koşulları-hızla farklılaşan hayat şartları vs.*). Bu kapsamda mirasbırakan yabancı bir kişiye veya kazandırma yararlanıcısına mirasbırakanın yerine nihai kararı serbest takdirle, keyfi olarak verme yetkisi sağlamış olmadığı takdirde bu nevi içerik tayini (*100 ihtiyaç sahibine yardım edilsin; bu kişileri mahalle muhtarı belirlesin gibi*) geçerlidir (*yetki delegasyonu*). Şu hâlde mirasbırakan, güvendiği bir üçüncü kişiye kazandırma lehtarını tayin yetkisini bahşedebilir. Yeter ki bu yetki devrinde irade sakatlığı yahut ahlaka aykırılık bulunmasın. Aksi halde ölüme bağlı tasarrufun iptali söz konusu olabilir. Bunun yanında şu husus da atlanmamalıdır ki yetki delegasyonu ve temsil yasağı ölüme bağlı tasarrufta bulunan işlem tarafı için caridir. Miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan mirastan feragat eden kişi örneğin borçlar kanunu hükümleri uyarınca işlemi temsil suretiyle gerçekleştirebilir.

B. Koşullar ve yüklemeler

Madde 515-Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere bağlayabilir. Tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren, her ilgili koşul veya yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir.

Hukuka veya ahlâka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin bulundukları tasarrufu geçersiz kılar[69].

Anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici nitelikte olan koşullar ve yüklemeler yok sayılır.

Art. 482 ZGB – TMK m. 515

a. Art. 482 Abs. 4 ZGB'ye göre hayvan lehine vasiyet varsa bu mirasçılara hayvan lehine harcama yapma yükümlülüğü yüklendiği (yükleme) anlamına gelir. TMK m. 515'de buna benzer bir düzenleme yoktur.

II. Teslim borcu

Madde 518- Bırakılan belirli mal, mirasın açılması anındaki durumuyla teslim olunur; yarar ve hasar, mirasın açılması anında kendisine belirli mal bırakılana geçer. (*SORU: BK uyarınca hasar meselesinde tercih edilen teslim esasından önce bu madde kaleme alındığı için mi böyle bir hüküm var*)

[69] Maddedeki hatalar (1) icrası talep edilebilecek şey şart değil yüklemedir. (2) yükleme müstakil bir tasarruf olduğu için hukuka ve ahlaka aykırı yükleme geçersiz değil iptal edilebilir niteliktedir ve Yüklemenin bağlantılı bulunduğu tasarruf yüklemeyle birlikte geçersizliğe mahkûm edilmez.

Tasarrufu yerine getirme ile yükümlü olan kimse, mirasın açılmasından sonra bırakılan belirli mala yaptığı harcamalar ve mala verdiği zararlardan dolayı, vekâletsiz iş görenin haklarına sahip ve borçlarıyla yükümlü olur.

(miras payının devriyle devamlı olarak karıştırılmaktadır-Yargıtay kararı ayrıca gönderildi).

2. Artmirasçı hakkında

Madde 525-Artmirasçı, mirası belirlenmiş olan geçiş anında sağ ise kazanır.

Artmirasçı geçiş anından önce ölmüşse, tasarrufta aksi öngörülmüş olmadıkça, miras önmirasçıya kalır.

Önmirasçı mirasbırakanın ölümünde sağ değilse veya mirastan yoksun kalmışsa ya da mirası reddederse, miras artmirasçıya geçer.

Art 492a ZGB (19.12.2008 kabul – 01.01.2013 yürürlük)

a. Ayırt etme gücü olmayan alt soyun art mirasçı olarak tayinine ilişkin bir hükümdür. TMK'da ayrıca bir hüküm bulunmamaktadır.

Art. 531 ZGB (19.12.2008 kabul – 01.01.2013 yürürlük)

a. Art 492a ZGB ile ilişkili. Ayırt etme gücü olmayan alt soyun alt mirasçı atanması işlemi saklı payları ihlal etse de tenkisi talep edilemez. Hüküm saklı payları ihlal edecek şeklinde art mirasçı tayinini yasaklamakta ancak Art 492a'yı istisna tutmaktadır.

H. Miras sözleşmeleri

I. Olumlu miras sözleşmesi

Madde 527-Mirasbırakan, miras sözleşmesiyle mirasını veya belirli malını sözleşme yaptığı kimseye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girebilir.

Mirasbırakan, malvarlığında eskisi gibi serbestçe tasarruf edebilir; ancak, miras sözleşmesindeki yükümlülüğü ile bağdaşmayan ölüme bağlı tasarruflarına veya bağışlamalarına (*sağlararası karşılıksız kazandırmaları*) itiraz edilebilir.

Art 494 ZGB'ye 18.12.2020'de eklenen üçüncü fıkra ile olağan dışı hediyeler dışındaki ölüme bağlı tasarruflar ve kazandırmaların, eğer miras sözleşmesinden doğan yükümlülüklere aykırı ve sözleşmeden beklenen menfaati zedeler nitelikte ise yahut bu hak saklı tutulmuşsa, iptalinin talep edilebileceği düzenlenmiştir.

II. Mirastan feragat sözleşmesi (olumsuz miras sözleşmesi)

1. Kapsamı

Madde 528 -Mirasbırakan, bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir.

Feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder.

Bir karşılık sağlanarak mirastan feragat, sözleşmede aksi öngörülmedikçe feragat edenin altsoyu için de sonuç doğurur (*TMK m. 548'e istisna teşkil eden bir haldir*).

DÖRDÜNCÜ AYIRIM
ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN ŞEKİLLERİ

YENİ YÖNTEMLER (?)-Hesap varisi atama

A. Vasiyet

I. Şekilleri

1. Genel olarak

Madde 531- Vasiyet, resmî şekilde veya mirasbırakanın el yazısı ile ya da sözlü olarak yapılabilir.

(sözlü vasiyetname bakımından Yargıtay yakın ölüm tehlikesini çok sıkı ele alıyor-bu çerçevede belki bu sözlü vasiyetname meselesinde bir değişiklik olabilir)

4. Sözlü vasiyet

a. Son arzuları anlatma

Madde 539-Mirasbırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir.

Bunun için mirasbırakan, son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler.

Resmî vasiyetname düzenlenmesinde okur yazar olma koşulu dışında, tanıklara ilişkin yasaklar, sözlü vasiyetteki tanıklar için de geçerlidir.

NOT (*miras sözleşmesinin mirasbırakanın tek taraflı iradesiyle ortadan kaldırılması*): mirasçılıktan çıkarmaya atıf yapılmıştır. TMK m. 510 vd.

hükümleri devreye girecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus iki maddenin lafızları uyarınca: TMK m. 510 karşısında TMK m. 546/2 daha dar bir uygulama alanına sahiptir. Mirastan çıkarma sebeplerinin tamamen uygulanıp uygulanmayacağı, sadece mirasbırakana yönelik davranışlarının mı esas alınacağı doktrinde tartışmalıdır. Mirasçılıktan çıkarma fiilini gerçekleştirecek kişi ya miras sözleşmesinin tarafı yahut lehine kazandırmada bulundurulan kişidir (*üçüncü kişi lehine yapılan kazandırmanın varlığı halinde sözleşmenin karşı tarafının mirasçılıktan çıkarmaya sebep olacak hal-hareketleri mirasbırakana tek taraflı olarak miras sözleşmesinden dönülmesi imkânı bahşetmez*). Burada da mirasçılıktan çıkarma sebebinin belirtilmesi gerektiği kabul edilir. Bu dönme beyanının karşı tarafa ulaştırılması gereklidir. Elde edilen ivazın da iadesi icap eder. İvazlı bir miras sözleşmesi söz konusu ise mirastan çıkarma sebepleri daha dar ve sıkı biçimde uygulanmalıdır. **Zira ivazla mirasbırakanın terekesi üzerinde hak edinen kişilerin mirasbırakana yasal mirasçılar gibi sadık olması beklenemez** (*yasal mirasçıların sadık olması beklenir mi ki?*).

NOT (*vasiyetname ile miras sözleşmesinden dönme*): Vasiyetname varması gerekmeyen bir irade beyanı olduğu için bu hükmün uygulanması birtakım sorunların baş göstermesine sebep olur. Bu sebeple kanunda yazmasa da vasiyetnamenin karşı tarafa bildirilmesi gerektiği kabul edilir. Ancak bildirilmemeye bağlanan bir hukuki sonuç yoktur (*lex imperfecta*).

NOT (*miras sözleşmesinin tek taraflı olarak ortadan kaldırılmasının etkileri*): miras sözleşmesi bir ivaz karşılığı yapıldığı takdirde bu ivazın iade borcu gündeme gelir. Bu iadenin esaslarının neye tabi olacağı belirlenmemişse de sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olması gerektiği ifade edilebilir (*TMK m. 548 kıyasen burada uygulanabilir*). Yasal mirasçılık esaslarına geri dönülür.

NOT: BGB Par. 2293 uyarınca taraflar sebep göstermeksizin miras sözleşmesinden dönme hakkının saklı tutabilir. Türk hukuku adına da bu hakkın sözleşme ile öngörülmesi mümkündür (*sınırlı hallerde*).

B. Açılma yeri ve yetkili mahkeme

Madde 576- Miras, malvarlığının tamamı için mirasbırakanın yerleşim yerinde açılır.

Mirasbırakanın tasarruflarının iptali veya tenkisi, mirasın paylaştırılması ve miras sebebiyle istihkak davaları bu yerleşim yeri mahkemesinde görülür.

Art. 538 ZGB – TMK m. 576 (24.03.2000 Kabul – 01.01.2001 yürürlük)

a. Mirasın açılması, malvarlığının tamamı için mirasbırakanın son yerleşim yerinde gerçekleştirilir. İkinci fıkra İsviçre'de iptal edilmiştir. Esaslı bir fark bulunmamaktadır.

VI. Vasiyetin reddi

Madde 616- Vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesi hâlinde, mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, bu redden vasiyet yükümlüsü yararlanır.

NOT: herhangi bir süre sınırı yoktur (*vasiyeti ret bakımından? Zaten alacak hakkı olduğu için?*).

VIII. Ret hâlinde sorumluluk

Madde 618- Ödemeden âciz bir miras bırakanın mirasını reddeden mirasçılar, onun alacaklılarına karşı, ölümünden önceki beş yıl içinde ondan almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değer ölçüsünde sorumlu olurlar.

Olağan eğitim ve öğrenim giderleriyle âdet üzere verilen çeyiz, bu sorumluluğun dışındadır.

İyiniyetli mirasçılar, ancak geri verme zamanındaki zenginleşmeleri ölçüsünde sorumlu olurlar.

NOT: doktrinde bu sorumluluğun gündeme gelebilmesi için: (1) mirası kabul eden bir mirasçı bulunmamalıdır; (2) yahut mirası kabul eden mirasçıların malvarlığının da borcu karşılayamayacak olması gerektiği savunulur. **Mirası reddeden mirasçının sorumluluğunun ikinci derece bir sorumluluk olduğu varsayımına dayanır bu görüş**.

İKİNCİ AYIRIM
PAYLAŞMANIN NASIL YAPILACAĞI

NOT: Hukukumuzda ayni etkili paylaşım kuralına veya ayni etkili vasiyete yer yoktur. Şu hâlde mirasbırakanın saklı paylı mirasçılar için saklı paylarını terekeden nakit olarak almasını kararlaştırması ancak bir paylaştırma kuralı teşkil eder. Şu hâlde böyle bir tasarruf ayni etki doğurmaz. Terekenin paylaşılması aşamasında tereke malları kendilerine özgülenmiş olan mirasçılar lehine nispi bir talep hakkı temin eder. Sonuç olarak mirasbırakanın tereke malları üzerinde hak sahibi olmasını istememesine rağmen saklı paylı mirasçı da önce diğeriyle birlikte (*atanmış mirasçılar*) tereke mallarına elbirliği ile sahip olur. Daha sonra paylaşım sırasında saklı payını karşılayan nakit mukabilinde tereke mallarının diğer mirasçıların mülkiyetine geçirilmesine razı olmak zorunda kalır.

NOT: Oğuzman (*Miras Hukuku*): terekenin taksimiyle iştirak sona erdirilip her bir mirasçının hakkının konusunun tayini ve bunlar üzerinde kendisine ayrı ayrı müstakil hak tanınmasının külli halefiyet değil; cüzi halefiyet prensibine tabidir. Yani her bir hakkın, o hakkın devrine ait kaidelere göre mirasçıyla ayrı ayrı devri gerekir.

A. Genel olarak

Madde 646- Yasal mirasçılar, gerek kendi aralarında, gerek atanmış mirasçılarla birlikte mirası aynı kurallara göre paylaşırlar.

Aksine düzenleme olmadıkça mirasçılar, paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırırlar. (*irade özgürlüğü ilkesi*)

Tereke mallarına zilyet olan veya mirasbırakana borçlu bulunan mirasçılar, paylaşma sırasında bu konuda eksiksiz bilgi vermekle yükümlüdürler.

NOT: Paylaşma davasının açılabilmesi için diğer mirasçıların bilinmesi gerekir. Bu nedenle, mirasın reddi, resmî defter tutma, resmî tasfiye ya da ölüme bağlı tasarrufun iptali gibi talepler için öngörülen sürelerin dolmasını beklemek gerekebilir. Mirasın paylaşımı, mirasçılar arasında yapılacak olmakla beraber, bu durum bazı hâllerde, mirasçının kişisel alacaklısının menfaatini de etkileyebilir. Zira mirasçının, kendisine düşen miras payını hiç ya da kısmen almayarak alacaklısını zarara uğratma tehlikesi mevcuttur. Kanun koyucu bunu önlemek için, MK 648 hükmünü getirmiştir. Bu düzenlemeye göre; "*Açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış veya haczettirmiş olan ya da elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemeden aciz belgesi bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir*."

B. Paylaşma kuralları

I. Mirasbırakanın tasarrufu

Madde 647-Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla paylaşmanın nasıl yapılacağı ve payların nasıl oluşturulacağı hakkında kurallar koyabilir.

Bu kurallar, mirasbırakan tarafından kastedilmemiş olan bir eşitsizlik hâlinde payların denkleştirilmesi olanağı saklı kalmak kaydıyla, mirasçılar için bağlayıcıdır.

Aksini arzu ettiği tasarruftan anlaşılmadıkça, mirasbırakanın tereke malını bir mirasçıya özgülemesi, vasiyet olmayıp sadece paylaştırma kuralı sayılır.

V. Tarımsal işletmeler

1. Paylaştırma dışında bırakma

a. Koşulları

Madde 659- (Mülga: 30/4/2014-6537/9 md.)

b. Taşınırların özgülenmesi

Madde 660- (Mülga: 30/4/2014-6537/9 md.)

c. Özgülenmenin hangi mirasçıya yapılacağı

Madde 661- (Mülga: 30/4/2014-6537/9 md.)

d. Ölüme bağlı tasarruf ile düzenleme

Madde 662- (Mülga: 30/4/2014-6537/9 md.)

e. Ergin olmayan mirasçılar

Madde 663- (Mülga: 30/4/2014-6537/9 md.)

2. Aile malları ortaklığı

a. İstem hakkı

Madde 664- (Mülga: 30/4/2014-6537/9 md.)

b. Ortaklığın sona erdirilmesi

Madde 665- (Mülga: 30/4/2014-6537/9 md.)

3. Diğer mirasçıların paylarının mirasçı irat senediyle karşılanması

Madde 666- (Mülga: 30/4/2014-6537/9 md.)

4. Yan sınaî işletme

Madde 667- (Mülga: 30/4/2014-6537/9 md.)

5. İşletmenin satılması

Madde 668- (Mülga: 30/4/2014-6537/9 md.)

DÖRDÜNCÜ AYIRIM
PAYLAŞMANIN TAMAMLANMASI VE SONUCU

Esasında burada miras ortaklığının kişi birliği olarak hareket alanının belirlenmesi (ör. Adi ortaklık hükümlerine atfen) yerinde olabilir. Böylece

uygulama sorunları çözmek ve kısıtlayıcı bir yaklaşımla hareket etmek zorunda kalmaz (örnek düzenleme: BGB).

II. Miras payı üzerinde sözleşme

Madde 677- Terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır.

Bir mirasçının üçüncü kişiyle yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği, noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır. Sözleşme bu kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermez; sadece paylaşma sonunda mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkını sağlar.

NOT: Miras Ortaklığı Devam Ederken Mirasçılardan Biri MK. 612'ye Dayanarak Tüm Miras Payını

Değil de Sadece Terekeye Dahil Taşınmazlardan biri üzerindeki miras hakkını diğer bir mirasçıya devredebilir mi? Yargıtay 24.5.1985 tarih ve E. 1984/2, K. 1985/5 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla bu soruyu olumlu biçimde cevaplandırmış ve "*Medeni Kanunun 612. Maddesi (TMK m. 677) uyarınca mirasın taksiminden önce terekeye dahil belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının diğer bir mirasçıya temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunması için temlik edenin terekedeki tüm miras haklarını kapsaması gerekmediğine, bu nitelikteki sözleşmenin geçerli bulunduğuna ve böyle bir sözleşmenin iştirak hali bozulmadan tapuda işlem yapılmasını sağlayacağına*" karar vermiştir. Mirasçının terekedeki belirli bir mala ilişkin miras payını; miras ortaklığı üyesi olmayan üçüncü bir kişiye devretmesi (*diğer mirasçıların rızası bulunsa dahi*) mümkün değildir. Nitekim Yargıtay içtihadı birleştirme kararı da sadece miras ortaklığı üyesi mirasçılar arasındaki devir işlemlerine yönelik olarak verilmiştir.

NOT: Alman hukukunda (*BGB par. 2034*) mirasçıların her birine payın üçüncü kişiye devreden mirasçıya karşı kullanabileceği bir yasal önalım hakkı tanınmıştır.

III. Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler

Madde 678-Mirasbırakanın katılması veya izni olmaksızın bir mirasçının henüz açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmeler geçerli değildir.

Böyle bir sözleşme gereğince yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesi istenebilir.

B. Mirasçıların birbirine karşı sorumluluğu

I. Garanti borcu

Madde 679- Paylaşmanın tamamlanmasından sonra mirasçılar, paylarına düşen mallar için birbirlerine karşı satım hükümlerine göre sorumludurlar[70].

Mirasçılar, paylaşmada her birine özgülenmiş olan alacakların varlığını birbirlerine karşı garanti ettikleri gibi; borsaya kayıtlı olan kıymetli evrak dışında, alacağın mirasçının hakkına mahsup edilen miktarı için borçlunun ödeme gücünden adî kefil gibi sorumludurlar.

Garantiye ve kefalete dayanan dava, paylaşma tarihinin veya daha sonra yerine getirilecek alacaklarda muacceliyet tarihinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

II. Paylaşma sözleşmesinin geçersizliği

Madde 680- Borçlar Kanununun geçersizliğe ilişkin genel hükümleri, paylaşma sözleşmeleri hakkında da uygulanır.

[70] Zamanaşımının burada 10 yıl olduğu da (ayıp ve zapt için) doktrinde savunulur.

ORTAK OTURUM

(GRUP BAŞKANLARININ SUNUMLARI)

Sunucu:

Değerli katılımcılar; Çalıştay programımızın ikinci günü kapanış oturumuna hepiniz hoş geldiniz.

Şimdi gün boyunca, beş ayrı grupta eş zamanlı olarak gerçekleştirilen "Türk Medeni Kanunundaki Temel Düzenlemelerle Kişiler ve Vesayet Hukuku", "Aile Hukuku", "Eşya Hukuku" ve "Miras Hukuku"na ilişkin çalışma gruplarında yapılan değerlendirmenin sunulacağı kapanış oturumu için birinci oturum başkanımız Sayın Prof. Dr. Cevdet Yavuz'u, ikinci oturum başkanımız Sayın Prof. Dr. Şükran Şıpka'yı, üçüncü oturum başkanımız Sayın Prof. Dr. Murat Doğan'ı, dördüncü oturum başkanımız Sayın Prof. Dr. Hasan Ayrancı'yı, beşinci oturum başkanımız Sayın Prof. Dr. Hasan İşgüzar'ı platformdaki yerlerine davet ediyorum. Buyursunlar efendim.

Programımızın moderasyonunu birinci oturum başkanımız Sayın Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a devrediyoruz. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Teşekkür ederim.

Değerli Hazirun, madem bize moderatörlük görevi de verildi ilk sözü kendime vereyim. Birinci grup toplantımızla ilgili tutanağımızda yer alan başlıca tespitlerimizi size ifade etmek istiyorum. Tartışma konularımız "Türk Medeni Kanunundaki Temel Düzenlemeler ile Kişiler ve Vesayet Hukuku" diye gayet kapsamlı konular üzerinde görüşme durumumuz oldu.

Bize sunulan gündem madde sırasına göre toplantı tutanağımızdaki ilk konu vesayet hukuku konusu oldu. Vesayet hukukunun işte başta İsviçre, Fransa, Avusturya Almanya gibi hatta oturuma katılanların ifade ettiği şekilde Anglosakson ülkelerinde dahi olan gelişmeler dikkate alınmak suretiyle Türk Medeni Kanunumuzun ikinci kitabı aile hukukunun son kısmının artık tümüyle değiştirilmesi zamanının geldiği düşüncesi toplantıya katılanların tümü tarafından ifade edildi. Hatta başka grup toplantılarına katılan hâkim arkadaşlarımız da arada toplantı salonuna gelerek bu konudaki şikâyetlerini bize açıklıkla ifade ettiler. Bizim de grubumuzda yer alan benim, Sayın Prof. Dr. Fulya Erlüle, Sayın Prof. Dr. Murat Topuz'un 2017 yılında yayımladığımız bu konuya ilişkin bir kitabı ve orada da kitabın ekinde İsviçre modelini açıklamak suretiyle, İsviçre modeli benimsendiğinde, bizim vesayet hukuku düzenlememizin nasıl olacağı şeklinde bir taslak çalışması da var. Onu da Hazirunun dikkatlerine sunduk. Taslak üzerinde ve öncesinde olabilecek konular bakımından görüşler ifade edildi. Bu görüşler çerçevesinde, vesayet yerine yetişkinlerin korunması hukuku değişiklik önerisi gündeme geldi.

Bunu da tutanağımıza ek olarak koyduk. Burada artık böyle bir anlayış içinde, vesayet hukuku düzenlemesi içinde olursak, vasi gibi kısıtlılık veya mahcurluk veya hacr gibi kurumlara yer olmayacak. Onun yerine geçtiğimiz günlerde, zannederim mart ayında, bu hapis mahkûmiyeti dolayısıyla kısıtlılık maddesiyle ilgili Anayasa Mahkemesinin iptal kararında açıklıkla ortaya koyduğu kriterler de benimsenmek suretiyle "kişinin mahcur konumuna gelmemesi gereken durumlar" bakımından daha hafif, daha müsamahalı tedbirler olarak işte "refakat kayyımlığı", "temsil kayyımlığı", "katılım kayyımlığı", "kapsamlı kayyımlık" ya da "karma kayyımlık" müesseseleri hakkında tartışıldı. Bu çerçevede, vesayet hukukunun, "yetişkinlerin korunması hukuku", aşağı yukarı diğer ülke hukuklarında artık vesayet sözcüğünün de terkedilmesi gibi bir durum söz konusu, yetişkinlerin korunması hukuku diyebileceğimiz bir kısım başlığı altında yeni bir düzenleme getirilmesi, sırf bu düzenleme için bir çalışma grubu oluşturulması ve bu çalışma grubunda da hukuk alanında her yönden görev yapan akademisyenler, kürsü yargıçları, Bölge Adliye Mahkemesi yargıçları, yüksek Yargıtay yargıçları hatta biliyorsunuz Türk Medeni Kanunumuz 1 Ocak 2002'den bu yana yürürlükte, yani geçmişi 20 seneyi bulmaz ama neredeyse her sene bir maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali konusuyla karşılaştık. Demek ki artık Anayasa Mahkemesinin ilgililerini de aramıza katmamız lazım ki böyle iptal sürprizleriyle karşılaşmayalım. Böyle bir özel komisyon oluşturulup, sadece hukukçular değil, konuyla ilgili olabilecek hakimler ve başkaca uzmanlık alanlarından kişilerin katılımıyla oluşturulacak komisyonca, ciddi ve karşılaştırmalı hukuku da dikkate alan, bir çalışma yapılması gerektiği sonucuna vardık. Ama örnek olsun diye bir taslak metni de toplantı tutanağımızın ekine sunduk. İşte koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması konusunda da artık kısıtlanma sözcüğünü kullanmamaya dikkat ederek, mevzuatımızda ve uygulamada, bu konudan kaynaklanan sorunlara da bu çerçevede bir yasal düzenleme yapılabileceği sonucuna vardık.

Derneklerin kurulmasına ilişkin mevzuatın örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi açısından da Anayasa ve Türk Medeni Kanunumuzu birlikte değerlendirmek suretiyle bu konuda Türk Medeni Kanunumuz yönünden olabilecek bir aciliyeti gerektiren bir değişiklik önerisinin olmadığı tespitinde bulunduk. Bu güzel bir şey. Zaten Türk Medeni Kanunumuzun dernek ve vakıflara ilişkin düzenlemesinin adeta kaynağını teşkil edecek bir taslak çalışmasını biz yıllar öncesinde hazırlamıştık. Orada dernek özgürlüğü, dernek kurma hakkı yönünden olabilecek, çocuk dernekleri kurma dâhil, tüzel kişilerin kurma hakkı dâhil, bütün yenilikler dikkatle takip edilerek Türk Medeni Kanunumuzun ilgili düzenlemesinde yerini bulmuştur.

Tüzel kişiler bakımından bir başka gündem maddemiz "tüzel kişilerin adil yargılama ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında yaşadıkları sorunlar ve çözüm önerileri" bu yönde de özellikle bu konuları uygulaması için de değerlendirmede bulunma durumunda olan katılımcılar, tüzel kişiler yönünden adli yardım koşulları gerçekleşmiş olsa bile adli yardım kararı verilememesi gibi mevzuatımızda yer alan bir takım düzenlemelerden ve bu düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla hak ihlali niteliği taşıdığından söz edildi. Denildi ki bu düzenlenmeler tüzel kişilerin de adil yargılanmada hakkı, tüzel kişilerin de

hakkına ulaşmak içi her türlü yasal yollara başvurma hakkı söz konusu olabileceğinden mevzuatımızda bu yönde yapılabilecek bir değişikliğe ihtiyacı bulunduğu sonucuna vardık.

Yine aramızda mı bilmiyorum kat mülkiyeti ihtilaflarına bakan Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Boran'ı da davet etmek suretiyle kat mülkiyetleri ihtilafları bakımından kat mülkiyetlerinin karşılaşabildikleri adil yargılanma hakkı ihlali, mahkemeye erişim hakkı ihlali olarak değerlendirilebilecek birtakım durumların ortaya çıkabileceği söylendi. Bu çerçevede acaba kat mülkiyeti düzeni içinde de bir tüzel kişilik oluşturulup aktif dava ehliyeti, pasif dava ehliyeti yönlerinden olabilecek farklı yorumlar konusu olabilen engeller kaldırılabilir mi diye bir tartışma açıldı. Bu tartışma çok yeni olduğu için komisyonumuz bu konuda kesin bir sonuca varamadı. Ama böyle bir sorunun olduğu bütün hukuk ilgililerince tespit edildi. Bunu da Sayın hazirunun dikkatine çekmek istiyoruz. Mesela denildi ki UYAP sisteminde feshedilmiş, tasfiyesine karar verilmiş şirketler için gerçek kişilerde nasıl ölü kaydı görülebiliyorsa, tüzel kişilerde bu görülemiyormuş bunu Adalet Bakanlığının ilgisine arz ediyoruz. Komisyon olarak bunu da kararlaştırdık.

Bir başka önemli konu, unutulma hakkı ve kişilik hakkının korunmasında güncel sorunlar konusuydu. Bu konu üzerinde çok ayrıntılı bir şekilde duruldu. İfade edildi ki, taraf olduğumuz bir takım uluslararası sözleşmeler çerçevesinde unutulma hakkı ile ilgili getirilen düzenlemelerin Türk Medeni Kanunumuz açısından uygulanması yönünde bir sorun olmadığı, belki bir görüş olarak Türk Medeni Kanununda unutulma hakkının ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığı, meşhur 23, 24 ve 25 inci maddelerin, bu konuda doktrinimizin ve uygulamanın şimdiye kadar yaptığı gibi, bir de kişisel verilerin korunması hakkında mevzuatımız var, onun da getirdiği prensipler dikkate alınmak suretiyle unutulma hakkıyla ilgili evrensel prensiplerin hukukumuzda uygulanmasında bir sorun olmayacağı ifade edildi. Ama yine de süre kriteri yönünden 3-5 yıl gibi sürelerin az görülmesi, bazen 11 yılın yeterli görülmesi, bir Yargıtay kararında 4 yılın unutulma hakkı kullanma açısından yeterli görülmesi, yaş kriteri vs. konularında farklı içtihatlar, farklı görüşler olabilmektedir. Bu açıdan unutulma hakkının bir düzenleme konusu olması düşünülebilir. Ama sözünü ettiğim uluslararası metinler, hukukumuz açısından normlar hiyerarşisinde bütün normların en üstünde yer aldığından hâkimlerimize ve avukatlarımıza bu işin uygulamasına, hatta hukuk fakültesi ders programlarında belki bu konunun ayrı bir ders konusu yapılması suretiyle tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerin tek tek nasıl Medeni Kanununu anlatıyor ve öğretiyorsak bunların da tek tek öğretilmesi ve bu suretle bir hâkim bir davayı çözme durumunda olduğunda getireceği çözüm iç hukukta tesadüfen bilerek veya başka şekillerde başka türden düzenlenmiş olsa bile, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerin bunların hepsinin üstünde yer aldığı tespitiyle bir uygulama içinde olabileceği düşüncesiyle belki bir özel düzenleme getirilmesi gereği söz konusu olup olmayabilir sonucuna varıldı. Ancak denildi ki bu bir süreç, bu konuda bilinçlenme o kadar çabuk olabilecek bir şey değil. Türk Medeni Kanunumuzun ilgili hükümlerinin, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşme metinlerinin uyumlu hale getirilmesi yönünde bir çalışma yapılması, bu konunun da bir özel komisyon aracılığı ile gerçekleştirilmesi yönünde düşünceler savunulduğunu da söylemek isterim. Hatta unutulma

hakkıyla ilgili tutanakta bir madde önerisi de var. Üzerinde fazlaca durmuyorum vakit kaybetmek için. Yine basın ve ifade özgürlüğü yönünden de bu yönde olabilecek çalışmalar söz konusu olabilir. Özellikle mukayeseli hukuk çalışmaları çerçevelerinde hukukumuzun bu yönlerden ne ölçüde başka hukuk sistemleriyle uyumlu başka ülke hukuklarıyla uyumlu olduğu vesaire hususları yakından değerlendirme konusu yapılabilir ve gerektiğinde pekâlâ başta Türk Medeni Kanunu olmak üzere ilgili mevzuatın ilgili hükümlerinde değişiklik yapılması zorunluluğu ortaya çıkabilir. Bunu da bir komisyon görüşü olarak huzurunuzda ifade etmek istiyorum.

Yine aynı konuyla ilgili aile yaşamına saygı hakkı belli bir konuda, hem Anayasa Mahkemesi kararı var, bu herhalde Sayın Şıpka'nın komisyonunda tartışılmıştır, hem Yargıtay'ın değişik kararları var, hem içtihadı birleştirme tartışması var. Acaba aile yaşamına saygı hakkı, mesela Türk Medeni Kanununun 185 inci maddesine bir fıkra ilavesiyle bu tartışmaları ortadan kaldırabilecek şekilde bir düzenleme yapılması mümkün olabilir mi? Bu bir cümlelik metin olduğu için okumak isterim. "Aile yaşamına saygı göstermek esas olup herkes gerek kendisi gerekse başkasının (buradaki herkes lafı anayasanın kullandığı bir terminoloji onu dikkate alarak söylüyoruz.) aile birliğini tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmak zorundadır." şeklinde bir düzenleme getirilebilir diye bir öneri sunulması söz konusu oldu.

Başka ne var? Son gündem maddemiz, kişilik hukukundan kaynaklanan diğer sorunlar ve çözüm önerileri. Bir kere şunu ifade edelim. Eğer vesayet hukukunu önerdiğimiz şekilde değiştirme durumunda olursak Türk Medeni Kanununun kişiler hukuku bölümünde, aile hukuku ve diğer bölümlerinde otuza yakın maddesinin yeni baştan kaleme alınması veya en azından değiştirilmesi söz konusu olacak. Bunları bir tarafa bırakıyoruz. Ama burada tarafı olduğumuz çocuk hakları, çocukların korunması ile ilgili uluslararası sözleşmeler düzenlemesi çerçevesinde artık çocuk, çocuk olmaktan çıkmadıkça evlenme diye bir durum söz konusu olmasın düşüncesi bizim iç hukukumuz açısından da tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerin bir emri olması itibariyle, biraz önce ifade ettiğim gibi normlar hiyerarşisi için en başta yer alan düzenleme olması itibariyle evlenme yaşını 18 altına getiren diğer hükümlerin, evlenme ile kişinin reşit olacağı hükmünün bir hukuki değerinin olmaması lazım. Bunların da Türk Medeni Kanunumuzdan bu doğrultuda çıkarılması lazım yönünde komisyonumuzda baskın bir görüş oluştuğunu da ifade edelim.

Bir de mutlak butlan sebepleri var evlenmede. Malum biz derslerde bunu anlatırken bu sebepler nedir? "Numerus Clausus"tur. Benzetme yoluyla vesaire ile bu sebeplerin sayısını arttıramayız. Ama evlenme yaşını doldurmamış kişilerin evlenmesi durumunda bakıyoruz sadece nispi butlan durumu olarak veya çok kısa, reşit olmaya kadar olabilecek bir süre içinde kullanılabilecek bir hak olarak karşımıza çıkıyor.

Hâlbuki son Türk Medeni Kanunumuzda da nispeten model kanun olma özelliğine sahip İsviçre hukukunda yaş küçüklüğü mutlak butlan sebebi olarak açıkça düzenlenmiştir. İlgili arkadaşımızın takdimine göre, hatta yakın bir zamanda bu konuda da bir değişiklik yapılmak suretiyle, mutlak butlanda dava süresi olmadığından nispi butlan olma durumunda da veya kendisinin dava açması durumunda reşit olmaya kadar açabileceği bir dava olması sebebiyle belki 25 yaşına kadar falan bu davayı açabilir gibi bir düzenleme

getirilebileceği yönünde görüş savunulması da söz konusu oldu. Bizim toplantımız bu tespitler çerçevesinde gerçekleşti. Bu düşünceleri Sayın Bakanlığın takdirine, tasvibine arz ediyoruz. Önce grubumuza katılanlara bu çalışmalarından dolayı huzurunuzda teşekkür ediyoruz. Sayın Bakanlığa da böyle çalışma imkânı bizlere tanıdığı için ayrıca teşekkürlerimizi ifade etmek istiyoruz.

Şimdi moderatörlüğüme başlayabilirim.

Sayın Şıpka, söz sizde.

Prof. Dr. Şükran ŞIPKA:

Çok teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bizim oturumumuz herhalde en şiddetli tartışmaların olduğu oturumdur diyebilirim. İnanın hiç kahve çay molası veremeden devam ettik.

Özellikle ilk başta birinci başlık ve ikinci başlığı birleştirerek tartıştık. Türk hukukunda özel ve genel boşanma sebepleri kalksın mı değişsin mi ya da boşanma ve kusur ilkesi ilişkisi kusur ilkesi kalksın mı tartışması yapıldı.

Öncelikle istinaf mahkemesi üyelerimize söz verdim. Kendileri tabii ki bu davaları çok daha yakından izliyorlar. Daha sonra aile mahkemesi hâkimlerimiz söz aldı. Daha sonra avukatlar, akademisyenler olarak devam ettik. Genel olarak şöyle bir karara varıldı ama bu kararın çoğunluğu hâkim ve avukatlardan geldiğini söyleyebilirim. Türk Medeni Kanunumuzdaki boşanma sebepleri değişmesin kalsın. Çünkü bunlar birer bizim toplumsal ihtiyaçlarımızdır. Zina kalsın, hayata kast, pek fena muamele bunlar olmalı dendi. Bu konuda hani bir değişiklik yapılmaması gerektiği ileri sürüldü.

Buna karşılık daha çok akademisyen olan gruplarımız, ben de dâhil olmak üzere, karşılaştırmalı hukuk bağlamında baktığımızda kusur ilkesinin kaldırılması ve üç ana başlıklı bir boşanma sebeplerinin getirilmesi, "Fiili ayrılık", "Anlaşmalı boşanma" ve "evliliğin temelinden sarsılması", şeklinde olması gerektiğini ileri sürdük. Ama biz biraz azınlıkta kaldık bu açıdan. Çoğunluk değişmemesi gerektiği konusunda idi. Yine bizim ülkemizin gerçekleri karşısında kusur ilkesinin kalkmaması gerektiği ileri sürüldü yine baskın görüş olarak. Tabii burada kusur ilkesinin davaları çok uzattığı ve uzun süreli boşanma davalarının da her iki taraf açısından da bir hak kaybı yarattığı da ileri sürüldü. Ama buradaki davaları uzatanın Türk Medeni Kanunu olmadığı tam tersine Hukuk Muhakemeleri Kanunu olduğu, yargılama usul kurallarından kaynaklandığı, işte ön inceleme duruşmalarının çok ileri tarihlere verildiği de ileri sürüldü. Bunlar da dile getirildi ve bunları aşmak için yani süreyi kısaltmak için "ne gibi önlemler olmalı"nın üzerinde çok duruldu.

Bunlardan bir tanesi çok fazla tanık beyanları bildiriliyor kusur tartışmalarında. Bütün tanıkları dinlemek zorunda değil hâkimler. Vakıalar bazında belki birkaç tanıkla da yetinebileceği ve karar verebileceği şeklinde oldu.

Sonuç olarak boşanma özel ve genel sebeplerine ilişkin böyle bir tartışmalı süreç yaşadık. Bunun dışında anlaşmalı boşanma. Son yıllarda

anlaşmalı boşanma sayıları artıyor. Eskiden böyle değildi. Bunun çeşitli sebepleri var tabii.

Ama anlaşmalı boşanmada bir yıllık bekleme süresinin uzun olduğu, bunun kısaltılması yönünde, hatta bazı kişiler tamamen kaldırılsın, İsviçre'de olduğu gibi işte kısmi bir düşünme süresi verilsin diyen üyelerimiz oldu.

Ama genel görüş hani kısaltılsın ama altı ayın da altına inmesin, altı aya kadar kısaltılsın diyenler de oldu. Bir kısım görüşlerde de "Dava hemen açılsın, açılabilir ama hâkim bir düşünme süresi verebilir. O düşünme süresinde işte ayrı yaşayabilirler. Ondan sonra tekrar mahkemeye gelebilirler." şeklinde görüş bildirildi. Anlaşmalı boşanmada biraz böyle konsensus gibi bir yıllık sürenin uzunluğu dile getirildi. Ama dediğim gibi altı ay gibi de bir süre ortaya çıktı orada.

Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesinin son fıkrasındaki üç yıllık fiili ayrılık süresi. Bu sürenin uzun olduğu, belki iki yılla sınırlanabileceği ve en önemlisi de oradaki dava şartının kaldırılması gerektiği (yani bir boşanma davası açılıp kesinleşecek ondan sonra üç yıl beklenecek, tarafları on, on iki yıllık bir boşanma sürecinin beklediği, böyle uzun süren boşanma davalarının her iki taraf açısından da yeni bir hayata başlayamaması, özellikle kadınların doğurganlık süresini etkileyebileceği ve çocuk sahibi olamama ihtimaline doğurabileceği) belirtildi. Bu nedenlerle de mümkün oldukça bu sürelerin kısaltılması konusunda hem yargılama hukuku açısından hem de bu 166 ncı maddenin son maddesine bu dokunuşların yapılmasının yeterli olacağı ileri sürüldü.

Terk nedeniyle boşanmanın hiçbir faydasını olmadığını bir aile hâkimi üyemiz dile getirdi. Türk Medeni Kanununun 164 üncü maddesi tamamen kaldırılsın. Çünkü bu durumda bu davet çağrısı diğer boşanma sebepleri de etkiliyor. Ona hiç gerek yok dendi.

Aile hâkimleri tabii ki ihtisas mahkemesi olarak oraya atanan aile hâkimlerinin mutlaka belirli bir tecrübeden sonra, hatta bir kısım üyeler yine başa dönüp işte çocuklu ve evli olmasını dile getirdi ama bu çok kabul görmedi, buna karşılık aile hâkimlerinin belirli bir tecrübeden ve deneyimden sonra aile mahkemelerine atanması gerektiği, bunun için yetkinlikleri, tecrübeleri ve eğitimlerinin dikkate alınarak, atanmalarının doğru olacağı ileri sürüldü.

Evet, büyük tartışmalardan biri de yoksulluk nafakası özellikle. İştirak nafakasında çok büyük tartışma yok ama yoksulluk nafakasında Türk Medeni Kanununun 175 nci maddesindeki süreli nafakanın ne olacağı konusu çok tartışıldı. Ama burada da gördüğümüz şuydu: Uygulamadaki hâkimlerimiz dediler ki biz zaten süreli veriyoruz ama bunu toplu nafaka olarak veriyoruz. Tarafların işte evlik süresine, yaşlarına vesaire bakarak veriyoruz. Onun için değiştirilmesine gerek yok diyenlere oldu. Ama çoğumuz burada bir değişiklik yapılması fikrindeyiz. Şöyle ki, özellikle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi temsilcimiz de Dairenin bize işte bu konudaki önerisini getirdi özel olarak. Tam oybirliği ile olmasa da 175 inci maddedeki süreli olma şartının şu şekilde kaleme alınabileceği görüşü çıktı "Talep halinde hâkim süreli veya süresiz nafakaya karar verebilir." şeklinde birinci fıkra olmalı. İkinci fıkrada da süreli nafakanın bazı kriterleri karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, zaten hâkimler uyguluyorlarmış, "tarafların evlilik süresi, "yaşları", "iş imkânları", "çocukların yaşı" gibi birkaç kriterin de ikinci fıkrada sınırlayıcı olmayacak şekilde

belirtilmesinin bu problemleri çözeceği, kaldı ki Türk Medeni Kanununun 176 ncı maddesinde belirli koşullarla nafakanın kaldırılabileceği dikkate alındığında böyle bir dokunuşun mevzuatta yeterli olacağı kanaatindeyiz.

Yani nafakada işte beş yılla sınırlı olsun gibi bir sonuç çıkmadı. Süreli de olabilir süresiz de olabilir. Hâkime takdir yetkisinin verilmesinin yeterli olacağı söylendi.

Bir de avukatlarımızdan gelen bir talep. Yoksulluk nafakasında kadınlarımızın bunları tahsil edemediği, özellikle kadınlar açısından tabii ki, tahsil edilemediği ya da nafakanın ödenmediği ve icra yoluyla ödemeye gidildiği durumlarda icrada harç alınmaması gerektiği konusu dile getirildi.

Ayrıca burada yazmıyor ama hemen vurgulayayım. Nafakanın borçlu eş tarafına ödenmemesi halinde devletin bir sorumluluğu sosyal sorumluluğu olarak devletin ödemesi ve daha sonra ödeme yükümlüsüne rücu etmesi görüşü de getirildi.

Maddi ve manevi tazminat konusuna gelince boşanmanın feri sonuçlarına ilişkin olarak bazı akademisyenlerimiz yine karşılaştırmalı hukuk düzeyinde ele aldıklarında maddi ve manevi tazminatın artık boşanmadan çıkarılması ve Borçlar Kanunu kapsamında kalması gerektiği kanaatine ileri sürdüler. Ben de biraz bu kanaatteyim. Ama çoğunluk hayır dokunmayalım, bu şekilde kalsın diyenler de oldu. Orada da bir uzlaşma sağlanamadı.

Tabii ki maddi manevi tazminat boşanmadan çıkarılsın diye görüşler, aynı zamanda "kusura dayanmayan bir boşanma sistemi olsun, maddi-manevi tazminat da çıkarılsın bu durumda boşanma çabucak gerçekleşir, ayrıca diğer maddi ve manevi tazminat talepleri Borçlar Kanunu kapsamında yine kusura dayalı olarak görülebilir" diyenlere aitti. Nasıl ki bir kişi bir kişiye hakaret ediyorsa veya darp ediyorsa maddi manevi tazminat isteyebiliyor. Bu şekilde eşlerin de Türk Borçlar Kanunu kapsamında bunu isteyebilmesi gerekir diyen bir görüş de ileri sürüldü.

Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki kusur itirazında bulunan eş açısından Yargıtay'ın bir uygulaması var biliyorsunuz. Eğer kusur itirazında bulunan eş tam kusursuz ise boşanmaya karar verilemez. Yani tam kusurlu eş, tek taraflı bu şekilde boşanamaz. Ama onun devamındaki cümlenin pek göz ardı edildiği kanaatindeyiz.

O da şu; eğer bu evliliğin devamında taraf ve çocuklar için bir yarar bulunmuyorsa, bir nevi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde oluyor bu itiraz, hâkimlerin buna dikkat etmesi gerekir. Yani diğer taraf ısrarla ben boşanmayacağım demekle birlikte, özellikle çocuklar açısından da o evliliğin devamında bir yarar yoksa hâkim yine de hani kusur durumlarını dikkate almaksızın boşanmaya karar verebilmelidir. Çünkü o maddenin gerçek anlamı, o evliliğin artık temelinden sarsılmış olmasıdır. O nedenle kusur ilkesi kalacaksa da bu maddenin bu şekilde uygulanması gerektiği yönünde görüş bildirildi.

Bilirkişilik uygulamaları kapsamında bilirkişilikten ziyade uzmanlar konusu ele alındı. Aile mahkemeleri için görevlendirilen uzmanların şimdi merkeze alınması çok eleştirildi. Sayın Genel Müdürüm bunu özellikle dile getirmem istendi. Uzmanların yeniden aile mahkemeleri bünyesine alınması gerektiği belirtildi. Hatta istinaf hâkimlerimiz; "bizim de bünyemizde uzmanların olması gerekiyor, zaman zaman bizim de onlardan

yararlanmamız gerekiyor" dediler. Bu konuda üçüncü madde kapsamında hani bilirkişilikten çok uzmanlar konusu dile getirildi.

Dördüncü madde nihayet burada uzlaşma sağlandı. Aile mahkemeleri için uygulamada ayrı bir usul kanunu olması gerektiği, Türk Medeni Kanununun 184 üncü maddesi veya işte çocuk soy bağına ilişkin özel düzenlemelerinin de bu kanun içinde ele alınması, HMK'dan ayrı bazı hükümlerin ihdas edilmesinin gerektiği ileri sürüldü. Böyle bir yapılanmanın, yani ayrı bir usul kanunu getirilmesinin de yargılamayı çabuklaştıracağı dile getirildi. Bu, ya Almanya'daki gibi bağımsız bir Aile Mahkemesi Yargılaması Kanunu olabilir, ya da bizim elimizdeki mevcut 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluşu Kanununa eklemeler yapılarak da ayrı bir kanun olabilir şeklinde ileri sürüldü.

Evet, gelelim aile hukukunda arabuluculuk meselesine. Yine hâkimlerimiz ve avukatlarımız bu konuya sıcak bakmadılar.

Aile mahkemesi aile arabuluculuğu bizde olmaz dendi. Çünkü çoğu vakada neredeyse %90'dan fazla boşanma vakalarında şiddet var, baskı var dendi. Onun için uygulanamayacağı ileri sürüldü. Hani olursa eğer ya zorunlu ya da ihtiyari olarak yasal mal rejimi tasfiyesinde arabuluculuk olabilir dendi. Ama benim de katıldığım diğer akademisyenlerle birlikte ileri sürdüğümüz görüşte mahkeme temelli bir arabuluculuğun çatışmalı boşanmanın, anlaşmalı boşanmaya döndürülmesi için uygun olacağı, ama bunun da hâkim tarafından seçilerek, tabii ki şiddetin olmadığı veya güç dengesizliğin bulunmadığı davalarda, mahkeme temelli arabuluculuk olabileceği ancak bunun içinde aile arabulucuların çok uzun soluklu bir eğitimden geçmesi ve herkesin aile arabulucusu olamaması gibi bir seçimle olması gerektiği kanaatindeyiz azınlık olarak.

Mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan diğer sorunlarda da hemen notlarıma bakıyorum.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi üyesi temsilcisinin ileri sürdüğü Dairesinin taleplerinden birisi, Türk Medeni Kanununun 175 inci maddesindeki nafakanın süresiz ifadesinin kaldırılması gerektiği yönünde. Diğeri mal rejimlerindeki on yıllık sürenin çok uzun olduğu. Bu konuda mutlaka Kanunda özel bir düzenlemenin getirilmesi gerektiği yönünde. Üç yıl olabilir, beş yıl olabilir dendi. Ama beş yılı aşmayan bir süre. Hatta birkaç üyemiz de yine eskisi gibi Türk Medeni Kanununun 178 inci maddesindeki bir yıllık sürenin uygulanması gerektiğini belirtti. Ama mutlaka ve mutlaka mal rejimleri davaları için özel bir süre olması gerektiği ileri sürüldü. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi temsilcimiz yeni bir uygulamayı bizimle paylaştı. Yurt dışı boşanmalarda Türkiye'deki tanıma ve tenfiz davalarından sonra mal rejimi tasfiyesinin zamanaşımı süresi başlıyordu. Oysa aldıkları yeni kararla veya uygulamaya yönelik bir içtihadı birleştirme kararı da çıkabilir dendi. Artık yurt dışındaki boşanmanın kesinleştiği tarihten zamanaşımı süresinin başlayacağı belirtildi. Onun için bu kısa süre uygulanacaksa da bunun da orada ayrı olarak belki düzenlenebileceği önerisi getirildi.

Yine mal rejimleri konusunda Türk Medeni Kanununun 213 üncü maddesi alacakların korunması başlığı olan bir maddedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin bir uygulaması olmuştu bir davada. Ben de ona karşılık bir makale yazmıştım. Şimdiki öneri şu; 213 üncü maddenin hangi mal rejimine ilişkin olduğunun ortaya konulmasını istemişler. Bana göre çok ortada, mal

ortaklığında. Ama Yargıtay öyle anlayamıyormuş herhalde. "213 üncü madde hangi mal rejiminde uygulanır?" Bunun da mevzuatta yer almasını istemişler.

Envanter uygulamasının hiç olmadığı, bu nedenle de envanter uygulama maddesine gerek olmadığı ileri sürüldü. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin getirdiği, ileri sürdüğü bir teklifmiş. Bu nedenle külli tasfiyede yapılamadığı için mal rejimlerinde takas/mahsup da yapılması mümkün olamıyor denmiş.

Tabii buna bir mevzuatta değişiklik yapamayız ama deprem bölgesinde yıkılan gayrimenkullerle ilgili bir soru geldi. Değerleme hangi ana göre yapılacak bunu tartıştık ama bu konuda mevzuatta bir şey konulamaz. Bizim genel kanaatimiz şuydu. Burada hâkimin takdir yetkisiyle bir hakkaniyet bedeli belirlemesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü bana göre de, hani sonradan ortaya çıkan bir imkânsızlık, borçludan kaynaklanmayan bir imkânsızlık nedeniyle yok olmuş mal. Buna da bir değer biçmek gerekir. Arsanın çıplak değeri olabilir dedik. Ama herhalde buna mevzuata bir şey koymaya gerek yok diye düşünüyorum. Uygulamaya yönelik sonuç olabilir. Nihayet mal resimlerinde üçüncü kişilere karşı açılacak olan, eksik tenkis davası diyebiliriz, Türk Medeni Kanununun 241 inci maddesinde de hak düşürücü süreler var. O hak düşürücü sureler boşanma davalarında, boşanma davasının açıldığı tarihten başlıyor. Bu da çok büyük zorluklara sebep oluyor. Bu sürelerinde en azından nereden başlayacak? Boşanmanın kesinleşmesinden sonra başlayabileceği şeklinde de öneriler getirildi.

Bir öneri de çocukların boşanma davalarında bazı özel durumlarda bağımsız temsilinin sağlanması. Bunun da çok önemli olduğunu vurguladık. Yani bir kayyum atanmak suretiyle olabilir. Tabii ki her durumda olmaz ama yine buna hâkimin takdiri ile anne-babanın çekişmesinden çocuğu koruyabilmek için çocuklara bağımsız bir temsilci atanmasında uygun olacağı ileri sürüldü.

Soyadı konusunda bildiğiniz üzere Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanununun 187 nci maddesini iptal etti. Şimdi o konuda yasa koyucu yeni bir düzenleme yapacak. Genel görüş soyadı konusunda aslında değişmezlik ilkesi. Yani evlenmekle tarafların soyadı değişmesin ilkesi. Ama bu durumda da ailenin adının ne olacağı söz konusu. Ailenin adı dediğimiz tabii ki çocuğun soyadı olacak. Bir görüş çocuk doğduğunda soyadı konusunda hangi soyadını kullanacağını taraflar yine kendi seçim haklarını kullanarak çocuk doğduğu zaman karar verebilir. Bir görüş de şunu söyledi. Taraflara evlenirken seçim hakkı verilsin, hatta seçim zorunluluğu getirirsin. Evlenirken bunu bildirsinler. Eğer ortak bir soyadı seçmiyorlarsa da bir aile adını belirleme zorunluluğu getirilsin dendi. Bu konuda bildiğim kadarıyla bir taslak var. O taslak aslında hiç uygun değil. Anayasa Mahkemesinin kararına karşı yapılan bir taslakta halen eski kanun hükümleri yer almakta gördüğüm kadarıyla. Şebnem Hocam da dün bunu dile getirdi. Yani bu konuda hassas davranmamız lazım. Ben eşime bazen diyorum kayda geçiyor ama boşanırsak senden sadece soyadını istiyorum diyorum. Kırk senedir Şıpka olarak tanınmış bir kişi olup daha sonra değişip yeniden evlendiğinizde yeniden soyadınızın değişmesi sanki ben ölüyorum başka bir kişi olarak doğuyorum anlamına geliyor. Onun için en azından, en azından en kötü ihtimal, evlenen kişiye seçim hakkı verilerek hangi soyadını evlilikte devam edeceğine karar

verilsin. Aile adını bir şekilde halledebilir diye düşünüyorum. Sabrınız için teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Sayın Şıpka'ya ve komisyonuna biz de teşekkür ediyoruz. Söz sırası Sayın Doğan'da. Sizi dinliyoruz.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Hocam çok teşekkür ediyorum. Ben de Sayın Adalet Bakanımıza, Sayın Genel Müdüre, Daire Başkanlarımıza ve emeği geçen herkese bu toplantıdan dolayı teşekkür ediyorum. Ben verimli olduğunu düşünüyorum. İnşallah ileride de sonuçlarını hep birlikte görürüz.

Biz "Aile Hukuku 2" grubu olarak çalıştık. Soybağı, ortak velayet, evlat edinmeden doğan sorular, aile arabuluculuğu, 6284 sayılı Kanundan doğan sorunlar ve aile hukuku alanında özel usul kanununa ihtiyaç var mı bunlar üzerinde durduk.

İlk konumuz ortak velayet ile ilgiliydi. Bildiğiniz üzere şu anda Yargıtay'ın içtihatlarıyla uluslararası sözleşmelere dayanarak ortak velayet uygulaması ya da birlikte velayet uygulaması zaten var. Biz bu sebeple bir an önce bunun kanunlaşması ve düzenlenmesi gerektiği kanaatine ulaştık. Bu düzenleme yapılırken burada şöyle bir sonuç çıktı. Yani "ortak velayet esastır" şeklinde bir düzenleme değil, bunun yerine, (çoğunluğun görüşü bu onu da belirteyim, karşısında olan bir görüş de vardı.) çoğunluk, ortak velayet ya da tek kişi velayetine hâkimin karar vermesi gerektiğini, asıl olanın talep varsa ya da taraftar anlaşmış ise ancak ortak velayete karar verilmesi gerektiğini, bunun dışında ortak velayete karar verilmemesi gerektiğini belirtti.

Burada düzenlenecek modelde, yetki ve yükümlülüklerde eşitlik esasının getirilmesi, çocuğun nerede kalacağı hususunda da her iki ebeveynde de kalması, bütün giderleri bakımından her iki ebeveynin de, en azından önemli giderler bakımından, her iki ebeveynin de katılması yönünde görüş ortaya çıktı. Ama farklı modeller de olabilir dedik. Özellikle de anlaşma varsa bu konuda hâkime takdir yetkisi verilsin ve hâkim bu çerçevede bu modelleri değerlendirsin. Burada bir diğer husus da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları da dikkate alınarak evlilik dışında doğmuş çocuklar bakımından da, eğer babaya soy bağı ile bağlanmışsa, birlikte velayete ya da ortak velayete hükmedilebilmeli. Böyle bir yolun da açık olması gerektiği sonucu çıktı.

Şimdi aile hukuku alanında özel bir usul kanununa ihtiyaç olup olmadığı hususunda ve aile mahkemelerinin işleyişi ile ilgili hususta ise birincisi aile mahkemelerinin tek hâkimlilikten heyet halinde işleyen bir yapıya dönüştürülmesinin daha uygun olacağı, naip hâkimler ile bazı işlerin görülmesinin ve bunların kararlarına itirazların da heyet tarafından değerlendirilmesinin, esas konularda ise heyetin karar vermesinin daha uygun bir yapı olduğu hususunda yine bir ortak kanaati ortaya konuldu.

Biz de Şükran Hocamın grubunda olduğu gibi aile hâkimlerinin eğitim yoluyla bilgilerinin arttırılması, bu eğitimde lisansüstü eğitime öncelik verilmesi, zorlama değil ama en azından lisansüstü eğitimin teşvik edilmesi, tez yazmaları veya dönem projesi hazırlama şeklinde, yine belli bir yıl tecrübesi olanlar arasından seçilerek aile hâkim atanmasının daha uygun olacağı hususunda da bizim grubumuzda bir kanaat oluştu.

Özel bir usul kanunu olması gerektiği konusunda da yine ortak bir kanaate ulaştık. Özellikle Sema Hocamın da burada paylaşımları çerçevesinde Alman Aile Kanundaki 2009 yılında yapılan değişiklikler veya İsviçre Medeni Usul Kanununda 2011 yılında yapılan değişiklikler çerçevesinde özel bir kanun ya da usul kanununda aile yargılamasına ilişkin özel hükümler ile bu hususun düzenlenmesinin yerinde olacağı hususunda bir mutabakat sağlamış bulunuyoruz.

Burada biz ilaveten böyle bir kanun hazırlanırsa ya da usul kanununda bu yönde değişiklikler yapılırsa hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği, yani nelerin yer alması gerektiği hususunda da yargılamaya hâkim olan ilkeler, yargılama usulleri, adli tatil hükümlerini uygulanmaması, delillerin takdir ve değerlenmesi, anlaşmalı boşanmanın hukuki niteliği, aile hukuku alanında çekişmesiz yargı işlerine ilişkin usulün de bu kanunda yer alması gerektiği sonucuna ulaştık. Ama buna ilaveten başka kanunlarda da ilgili kanun olarak yer alan 6284 sayılı Kanun, Çocuk Koruma Kanunu, 2828 sayılı Kanun, İcra İflas Kanununda da eş zamanlı değişikliklerin yapılması gerektiği sonucuna ulaştık.

Yine uygulamacı arkadaşlarımızın, özellikle Bölge Adliye Mahkemesi Daire Başkanı arkadaşımızın teklifleri ile boşanmanın feri olarak açılmayan, yani bağımsız açılan tazminat ve nafaka davalarında olduğu gibi temyizen Yargıtay denetiminde boşanmanın feri olarak nafaka ve tazminatlar bakımından da kesinlikle sınırı getirilmesi, ayrıca bunlar Yargıtay'a gitmişse Yargıtay'ın bozarak gönderme yerine düzelterek onamasının kısa sürede bu davaların bitmesini sağlayacağı yönde bir görüş çıktı.

Boşanmadan bağımsız yani boşanma sonrasında açılan velayet davalarına ilişkin kararların istinafta kesinleşmesine rağmen Yargıtay uygulaması gereği bağımsız açılan kişisel ilişki davalarında Yargıtay'ın basit yargılama usulüne bunları tabi tuttuğu ve çekişmesiz yargılama bölümünde düzenlenmediğini ileri sürerek temyize tabi kabul ettiği, bu uygulamanın yanlış olduğu, bunların da yazılı yargılama usulüne tabi tutularak bunlara temyiz yolunu kapatılması gerektiği görüşüne vardık.

Burada oy birliği ile olmasa bile çoğunluk tarafından Türk Medeni Kanununda şu anda kısmi anlaşmalı boşanmanın uygulanmasına engel bir hükmünün olmadığını, anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümler çerçevesinde kısmi anlaşmalı boşanmaya da, yani boşanma kararı verip o konuda anlaşma varsa da özellikle kusur ilkesi ile bağlantı olarak açılmış olan boşanma davalarında hâkimin "sebebi ispat edemediniz" diyerek davayı reddetmesi yerine boşanma kararı verip ferileri ile ilgili (tazminat, nafaka ve diğer hususlarda) davayı çekişmeli olarak yürütmesinin uygun olacağı yönünde bir görüş çıktı.

Bir diğer sonuç da boşanma hükmü açıkça istinaf ve temyiz edilmemişse ilk derece mahkemesi tarafından boşanma kararının

kesinleştirebileceği yönünde kanuna bir hükmün eklenmesinin faydalı olacağı tavsiyesi ortaya konuldu.

Evlat edinmeye gelince evlat edinmede burada birkaç tane husus var. Özellikle son Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir davada verdiği bir karar var. On sekiz yaş şartının aranmaması gerektiği yönünde karar verdi. Bildiğiniz üzere bu kararı Meclise de gönderdi. Bir iptal kararı yok. On sekiz yaş farkı evlat edinen ile evlatlık arasında kaldırılmış değil. Ama bizim grubumuzda da çoğunlukla burada Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı göz önünde tutularak yapılacak bir düzenlemede on sekiz yaş farkının korunması ama bir taraftan da hâkime takdir yetkisi verilerek haklı sebepler varsa on sekiz yaştan daha az yaş farkı bulunan durumlarda da evlat edinmeye karar verebilmesi yönünde bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu belirtildi.

Yine bir diğer husus; Türk Medeni Kanununun 313 üncü maddesinde erginlerin evlat edinmesi ile ilgili bildiğiniz üzere üç tane alternatifli seçenek var. Beş yıllık birlikte yaşama şartı ile ilgili. Bunlardan biri üçüncü bentte aile halinde birlikte yaşanmış olmayı ifade ediyor. Beş yıllık bakım söz konusu olmasa bile beş yıl birlikte aile halinde birlikte yaşama. Bunun yargı uygulamasında "aynı çatı altında yaşama şeklinde anlaşılmaması" daha esnek bir yorumla yapılması ve nasıl ki anne baba ve çocuklar farklı evlerde yaşasalar bile aile hâlinde kabul edebiliyorsak burada da ona benzer bir durumun kabul edilmesinin daha uygun olacağı görüşü çıktı.

Şimdi bir başka husus uygulamada çokça karşılaşılan bir durum. Evlat edinmede özellikle rıza şartının aranmayacağı haller bakımından ebeveynin kim olduğunun bilinmemesi, özen yükümlülüğünün yerine getirememesi vesaire gibi şartlar sayılıyor. Bu gibi durumlarda mahkemeye başvurulduğunda bunların bir dava şeklinde görülmemesi, çekişmesiz yargı işi olarak talep üzerine değerlendirmesi, kimseye husumet yöneltilmemesi, özellikle aile içinde cinsel tacize uğradığı için, şiddete uğradığı için eğer bunlar barınma evlerine alınmışsa, bu çocuklarla ilgili aileye husumet yöneltilmesi kayyım atanmak suretiyle bu taleplerin değerlendirilmesinin daha uygun olacağı sonucuna ulaştık.

Evlat edinme bakımından bildiğiniz üzere Anayasa Mahkemesi yakında bir karar verdi. Türk Medeni Kanununun 314 üncü maddesinin dördüncü fıkrasını iptal etti. Bu hüküm ayırt etme gücünden yoksun küçüklerin evlat edinilmesi halinde evlat edinenlerin ana baba adı olarak kendi adlarını yazdırabileceklerini öngörüyordu. Anayasa Mahkemesi buna eşitlik ilkesine aykırı buldu. "Neden sadece ayırt etme gücünden yoksun küçükler evlat edinildiğinde böyle bir hakkı tanıyorsun da erginler evlat edinildiğinde ya da ayırt etme gücüne sahip küçükler evlat edinildiğinde bu hakkı tanımıyorsun?" dedi ve iptal etti. Evet, süre verdi 9 aylık bir süre var. Konuda düzenleme yapılacaksa bizim teklifimiz şöyle, iptal edilen hüküm yeniden şu şekilde getirmeli: Ayırt etme gücünden yoksun küçüklerin evlat edinilmesi halinde evlat edinenler kendi adlarını ana baba adı olarak yazdırabilmeliler. Ayırt etme gücüne sahip küçükler evlat edinilmiş ise bunlar bakımından o ayırt etme gücüne sahip küçüğün olgunluğu da dikkate alınarak görüşüne başvurulmalı ve bu da dikkate alınarak talep değerlendirilmeli. Eğer ergin evlat edinilmişse erginin rızası varsa anne baba adı olarak evlat edinenlerin anne baba adı yazılmalı.

Bir diğer sorun da yine grubumuzdaki bir arkadaşınız tarafından ileri sürüldü. Tek başına evlat edinenlere de bu hakkı tanımıyoruz ya da tanıyoruz ama şöyle tanıyoruz; ayırt etme gücüden yoksun küçükler bakımından uygulanıyordu. Evlat edinen erkekse baba adı olarak kendisini veriyor ama anne adı olarak başka hiç alakası olmayan birinin adı yazıyor. Kadınsa anne adı olarak onun adı yazılıyor ama baba adı olarak başka birinin adı yazıyor. Bunun yerine burada yani tamamen ilgisiz biri değil de evlat edinenin uygun göreceği bir ismin anne ve baba adı olarak oraya yazılabilmesi imkânı getirilmeli. Şuna benzettim; ne kadar uygun bilmiyoruz, bulunmuş çocuklarda bildiğiniz üzere nüfusa kaydedilmemiş ise nüfus memuru o çocuğa bir ad, bir soyadı, bir anne adı, bir baba adı verebilmekte.

Soy bağına ilişkin hususa gelince orada da yine Anayasa Mahkemesinin iptal kararını dikkate alarak Türk Medeni Kanununun 286 ncı maddesi ile ilgili görüşümüz şu şekilde: Yani anne soy bağının reddi davası açabilir mi? Oy çokluğuyla evlilik içi-evlilik dışı olduğuna bakılmaksızın annenin soy bağının reddi davası açabilmesi kanaati çıktı. Ama azınlıktaki bir görüşte ancak evlilik sona ermiş ise anneye soy bağının reddi davası açma hakkı verilmeli görüşünü ortaya koydu.

Yine Anayasa Mahkemesinin 2011 yılında iptal ettiği başka bir hüküm var. Çocuğun açacağı babalık davasında hak düşürücü süre vardı. Anayasa Mahkemesi bunu kısa buldu. 1 yıl çok kısa daha uzun olmalı dedi. Bununla ilgili bir taslak hazırlandı ama hiçbir zaman kanunlaşmadı. Yargıtay'da artık burada süre yok diyor. Ne zaman açılırsa açılsın bu davaları inceliyor. Bunu müzakere ettik ve oy çokluğu ile herhangi bir süreye tabi olmaması gerektiği sonucuna ulaştık ama azınlıkta ki görüş burada bir yıl az ama beş yıllık veya daha fazla bir süre öngörülebilir şeklinde bir görüş ortaya koydu.

Peki, burada çokça tartıştığımız bir şey Türk Medeni Kanununun 284 üncü maddesi. Türk Medeni Kanununun yani soy bağının tespitinde acaba gerek duyulursa tıbbi incelemeler yoluna da başvurulmalı mı? Başvurmuş isek zorla mı yapmalıyız? Yoksa 284 üncü maddenin dediği gibi eğer bundan kaçınırsa hakkında bu tıbbi inceleme kararı verilen ebeveyn ya da ebeveyn olduğu iddia edilen kişi onun aleyhine mi saymalıyız? Yoksa Hukuk Mahkemeleri Kanununun 292 nci maddesindeki gibi zorla bu inceleme, DNA testi vesaire yaptırılmalı mı? Burada genel kanaat, çoğunluğun görüşü, 284 üncü madde kalsın ve öncelikli uygulansın. Zorla uygulama yoluna gidilmesin. Ama şu anda Yargıtay bildiğiniz üzere Hukuk Muhakemeleri Kanununun 292 nci maddesini uyguluyor ve zorla DNA testi vesaire gibi uygulamaları yürütüyor.

Türk Medeni Kanununun 132 nci maddesindeki bekleme süresinin artık kaldırılması gerektiği konusunda bir kanaate ulaştık.

Bir diğer husus da üremeye yardımcı yöntemler ve yeni teknolojiler gelişiyor. Artık yapay rahim teknolojisinden bahsediyoruz. Onları konuşuyoruz. Bunlara yönelik de kanuni düzenlemeler yapılmalı. Bu konularda daha fazla geç kalmayalım şeklinde bir tavsiye ortaya çıktı.

Aile hukukunda arabuluculuk çok tartışıldı. Hiçbir şekilde uzlaşma sağlayamadık biz de hocamlar gibi. Oraya 3 yazmışız ama ben saydım 4 görüş çıkmış. Biri tamamen reddeden bir görüş. Biri mahkeme temelli arabuluculuğun olması gerektiğini ancak adının arabuluculuk olmaması gerektiğini, uzlaştırma veya başka bir isim verilebileceğini söyleyen görüş.

Ama uzlaştırma ceza hukukunda kullanıldığı için artık onu kullanamayız. Böyle bir modelin faydalı olabileceğini ileri süren bir görüş var.

Üçüncü görüş, sadece feri sonuçlar arabuluculuğa tabi olabilir. Boşanma arabuluculuğa tabi olmamalı ama boşanmanın feri sonuçları dava şartı dâhil arabuluculuğa tabii olabilir.

Dördüncü görüş hem boşanma hem feri sonuçları arabuluculuğa tabi olabilir şeklindeydi. Ama oldukça azınlıkta kaldı onu belirteyim.

Son olarak 6284 sayılı Kanun. Burada tedbirlerin uygulanmasında ciddi sorunlar var. Bir kere sağlık-tedavi yönünde bir tedbir kararı verilmişse bunun takibinin yapılmadığı söylendi. Elektronik kelepçe ile ilgili yine sorunlar var. Bunların bir kısmının çalışmadığı, bu yüzden takibinin yapılmadığı söylendi.

İstanbul özelinde bir husus belirtilmişti. Çok kısa süreli tedbirlerin verildiği, bunların yetersiz kaldığı belirtildi. Yargıdaki arkadaşlar dediler ki biz bir taraftan da kısıtlama ile temel haklarını müdahale ediyoruz, bu yüzden de kısa tutuyoruz, çok uzun tutmuyoruz. Ama tehlikenin devam ettiği durumlarda uzama dönemleri için daha uzun sürelerinin dikkate alması gerektiği söylendi.

Bir son şey de ben söylemiştim onu da ilave edeyim. Bence risk değerlendirmesi yapılması lazım. En kısa sürede bunu getirmesi lazım. Bu tedbirlerden önce kolluk güçlerine bu konuda kriterler verilmeli, bunlarla puanlama yapılmalı ve bu puanlama sonucunda hangi tedbirin uygulanması daha elverişli olacak ona yönelik tedbirler alınmalı.

Bir diğer konu da burada yani arkadaşlarımız şunu söyledi. Kolluk tedbiri uyguluyor, hâkim uyguluyor. Ama kendisine intikal etmesine rağmen savcı tedbir uygulayamıyor neden? O da yargının bir unsuru. Savcılara da bu yönde bir yetki verilmeli denildi. Sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Sayın Doğan'a teşekkür ederek hızla Sayın Ayrancı'ya geçiyoruz.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sayın Başkan çok teşekkür ediyorum. Hazirunu hürmetle selamlıyorum. Bende evvel emirde Sayın Adalet Bakanımızı, Adalet Bakanlığını böyle zor bir alanda, bizleri topladığı için bu kadar büyük ölçekli bir toplantı sebebiyle tebrik ediyorum. Takdirlerimi arz ediyorum. Tabii Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün değerli Genel Müdürü ve diğer personeli A'dan Z'ye çok büyük bir yük altına girdiler. Gerçekten büyük bir fedakârlıkla yapılan bir toplantı olduğunu fark ediyoruz. Her bakımdan fedakârlık zamandan, zeminden, maliyetten ve göz nuru, alın teri hepsi var. Çünkü önce, evvel emirde onlar çalıştılar bu konuyu. Ondan sonra bize intikal ettirdiler. Bendeniz de kısmen Sayın Genel Müdürümün tensipleri ile biraz hocaların ilgili konularda çalışılması noktasında, makalelerin kitapların bulunması konusunda bazı çalışmalar yapmak suretiyle destek vermiştim.

2023'ün Ocak ayında Türk Borçlar Kanununun onuncu yılında bir çalıştay yapmıştık. O da çok başarılı sonuçlar vermişti. Bu iki tane büyük, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin iki kanununun, bu ölçekte ve bu kadar büyük bir katılımla değerlendirilmesi gerçekten onur kaynağımız.

Daha önce Sayın Genel Müdürümüzle konuştuğumuz gibi kırk altı adet medeni hukuk profesörümüz burada. Onun dışında da elliye yakın doçent, doktor öğretim üyesi ve diğer öğretim görevlisi arkadaşlarımız, onun dışında tabii her seviyeden, Yargıtay Birinci Başkanvekilimizden tutun da siz değerli daire üyelerimiz, istinaf başkanlarımız, mahkeme hâkimlerimiz, noterlerimiz, avukatlarımız gerçekten gurur verici bir tablo ile karşı karşıyayız. O bakımdan Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünde ve onun şahsını da Genel Müdürlüğü ve Bakanlığı tebrik ediyorum. Geçen seneki tecrübemizden de malum 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı Kitabı ayrıntılı bir şekilde, bir harf yere düşmeyecek şeklide basıldı ve ilgili herkese gönderildi. O bakımdan bu çalışmalarımız da aynen bütün görüşler, bütün temenniler, bütün analizler içinde olmak üzere basılıp dağıtılacak. Bazı atlamalar olursa, kısa tutarsak affımızı diliyoruz. Mükemmel bir programdı. Bir şeyimiz var Sayın Genel Müdürüm biz yine aynı ekiple, aynı konularda, mümkünse aynı yerde yeniden çalışmak istiyoruz. Çünkü çok heyecanlıydı arkadaşlarımız, çok isteklilerdi. Fakat önceden uygulamadan gelen sorunların çoğunu değerlendirdik fakat hocalarımızın katkı yapmak istediği diğer konularda başlıklar olarak belirledik önceden fakat oraya gelemedik. Çünkü çok yararlı faydalı, etkin, azimli bir ekiple ve çalışma ile karşı karşıyayız.

Bizim de konularımız gayet giriftti. Eşya hukuku alanındaydı. Eşya hukuku tabii ki çok nitelikli bir alan. Çok fazla ilkeleri ve alt ilkeleri var. Yani öyle bir konuyla karşılaşıyorsunuz ki önceden şöyle okuyup geçtiğiniz bir şey ihtilaf olarak karşınıza geldiğinizde gözleriniz açılıyor. Bu da mı varmış diye. Bu da mı böyleymiş diye. Bu nedenle gayet ayrıntılı bir düzenleme silsilesinin karşısındayız.

Uygulamadan gelen sorunlardan birincisine baktığımızda bildiğimiz Türk Medeni Kanununun 1007 nci maddesi kapsamında tapu siciline güven ilkesi ve istisnaları meselesi. 1007 nci maddeyi hatırlıyoruz. Tapu sicilinden doğan bütün zararlardan devlet sorumludur başlığı ile başlayan ve üç fıkra halinde devam eden hüküm. Tabii çok önemli konular var burada. Şöyle özetleyeyim size bir kuş bakışı yapmak için ayrıntıya girmeden önce. İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarından sonra önemli oranda devlet aleyhine tazminat hükmedilmeye başlanmış durumda. Tabi İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına baktığımızda girift bir bakış açısı olmadığını, çok olaya basit düzeyde baktığını, bir mülkiyete dokunma varsa bir yerinde -nereden olursa olsun, nasıl olursa olsun- bunu bir ihlal müeyyidesine bağladığını görüyoruz. Ama işin içine girdiğinizde olayların daha farklı olabileceğini görüyorsunuz. Çünkü ifade edildiği gibi toplantılarda katılımcılar tarafından, Türkiye bir deprem ülkesi mesela ve Maraş ta Kors merkezi -GPS merkezlerini ayarlayan bir merkez- 4.97 metre sapma göstermiş. Ama diğer depremlerden dolayı da bu sürekli yer değiştirirmiş. Yani dokuz yüz doksan beş metre olan bir yerin, bir gün bin metre bir gün dokuz yüz doksan metre çıkması işten bile değildir deniyor teknik kişiler tarafından.

Şimdi bu ayrıntılara bakmadan, bunun doğrudan doğruya tek bir bakış açısıyla çözümlenmesinde sorun var. Başka sorunlar da var. Uygulamadan kaynaklanan sorunlar var. Esasen bizim heyetimiz 1007 nci maddenin temel yapısında önemli bir sorun olmadığını kabul etti. Fakat nerede sorunumuz var? Perspektifte sorunumuz var, anlayışta sorunumuz var. Orada bulunan uygulamacı katılımcılar da bunu teyit ettiler. Bu İnsan Hakları Mahkemesi kararları, bazı içtihadı birleştirme kararı bu meseleyi bir noktaya getirdi. Ne oluyor mesela? Tapu memuru işlem yapmış, ebedi âleme intikal etmiş. 30 sene sonra ona sorumluluk irca eden, rücu hükümlerini işleten bir durumla karşılaşıyoruz. Neden dolayı? Zaman aşımı meselesini farklı yorumlamaktan dolayı. Bu durumda ne oluyor? Tapu memurlarının işlem yapmaktan fevkalade çekinmesi, hatta öbür âleme intikal ettikten sonra tapu memurlarının mirasçılarının artık bunlarla uğraşmaları söz konusu oluyor.

Belirsiz alacak davası olarak açılıyor bu dava. Husumette sorun yok. Tüm alacak için belirsiz alacak davası olduğu için zaman aşımı kesiliyor. Mülkiyet kaybından itibaren 10 yıllık zamanaşımı var. Kusur bakımından illiyet bağının kesilmesi çok önemli. En ağır tartışma da burada. Ağır kusur varsa illiyet bağı kesiliyor. Bunun dışında temlik alan kişinin iyi niyetli mi olduğu yoksa iyi niyetli olmadığı çok önemli bir tartışma noktası olarak ortaya çıkıyor.

Hatta ilgili daireyi de iki fay hattına ayırmış bu durum. İdarenin çok büyük şikâyetleri var. Hazine ve Maliye Bakanlığı, bu davaların muhatabı biz miyiz diyorlar. Çünkü açılan her davada ellerinde hiçbir şey yok. Hiçbir işlemleri kendileri yapmamış. Her gelen davada orman idaresine veya başka bir yere bilgi belge gönderin diye soruyorlar. Özellikle "Kıyı kenar çizgisi meselesinde, mera davalarında buradaki devlet kelimesi ne anlama geliyor? Biz miyiz bunun tek muhattabı?" demek suretiyle bunun bir netliğe kavuşturulmasında anlayış beklediklerini ifade ediyorlar.

Bunun dışında Kanunda ne demişti hatırlayalım. "Tapu sicilinin tutulmasından doğan davalar" demiş iken bu tapu sicilinin tutulması kadastro işlemlerine de sirayet etmiş ve 70 yıllık kadastro işlemlerinden sirayet eden olaylardan dolayı önce devletin sorumluluğu, ondan sonra da müracaat yani rücu ilişkileri söz konusu oluyor. Çok büyük tazminatlar ödendiği öğreniyoruz bu konuda. Belli lokasyonlarda toplanan çok fazla dava ve çok fazla ihtilaf var.

Bir ilçenin tamamının değerinden fazla bir meblağın belirli bir arsa parseli için hükmedildiği gerçeği var. Dolayısıyla burada bir perspektifin değiştirilmesi gerektiği, kusursuz sorumluluk türü olan bu sorumluluğun kanun kapsamı dışına çıkartılmaması gerektiği, tapu sicilinin tutulması ile sınırlı kalınması gerektiği kanaati oluşuyor. Zaten kadastral işlemlere ilişkin itiraz ve dava haklarının zaten mevcut olduğu ifade ediliyor.

Özellikle zamanaşımı bakımından bir haksız fiil sorumluluğu bazında, yani kanundan doğan sorumluluk anlamında daha doğrusu, iki yıllık ve on yıllık zaman aşımına tabi olan bir sorumluluğun demin ifade ettiğim gibi müracaat-rücu bakımından çok daha uzun sürelere bâdi olduğunu görüyoruz. Dolayısıyla demin ifade ettiğimiz çerçevenin dışında kalan sorumluluklar bakımından başka bir düzenlemenin olması belki beklenirdi. Her şeyin 1007 nci maddeye getirilip dayatılması bu defa uygulamada da kendine has

ihtiyaçlar olduğu için zaman aşımı hükümlerinin demin ifade etmeye çalıştığım gibi zorlanmasına yol açtığı ifade ediliyor.

Muhik tazminat sorunu var bir de. Muhik tazminat yerine Yargıtay'ın muhik tazminat dışında ilkelere dayanarak çok yüksek miktarda tazminat belirlediği, bunun Hazineyi de çok zor durumda bıraktığı ifade ediliyor. Buna ilişkin anlayış farklılıkları bekleniyor.

Noterler bakımından büyük sorunlar var. Bildiğiniz gibi geçen yıl gayrimenkul devirleri noterlere verildi. Burada da noterler tapu ölçeklerinin tam ve net olmaması karşısında noter satış yaparsa Noterlik Kanununun 162 nci maddesindeki sorumluluğa göre nasıl bunun altından kalkabileceklerini ifade ediyorlar. Buna da dikkat çekiyorlar. Belki bir sigorta poliçesi türü ihdas edilmeli anlamında yeni talepler ve görüşler, beyanlar var.

Tabii bu noter satışı konusunda da Kanunun yanlış kurgulandığı ifade ediliyor. Çünkü noter sadece bir taahhüt işlemi, satış işlemi yapıyor. Tapu işlemi tapuda yapılıyor. Bu ayrım gözetilmeksizin sanki orada yapılan işlem tapu memurunun yaptığı taahhüt ve tasarruf işleminin birlikte bitişik olduğu bir işlemmiş gibi kurgulandığı için burada da önemli bir sorunun olduğunu görüyoruz. Bu nedenle işte öyle davalar var ki Esenboğa Havalimanında mülkiyeti hala davalık. ODTÜ'nün yanlış hatırlamıyorsam bu ilkelere dayalı olarak mahkûm olduğu tazminatı yüz sene ödemesi neredeyse mümkün değil. Böyle bir durumla karşı karşıyayız. Burada bir anlayış değişikliği olmasını beklediklerini ifade ediyoruz.

İkinci konumuz kentsel dönüşüme ilişkin mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirilmesi.

Kamu hukukundan doğan bir mülkiyet hakkı sınırlaması var. Karara katılmayan maliklerin nisap oranı 2/3'ten 1/2'ye indirildi. Karara katılmayan maliklerin mülkiyet hakkına müdahale edilmemesi gerekiyor. Eğer bu müdahalenin önünü açarsak, şu an açılmış durumda, o zaman önemli bir sorun ortaya çıkacak hatta çıkmış durumda.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin büyük bir ihtimalle bu maddelerin bir kısmını iptal edeceği görüşü hâkim heyetimiz de. Evet, yüzde elli artı bir sağlandıktan sonra sözleşmeye icbar edilen tarafın açtığı dava söz konusu. Niye dava açıyor? "Tamam, ben sözleşmeyi icbar edildim ama öyle bir sözleşme içeriği hazırlanmış ki büyük bir zarara maruz kalıyorum." diyor. Mağdur hale geliyor.

Buna ilişkin sözleşmenin uyarlanması tamamlanmasına ilişkin davalar var. İstinaf mahkemesi reddetmiş ama çok şükür ki Yargıtay davanın esasına girmek gerekir demek suretiyle bozmuş. Şimdi oradan gelen kararı da beklemek istiyoruz.

Kat Mülkiyeti Kanununun 47 nci maddesinde bu konuyla ilgili olarak harap olma halinde kat mülkiyeti sona erer deniyor. Buna bir istisna hükmü koyabilir miyiz tartışması yapıldı. İşte bu durumlarda riskli yapı, kamu güvenliği ve diğer şartın gerçekleşmesi halinde depreme dayanıksız olduğu kamu menfaatinin de ihlal edildiği ortada olduğuna göre bir mülkiyet dengelenmesi yoluna acaba Kat Mülkiyeti Kanununa yapılan bir madde ile mi müdahale edelim fikri atıldı. Kanunun uygulanması için beklenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi henüz çıkarılmadı. Onu bekliyoruz. İşlemler onu bekliyor.

Menfaat dengelerini nasıl oluşacağı da bir manada oradan ortaya çıkacak.

Yeni yapının eski yapıdan daha değerli olması büyük bir sorun. Eski yapıyı alıyorsunuz, ondan sonra borç ödeninceye kadar mülkiyet intikal ettirilmez diyorsunuz kanunda. Ondan sonra krediler alınıyor, borçlar alınıyor. Eski ev gitti. Ortada bir şey kalmadı. Dolayısıyla burada bazı düzenlemeler yapılması gerektiği ifade ediliyor. Özellikle bu mevzuatın bu açıklığı karşısında keyfiliğe dönüşmesinden endişe ediyoruz deniliyor. Salt çoğunlukla yani %50'yi geçen bir çoğunlukla mülkiyete yapılan bu müdahalenin aslında hukuk tekniği açısından çok ağır bir müdahale olduğu ifade ediliyor. Nitekim devirlerin de zaten arsa üzerinden yapıldığı dikkate alınırsa -işte yine örnekler verildi, meğer 3-5 katlı binanın yerine çok büyük bir gökdelen yapılacakmış- o zaman hangi zamana göre bu taşınmazın değerinin belirlenmesi gerekir o ortaya atılıyor.

Tebligatlar bakımından önemli sorunlar var. Herkesin MERNİS adresi yok. Özellikle yabancı ülkelerde yaşayanlar bakımından yurt dışına tebligatlar yapılıyor. İşlemleri çok uzatıyor. Bu durumda acaba yasaya ilave mi yapılmalı yurt dışındaki kişilerin Türkiye'de bir vekille temsiline dair bir hüküm mü konulmalı en az belirli olaylar bakımından diye ifade ediyoruz.

Demin bahsettiğim uyarlama davası bakımından ise hani hatırlayacaksınız salt çoğunlukla karar verildi sözleşme yapmayınca icbar edildik. Sonra uyarlama davası açıldı. Çünkü hakkımızın güçlü bir şekilde ihlal edildiğini düşünüyoruz. Bu dava herhalde beş yıl, on yıl sürecek. Kanun koyucunun bu boşluğu da gidererek daha olumlu süreçleri mevzuat bağlamında düzenlemesi gerektiği kanaati heyetimiz de hâkim oldu.

Avans tapu uygulaması ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de önemli sorunlarımız var. Burada şimdi bir ucu Türk Borçlar Kanununda bir ucu Türk Medeni Kanununda olan bir hukuki ilişki. Karma nitelikli sözleşme diyoruz, eserden farklı. Çünkü bedel olarak arsa veriyoruz. Şimdi nasıl olacak? O zaman bedel için arsa veriliyorsa, tapuda devir satış olarak gösteriliyorsa o zaman Yargıtay diyor ki bu avans mahiyetindedir.

O zaman şimdi bu tanımadığımız hukuki müessese içtihatlarla ortaya çıkmış oluyor. Şüphesiz belli bazı ihtiyaçlardan dolayı ortaya çıkmıştır. Ancak özellikle yolsuz tescilin meydana geldiği durumlarda üçüncü kişilerin iktisaplarının korunamaması durumu mevcut. Yani "kişi gitti yüklenenden ya da arsa sahibinden bir yer aldı. Kredi aldı. 10 sene geçti ödedi. Ondan sonra arsa sahibi dava açtı. Dönme beyanını ileri sürdü. Baştan itibaren geçersiz oldu. Hadi evinden çık, paranı al git." şeklinde sorun meydana geliyor. Burada işte bu geçmişe etkili sona erme halleri dolayısıyla burada üçüncü kişilerin kazanımını koruyacak yaklaşımın sağlanması gerekiyor. Bizim heyetimiz de büyük bir çoğunluk bu ilişkiden aslında sadece ve sadece yüklenicinin yararlandığını görüyoruz. Normalde üçüncü kişinin buradan haksız menfaat ettiği yok. Arsa sahibi de yüklenici ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaparken pek çok denetim mekanizması getirebilir. Mesela dereceli, işte zemin tabyaları yapıldığı zaman mülkiyetin yüzde onu, karkası bittiği zaman yüzde yirmisi, ıslak zemin bittiği zaman şudur filan gibi dereceli bir şey yapabilir. Elinde var. Şerh koyabilir. İnşaat ipoteği koydurabilir. Yani arsa sahibinin pek çok imkânı var. Ama biz arsa sahibini burada korumak için üçüncü kişileri tamamen kıyıma göndermiş durumdayız. Bu bakımdan da önemli bir sorun

olarak ortaya çıkıyor. Dolayısıyla daha önceki hatırlarsanız geçen seneki Borçlar Kanunu Çalıştayında da olduğu gibi burada da kat karşılığı inşaat sözleşmesinin artık bir düzenlemeye kavuşması zamanının geldiği ifade ediliyor. Tabii bunun yeri neresi olmalı? Türk Borçlar Kanununun özel hükümlerinde eseri takip eden bir yer mi olmalı yoksa büsbütün yeni bir özel bir düzenleme mi yapılmalı noktasında özel düzenleme yapmanın daha isabetli olduğu değerlendiriliyor. Diğer yandan hepimizin bildiği bir gerçek; bu yüklenicilerin, müteahhitlerin hiçbir belge ve bilgiye sahip olmadan belli bir sermaye tutarlılığı olmadan bu işleri yapıyor olmaları da önümüzde çok önemli bir sorun. Dolayısıyla yüklenici bir kuzudan dört post çıkartırken buna karşılık üçüncü kişi tamamıyla burada ezilmiş oluyor. Hukukun öngörmediği bir değer.

Evet, yasal ön alım davalarında depo meblağının aşınmasında kaynaklanan sorunları hepimiz biliyoruz. Burada usulden kaynaklan paranın depo edilmesi ve ondan sonra paranın iadesi konusunda aşınmalar var. Bu konuda Anayasa Mahkemesi bir ihlal kararı verdi. Bu depodan dolayı mağduriyet söz konusu özellikle kusuru olmayan bakımından. Efendim bu nedenle burada bir Anayasa Mahkemesi kararı bekliyoruz. Ben de orada ifade ettim, munzam zarara ilişkin görüşler var. Yani bu depo edilen miktarının üzerinde büyük bir enflasyon faizin çok üzerinde bir enflasyon oranı ile karşılaşıldığı zaman buna ilişkin bir munzam zarar talebi olabilecek mi, bu bir sepet hesabı mı olacak yoksa bir somut ispata mı konu olacak? Yeri gelmişken söyleyeyim Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuruda, taraflardan birinin Devlet olduğu bir kamulaştırma ilişkisinde, dedi ki para borcunda temerrüt varsa ve aşkın bir zarar varsa bu aşkın zarar sepet hesabından ödenir. Sepet hesabı yapılır, somut hesaba gerek yoktur. Bazı Dairelerimiz bunu çok genel bir kararmış gibi aldılar ve bütün kararlarında uygulamaya başladılar. Oysa çok kısa bir zaman sonra, altı ay sonra Anayasa Mahkemesi özür diler gibi ikinci bir karar daha verdi munzam zarar konusunda. İkinci kararda dedi ki; "Ben öyle bir şey söyledim ama orada taraf kamuydu, başka bir ilişki vardı. Yoksa bunu siz genel anlamayın." O sırada bazı Dairelerimiz bunu almış ilerletmişti. Şimdi diyoruz ki ne yapacağız? Daireler de "Önümüze gelmedi. Gelsin o zaman bakacağız işte." Diyor. Herhalde bu aksaklıkların da giderilmesinde yarar var diyorum. Sabrınız için başta Başkanıma sonra katılımcılara teşekkür ediyorum. Sağ olun, var olun.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Sayın Ayrancı'ya biz de teşekkür ediyoruz. Tabii ki komisyonuna da teşekkür ediyoruz. Sayın İşgüzar, söz sizde.

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR:

Sayın Hocalarım, değerli katılımcılar.

Saat 17.30'u geçiyor. Bu saatten sonra Hafta Tatili Kanununa ve Anayasaya göre sizleri burada tutmak bir hak ihlali onu biliyorum. Kusura bakmayın. Benim hislerime Ayrancı Hocam tercüman oldu. Gerçekten kırk yılı aşkın bir süredir bu tür etkinliklere katılıyoruz. Bu kadar nicelik ve nitelik

olarak kaliteli, bu kadar sayıdaki hocamızın, dekanlarımız, rektörlerimiz, Tarım Bakanlığından olsun, Vakıflar Genel Müdürlüğünden, Hazineden, Yüksek Yargıtay'ımızdan, Bölge Adliye Mahkemelerinden konunun uzmanı bu kadar kaliteli, bu kadar çok sayıdaki kişinin bir araya gelmesine ilk defa rastlıyorum.

Onun için başta Genel Müdürümüz olmak üzere Adalet Bakanlığı personelini kutluyorum. Gerçekten kusursuz bir organizasyondu ve verimliydi. Amacına uygundu. Göstermelik bir araya gelme şeklinde değildi. Özellikle ben kendi grubumda miras hukuku konusunda iki oturum halinde gerçekleşen çalışmada hiç aklımıza gelmeyen sorunlar ve tam bunu çözecek öneriler getirildi.

Özellikle Yüksek Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Üyesi Suna Türe Hanımefendi, 12. Hukuk Dairesi Üyesi Şanver Keleş Beyefendiye teşekkürlerimizi arz ediyoruz.

Çok önemli, uygulamada hiç kimsenin düşünemeyeceği önerileri getirdiler. Biz bu önerileri toplantı tutanağı halinde sizlere arz ettik.

Bizim üzerinde durduğumuz, Türk toprak hukukundan kaynaklanan kısıtlamalar ışığında terekedeki taşınmazların paylaştırılmasından kaynak sorunlar. Bırakın mirası hukukunu, Türk hukukunu, ülke ekonomisi bakımından, ülke stratejisi bakımından tarımsal arazilerin ne kadar önemli olduğunu, uygulamada ne kadar yanlış kullanıldığını tespit ettik.

Buna ilişkin 6537 sayılı Kanun, 5403 sayılı Kanun. Onlara şimdi hiç girmeyeceğim. Yapılması gereken değişikliklerin hepsini buraya yazdık. Şunu söyleyeyim. Daha önce de ifade ettim. İsviçre'den almışız. İsviçre'nin tamamı 41.000 km. Kuş uçmayan, kervan geçmeyen dağlarından tutunda bilmem göllerine kadar toplasanız Konya'daki tarım arazi kadar arazisi yok ülkenin. Bizim 784.000 kilometre kare arazimiz var. Yine uygulamadan örnekler verdi hem değerli hocalarımız hem yüksek hâkimlerimiz.

Hobi bahçesi adı altında veya sanayi tesisi adı altında ya da kooperatif adı altında tarımsal arazilerimiz maalesef katlediliyor. Bunun üzerine bir de miras yoluyla geçtiği için ona bölünen, on sekize bölünen, mirasçılar arasında kullanılmayan, âtıl duran tarımsal araziler var. Dolayısıyla sadece hukuk metni olarak iki tane kanun maddesi olacak bir iş değil. Varlık sebebimiz olan tarımsal araziler -bir savaş çıktığı zaman işte iPhone 15 yiyecek halimiz yok ya ekmek ya su- mutlaka olmazsa olmazımız. Dolayısıyla tarımsal arazinin hukuk statüsü sadece miras hukukunu ilgilendiren bir konu olmayıp tüm diğer hukuk dallarını da ilgilendiriyor.

Buna ilişkin öneriler çok teknik olduğu için madde numaralarını bu saatte size söylemeyeceğim, arz edeceğim. Diğer iki başlığımız da ölüme bağlı tasarruflarda murisin iradesinin öne çıkarmaya yönelik yapılması gereken düzenlemelerdi.

Özellikle Türk Medeni Kanununun 532 nci ve devamı hükümlerinde düzenlenen resmi vasiyetnamenin şekline ilişkin kuralların teknolojik gelişmeler de dikkate alınarak gözden geçirilmesi önerilmektedir. Bu bağlamda sıkı şekil şartlarından ziyade miras bırakanın iradesinin ön plana çıkartacak şekilde bir düzenleme yapılmalıdır önerisinde bulundu heyetimiz.

Yine biliyorsunuz İsviçre'de 18.12.2020 tarihli federal kanun 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girdi 1 yıl önce. 9 ana başlıkta yapılan değişikliklerin de

Türk aile yapısı ve Türk hukuku göz önünde bulunarak dikkate alınması gerektiğini önerilmiştir kanun koyucuya.

Üçüncü başlığımız "mirastan feragat sözleşmesinden kaynaklanan sorunlar ve çözüm önerileri"nde yine birkaç maddeye ilişkin önerilerimiz oldu. Özellikle Türk Medeni Kanununun 529 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "en yakın ortak kök" ibaresi feragat edenin eş olması ihtimalinde sorunlara sebebiyet vermektedir. Bu husus dikkate alınarak hükmün gözden geçirilmesi önerilmiştir. Detayı yine raporumuzda mevcut.

Yine eş adaylarının mirastan feragat sözleşmesi yapıp yapamayacağı konusunda Yüksek Yargıtay'da görüş birliği bulunmadığı farklı kararlar olduğu söylenmiş. Evlilik ihtimali yok iken yapılmış mirastan feragat sözleşmesinin geçersiz olması ancak nişanlık durumunda yapılan bu sözleşmelerin geçerli olması gerektiği gibi fikirler ileri sürülmüştür. Yine mirasçı sıfatı taşımayan kişinin mirastan feragat sözleşmesi yapıp yapamayacağı noktasında da ortaya çıkan sorun tartışılmıştır.

Bu bağlamda mal rejimi sözleşmesinde olduğu gibi mirastan feragat sözleşmesinin de kanuni mirasçılık sıfatının kazanılmasından önceki bir dönemde yapılmasına imkân veren bir düzenleme yapılması teklifinde bulunulmuştur.

Yine Türk Medeni Kanununun 598 inci maddesine mirasçılık belgesinin bazı durumlarda çekişmesiz yargı işi olmaktan çıkartılmasını engelleyecek fıkra eklenmesi önerilmiştir. Bu bağlamda düzenlenecek mirasçılık belgesinde mirasçılık sıfatına sahip olanlar yanında mirasçılık sıfatını kaybetmiş olanlarla miras paylaşımında oransal olarak gösterilmesinin sağlanması isabetli olacak denilmiştir bazı katılımcılarımız tarafından.

Yine "mirasçı olmaksızın ölen kişilerin mal varlığının hazineye intikalinde yaşanan sorunlar" başlıklı tartışmamızda da Türk Medeni Kanununun 501 inci maddesinde Devlet dışında kanuni veya iradi mirasçı bulunmadığı tespit edilen kişiler için "Devlet gereken tedbirleri alır." şeklinde yeni bir fıkra eklenmesi, yine buna dayanarak Nüfus Kanununda veya yönetmeliğine mirasçı bırakmaksızın vefat eden kimsenin durumunu Nüfus Müdürlüğü tarafından hazineye ihbar edilmesinin sağlanması gerektiği önerilmiştir.

Dolayısıyla yine mevzuattan kaynaklanan son çözüm önerileri kapsamında Türk Medeni Kanununun 518 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan hasarın intikali ile ilgili kuralın Türk Borçlar Kanunu ile uyumlu hale getirilmesi önerilmiştir.

Dolayısıyla sonuç olarak tekrar söylüyorum. Gerçekten hem sorunların tespitinde hem çözüm önerilerinin geliştirilmesi bakımından bu kadar verimli, bu kadar güzel bir toplantıya katılmamıştım. Çok teşekkür ederim. Bu kadar değerli, -gerçekten bunu yanlış anlamayın- bu kadar sayıda, bu kadar değerli katılımcıyı bir araya getirmek mümkün değil. Çok büyük bir başarı. Çok teşekkür ediyorum Hepinize saygılarımı sunuyorum

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Evet, bu oturumu da sonlandırdık. Sözü moderatörlerin moderatörü sayın arkadaşımıza bırakıyoruz.

Sunucu:

Sunumlarından dolayı değerli oturum başkanlarımıza, kıymetli hocalarımıza ayrı ayrı teşekkür ediyoruz. Programımızın kapanış konuşmalarını gerçekleştirmek üzere Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Hakan Öztatar'ı kürsüye davet ediyoruz.

Hukuk İşleri Genel Müdürü Hakan ÖZTATAR:

Evet, ben de sizlere çok teşekkür ediyorum. Sonuçta evet biz davet ettik ama sizler de mesainizden, ailenizden, zamanınızdan tasarruf ettiniz. Buraya kadar geldiğiniz zahmet ettiniz. Ben hepinizin emeği için çok teşekkür ederim. Sonuçta hepimizin amacı burada ülkemiz için güzel şeyler yapmak. Ben çıkan sonuçlar konusunda çok umutlandım.

Biliyorsunuz Sayın Bakanımız açıkladı. Yakın zamanda İnsan Hakları Eylem Planı ve Yargı Reformu Strateji Belgesi var. Burada Strateji Geliştirme Başkanlığından, Mevzuat Genel Müdürlüğünden, İnsan Hakları Daire Başkanlığından katılımcılar var. Onlar da notları aldı. Ama biz de inşallah hocamızın dediği gibi tek kelimeyi bile zayi etmeden kitaplaştırıp sizlere de bunu dağıtacağız. Ben hepinize çok teşekkür ederim. İnşallah sağ salim - dışarıdan gelen arkadaşlara söylüyorum- sağ salim inşallah dönersiniz. Uygun görüyorsanız hep beraber son bir fotoğraf alalım bugünün anısına. Çok teşekkürler, iyi akşamlar diliyorum herkese.

Sunucu:

Sayın Genel Müdürümüze hitaplarından dolayı teşekkür ediyoruz. Değerli misafirler, programımız burada sona ermiştir. Hepinize katılımlarınızdan dolayı ayrı ayrı teşekkür ederiz.

FOTOĞRAFLAR


TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
Çalıştayı
TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
Çalıştayı
4 - 5 OCAK 2024
İSTANBUL


TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
Çalıştayı
4 - 5 OCAK 2024
İSTANBUL
TÜRKİYE YÜZYILI






TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
4 - 5 OCAK 2024
İSTANBUL


Hakan
ÖZTATAR
Hukuk İşleri
Genel Müdürü
TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
Çalıştayı
4 - 5 OCAK 2024
İSTANBUL


TÜRKİYE YÜZYILI
TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
Çalıştayı
4 - 5 OCAK 2024
İSTANBUL


Prof. Dr.
Halûk BURCUOĞLU
Prof. Dr.
HÜSEYİN HATEMİ
Prof. Dr.
İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr.
Mehmet ÖNAL
TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
Çalıştayı












TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
Çalıştayı
4 - 5 OCAK 2024
İSTANBUL


TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
Çalıştayı
4 - 5 OCAK 2024
İSTANBUL






TÜRKİYE YÜZYILINDA
4 - 5 OCAK 2024


TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
Çalıştayı
4 - 5 OCAK 2024
İSTANBUL


TÜRKİYE YÜZYILINDA
TÜRK MEDENİ KANUNU
Çalıştayı
4 - 5 OCAK 2024
İSTANBUL



www.adalet.gov.tr