Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti

Hakemli Makale

Fatih Burak UZUN
Avukat
Attorney at Law

İÇİNDEKİLER

A. Hak Ehliyeti 13
1. Hak Ehliyeti Kavramı 13
2. Hak Ehliyeti Kavramı Üzerine Düşünceler 14
3. Hak Ehliyetinin Başlangıcı 17
4. Hak Ehliyetinin Sınırlandırılması 20
5. Hak Ehliyetinin Sona Ermesi 25

B. Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukuka İlişkin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Kapsamı ve Sınırları . . . 30
1. Hak Ehliyetinin Başlangıcına, İçeriğine ve Sınırlandırılmasına Uygulanacak Hukuk 30
2. Hak Ehliyetinin Sona Ermesine Uygulanacak Hukuk 31
3. İsim 32
4. Özel Ehliyet Kuralları 34
5. İşlem Güvenliği Kuralı 35
6. Ehliyete İlişkin Konularda Statü Değişikliğinin Etkisi (Conflit Mobile) 44
7. Hak Ehliyetine İlişkin Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeninin Müdahalesi (Ordre Public) 45

Kaynakça 46

ÖZET

Hukukun en temel kavramlarından olan hak ehliyeti ile milletlerarası özel hukuk kapsamında hak ehliyetine uygulanacak hukukun tespiti bu çalışmanın temel konusunu oluşturmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde karşılaştırmalı hukuk disiplini çerçevesinde çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerinin gerçek kişilerin hak ehliyetine yaklaşımı incelenmektedir. Bu kapsamda hak ehliyetinin başlangıcına ilişkin yaklaşımlar, hak ehliyetinin sınırlandırıldığı durumlar ve hak ehliyetinin sona erdiği haller incelenmiştir. Bunlara ek olarak hak ehliyetinin gerekliliğine ve gelecekte yapay zekâ gibi kavramlar karşısındaki konumunun ne olması gerektiğine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise milletlerarası özel hukukta gerçek kişilerin hak ehliyetine uygulanacak hukuk, yine birçok değişik ülkenin hukuk sistemlerinin karşılaştırılması yoluyla incelenmiştir. Söz konusu incelemeler hak ehliyetinin başlangıcı, içeriği ve sona ermesi şeklinde üç başlık altına ayırılarak daha detaylandırılmaya çalışılmıştır. Son kısımda ise isme uygulanacak hukuk değerlendirilmiş ve özel ehliyet kuralları, işlem güvenliği kuralı, statü değişikliğinin etkisi ve kamu düzeninin müdahalesi hususları irdelenmiştir.

Bu çalışmanın amacı gerçek kişilerin hak ehliyeti ve gerçek kişilerin hak ehliyetine uygulanacak hukuk konularında kayda değer bir çalışma ortaya çıkarmak ve aynı zamanda çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerin de bilinmesini sağlamak olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda tüzel kişilerin hak ehliyeti bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Hak Ehliyeti, Hak Ehliyetinin Başlangıcı, Hak Ehliyetinin Kısıtlanması, Hak Ehliyetinin Gerekliliği, Yapay Zekanın Hak Ehliyeti, Ölüm ve Ölüm Karinesi, Gaiplik, Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukuk, Ölüm, Ölüm Karinesi ve Gaipliğe Uygulanacak Hukuk, İsme Uygulanacak Hukuk, Özel Ehliyet Kuralları, İşlem Güvenliği Kuralı, Conflit Mobile, Kamu Düzeninin Müdahalesi.

ABSTRACT

Natural Persons' Capacity to Have Rights And Applicable Law to The Capacity to Have Rights

The primary subject of this article consists of capacity to have rights, which is one of the most fundamental concepts of law, and the determination of the applicable law to the capacity to have rights within the scope of private international law. In the first section of the article, the approach of various jurisdictions to the natural persons' capacity to have rights within the frame of comparative law discipline is evaluated. In this scope, the approaches towards the commencement of capacity to have rights and the events in which the capacity to have rights is restricted or expired, are analysed. Additionally, necessity of the term of capacity to have rights, and what should be the position of the capacity to have rights towards future concepts as artificial intelligence are discussed.

The second section of the article also evaluates the applicable law to the natural persons' capacity to have rights in private international law, by comparing various jurisdictions. The said evaluations are intended to be detailed by being divided into three sections as the beginning, content and expiration of the capacity to have rights. In the last section, the applicable law to names is evaluated and the issues of special capacity rules, transaction safety rule, conflit mobile and intervention of public order are examined.

The purpose of this article is designated as both creating a noteworthy work on the subject of natural persons' capacity to have rights and applicable law to natural persons' capacity to have rights, and providing information about the regulations in various jurisdictions. In accordance with this purpose, legal persons' capacity to have rights excluded from the scope of this article.

Keywords
Capacity to Have Rights, Beginning of the Capacity to Have Rights, Restrictions to the Capacity to Have Rights, Necessity of Capacity to Have Rights, Capacity to Have Rights of Artificial Intelligence, Death and Presumption of Death, Absence, Applicable Law to the Capacity to Have Rights, Applicable Law to Death, Presumption of Death and Absence, Applicable Law to Names, Special Capacity Rules, Transaction Safety Rule, Conflit Mobile, Intervention of Public Order.

A. HAK EHLİYETİ

1. Hak Ehliyeti Kavramı

Kişi bir hukuk terimi olarak, hak sahibi olabilen varlık anlamına gelmektedir.[1] Kişiler gerçek ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılmakta olup tüzel kişiler de niteliği uygun düştükçe gerçek kişilerin sahip olduğu haklardan yararlanabilmektedirler.[2] Gerek tüzel kişilerin gerekse gerçek kişilerin haklara ve borçlara sahip olabilmelerine imkân tanıyan ehliyete Kıta Avrupası hukuk sisteminde hak ehliyeti adı verilmektedir.[3] Öte yandan bu çalışma boyunca yalnızca gerçek kişilerin hak ehliyeti incelenecektir ve buna bağlı olarak hak ehliyeti kavramı gerçek kişilerin hak ehliyetini kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

Hemen her ülke hukukunda olduğu gibi Türk hukuku (TMK m. 8) da her insana hak ehliyeti tanımış, aynı zamanda her insanın hukuk düzeninin sınırları içinde hak ehliyetini eşit bir şekilde kullanabileceğini hüküm altına almıştır.[4] Bunun yanında ülkelerin anayasaları ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi[5] (madde 1, 2, 4, 6) her insanın hak sahibi olabileceğini güvence altına almış ve dolayısıyla köleliği yasaklamıştır. İnsanlığın geldiği mevcut durum itibarıyla köleliği tanıyan herhangi bir hukuk sistemi dünya üzerinde kalmamıştır.[6]

---

1 M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015 s. 2; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014 s. 1; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku**, 5. Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2014, s. 3; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş. 2015, s. 229; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, **Kişiler Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 5; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 201.

2 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 2; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 2; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 168; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 541.

3 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 40; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 3; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 19; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 267; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 39; Serozan **a.g.e.** s. 415.

4 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 41; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 4; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 20; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 272; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 40; Serozan **a.g.e.** s. 418.

5 Metine ulaşmak için bknz. http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf 22.10.2016.

6 Dünyada köleliğin durumu hakkında detaylı bilgi için bknz. Walk Free Foundation, **The Global Slavery In-**

Hukuk sistemlerindeki mevcut durum incelendiğinde ise Kıta Avrupası hukuk sistemi ile İslam hukuku[7] sistemine dâhil olan ülkelerde hak ehliyeti kavramının varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Buna karşılık *İngiliz hukukunda*[8] ve Anglosakson hukuk sisteminde hak ehliyeti kavramının kullanımı terk edilerek her insanın doğal hukuk düzeni gereği haklara sahip olmaya ehil olduğu kabul edilmiştir.[9] Dolayısıyla da hak ehliyeti gibi bir kavramın kullanılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

Hak ehliyetinin tüm insanlara tanınmasının doğuştan gelen farklılıklar nedeni ile var olan eşitsizlikleri gideremememekte olduğunu belirtmekte fayda vardır. Zira hukuk düzeni mevcut farklılıkları ortadan kaldırmaya yetkin olmadığı gibi söz konusu farklılıkları ortadan kaldırmayı da amaçlamamıştır. Ayrım yapmaksızın herkesin hak ehliyetine sahip olması, kişilerin hak ve borçlara sahip olma konusunda potansiyel olarak eşit olması anlamına gelmektedir.

Günümüzde her kişinin istisnasız bir şekilde hak ehliyetine sahip olduğu düşünülünce kişilik ve hak ehliyeti kavramlarının neden ayrıldığı ve bu ayrımın hangi amaçlara hizmet ettiğini değerlendirmek gerekmektedir. Kişilik ve hak ehliyeti kavramları Roma hukuku döneminden itibaren kölelerin hukuki statüsünü tespit etmek amacıyla birbirilerinden ayrılmışlardır.[10] Roma hukukunda köleler de kişi olarak kabul edilmelerine rağmen hak edinmelerini engellemek adına hak ehliyetinden yoksun bırakılmışlardır. Buna karşılık doğal hukuk ekolünde her insan eşit olarak kabul edildiği için hak ehliyeti ve kişilik kavramlarının ayrılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.[11]

2. Hak Ehliyeti Kavramı Üzerine Düşünceler

Hak ehliyeti kavramının kişilik kavramından ayrılmasının temel sebebi, yukarıda da açıklandığı üzere Roma Hukukunda özgür kişiler ile köleler arasındaki farkı belirlemektedir. Bir başka deyişle, hak ehliyeti kavramı, kölelik kurumunun özel hukuk içerisinde konumlandırılmasını sağlamaktadır. Günümüzde kölelik kurumunun hukuk sistemleri içerisinden tamamen kaldırıldığı göz önüne alındığında, kanaatimizce köleliğin özel hukuk

dex 2013, http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/2013/GlobalSlaveryIndex_2013_Download_WEB1.pdf 22.10.2016.

7 Joseph Schacht, **An Introduction to Islamic Law**, New York, Oxford University Press 1982 s. 124.

8 İngiliz hukuku Anglosakson hukuk sistemini doğuran hukuk olarak kabul edilebilecek niteliktedir. İngiliz hukukunun üç temel kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki yüzyıllardır mahkemelerce verilmiş kararlardan oluşan ve hala gelişmeye devam eden *Common Law* hukukudur. İkinci kaynak *Common Law* tarafından oluşturan hukuk kurallarının adaletsizliğe sebep olduğu durumları düzeltmeyi amaçlayan ve tarihi dönemler içerisinde kral tarafından özel olarak oluşturulmuş bir mahkemenin kararlarından oluşan *Equity Law* hukukudur. *Equity Law* bağımsız hukuk kuralları olmayıp yalnızca *Common Law* tarafından oluşturan kuralları adaletli hale getirmektedir. İngiliz hukukundaki son hukuk kaynağı ise İngiltere Parlamentosu tarafından çıkarılan yasalardır. (Sarah Worthington, **Equity**, New York, Oxford University Press, 2003, s. 3 vd.).

9 William Blackstone, **Commentaries on the Laws of England**, Oxford, The Clarendon Press, 1765 s. 155.

10 Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Dersleri**, 10. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 138; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 1999 s. 156; Buse Aksaray, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 19; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 1.

11 Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015 s. 301; Umur, **a.g.e.** s. 157.

içerisinde yer alabilmesini sağlama amacıyla yaratılmış olan ve güncel hukuk düzeni içerisinde önemli bir işleve sahip olmayan hak ehliyeti kavramının hukuk düzeni içerisinden kaldırılması gerekmektedir. Bir başka deyişle hak ehliyeti tekrar kişilik kavramı içerisine dahil edilmelidir. Bu doğrultuda kanaatimizce hak ehliyeti konusunda, kavramı tamamen ortadan kaldıran İngiliz hukukunun yaklaşımı, en makul yaklaşımı oluşturmaktadır.

Hak ehliyetinin kaldırılması fikrinin doğurabileceği ilk akla gelen soru, ceninin durumunun ne olacağıdır. Zira hak ehliyeti ceninin ana karnındayken, tam ve sağ doğmak koşuluyla, mirasçı olabilmesine ve haksız fiillerden dolayı tazminat talep edebilmesine imkân vermektedir. Ancak kanaatimizce, cenine bahsi geçen imkanları tanımak için hak ehliyetinin varlığı mutlak bir gereklilik değildir. Nitekim aşağıda açıklandığı üzere İngiliz hukukunda hak ehliyeti kavramı bulunmamasına rağmen, cenine yine de mirasçı olma ve haksız fiillere karşı tazminat talep etme imkânı tanınmaktadır. Türk hukuku açısından konuya bakıldığında ise kanaatimizce, cenine tam ve sağ doğmak koşuluyla, hak ehliyeti değil kişilik tanınması, ceninin mirasçı olmasını ve haksız fiillere karşı tazminat talep edebilmesini sağlayabilecektir. Üstelik esasen bir insan olan ceninin kişilik kavramından mahrum bırakılması da engellenmiş olacaktır. (Önemle belirtmek gerekir ki doğumdan bir gün önceki cenin ile doğumdan bir gün sonraki bebeğin zihinsel ve fiziksel gelişim olarak hukuki açıdan önemli bir farkı bulunmamaktadır. Buna rağmen mevcut düzen içerisinde ceninin kişiliği bulunmamaktayken, yeni doğan bebeğin kişiliği bulunmaktadır.)

Hak ehliyetinin gerekliliği açısından üzerinde durulması gereken bir diğer konu da yapay zekadır. Yapay zekâ geliştirilmesine yönelik çalışmalar, yakın gelecekte hak ehliyeti kavramının tekrardan önem kazanmasını sağlayabilecek niteliktedir. Yapay zekanın gelişmesiyle birlikte insan gibi (hatta daha da iyi) düşünebilen ve algılayabilen varlıklar ortaya çıkabilecektir. Bahsi geçen varlıkların hukuki anlamda statüsünün ne olacağı ve hak sahibi olup olmayacakları gibi konular, hak ehliyeti kavramı vasıtasıyla çözümlenebilecek niteliktedir.

Yapay zekâ, temel olarak güçlü yapay zekâ ve zayıf yapay zekâ olarak ikiye ayrılmaktadır. Güçlü yapay zekâ gerçekten bir insan gibi düşünebilme yeteneğine sahiptir. Zayıf yapay zekâ ise ancak düşünmeyi simüle edebilmektedir.[12] Örnek olarak satranç ustalarını satrançta yenebilen yazılımlar gösterilebilecektir. Söz konusu yazılımlar, zayıf yapay zekaya örnek teşkil etmektedir. Zira burada ilgili yazılım, satranç oynama fiilini bir insan gibi kavrayamamakta, bunun yerine kendi kodu çerçevesinde olasılık hesapları yaparak oyunu oynamaktadır. Bir başka deyişle insan gibi düşünememekte, bunun yerine düşünme yeteneğini simüle etmektedir.[13] Zayıf yapay zekaya sahip yazılımlar günümüzde mevcuttur. Ancak güçlü yapay zekaya sahip yazılımlar ise henüz tam anlamıyla geliştirilememiştir.

---

12 Benjamin D. Allgrove, **Legal Personality for Artificial Intelligence: Pragmatic Solution or Sicience Fiction?**,
2004, s. 3, https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=629021065069065011022108069116029072004042024048051009122065089096091124110066032078080102069096123097068114004081000086104116031067010106087123127064122084119068112&EXT=pdf, 03.01.2017.

13 Allgrove, **a.g.e.** s. 6.

Zayıf yapay zekâ, bu çalışma açısından önem arz etmemektedir. Zira zayıf yapay zekanın bilinci bulunmamakta ve bir insan ile aynı şekilde düşünememektedir. Dolayısıyla zayıf yapay zekanın bir hakkın objesi değil süjesi olması yerinde olacaktır. Nitekim doktrinde zayıf yapay zekâ tarafından üretilen fikri ürünler üzerinde eser sahibinin, yapay zekanın mülkiyetine sahip kişi olacağı kabul edilmektedir.[14] Buna ek olarak zayıf yapay zekanın fiillerinin sorumluluk konusunda çeşitli sorumluluk derecelerinin (örneğin hayvan sahibinin sorumluluğu, köle sahibinin sorumluluğu, temsilcinin fiillerinden sorumluluk, çocuğun fiillerinden sorumluluk gibi) uygulanabileceğine ilişkin görüşler de bulunmaktadır.[15]

Bu çalışma kapsamında değerlendirilmek istenen esas unsur ise gerçekten düşünme yeteneğine sahip olan güçlü yapay zekanın hak ehliyetine sahip olup olamayacağıdır. Nitekim bu husus, yukarıda da belirtildiği üzere, hak ehliyeti kavramının tekrar önem kazanmasını sağlayabilecek ve dolayısıyla hak ehliyetinin hukuk düzeninden kaldırılması gerektiğine ilişkin görüşümüze karşı bir argüman olarak öne sürülebilecektir. Zira güçlü yapay zekanın özel hukuk içerisinde konumlandırılabilmesi ve sorumluluğunun sağlanabilmesi için hak ehliyeti elverişli bir kurumdur. Ancak hak ehliyeti ile kişilik kavramlarının ayrı tutulması, insanlık açısından binlerce yıllık bir ayıp olan köleliğe geri dönü**ş** imkânı yaratabilecektir. Bilince ve düşünme yeteneğine sahip güçlü yapay zekaya, kişilik vermeden hak ehliyeti vermek ya da hak ehliyeti vererek kişilik vermemek, güçlü yapay zekanın köleleştirilmesine zemin hazırlayabilecektir. İnsanlık açısından binlerce yıllık bir ayıp olan köleliğin geri dönmesi, köleliğin tarih boyunca sebep olduğu acılar göz önüne alındığında, feci sonuçlar doğurabilecektir. Sırf bu riski ortadan kaldırabilmek adına kanaatimizce Roma hukukunda ortaya atılmış ve kölelik kurumunun güncel hukuk sistemindeki son kalıntılarından olan kişilik ve hak ehliyeti ayrımının terk edilmesi gerekmektedir.

Önceki paragrafta değerlendirilen husus, güçlü yapay zekaya hak sahibi olma imkânı tanınması halinde, bu hak sahipliğinin niteliğinin ne olacağıdır. Ancak bundan önce güçlü yapay zekaya hak sahibi olma imkânı tanınıp tanınmamasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar doktrinde bu konuda tartışmalar bulunsa[16] da kanaatimizce bilince ve düşünme yeteneğine sahip güçlü yapay zekaya hak sahibi olma imkânı tanınması gerekmektedir. İnsanı, diğer canlılardan ayıran en önemli özelliğin bilinç ve düşünme yeteneği olduğu göz önüne alındığında, aynı yeteneklere sahip bir varlığa hak sahibi olma imkânı tanınmaması yerinde olmayacaktır. İnsanlık henüz kendisi haricinde bilince ve düşünme yeteneğine sahip olan varlıklarla karşılaşmadığı için

---

14 Ben Hattenbach/Joshua Glucof, **Patents in an Era of Infinite Monkeys and Artificial Intelligence**, 19 Stan.Tech. L.Rev. 32 (2015), s. 51, https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-technology-law-review/print/2015/10/19-1-2-hattenbach-glucoft-infinite-monkeys.pdf, 12.12.2016.

15 Sam N. Lehman-Wilzig, **Frankenstein Unbound Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence**, 1981, s. 447 vd., http://profslw.com/wp-content/uploads/academic/40._Frankenstein_Unbound.Towards_a_legal_definition...pdf, 04.01.2017.

16 Samir Chopra/Laurence White, **Artificial Agents–Personhood in Law and Philosophy**, s. 4, http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf, 11.01.2017.

önemli bir gündem olmayan bu konu, kanaatimizce gelecekte ciddi bir tartışma konusu haline gelecektir.

Son olarak insan dışındaki varlıklara hak ehliyeti tanınmasının uygulama açısından nasıl olabileceği üzerinde durulacaktır. Bilindiği üzere hak ehliyeti yalnızca gerçek kişilere değil aynı zamanda tüzel kişilere de tanınmaktadır. Tüzel kişiler ise insanlar tarafından oluşturulmuş hayali kişilerdir.[17] Tüzel kişiler, esasen hayali varlıklar olsalar dahi, hukuk sistemleri içerisinde önemli bir alanı kaplamaktadır. Tüzel kişilerin işleyişi, hak ve sorumlulukları hakkında çok detaylı birçok kural bulunmaktadır. Kanaatimizce, güçlü yapay zekaya da kişilik tanınması ile birlikte tüzel kişilerle benzer olarak güçlü yapay zekaya ilişkin yeni hukuk kurallarının da üretilmesi gerekecektir.

3. Hak Ehliyetinin Başlangıcı

Kişiler gerçek ve tüzel kişiler olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Gerçek kişiler insanlardan oluşurken, tüzel kişiler dernek, vakıf ve şirketler gibi hukuk düzeni tarafından kişilik tanınmış organizasyonlardan oluşmaktadır.

İnsanların kişilik kazanması, Türk hukukuna (TMK m. 28) göre sağ ve tam olarak doğma şartına bağlıdır. Sağ ve tam olarak doğma şartının sağlanabilmesi için çocuğun anadan ayrılması ve bir an için de olsa bağımsız yaşayabilmesi gerekmektedir.[18] Çocuğun insan biçiminde doğmamış olması, Roma hukukunun aksine (Roma hukukunda yer alan insan formunda doğmayan çocuğa hak ehliyeti tanınmaması kuralı, dönemin dini inançlarından kaynaklanmaktadır), kişiliğin kazanılmasına engel değildir.[19] Türk hukukunda (TMK m. 28) kişiliğin başlangıcı ile hak ehliyetinin kazanılması aynı anda gerçekleşmemektedir. Hak ehliyeti kişinin, sağ ve tam olarak doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanılırken hukuki anlamda kişilik doğumun tamamlanması ile kazanılmaktadır.[20] Açıklanan durumun neticesinde cenin kişi olarak kabul edilmemesine rağmen ceninin hak ehliyetine sahip olduğu sonucuna varılmaktadır. Kanun koyucunun bu düzenleme ile sağlamaya çalıştığı amaç, doğmamış çocuğun sağ ve tam olarak doğması halinde, ana rahminde bulunduğu süre boyunca çocuğa malvarlığı hakları açısından koruma sağlamaktır. [21]

Alman hukukunda,[22] Türk hukukundan farklı olarak, kişiliğin ve hak ehliyetinin başlangıcı doğum olarak kabul edilmektedir. TMK'ya göre daha kazuistik yapıda olan BGB'de, cenine hak ehliyeti tanınmamasına rağmen, ceninin miras paylaşımında ya da haksız fiil-

---

17 Yuval Noah Harari, **Hayvanlardan Tanrılara Sapiens**, 20. Baskı, İstanbul, Kolektif Kitap, 2016, s. 42.

18 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 10; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 10; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 14; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 241; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 17; Serozan **a.g.e.** s. 422.

19 Umur, **a.g.e.** s. 155.

20 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 16; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 9; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 14; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 244; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 17.

21 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 16; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 9; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 15; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 244; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 21; Serozan **a.g.e.** s. 422.

22 Almanya Medeni Kanunu m. 1 http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf 22.10.2016.

ler sonucu zarar görmesi halinde korunabilmesi için özel kurallar getirilmiştir. Bu durum cenine hak ehliyeti tanınmamasından dolayı Alman doktrininde eleştirilmektedir.[23]

Alman hukukunun izlerini takip eden *Çin hukukunda*[24] da hak ehliyetinin başlangıcı olarak doğum kabul edilmiş ve cenine hak ehliyeti tanınmamıştır. Mevcut düzenlemelerle ceninin miras açısından korunması sağlanmışsa da Alman hukukundan farklı olarak ceninin haksız fiillerden korunması için herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.[25]

İspanyol hukukunda[26] da her kişinin hak ehliyetine sahip olduğu ve hak ehliyetinin kişiliğin kazanılmasıyla başlayacağı kabul edilmektedir. Kişiliğin başlangıcı ise doğum olarak kabul edilmiştir. Cenine hak ehliyeti tanınmamış ise de ceninin çıkarlarının gerektirdiği durumlarda ceninin, sağ doğmak şartıyla, doğmuş kabul edilebileceği hükmü getirilmiştir. İspanyol Medeni Kanunu, sağ doğmanın şartlarını da doğan bebeğin insan görünümünde olması ve anneden tamamen ayrıldıktan sonra 24 saat yaşaması olarak belirlemiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, yeni doğan çocuğun insan biçiminde olması şartını aramak çağ dışı bir uygulamadır.

Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan *Filipinler hukukunda*[27] Türk hukukundan farklı olarak hak ehliyetinin sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düşme ile kazanılması şeklinde açık bir düzenleme yapılmamıştır. Buna karşılık İspanyol hukukuna benzer olarak ana rahminde olan çocuğun, çocuğun çıkarlarının gerektiği durumlarda, doğmuş olarak kabul edilmesi kuralı kabul edilmiştir. Doğmuş olarak kabul edilebilme konusunda da Filipinler hukuku çocuğun sağ doğması şartını aramış ve bu şartın sağlanması konusunda çocuğun rahimde kalış süresine göre ayrıma gitmiştir. 7 ay veya daha az süreli ana rahminde kalarak erken doğan çocuğun sağ doğma şartını sağlayabilmesi için anneden tamamen ayrıldıktan sonra en az 24 saat yaşaması gerekmektedir. 7 aydan fazla ana rahminde kalan çocuklar için ise doğum anında sağ olmak yeterli kabul edilmiştir.

Katar Medeni Kanunu'nun[28] ilk maddesi şeriat hükümlerinin ancak kanunda hüküm bulunmaması halinde uygulanabileceğini hüküm altına almıştır. Kanunda da hak ehliyeti ile ilgili düzenlenmeler bulunduğu için İslam hukukundaki ehliyet düzenlemelerini uygulama imkânı ortadan kalkmıştır. Katar Medeni Kanunu da Türk hukuku gibi sağ doğmak koşulu ile ceninin de hak sahibi olabilmesine imkân vermiştir. Yine aynı şekilde cenini kişi olarak kabul etmemiş ve kişiliğin başlangıcını doğum olarak belirlemiştir.

---

23 Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 21.

24 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 9 http://jura-foerster.de/data/documents/China-General-Principles-etc..pdf 22.10.2016.

25 Bu durumun gerekçesinin Çin'de uygulanan sert tek çocuk politikası olduğu söylenebilir. Zira tek çocuk politikasına aykırı olarak hamile kalan kadınların, hamileliğinin hangi döneminde olduğuna bakılmaksızın kürtaja tabi tutuldukları bilinen bir gerçektir. Bu durum uzun yıllardır insan hakları ihlallerine sebep olmaktadır.

26 İspanya Medeni Kanunu m. 29 – 30 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=221319 22.10.2016.

27 Filipinler Medeni Kanunu m. 37 – 41 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=225740 22.10.2016.

28 Katar Medeni Kanunu m. 39 – 40 https://tr.scribd.com/doc/156926796/Qatar-Civil-Code-English 05.11.2016.

Suudi Arabistan hukukunda[29] kişiliğin başlangıcına ilişkin olarak açık bir fetva bulunmamaktadır. Konuyla ilgili olabilecek birkaç fetvada[30] sperm, yumurta ve embriyonun canlı varlıklar olduğu kabul edilmiştir. Ancak ceninin 4 aylık ya da daha küçük olması durumunda, söz konusu 4 aylık süre içinde doğan bebeğe cenaze töreni yapılmaması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçe olarak ise hamileliğin ancak 4. ayında cenine ruh üflendiği gösterilmiştir. Bu durum Suudi Arabistan hukukunda kişiliğin, hamileliğin 4. ayından itibaren başladığı şeklinde yorumlanabilecektir. Hak ehliyeti açısından ise cenin sağ doğmak koşulu ile döllenmeden itibaren hak ehliyetine sahip olarak kabul edilmektedir. Ceninin yaşam hakkı tanınmış olup kürtaj, hamileliğin annenin sağlığını ciddi bir şekilde tehlikeye düşürdüğü durumlar hariç olmak üzere, sert bir şekilde yasaklanmıştır.[31] Ceninin miras hakkı da tanınmış ve konuyla ilgili olarak detaylı fetvalar yayınlanmıştır.[32]

Yukarıda da açıklandığı üzere doğal hukuk ekolünü takip eden *İngiliz hukukunda* hak ehliyeti kavramı bulunmamakta olup her insanın insan olması nedeniyle hak sahibi olabileceği kabul edilmektedir. Ceninin kişiliği ise İngiliz hukukunda kabul edilmemektedir. Buna rağmen ceninin, sağ doğması koşuluyla, mirasçı olabilme hakkı bulunmaktadır.[33] Ayrıca ceninin ana karnındayken haksız fiiller sonucu zarara uğraması halinde zararlarını tazmin etme hakkı bulunmaktadır.[34]

Hak ehliyeti ve kişiliğin başlangıcı konusunda yukarıda incelenen çeşitli hukuk sistemlerinin birbirlerinden farklı düzenlemeler yapmış oldukları görülmektedir. Bu nedenle hak ehliyeti konusunda uluslararası alanda bir yeknesaklaşmadan bahsetmenin mümkün olmadığı sonucuna varılabilecektir. Öte yandan her ne kadar incelenen hukuk

---

29 Suudi Arabistan'da modern anlamda bir medeni kanun yürürlükte bulunmamaktadır. Bunun yerine İslam hukuku ülkede uygulanmaktadır. İslam hukukunun uygulanması ve Kur'an-ı Kerim'in yorumlanması konusunda ise yetkilendirilmiş bir devlet kurumu oluşturulmuştur. Bu kurumun çıkarmış olduğu fetvalar bağlayıcı hukuk kuralları olarak kabul edilmektedirler.

30 Fatwas of the Permanent Committee, Group 1, Volume 1: `Aqidah (1), Creeds, Tawhid-ul-Rububiyyah, Creation of mankind, **http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaChapters.aspx?languagename=en&View=Page&PageID=12&PageNo=1&BookID=7**, 27.12.2016; Fatwas of the Permanent Committee, Group 2, Volume 7: Fiqh – Salah 3, Washing and shrouding the dead, Rulings on miscarried fetuses, **http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaChapters.aspx?languagename=en&View=Page&PageID=12887&PageNo=1&BookID=7**, 27.12.2016; Fatwas of the Permanent Committee, Group 2, Volume 7: Fiqh – Salah 3, Washing and shrouding the dead, If the fetus was miscarried after it was four months old, **http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaChapters.aspx?languagename=en&View=Page&PageID=12880&PageNo=1&BookID=7**, 27.12.2016; Fatwas of the Permanent Committee, Group 2, Volume 4: Fiqh – Taharah, Postpartum blood, Having a miscarriage during the first months of pregnancy, **http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaChapters.aspx?languagename=en&View=Page&PageID=11707&PageNo=1&BookID=7**, 27.12.2016.

31 Fatwas of the Permanent Committee, Group 1, Volume 21, Fatwa No. 17576, Part No. 21, Page No. 435 http://www.alifta.net/Search/ResultDetails.aspx?languagename=en&lang=en&view=result&fatwaNum=&FatwaNumID=&ID=8274&searchScope=7&SearchScopeLevels1=&SearchScopeLevels2=&highLight=1&SearchType=exact&SearchMoesar=false&bookID=&LeftVal=0&RightVal=0&simple=&SearchCriteria=allwords&PagePath=&siteSection=1&searchkeyword=0970981111141161051111110#firstKeyWordFound, 23.12.2016.

32 Fatwas of Ibn Baz, Volume 20, Book on Inheritance, Chapter on the Ruling on Pregnancy, Part No. 20; Page No. 167, http://www.alifta.net/Fatawa/fatawaDetails.aspx?languagename=en&BookID=14&View=Page&PageNo=1&PageID=3935, 24.12.2016.

33 Andrew Burrows, **English Private Law**, 3. Bası, Oxford University Press, 2013 s. 702.

34 Burrows, **a.g.e.** s. 939.

düzenlerinde farklı yaklaşımlar bulunsa da genel olarak hepsinde aynı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir. Zira incelenen her hukuk sisteminde tüm insanlara hak ehliyeti tanınmıştır ve cenin miras ile haksız fiiller açısından korunmaktadır.

Hak ehliyetinin başlangıcı konusunda ceninin durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira cenine sağ ve tam doğmak koşulu ile döllenmeden itibaren hak ehliyeti tanınmakta ya da hak ehliyeti tanınmasa bile malvarlığı açısından korunması sağlanmaktadır. Ancak cenine mal varlığı edinme hakkı tanınmasına rağmen yaşam hakkı tanınmaması (Suudi Arabistan hukuku hariç[35]) eleştirilere maruz kalmakta ve durumun etikliğinin sorgulanmasına sebebiyet vermektedir. Kanaatimizce mevcut teknolojik imkânlar dâhilinde bu durum annenin ve toplumun yararlarını korumak adına yerinde bir düzenlemedir. Ancak, tıpkı babalık karinelerinin DNA testinin geliştirilmesi ile önemini kaybetmesi gibi, ceninin ana karnından sağ olarak alınıp yapay yöntemlerle yaşamını devam ettirmesine olanak sağlayan teknolojilerin gelişmesi halinde mutlaka cenine yaşam hakkı da tanınmalıdır.

4. Hak Ehliyetinin Sınırlandırılması

Hak ehliyetinin mutlak olarak sınırlandırılması günümüzde hukuk düzenleri tarafından cevaz verilen bir durum olmaktan çıkmıştır. Ancak kişilerin farklılıkları nedeniyle hak ehliyetinin bazı durumlarda sınırlandırılması mümkün hale getirilmiştir. Bunun yanında tarihi dönemler içinde, dine, cinsiyete ve ırka dayalı sebeplerle hak ehliyetinin sınırlandırıldığı görülmüştür. Hatta cinsiyete dayalı olarak hak ehliyetinin kısıtlanmasına ilişkin uygulamaların bazıları günümüzde dahi devam etmektedir.

Hak ehliyetinin sınırlanması konusunda yapılacak incelemede öncelikle tarihi dönemler içerisinde hak ehliyetinin kısıtlandığı bazı olaylar incelenecek ve ardından hak ehliyetinin kısıtlanması ile ilgili olarak günümüzdeki durumlar ele alınacaktır.

a. Hak Ehliyetine Tarihi Dönemler İçinde Getirilen Kısıtlamalar

Tarihi dönemler içinde hak ehliyetine getirilen en büyük kısıtlamalardan biri köleliktir. Antik çağlardan 19. yüzyıla kadar olan dönemde kölelik olgusu varlığını sürdürmüştür.[36] Köle, hak ehliyeti olmayan ve mal statüsünde bulunan insan anlamına gelmektedir. Günümüzde köleliğin ortadan kaldırılmış ve hak ehliyetinin her insana tanınmış olmasına rağmen insanlığın bu seviyeye ulaşabilmesinin bedeli ağır olmuştur. Antik Yunan filozofları; köleliğin, her insanın eşit olduğunu kabul eden doğal hukuk düzenine aykırı olduğunu belirtmiş olmalarına rağmen kölelerin özgür bırakılmasına ilişkin herhangi bir adım atmamışlardır.[37] İslam hukukunda kölelik kurumunun durumu tartışmalıdır. ***Hatemi'ye*** göre İslam hukukunda kölelik kurumu bulunmamaktadır. Köle olarak kabul edilen savaş esirleri koruyucu ailelere verilmekte ve o ailelerin fertleri gibi muamele

35 Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 11 vd.

36 Çoşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 109; Köleliğin tarihi hakkında detaylı bilgi için bknz. **Slavery's Roots: War and Economic Domination**, http://www.freetheslaves.net/about-slavery/slavery-in-history/ 05.11.2016.

37 Işıktaç, **a.g.e.** s. 79; Umur, **a.g.e.** s. 157.

görmektedir. Yani bir başka deyişle köle olarak kabul edilen savaş esirlerinin hak ehliyetinin ortadan kaldırılması değil fiil ehliyetinin sınırlandırılması söz konusudur. Ancak ***Hatemi*** örfi hukuk yoluyla İslam toplumuna kölelik kurumunun yerleştirilmiş olduğunu belirtmektedir.[38]

Yeniçağda, 1776 tarihinde ilan edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinde[39] ve 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde[40] tüm insanların eşit olduğu ilan edilmiştir. Bu belgelerin özel hukuktaki yansıması, hak ehliyetine tüm insanların sahip olması gerektiği düşüncesidir. Bu gelişmelere rağmen köleliğin yasaklanması daha ileri tarihlerde gerçekleşebilmiştir. Hatta Amerika Birleşik Devletlerinde köleliğin kaldırılması ancak uzun bir iç savaş sonucu mümkün olmuştur. İngiltere'de ise ilk defa 1597'de verilen bir mahkeme kararıyla İngiltere topraklarına ayak basan her kölenin özgür olacağı kabul edilmiştir.[41] Köleliği tamamen kaldıran 1833 tarihli yasaya kadar olan dönemde anılan bu kararla aynı doğrultuda veya aksi görüşte birçok mahkeme kararı ortaya çıkmıştır.[42]

Hak ehliyetinin kısıtlanması konusunda en çarpıcı örneklerden birisi de Nuremberg Kanunları olarak bilinen kanunlarından birisi olan 15 Eylül 1935 tarihli Alman Kanının ve Alman Onurunun Korunması Hakkında Kanundur.[43] Bu kanun, Yahudilerle Almanların evlenmesine yasak getirerek hak ehliyetine ırk ayrımına dayalı bir sınırlama getirmiştir. Buna benzer kanunlar Nazi Almayasının müttefiki olan diğer ülkelerde de çıkarılmıştır.

b. Hak Ehliyetinin Kısıtlanmasına İlişkin Güncel Sorunlar

1. Hak Ehliyetinin Kısıtlanmasında Genel Kural

Türk hukukunda hak ehliyetinin yalnızca belirli bir gruba ait kişilere tanınması şeklinde bir kısıtlama yapmak Anayasa m. 10 gereği mümkün olmamaktadır. Buna karşılık TMK m. 8 hukuk düzeninin hak ehliyetinin kullanılmasını kısıtlayabileceğini öngörmüştür. Buna bağlı olarak da yaş, cinsiyet, yabancılık gibi unsurlara dayanılarak hak ehliyetine kısıtlamalar getirilmiştir. Bu kısıtlamalara tipik örnekler; evlenme yaşı, kadının soy bağını reddetme hakkının bulunmaması, yabancıların Türkiye'de mal edinme haklarının kısıtlanması örnek gösterilebilmektedir. Diğer ülkelerin hukuk düzenleri de hak ehliyetine çeşitli kısıtlamalar getirmektedir. Ancak bu kısıtlamalar ülkelerin kültürlerine, coğrafi konumlarına ve diğer özelliklerine bağlı olarak değişmektedir. Bu duruma en temel örnek, evlenme yaşının her ülkede farklı olması gösterilebilmektedir.

---

38 Hüseyin Hatemi, İslam Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2012 s. 77.

39 http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html 22.10.2016.

40 http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf 22.10.2016.

41 Cartwright kararı olarak anılan bu kararın orijinal belgelerine ulaşılamamıştır. Detaylı bilgi için bknz. http://www.british-history.ac.uk/report.aspx?compid=74904&strquery=cartwright%20russia 22.10.2016.

42 Köleliğin Kaldırılması Kanunu 1833 (*Slavery Abolition Act 1833*) http://www.pdavis.nl/Legis_07.htm 22.10.2016.

43 https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/nurmlaw2.html 22.10.2016.

2. Hak Ehliyetinin Kısıtlandığı Bazı Durumlar

Günümüzde hak ehliyetine getirilen kısıtlamalardan yabancıların taşınmaz edinmesine getirilen sınırlamalar, evli kadının soyadını koruyamaması ve eşcinsel evlilikler bu başlık altında değerlendirilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki söz konusu kısıtlamalardan evlenen kadının erkeğin soyadını alması zorunluluğu ve eşcinsel evliliklere müsaade edilmemesi konuları dünyada güncel olarak tartışılmakta ve söz konusu sınırlamalar kaldırılmaya başlanmaktadır.[44] Ülkemizde ise eşcinsel evlilikler konusunda henüz somut bir adım atılmaktan uzak olunsa da evli kadının kendi soyadını koruması konusunda verilen Anayasa Mahkemesi kararları, belirli bir aşama kaydedilmesini sağlamıştır.

a. Yabancıların Taşınmaz Edinmesi

Hak ehliyetine getirilen kısıtlamalardan birisi yabancıların bir başka ülke içinde taşınmaz edinmelerine getirilen sınırlamalardır. Eski çağlardan itibaren var olan bu uygulamaya göre, yabancıların mal edinmesi bazı dönemlerde tamamen kısıtlanmış; bazı dönemlerde ise, özel bir ayrıcalık olarak belirli kişilere tanınmıştır.[45] Günümüzde ise yabancıların bir başka ülkede taşınmaz edinmesi konusunda hemen her ülke mevzuatında kısıtlamalar bulunmaktadır. Türkiye'de de Anayasa'nın 16. maddesi gereği yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin dolayısıyla da yurtiçindeki mülkiyet haklarının sınırlanabileceği kabul edilmektedir. Kanaatimizce her ne kadar bu durumun hak ehliyetinin sınırlanması olarak kabul edilmesi mümkünse de bu sınırlamanın, meşru dayanaklar bulunması nedeniyle, devam etmesi gerekmektedir. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu'nun 1868'de yabancıların taşınmaz edinmelerini serbest bırakmasından sonra yabancıların aşırı miktarda taşınmaz satın aldığı ve bu durumun birçok ekonomik, siyasal ve sosyal sakıncalara sebep olduğu görülmüştür. Bir başka örnek olarak günümüzdeki İsrail devletinin temellerinin Yahudi göçmenlerin Filistin'de taşınmaz edinmeye başlamaları ile atılması olarak gösterilebilmektedir.

b. Evli Kadının Kendi Soyadını Koruyamaması

Türk hukukunda (TMK m. 187), evlenen kadın erkeğin soyadını almak zorundadır. Ancak kadının kendi soyadını, erkeğin soyadı ile birlikte taşımasına müsaade edilmektedir. Bu durum kadının soyadı konusundaki hak ehliyetini sınırlayan önemli bir unsur olarak ortaya çıkmakta; evlenen kadının erkeğin soyadını taşıma zorunluluğu geçmişten gelen ataerkil düzenin günümüzdeki bir yansıması olarak devam etmekte ve aile birliğinin korunması, nüfus kayıtlarının tutulması gibi sebeplerle hala savunulmaktadır. Soyadının aynılaştırılması ile beklenen faydalar, günümüzdeki kayıt teknolojileriyle soyadı aynılaştırılmadan da sağlanabilir hale gelmiştir. Kanaatimizce evlenen kadının kendi soyadını kullanamaması, hak ehliyetinin sebepsiz yere kısıtlanmasıdır.

---

44 Eşcinsel evliliklerin serbest bırakıldığı ülkeler için bknz. https://www.washingtonpost.com/graphics/world/gay-rights/, 29.12.2016.

45 Aysel Çelikel/Günseli Gelgel Öztekin, **Yabancılar Hukuku**, 17. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2016, s. 299.

Kadının erkeğin soyadını taşıması zorunluluğunun yarattığı eşitsizlik ve dolayısıyla kadının hak ehliyetinin sınırlanması, bazı ülkelerde bu kuralın değiştirilmesine sebep olmuştur. Örneğin, ABD'nin California eyaletinde 2007 yılında çıkarılmış olan İsim Eşitliği Hakkında Kanun[46] ile birlikte eşlere soyadlarını seçmeleri konusunda birtakım seçenekler getirilmiştir. Bu kanuna göre eşlerden birisi diğerinin soyadını alabilmektedir ya da iki eşin soyadının birleşimi ya da birlikte kullanımı ile oluşturulacak tek bir soyadının kullanımı söz konusu olabilmektedir. Son olarak Türk hukukunda olduğu gibi birlikte soyadı kullanımına da izin verilmiştir. California'da yürürlükte olan kanunun en temel özelliği yalnızca kadına değil erkeğe de aynı imkânları getirerek eşler arasında tam bir eşitlik sağlamış olmasıdır. California ile benzer durum Alman[47] hukukunda da gözlemlenmektedir.

Evli kadının erkeğin soyadını alması zorunluluğu konusunda Türkiye'de henüz bir kanun değişikliği söz konusu değildir. Ancak konu birkaç kez Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiştir ve bir kez de AİHM konuyla ilgili karar vermiştir.

Evli kadının erkeğin soyadını alması ile ilgili ilk karar 1998 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiştir.[48] Anayasa Mahkemesi bu kararda evli kadının erkeğin soyadını alma zorunluluğunu kamu düzeni ile açıklamış ve bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Evli kadının soyadı konusunda AİHM'de Türkiye'ye karşı açılan bir davada AİHM, kadına getirilen bu zorunluluğun insan hakları ihlali olduğuna karar vererek Türkiye'yi tazminata mahkûm etmiştir.[49] Evli kadının soyadı konusu 2009 yılında yerel mahkemelerce yapılan itirazlar sonucu bir kez daha Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir.[50] Anayasa Mahkemesi bu kararında da kamu düzenine öncelik tanıyarak evli kadının erkeğin soyadını almak zorunda olmasının Anayasa'nın ihlali anlamına gelmediğine hükmetmiştir. 2013 yılında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvuru sonucu, Anayasa Mahkemesi eski içtihatlarından dönerek evli kadının erkeğin soyadını alması zorunluluğunun Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir. [51] Böylelikle ilk defa bir Türk yargı organı evli kadının erkeğin soyadını alma zorunluluğunun Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi 2014 ve 2015 yıllarında açıkladığı bireysel

---

46 https://www.cdph.ca.gov/certlic/birthdeathmar/Documents/NameEqualityActPamphlet-(1-13).pdf 05.11.2016.

47 Almanya Medeni Kanunu m. 1355.

48 Anayasa Mahkemesi, 1997/61 E. 1998/59 K. T. 29.09.1998, http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/11/20021115.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/11/20021115.htm 22.10.2016.

49 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ünal Tekeli v. Türkiye, B. N. 29865/96, K. T. 16.11.2004, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1190332-1236514#{"itemid":["003-1190332-1236514"]} 22.10.2016.

50 Anayasa Mahkemesi, 2009/85 E. 2011/49 K. T. 10.03.2011, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/10/20111021-8.htm 22.10.2016.

51 Anayasa Mahkemesi, B. N. 2013/2187, T. 19.12.2013, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140107-8.pdf 22.10.2016.

başvuru kararlarında da paralel şekilde karar vermiştir.[52] Anayasa Mahkemesi 2015 yılında verdiği bir diğer kararla da velayete sahip kadının çocuğuna soyadını verememesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine ilişkin 10. maddesine ve aile hayatına saygı duyulması ile aile hayatının gizliliğini belirten 20. maddesine aykırılık oluşturduğunu kabul etmiştir.[53] Böylelikle evli kadının çocuğun soyadı konusunda erkeklerle eşit haklara sahip olması konusunda ciddi bir aşama kaydedilmiştir.

c. Eşcinsel Evlilikler

Eşcinsel evlilikler son yıllarda büyük tartışmalara sahne olan bir konudur. Eşcinsel evliliklere izin verilmemesi, eşcinsel bireylerin evlenme ehliyetlerinin dolayısıyla da hak ehliyetlerinin kısıtlanması anlamına gelmektedir. Eşcinsel evlilikler konusunda dünyada çeşitli yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. Batı ülkelerinde genelde bu tür evliliklere izin verilirken bazı Ortadoğu ülkelerinde eşcinsel olmak dahi kişiye idam cezası verilmesi için yeterlidir.[54] Bu konuyu derinlemesine incelemek bu çalışmanın konusu dışında kalsa da kanaatimizce eşcinsel evliliklere izin verilmemesinin herhangi bir hukuki faydası yoktur. Zira hukuk düzenimizde herkesin evlenmeden evlilik hayatı yaşaması mümkündür. Aynı durum doğal olarak eşcinsel bireyler için de geçerlidir. Dolayısıyla eşcinsel bireylerin evlenmesine izin vermemek, fiili olarak eşcinsel birliktelikleri engellemek anlamı taşımamaktadır. Bu durumda evlilik kurumunun eşlere sağladığı hukuki korumaları eşcinsel bireylerden esirgemenin herhangi bir gerekçesi bulunmamaktadır. Aynı şekilde eşcinsel bireylerin evlenmesinin heteroseksüel bireylerin evlenmesine herhangi bir etkisi de yoktur. Bu açıklamalara rağmen AİHM'in eşcinsel evlilik hakkının AİHS tarafından korunmadığına yönelik içtihadı bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir.[55] Öte yandan ABD Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu güncel bir kararda eşcinsel bireylerin evlenme haklarının kısıtlanmasının ABD Anayasasında belirtilen temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir.[56]

---

52 Anayasa Mahkemesi, B. N. 2013/4439, T. 06.03.2014, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140425-18.pdf 16.04.2014; Anayasa Mahkemesi, B. N. 2014/5836, T. 16.04.2015, http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/07/20150721.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/07/20150721.htm, 22.10.2016.

53 Anayasa Mahkemesi, B. N. 2013/7979, T. 11.11.2015, http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/12/20151224-12.pdf, 22.10.2016.

54 Candan Yasan, **Milletlerarası Özel Hukukta Ayn**ı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013 s. 11. Eşcinsel evlilikler ve milletlerarası özel hukuka ilişkin durum hakkında da anılan eserde detaylı bilgi bulunabilmektedir.

55 Schalk ve Kopf v. Avusturya http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":["schalk"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-99605"]} 22.10.2016; AİHM verdiği bir kararda eşcinsel birlikteliklerin medeni hukukta tanınması gerektiğine, ancak bu tanımanın evlilik birliği olmasının zorunlu olmadığına hükmetmiştir. Söz konusu karar için bknz. Oliari ve diğerleri v. İtalya, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265, 30.12.2016.

56 Karar metni için bknz. http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf 22.10.2016.

5. Hak Ehliyetinin Sona Ermesi

Hak ehliyeti her kişiye tanınmış bir ehliyet olduğundan, kişinin hak ehliyetini kaybetmesi ancak kişiliğin sona ermesi ile mümkün olabilmektedir. Gerçek kişiler için kişiliği sona erdiren temel unsur her hukuk düzeninde ölüm olarak kabul edilmektedir. Ölüm haricinde kişiliği sonlandıran diğer hukuki kurumlar ölüm karinesi ve gaipliktir. Ancak her hukuk düzeninde ölüm karinesi ayrı bir kavram olarak yer almamaktadır. Buna rağmen ölüm karinesi ile meydana getirilebilen sonuçlara bu hukuk sistemlerinde de ulaşmak mümkün olmaktadır.

a. Ölüm ve Ölüm Karinesi

Türk hukukunda hak ehliyetini sonlandıran haller, gaiplik haricinde, ölüm ve ölüm karinesi olarak sıralanmaktadır. Ölüm, biyolojik ölüm ve beyin ölümü olarak ayrıma tabi tutulmaktaysa[57] da TMK'da bu hususta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Zira ölüm anının tespiti hukuk biliminin değil tıp biliminin sorunudur[58] ve hukukun tıptaki gelişmeler karşısında esnek olması gerekmektedir. Bu esnekliğin sağlanması amacıyla gerek ülkemizde gerek diğer ülkelerde ölüm anının tespitine ilişkin olarak herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Bir kişinin ölümünün kesin olduğu bir durum içinde kaybolması halinde, sırf bu kişinin cesedine ulaşılamaması nedeniyle onun öldüğü sonucuna varamamak, ölüme bağlı hukuki sonuçların gerçekleşmesini engelleyecektir. Örnek vermek gerekirse havada infilak eden bir uçağın içinde bulunan kişilerin cesetlerine ulaşılamadığı gerekçesiyle kişilerin ölmediği sonucuna varmak, söz konusu kişilerin mallarının mirasçılarına geçmesini engellemektedir. Kişilerin cesetlerine ulaşmanın hiçbir zaman mümkün olmayacağı göz önüne alındığında mirasın intikali hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. Bunun gibi sakıncalı durumları ortadan kaldırmak için TMK m. 31'de düzenlenen ölüm karinesi kurumu geliştirilmiştir. Ölüm karinesi, kişinin öldüğü kesin olan durumlar içinde kaybolması ve kendisinin cesedinin bulunamaması durumunda, söz konusu kişinin ölmüş gibi kabul edilmesine imkân tanımaktadır. Ölüm karinesinin ayırt edici özelliği ölümü kesin olarak kabul etmeyi mümkün kılan risk seviyesi taşıyan bir durum içinde kişinin kaybolmasıdır.[59] Bahsedilen kesinlik seviyesinin sağlanamaması halinde kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi imkânı da doğmaktadır. Ayrıca TMK m. 29/2, birden fazla kişinin, ölümlerini kesin olarak kabul etmeye elverişli bir durum içerisinde kaybolmaları halinde ve ölüm anlarının tespit edilemediği durumlarda hepsinin aynı anda öldüğüne dair bir karine kabul etmiştir. Bu paragrafta açıklanan karinelerin hiçbirisi kesin olmayıp söz konusu karinelerin aksinin ispatlanması her zaman mümkündür.[60]

---

57 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 19; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 138; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 23 vd; Serozan **a.g.e.** s. 424.

58 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 19.

59 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 26; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 71; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 140; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 251; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 26.

60 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 27; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 71; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 141; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 250; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 27.

b. Gaiplik

Türk hukukunda kişiliğin sona ermesi sonucunu doğuran bir diğer kurum da gaipliktir. Ancak Türk hukukunda gaiplik kararı verilene kadar geçen süre boyunca kendisinden haber alınamayan kişinin mal varlığının yönetimine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir durumda kişinin malvarlığının yönetimi için TMK m. 427 kapsamında temsil kayyımı atanması mümkündür. Buna karşın bazı yabancı hukuk sistemleri söz konusu döneme ilişkin özel düzenlemeler yapmıştır.

1. Kişinin Ortadan Kaybolması Halinde Alınacak Önlemler

İspanyol hukukunda[61] bir kişinin ortadan kaybolması durumu ile ilgili olarak son derece detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeler ilk olarak bir kişinin yerleşim yerinden veya yaşadığı son yerden haber bırakmaksızın ortadan kaybolması durumunda herhangi bir süre geçmesine gerek olmadan hâkimin kaybolan kişiye ilgililerin talebi üzerine bir temsilci atamasını mümkün hale getirmektedir. Bu kapsamda atanacak temsilci sırasıyla eş, dördüncü dereceye kadar akraba ya da hâkim tarafından seçilecek bir kişi olmaktadır.

Haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişi için eşin, dördüncü dereceye kadar olan akrabaların ya da savcının ve bunlara ek olarak kaybolan kişinin mal varlığı hakkında iddiaları bulunan herkesin, kişinin kayıp olarak ilan edilmesini talep hakkı bulunmaktadır. Ortadan kaybolan kişinin kayıp olarak ilan edilmesi için kişinin malvarlığını yönetecek bir temsilci bırakmadığı hallerde bir yıl, mal varlığının yönetimi için temsilci bıraktığı hallerde ise üç yıl geçmesi gerekmektedir. Süre şartlarının sağlanmasının ardından kayıp olarak ilan edilen kişinin malvarlığının yönetimi[62] sırasıyla eş, çocuk ve kardeşlere, bunların bulunmaması halinde ise mahkemece atanacak kişiye geçmekte ve bu kişilere kayıp olarak ilan edilen kişiyi arama görevi yüklenmektedir. Kayıp olarak ilan edilen kişinin öldüğü kabul edilmemekte dolayısıyla kişiliği ve hak ehliyeti sona ermemektedir. Kayıp olarak ilan edilme kurumu, ortadan kaybolan kişinin geride kalan mal varlığının korunması için getirilmiş bir koruma metodu olarak değerlendirilmelidir.

Çin hukukunda[63] ortadan kaybolan kişilerle ilgili kayıp olarak ilan edilme ile ölmüş olarak ilan edilme şeklinde iki kurum bulunmaktadır. Kişiden iki yıl boyunca haber alınamaması halinde söz konusu kişi mahkemece kayıp olarak ilan edilmektedir. Kayıp olarak ilan edilmek, kişiliği ve hak ehliyetini ortadan kaldırmamaktadır.

Filipinler hukukunda[64] haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişilere hâkim tarafından herhangi bir süre şartıyla bağlı olmaksızın mevcut şartların gerektirmesi durumunda bir kişinin temsilci olarak atanması mümkün olmaktadır. Haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişinin kayıp olarak ilan edilebilmesi için son haber alma tarihinden

---

61 İspanya Medeni Kanunu m. 181 – 198.

62 Malvarlığının yönetimi konusunda detaylı düzenlemeleri incelemek için İspanyol Medeni Kanunu'nun 185 vd. hükümlerine bakılmalıdır.

63 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 20 – 25.

64 Filipinler Medeni Kanunu m. 381 – 396.

itibaren iki yıllık sürenin geçmesi gerekmektedir. Eğer kişi ortadan kaybolmadan önce arkasında bir temsilci bırakmışsa, bu süre beş yıla çıkmaktadır. Mahkemenin kayıp ilanı vermesinden itibaren altı ay geçmesiyle birlikte kişinin kayıp olduğu mahkeme kararıyla tespit edilmiş olmaktadır. Bu mahkeme kararının sonucu olarak kayıp olarak ilan edilen kişinin mallarının yönetilmesi için mahkemece bir temsilci atanmaktadır.

2. Gaiplik Kararı Verilebilmesinin Şartları

TMK m. 32'ye göre bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ya kişinin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolması ya da kişiden uzun süreden beri haber alınamaması gerekmektedir. Kişi hakkında gaiplik kararı alınabilmesi için kişinin tehlike içinde kaybolduğu andan itibaren bir yıllık ya da kişiden en son haber alınan tarihten itibaren ise beş yıllık sürenin geçmesi gerekmektedir. Gaiplik kararı verilebilmesinin diğer bir şartı da mahkemenin usulüne uygun şekilde ilan yaptırması ve bu ilandan itibaren en az altı ay beklemesidir. Bir kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi, söz konusu kişinin ölmüş gibi muamele görmesine yol açmaktadır. Yani gaiplik kararı kişinin kişiliğini, dolayısıyla da hak ehliyetini sona erdirmektedir.

İsviçre hukukunda[65] gaiplikle ilgili Türk hukukundan iki önemli farklılık bulunmaktadır. Bunlardan ilki Türk hukukunda (TMK m. 33) en az altı ay olan ilandan itibaren bekleme süresinin, İsviçre hukukunda bir yıl olarak kabul edilmiş olmasıdır. Diğer farklılık ise gaipliğin sonuçlarında görülmektedir. Zira İsviçre hukukunda gaiplik kendiliğinden evliliğin sona ermesi sonucunu doğurmaktayken, Türk hukukunda (TMK m. 131) evliliğin sona ermesi için sağ olan eşin talebi gerekmektedir.

İspanyol hukukunda[66] kişinin ölmüş olarak ilan edilebilmesi ya da Türk hukukundaki terime uygun şekilde gaip olarak ilan edilebilmesi için kayıp olan kişiden en son alınan haber üzerinden on yıl geçmesi gerekmektedir. Kayıp olan kişinin yetmiş beş yaşını doldurmuş olması halinde ise bu süre beş yıla düşmektedir. Söz konusu kişinin hayati tehlike içeren bir kaza sırasında ya da silahlı çatışma yaşanan bir bölgede kaybolması halinde kişiden alınan en son haber tarihinden itibaren iki yıl geçmesi yeterli görülmektedir. Ülkenin savaş durumunda olduğu hallerde, kişinin bu savaş kapsamında görev yapan silahlı birliğin üyesi olması ya da bu savaş sırasında görev yapan yardım organizasyonuna dâhil olması veyahut da savaş bölgesinde gazetecilik yapması söz konusu olup kişinin bu görevler esnasında ortadan kaybolması durumunda, savaşın bitiminden itibaren iki yıl geçmesine rağmen kişi hala kayıpsa kişinin öldüğü ilan edilmektedir. Söz konusu sürenin başlangıcı olarak savaşı bitiren barış antlaşması ya da resmi ilan dikkate alınmaktadır. Kişinin gemi kazası sonucu ya da denizde seyir halindeyken kaybolması halinde, olayın gerçekleştiği tarihten itibaren üç ay içinde kişiden haber alınamazsa kişi ölmüş olarak ilan edilmektedir. Kişinin bulunduğu geminin seyir esnasında kaybolması halinde, gemiden son haber alma tarihinden itibaren, eğer hiç haber alınamamışsa geminin limandan ayrılışından itibaren altı ay geçmesiyle kişinin ölmüş olarak ilan edilmesine

65 İsviçre Medeni Kanunu m. 546 – 550 http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf 22.10.2016.

66 İspanya Medeni Kanunu m. 181 – 198.

karar verilmektedir. Kişinin uçak kazası sonucunda ortadan kaybolması halinde ya da bulunan cesetlerin kimlik tespitine imkân tanımaması halinde kazadan itibaren üç ay içerisinde kişinin ölmüş olduğu ilan edilmektedir. Eğer kişi yolculuk esnasında kaybolan bir uçakta bulunuyorsa, uçağın kaybolmasından itibaren altı ay sonra ölmüş olarak ilan edilmektedir. Kayıp ilanı ile ölüm ilanı arasındaki temel fark, kayıp ilanının kişiliğin sonlanması sonucunu doğurmamasıdır. Buna karşılık ölüm ilanı kişinin ölmüş gibi muamele görmesine sebep olmaktadır. Hak ehliyetini ve kişiliği sona erdiren ölüm ilanı kararlarının tamamında kişinin varsayılan ölüm tarihinin de belirtilmesi gerekmektedir.

Çin hukukunda[67] kişinin ölmüş olarak ilan edilebilmesi için kişiden alınan en son haber tarihinden itibaren dört yıl geçmesi gerekmektedir. Kişinin bir kaza sırasında kaybolması halinde ise söz konusu dört yıllık süre iki yıla düşürülmüştür. Ancak burada bahsedilen kazalar Türk hukukunda ölüm karinesine sebebiyet verecek kesinlikte ölüm sonucunu doğuran kazalar olarak kabul edilmemektedir. Kişinin savaş esnasında kaybolması halinde ise söz konusu sürelerin savaşın son gününden itibaren hesaplanacağı kanunda belirtilmiştir. Kişinin ölmüş olarak ilan edilmesi, kişiliği ve dolayısıyla hak ehliyetini sonlandırmaktadır. Bu durum miras paylaşımı gibi ölüme bağlı sonuçların doğmasını sağlamaktadır.

Filipinler hukuku[68] kişinin ortadan kaybolduğu durumlarda, kişiliğin ve hak ehliyetinin sona ermesi açısından bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrıma göre kişinin kayıp olduğuna ilişkin mahkeme kararından itibaren yedi yıl sonra kişinin ölmüş olduğu kabul edilmekte ve kişiliği sona ermektedir. Ancak kişinin malvarlığı hakları söz konusu yedi yıllık süre sonrasında da hala devam etmekte ve mirası mirasçılara intikal etmemektedir. Bir başka deyişle kişiliğin sona ermesinden sonra hak ehliyetinin bir süre daha devam etmesine izin verilmektedir. Bu durum cenine miras hakkı tanınması için kişilik tanınmadan hak ehliyeti tanınması haliyle benzerlik göstermektedir. Mahkemenin kişinin kayıp olduğuna ilişkin olarak verdiği karardan itibaren on yıl geçmesiyle birlikte kişinin malvarlığı üzerindeki hakları da sona ermekte ve mirası mirasçılarına geçmektedir. Söz konusu on yıllık süre kaybolan kişinin yetmiş beş yaşından büyük olması halinde beş yıla inmektedir. Kişinin seyir esnasında kaybolan bir uçak ya da gemide bulunması, savaş esnasında görev yapan bir silahlı birlikte görev yapması ya da ölüm tehlikesi içinde kaybolması halinde ise kaybolmadan itibaren dört yıl geçmesiyle birlikte kişi ölmüş olarak kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda kişinin malvarlığı üzerinde de herhangi bir hakkı kalmamaktadır.

Suudi Arabistan hukukunda gaiplik ile ilgili fetvalar[69] incelendiğinde diğer hukuk sistemlerine benzer şekilde kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya ölüm tehlikesi bulunmadan ortadan kaybolması şeklinde ikili ayrımla karşılaşılmaktadır. Buna göre eğer kişi ölüm tehlikesi içinde ya da ölüm ihtimalinin yüksek olduğu bir durumda ortadan kaybolmuşsa, kişiden alınan en son haberden itibaren dört yıllık sürenin dolmasıyla

67 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 20 – 25.

68 Filipinler Medeni Kanunu m. 381 – 396.

69 Fatwas of Ibn Baz, Volume 20, Book on Inheritance, Chapter on the Rulings on a Missing Person, Part No. 20; Page No. 171, http://alifta.net/Fatawa/fatawaDetails.aspx?languagename=en&View=Page&PageID=3936&PageNo=1&BookID=14, 24.12.2016.

kişinin ölmüş olduğu kabul edilmektedir ve kişinin mirası paylaşılmaktadır. Kişinin ölüm tehlikesi bulunmadan ortadan kaybolduğu durumlarda ise, kişinin doğumundan itibaren doksan yıl geçmesiyle ya da bir başka deyişle kişinin doksan yaşını doldurmasıyla birlikte kişinin ölmüş olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu kapsamda kişinin ölüm tehlikesi bulunmadan ortadan kaybolduğu durumlara ticaret veya turizm amaçlı geziler örnek gösterilebilmektedir.

İngiliz hukukunda 2013 yılına kadar ortadan kaybolmuş kişilerle ilgili herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakta olup bu konu *Common Law* ya da bir başka deyişle mahkeme kararları vasıtasıyla çözümlenmeye çalışılmıştır. Ancak bu durumun yarattığı sakıncalar ve günün ihtiyaçlarını cevaplamakta yetersiz kalması üzerine, 2013 yılı içerisinde konuyla ilgili olarak bir kanun çıkarılmıştır.[70] Yeni kanun, eski mahkeme kararlarıyla da uyumlu olarak, haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişinin ölmüş olarak kabul edilmesi için ya kişinin ölmüş olduğunun ispatlanmasını ya da kişiden en son alınan haberden itibaren yedi yıl geçmesini aramaktadır. Mahkemeye bu konuda başvuru yapma yetkisi sadece kaybolan kişinin eşine[71], anne ya da babasına, çocuklarına ya da kardeşlerine tanımıştır. Ayrıca mahkemeye başvuracak tarafın, dava konusu kişinin ölmüş olarak kabul edilmesinde önemli derecede hukuki yararının bulunması şartı da aranmaktadır. Mahkemece kişinin ölmüş olduğuna karar verilmesi halinde, ölüm tarihi olarak yedi yıllık sürenin bitim tarihi kabul edilmektedir. Kişinin mahkemece ölmüş olarak kabul edildiği tarihten itibaren kişiliğin sona erdiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu tarihten itibaren kişinin mirası mirasçılarına geçmektedir ve evliliği ya da medeni birlikteliği sona ermektedir.

c. Genel Değerlendirme

Hak ehliyetinin sona ermesi konusunda incelen tüm hukuk sistemlerinin bir kişinin ölümü ya da ortadan kaybolması hallerine aynı sonuçları bağladıkları görülmektedir. Ancak bu sonuçların ne kadar sürede ve nasıl elde edilecekleri konularında farklılaşmalar ve değişik uygulamalar görülmektedir. Bir kişinin ortadan kaybolduktan sonra hangi şartlarda ölmüş kabul edileceği, geride kalan kişilerle kaybolan kişinin menfaatlerinin dengelenmesi sorunudur. Nitekim bu konuda yapılan düzenlemeler hem ülkelerin hukuk politikalarından hem de tarihi tecrübelerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Amerika Kıtasında ve dünyanın diğer yerlerinde sömürgeler kuran ve denizcilikle yoğun olarak uğraşan bir ülke olan İspanya'da denizde kaybolmalarla ilgili detaylı düzenlemelerin bulunması bu açıdan normal karşılanmalıdır. Benzer şekilde Suudi Arabistan hukukunda, diğer hukuk sistemlerine göre çok farklı bir uygulamanın bulunması bu ülkenin İslam dini etkisi altında kalmasıyla açıklanabilmekteyken, Türkiye ve İsviçre arasında son derece benzer düzenlemeler bulunmasına karşın gaipliğin evlilik üzerindeki etkisi açısından farklılık bulunması bu ülkelerin hukuk politikalarının farklılığı ile açıklanabilmektedir.

---

70 İngiltere Ölüm Karinesi Kanunu 2013 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/13/pdfs/ukpga_20130013_en.pdf 22.10.2016.

71 Hem evlilik birliğindeki eşin hem de medeni birlikteki eşin başvuru yapma hakkı vardır.

B. HAK EHLİYETİNE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARININ KAPSAMI VE SINIRLARI

1. Hak Ehliyetinin Başlangıcına, İçeriğine ve Sınırlandırılmasına Uygulanacak Hukuk

Hak ehliyetine ilişkin olarak ulusal hukuklarda yer alan düzenlemeler, daha önceki bölümlerde çeşitli hukuk sistemlerinden verilen örneklerle de açıklandığı üzere henüz yeknesaklaşmaktan uzaktır. Ancak hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesi gibi konuların özellikle miras hukukunda gösterdiği etkiler göz önüne alındığında, hak ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinin son derece önemli olduğu anlaşılmaktadır. Bu öneme istinaden bu başlık altında hak ehliyetinin başlangıcına ve kapsamına uygulanacak hukuk, daha sonra ise hak ehliyetinin sona ermesine uygulanacak hukuk hakkında inceleme yapılacaktır.

MÖHUK m. 9'a göre, bir kişinin hak ehliyetine uygulanacak hukuk, kişinin milli hukukudur. Yani ehliyete uygulanacak hukuk konusunda bağlama noktası olarak vatandaşlık esası kabul edilmiştir. Alman[72] ve Japon[73] hukuklarına göre de kişinin hak ehliyetine kişinin milli hukuku uygulanacaktır. Buna karşılık İsviçre hukukunda[74] kişinin doğrudan İsviçre hukukuna göre hak ehliyetinin tespit edileceği hüküm altına alınmıştır. Çin hukukunda[75] ise kişinin mutat meskeni hukukunun hak ehliyetine uygulanacağı kabul edilmiştir.

Türk hukukuna göre hak ehliyetine uygulanacak hukuk, aynı zamanda hak ehliyetinin içeriğini de belirlemektedir.[76] Bunun yanında hak ehliyetinin başlangıcına uygulanacak hukuk da hak ehliyetine uygulanacak hukuka göre tespit edilmektedir.[77] Aynı durum Türk hukuku yanında Alman, Japon ve Çin hukukları için de geçerlidir. İsviçre hukukunda[78] ise hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesinin bu konuya ilişkin hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka göre tespit edileceği hüküm altına alınmıştır.

---

72 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/introductory_act_to_the_civil_code.pdf, 22.10.2016.

73 Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4, http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_08.1_anderson.pdf, 22.10.2016.

74 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34, http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf, 22.10.2016.

75 Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu m. 11, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=206611, 22.10.2016.

76 Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2015 s. 215; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016 s. 57; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman – Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015 s. 107; Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2016 s. 203; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016 s. 250.

77 Nomer, **a.g.e.** s. 215; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 57; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 107; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 203; Doğan, **a.g.e.** s. 250.

78 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34.

2. Hak Ehliyetinin Sona Ermesine Uygulanacak Hukuk

Hak ehliyetini sona erdiren unsurlar Türk hukukunda ölüm (TMK m. 28), ölüm karinesi (TMK m. 31) ve gaiplik (TMK m. 32) olarak kabul edilmektedir. Yabancı hukuklarda ise, daha önceki bölümlerde incelendiği üzere, konuyla ilgili farklı kurumlar ve uygulamalar bulunmaktadır. Kişiliğin ve hak ehliyetinin sona ermesinin başta miras açısından olmak üzere çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Açıklanan bu nedenlerle hak ehliyetinin sona ermesine uygulanacak hukukun son derece önem taşıyan bir konu olduğunu söylemek mümkündür.

a. Ölüm

Hak ehliyetini ve kişiliği sona erdiren ölüme uygulanacak hukuk genel olarak hak ehliyetine uygulanacak hukuk kapsamına girmektedir. Türk hukukunda (MÖHUK m. 9) bu milli hukuk olarak kabul edilmektedir. Alman[79] ve Japon[80] hukukları da Türk hukuku ile benzer olarak ehliyetin sona ermesine dolayısıyla da ölüme ilgilinin milli hukukunu uygulamaktadır. İsviçre'de ise hak ehliyetinin sonlanmasına hak ehliyetiyle ilişkisi olan hukuki ilişkiye uygulanacak olan hukukun uygulanacağı özel olarak düzenlenmiştir.[81] Bu konuda örnek vermek gerekirse mirasla ilgili olarak hak ehliyetinin ne zaman sonlandığı tespit edilmek istiyorsa mirasa uygulanacak hukuka göre bu tespit yapılacaktır. Çin hukukunda[82] ise hak ehliyetinin sonra ermesine mutat mesken hukuku uygulanmaktadır.

b. Ölüm Karinesi ve Gaiplik

Türk hukukunda gaiplik ve ölüm karinesi ile diğer hukuk sistemlerindeki her türlü ölmüş sayılma kararları MOHÜK m. 11 gereği hakkında söz konusu kararların verileceği kişinin milli hukukuna tabi olmaktadır. Bunun yanında madde milli hukukuna göre hakkında gaiplik ya da ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişiler hakkında Türk hukukuna göre gaiplik ya da ölmüş sayılma kararı verilebilmesinin önünü iki durum için açmıştır. Bu durumlardan birisi kişinin mallarının Türkiye'de bulunması, diğeri ise eşin ya da mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olmasıdır.[83]

İsviçre hukukunda[84] ise gaiplik kararları konusunda, gaipliğin sebeplerine ve sonuçlarına İsviçre hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Ayrıca yurtdışında alınan gaiplik kararlarının tanınması için kararın gaibin son bilinen yerleşim yeri devletinden ya da vatandaşı olduğu devletten alınmış olması gerekmektedir. Aksi durumda kararların İsviçre'de tanınması mümkün olmamaktadır. İsviçre, getirdiği bu düzenlemelerle gaiplik

---

79 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7.

80 aponya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4.

81 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34.

82 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 11.

83 Yargıtay 2. HD, 1992/10936 E. 1992/11578 K. 19.11.1992, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-1992-10936.htm&kw=`1992/10936`+E#fm, 30.12.2016; Yargıtay 2 HD. 2007/5428 E. 2008/4768 K. 07.04.2008, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2007-5428.htm&kw=`2007/5428`+E#fm, 30.12.2016.

84 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 41 ve 42.

kararını ya kendi hukukuna ya da ilgili kişinin yerleşim yeri veya da milli hukukuna göre alınması gerektiğini benimsemiş olmaktadır.

Alman hukuku[85] da gaiplik ve ölmüş sayılma ile ilgili kararlara ortadan kaybolan kişinin milli hukukunun uygulanmasını kabul etmektedir. Ancak bu konuda esas alınan nokta kişinin en son hayatta olduğu bilinen zamandaki vatandaşlığıdır. Kişinin ortadan kaybolmasından sonra vatandaşlığının değişmesi durumunda, kişinin yeni edindiği milli hukukunun uygulanması kabul edilmemektedir. Aynı zamanda makul sebeplerin varlığı halinde yabancı kişinin Alman hukukuna göre de gaip ilan edilebilmesi mümkün kılınmıştır.

Japon hukukunda[86] ise kişinin ortadan kaybolma anında Japonya'da yerleşim yeri bulunması halinde ya da Japon vatandaşı olması halinde Japon hukukuna göre hakkında gaiplik kararı verilebileceği kabul edilmektedir. Kişinin Japonya'da yerleşim yeri bulunmadığı ya da Japon vatandaşı olmadığı durumlarda ise kişinin Japonya'da taşınmazının bulunması, Japon hukukunun uygulandığı hukuki ilişkilerinin bulunması, Japonya ile yerleşim yeri, vatandaşlık ya da diğer unsurlar vasıtasıyla bağlantısı bulunan kişilerin ya da diğer sebeplerin var olması durumlarında ilgili kişi hakkında Japon hukukuna göre gaiplik kararı verilebilmesi mümkün kılınmıştır.

Çin hukuku[87] kişinin kayıp olarak ilan edilmesine veya ölmüş olarak ilan edilmesine uygulanacak hukuku kişinin mutat meskeninin bulunduğu ülke hukuku olarak belirlemiştir. Diğer hukuk sistemlerinin aksine Çin hukukunda herhangi bir istisna kuralı öngörülmemiştir.

Yukarıda verilen ülke düzenlemeleri incelendiğinde, Çin hariç, her ülkede belirli şartların varlığı halinde gaiplik ve ölmüş sayılma kararının davaya bakan mahkemenin bulunduğu ülkenin hukukuna göre verilebileceği öngörülmektedir. Söz konusu istisnaların amacı yabancı ülke vatandaşı hakkında söz konusu yabancının vatandaşı olduğu ülke hukukuna göre gaiplik ve ölmüş sayılma kararı verilememesinin yargılamanın yapıldığı ülkede doğurabileceği olumsuz sonuçları engellemektir. Şöyle ki, kişiliğin sona ermesinin temel etkileri mirasın intikali ve evliliğin sona ermesi üzerinde ortaya çıkmaktadır. Hakkında ölmüş sayılma veya gaiplik kararı verilmesi gereken yabancı için bu kararın yabancının milli hukukuna göre verilemediği durumlarda, kişiliğin sona ermesinin mirasın intikali ve evlilik üzerindeki sonuçları doğamamaktadır. Bunun sonucu olarak eşlerden birinin olmadığı evlilikler ve sahipsiz mallar gibi sakıncalı durumlar ortaya çıkmaktadır. Devletler yabancılar hakkında gaiplik ve ölmüş sayılma kararı verilemeyen durumların yarattığı sakıncalardan kendi vatandaşlarını korumak ve kendi ülkelerindeki taşınmazların böyle bir duruma maruz kalmasını engellemek amacıyla bahsedilen istisna kurallarını getirmişlerdir.

3. İsim

MÖHUK'da isime uygulanacak hukuk hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde bu konuda herhangi bir hukuki boşluk bulunmadığı kabul edilmektedir.[88]

---

85 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 9.

86 Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 6.

87 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 13.

88 Nomer, **a.g.e.** s. 226; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 124; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 116; Çeli-

Zira isimin kişiye en yakın hukuki kurumlardan biri olması nedeniyle kişisel statüye tabi olması esası kabul edilmiştir. Böylelikle Türk hukukunda ismin kişinin milli hukukuna tabi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.[89] Bunun yanında isimin aile hukuku ilişkilerinden etkilenen kısmı için ise MÖHUK'un aile hukukuna ilişkin bölümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.[90] Konuyla ilgili Yargıtay kararları da doktrinde kabul edilen bu görüşü desteklemektedir.[91]

İsim bireylerin toplum içinde ayırt edilmesini sağlayan hukuki bir araç olarak tanımlanabilmektedir.[92] İsim ad ve soyadı olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Soyadı kişinin üyesi olduğu aileyi göstermekteyken ad ise kişinin bireysel olarak ayırt edilmesini sağlamaktadır. İsim kapsamına ayrıca takma adlar, lakaplar ya da unvanlar gibi diğer unsurlar da dâhildir.[93] İsim konusunda yaşanılan en büyük uyuşmazlıklar ismin değiştirilmesi ve evlenme yoluyla kadının erkeğin soyadını alması durumlarıdır. Söz konusu uyuşmazlıkların yabancılık unsuru taşıması halinde konuya uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir.

Alman hukukunda[94] ise isimle ilgili kanunlar ihtilafı kuralları bulunmaktadır. Bu kurallara göre isime uygulanacak hukuk ilgili kişinin milli hukukudur. Ayrıca evlenme halinde isme uygulanacak hukuk ile çocuğun alacağı soyadına uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine imkân verilmiştir. Evli çiftlerin eşlerden birinin vatandaşı olduğu ülke hukukunun ya da eşlerden birisinin mutat meskeninin Almanya'da bulunması halinde Alman hukukunun uygulanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Çocuğun soyadı için ise anne babadan birinin vatandaşı olduğu ülke hukukunu, soyadını alacak kişinin milli hukukunu ya da anne babadan birisinin mutat meskeninin Almanya'da olması halinde Alman hukukunu uygulamak mümkün hale getirilmiştir.

Hindistan hukukunda[95] ise isme uygulanacak özel bir düzenleme bulunmamakla beraber Hindistan hukukunda yerleşim yeri hukukunun en önemli bağlama noktası olarak kabul edilmesi karşısında isme uygulanacak hukukun da yerleşim yeri hukuku olacağı kabul edilmektedir. Doğumun kaydı gibi konularda ise uygulanacak hukuk olarak doğum yeri hukukunun kabul edilmesinin pratik açıdan faydalı sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir.

---

kel/Erdem, **a.g.e.** s. 206; Doğan, **a.g.e.** s. 267.

89 Nomer, **a.g.e.** s. 226; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 124; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 117; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 206; Doğan, **a.g.e.** s. 267, Hatice Selin Pürselim, **Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad**, 1. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 299.

90 Nomer, **a.g.e.** s. 226; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 125; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 116; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 207; Doğan, **a.g.e.** s. 267.

91 Yargıtay 2. HD, 2009/9678 E. 2009/22090 K. 21.12.2009 http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2009-9678.htm&kw=`2009/9678`+E.+#fm, 22.13.2016.

92 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 106; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 51; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 109; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 418; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 165.

93 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 107; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 51; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 110; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 420; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 167.

94 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 10.

95 K. B. Agrawal/Vandana Singh, **Private International Law in India**, Kluwer Law International, 2010, s. 81.

İsviçre hukukunda[96] isime uygulanacak hukuku tespit eden genel kurala göre İsviçre'de yerleşim yeri bulunan kişilerin isimlerine İsviçre hukuku uygulanacaktır. Bunun yanında yerleşim yeri yurtdışında bulunan kişilere ise söz konusu ülkenin milletlerarası özel hukuk mevzuatı kapsamında uygulanması gereken hukuk uygulanacaktır. Ayrıca kişinin, ismine uygulanacak hukuk olarak vatandaşlık hukukunu seçebilmesine de imkân getirilmiştir. İsmin değiştirilmesi konusunda ise yabancının İsviçre'deki yerleşim yerinde bulunan makamların yetkili olacağı kabul edilmiştir. İsviçre'de yerleşim yeri bulunmamasına rağmen İsviçre vatandaşı olan kişilerin ise vatandaşı oldukları kantonun makamlarına başvurabilmelerine imkân tanınmıştır. İsmin değiştirilmesine uygulanacak hukuk olarak ise İsviçre hukuku kabul edilmiştir. İsmini değiştirmek isteyen kişinin yerleşim yeri hukukuna ya da milli hukukuna uygun olarak karar verilmiş olması halinde, yurtdışında verilen isim değiştirme kararlarının İsviçre'de tanınabileceği kabul edilmiştir.

4. Özel Ehliyet Kuralları

Hak ehliyetine uygulanacak hukuku tespit eden MÖHUK m. 9 genel kural niteliğinde olup her türlü işlem ehliyetini kapsamamaktadır. Kanun koyucu bazı işlemler için özel ehliyet kuralları belirlemiştir. Söz konusu özel ehliyet kuralları genel olarak dâhil oldukları ya ilgili oldukları işlemin yapıldığı andaki milli hukuku ya da işlemin dâhil olduğu hukuka uygulanacak hukuku yetkili kılmaktadır.

MÖHUK m. 12 nişanlanma ehliyeti ve şartlarının, MÖHUK m. 13 evlenme ehliyeti ve şartlarının tarafların nişanlanma ve evlenme anlarındaki milli hukuklarına göre belirleneceğini hüküm altına almaktadır. Benzer bir şekilde MÖHUK m. 18 evlat edinme ehliyet ve şartlarını taraflardan her birinin evlat edinme anındaki milli hukuklarına tabi kılmıştır. Yine MÖHUK m. 20/5 ölüme bağlı tasarruf ehliyetini tasarrufta bulunanın tasarrufun yapıldığı andaki milli hukukuna tabi tutmuştur. MÖHUK m. 20'de yer alan "miras ölenin milli hukukuna tabidir" hükmünden mirasçı olma ehliyetinin ölen kişinin milli hukukuna göre belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.[97] Vasi olma ehliyeti konusunda vasinin hem kendi milli hukukuna hem de vesayetin esasına uygulanan hukuka göre de vasi olma ehliyetinin varlığının aranacağı belirtilmektedir.[98] Taşınmaz mülkiyeti elde etme ehliyeti ise taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenmektedir.[99] Son olarak daha önceki bölümlerde açıklandığı üzere kambiyo senetlerine ilişkin özel ehliyet kuralları bulunmaktadır.

Kaynağı 19.03.1931 tarihli Cenevre Sözleşmesi olan TTK m. 766, bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyetin söz konusu kişinin bağlı bulunduğu devletin hukukuna göre belirleneceğini hüküm altına almıştır. Anılan madde TTK m. 778/j gereği bonolar için, TTK m. 818/ş gereği çekler için de uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla kambiyo senetleri ile borçlanma ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinde vatandaşlık

96 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 37 – 39.

97 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 234, Doğan, **a.g.e.** s. 337.

98 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 60, Doğan, **a.g.e.** s. 253.

99 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 59, Doğan, **a.g.e.** s. 253.

kriterinin benimsendiğini söylemek mümkün hale gelmiştir. Bu kapsamda TTK'da yer alan hükümlerin MÖHUK'a göre özel hüküm olduğunu belirtmek gerekmektedir.[100] İlgili kişinin birden fazla vatandaşlığı bulunduğu ya da mülteci veya vatansız olduğu durumlarda uygulanacak hukukun tespiti konusunda TTK'da hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle açıklanan konularda TTK'ya göre genel hüküm niteliğinde olan MÖHUK m. 4'de yer alan hükümler uygulanacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere MÖHUK kişinin hukuku ve aile hukuku konularında atıf teorisini tek derece ile sınırlı olmak üzere kabul etmiştir. TTK m. 766 da MÖHUK ile benzer şekilde tek derece ile sınırlı olarak kambiyo senetlerine ilişkin ehliyet konusunda atıf teorisini kabul etmektedir. Yani ilgili kişinin milli hukuku tekrar Türk hukukunun uygulanacağını ya da üçüncü bir hukukun uygulanacağını söylüyorsa; bu hukuklar ehliyete uygulanacaktır.

TTK'da çeklere özel olarak çekin muhatabı olabilme ehliyeti düzenlenmiştir. Çekin muhatabı olabilme, çekin üzerine düzenleneceği kişi olabilme imkânı anlamına gelmektedir. Örneğin Türk hukukunda çekin muhatabının yalnızca bankalar olması kabul edilmiştir. Ancak bu durumun her hukuk sistemi için böyle olması zorunlu değildir. Dolayısıyla çekin muhatabı olma ehliyeti konusunda uygulanacak hukukun tespiti sorunu doğmaktadır. Çekin muhatabı olabilme ehliyeti konusunda TTK m. 819 çekin ödeneceği ülkenin hukukunu bağlama noktası olarak almıştır. Konuyu örnekle açıklamak gerekirse yabancı bir ülke hukukuna göre Türkiye'deki bir gerçek kişinin muhatap olarak kabul edildiği bir çekte, söz konusu kişinin muhatap olma ehliyetinin bulunup bulunmadığı ödeme yeri hukuku olan Türk hukukuna göre belirlenecektir. Türk hukuku çekin muhatabının yalnızca banka olabileceğini kabul ettiğinden muhatap gerçek kişiye başvurulması mümkün olmayacaktır.[101] Bu durumun çekin üzerinde imzası bulunan diğer ciranta ve avalistler hakkında nasıl bir etki doğuracağı yine TTK m. 819'da düzenlenmiştir. Söz konusu madde muhataba başvurmanın mümkün olmadığı durumlarda, muhataba başvurma noktasında hukuka aykırılık öngörmeyen ülkelerde ciranta ve avalistler ile diğer çek üzerine imza atan kişilerin borçlarının geçerli olacağını belirtmiştir.[102]

5. İşlem Güvenliği Kuralı

Ehliyetin milli hukuka tabi tutulması, kimi durumlarda ehliyetsizliğin öne sürülmesi nedeniyle birtakım işlemlerin hükümsüz kılınmasına sebep olabilmektedir. Bu durum işlem güvenliği olarak adlandırılan kişilerin işlem yeri hukukuna uygun olarak yapmış oldukları işlemlerin geçerli olacaklarına dair duydukları güveni zedeleyebilecek niteliktedir. İşlem güvenliğinin korunması hukuk sistemlerine duyulan güven açısından önemli

---

100 Mesut Aygün, **Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti**, 2012, s. 941, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1690/18016.pdf 22.10.2016.

101 Fırat Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 251; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 238.

102 Bu konuda ayrıca bakınız. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, **Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, s. 111 – 150 arası, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/19_1_4.pdf, 23.11.2016.

olduğundan ülke içinde yapılan işlemler hakkında işlem güvenliğinin sağlanması için gerek MÖHUK'da gerekse diğer ülkelerin milletlerarası özel hukuk mevzuatında işlem güvenliği kuralı düzenlenmiştir. İşlem güvenliği kuralı kişinin milli hukukuna göre ehil olmamasına rağmen işlem yaparken bulunduğu ülkenin hukukuna göre ehil olması halinde söz konusu işlem için ehliyetli olarak kabul edilmesidir.[103]

a. İşlem Güvenliği Kuralının Ortaya Çıkışı

İşlem güvenliği kuralının ortaya çıkışı Fransa yüksek mahkemesinin 1861 tarihli meşhur *Lizardi* kararı[104] ile olmuştur.[105] *Lizardi* adında 21 yaşındaki bir Meksika vatandaşı Fransa'da Fransız bir tacirden yüksek değerde mücevher satın almıştır. Tacirin ödeme talep etmesi üzerine *Lizardi*, Meksika'da erginlik yaşının 25 olduğunu ve kendisinin henüz ergin olmadığını öne sürerek tacir ile arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğunu öne sürmüştür.

Fransız yüksek mahkemesi öncelikle bir Fransız vatandaşından yabancı ülkelerin kanunlarını bilmesinin beklenemeyeceğini belirtmiştir. Bu yorumla birlikte yabancı ülke hukukunu bilme konusunda işlemin yapıldığı ülke vatandaşının iyiniyetli olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Dava konusu olayla ilgili olarak mahkeme, *Lizardi'nin* Fransız hukukuna göre ergin olması ve sözleşme kurulduğu sırada ailesinin de yanında bulunması karşısında Fransız tacirin *Lizardi'nin* ehliyetsiz olduğunu bilmesinin kendisinden beklenemeyeceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla yüksek mahkeme Fransız tacirin iyiniyetli olarak hareket ettiğine ve *Lizardi'nin* dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğine karar vererek sözleşmeyi geçerli saymıştır.

Fransız yüksek mahkemesinin bu kararı ile birlikte işlem güvenliği kuralı ve bu kuralın şartları doğmuştur. İşlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için yabancı olan kişinin milli hukukuna göre ehliyetsiz olması, işlemin işlem güvenliği korunacak ülkede ve hazırlar arasında yapılmış olması ile işlem yapılan ülkede yabancıyla sözleşmeyi yapan kişinin iyiniyetli olması gerekmektedir. Mahkeme kararında ortaya konulan bu şartlara sonradan işlemin aile veya miras hukukuna ya da yabancı ülkede bulunan taşınmazlarla ilgili olmaması kuralı da eklenmiştir. Ayrıca işlem güvenliği kuralının uygulanmasında iyi niyetin gerekli olup olmadığı konusunda doktrinde tartışmalar çıkmıştır.

b. İşlem Güvenliği Kuralının Şartları

1. Kişinin Milli Hukukuna Göre Ehliyetsiz Olması

İşlem güvenliği kuralının ilk şartı, işleme taraf olan yabancı kişinin, kendi milli hukukuna

---

103 Nomer, **a.g.e.** s. 222; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 65; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 110; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 209; Doğan, **a.g.e.** s. 257.

104 Karar metni için bakınız: http://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/lizardi.htm 22.10.2016.

105 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 65; Nomer, **a.g.e.** s. 223; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 110; Hatice Özdemir, "Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı", **Agumentum Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:9 Sayı:57, Ekim Kasım Aralık 1998, s. 459 http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Argumentum/ARGUMENTUM-1998-EK_M_KASIM_ARALIK_57.pdf 22.10.2016.

göre ehliyetsiz olmasıdır.[106] Bu konuda Türk hukuku ile bu çalışma kapsamında incelenmekte olan Roma I Direktifi[107] ile İngiliz,[108] Alman[109] ve Japon[110] hukukları açısından önemli bir farklılık bulunmaktadır. Türk hukuku (MÖHUK m. 9), kişinin "milli hukukuna göre" ehliyetsiz olmasını ararken diğer ülke düzenlemelerinde "işlemin yapıldığı ülke hukukundan başka bir ülke hukukuna göre" ehliyetsiz olmasını aramaktadır. Düzenlemenin lafzında yer alan bu farklılık, ehliyetin vatandaşlık bağı dışında bir bağlama noktası ile tespit edildiği durumlarda kendisini göstermektedir. Örneğin Türkiye'de İngiliz hukuku anlamında yerleşim yeri sahibi olan bir İngiliz vatandaşına karşı işlem güvenliği kuralına dayanılarak dava açıldığında, eğer dava Türk mahkemelerinde görülmekteyse, mahkeme kişinin ehliyetini İngiliz hukukuna göre tespit edecektir. Buna karşılık davanın İngiliz mahkemesinde açılması halinde, İngiliz hukuku işlem güvenliği kuralını milli hukuk bazında düzenlemediği için, olağan ehliyet kuralları kapsamında davalının ehliyetini Türk hukukuna göre tespit edecektir. Her ne kadar sonuç açısından kayda değer bir fark yaratılmamaktaysa da söz konusu farklılığın belirtilmesinde yarar görülmektedir.

İşlem güvenliği kuralının uygulanmasında bağlama noktası olarak vatandaşlık yerine başka bağlama noktaları kullanan ülkeler de bulunmaktadır. İsviçre[111] kişinin yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukukuna göre ehliyetsizliği aramaktayken, Çin[112] kişinin mutat meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre ehliyetsizliği aramaktadır. Her ne kadar bu durum ilgili ülkelerin ehliyete uyguladıkları bağlama noktaları ile paralellik gösterse de pratik sonuçlar açısından vatandaşlık esasını kabul eden ülkelere göre birtakım farklılıklara sebep olmaktadır. Şöyle ki İsviçre'de yerleşim yeri olan yabancılar ile Çin'de mutat meskeni olan yabancılar bu ülkelerdeki işlem güvenliği kuralından istisna tutulmuş olmaktadırlar. Örneğin mutat meskeni Çin'de olan bir Türk vatandaşının Türk hukukuna göre ehliyetsiz ancak Çin hukukuna göre ehliyetli olduğu varsayımında, kişinin Çin'de yaptığı bir işlem nedeni ile ehliyetsizliğini öne sürmesi mümkün olmayacaktır. Zira Çin hukuku söz konusu Türk vatandaşının ehliyetini Türk hukukuna göre değil mutat meskeni kapsamında Çin hukukuna göre belirleyecektir. Böylelikle işlem yeri hukukuna gidilmesine gerek kalmayacaktır. Bir başka deyişle işlem yeri hukuku ile mutat mesken hukuku sürekli aynı olacağı için söz konusu kişi hakkında işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Aynı durum yerleşim yeri açısından İsviçre için de geçerlidir. İşlem güvenliği kuralında yerleşim yeri veya mutat meskenin vatandaşlık esası

---

106 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 66; Nomer, **a.g.e.** s. 222; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 110; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 209; Doğan, **a.g.e.** s. 258; Özdemir, **a.g.e.** s. 461.

107 Roma I Direktifi (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Hakkında Direktif) m. 13 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF 22.10.2016.

108 Sözleşmeler (Uygulanacak Hukuk) Kanunu 1990 (*The Contracts (Applicable Law) Act 1990*) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/36/contents 22.10.2016 (Bu kanun Roma I Direktifini İngiliz Hukukuna aktarmaktadır.).

109 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 11.

110 Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4.

111 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 36.

112 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 12.

yerine kullanılması, *Lizardi* kararında belirtilen kişinin yabancı hukukları bilmesinin beklenemeyeceği prensibi ile uyumsuzdur. Zira söz konusu durumda kişiden milli hukukunu bilmesi değil mutat meskeni hukukunu ya da yerleşim yeri hukukunu bilmesi beklenmiş olmaktadır.

İlgili kişinin vatansız ya da mülteci olması halinde işlem güvenliği kuralının uygulanmasını değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü bu halde kişinin milli hukuku yerine yerleşim yeri veya mutat mesken hukuku uygulanmaktadır. Kişi eğer yerleşim yerinin veya mutat meskeninin bulunduğu yerde bir işlem yapmışsa, ehliyet de yerel hukuka göre tespit edileceği için, kişinin ehliyetsizliği nedeniyle işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık vatansız ya da mülteci kişinin yerleşim yerinin veya mutat meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülke de işlem yapması halinde işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olacaktır.

Kişinin milli hukukuna göre ehliyete sahip olması halinde, artık işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır.[113] Kişinin milli hukukuna göre ehliyetinin kısıtlanmış olmasına karşın yerel hukuka göre tam ehliyetli olması halinde yerel hukuk uygulanacaktır. İşlem güvenliği kuralının temelini oluşturan kişinin kendisine uygulanacak hukuka göre ehliyetsiz olması unsurunu düzenleyen hükümler gerek Roma I Direktifinde gerekse İngiliz, Alman, Japon, İsviçre ve Çin hukuklarında bulunmaktadır. Ayrıca kuralın Roma I Direktifinde yer alması, tüm AB üyesi ülkelerde işlem güvenliği kuralının uygulanmakta olduğunu göstermektedir.

2. İşlemin, İşlem Güvenliği Sağlanacak Ülkede Yapılmış Olması

İşlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için işlemin kurala tabi olacak yabancı kişinin ülkesinden başka bir ülkede yapılması gerekmektedir.[114] Bir başka deyişle işlem, işlem güvenliğinin sağlanması amaçlanan ülkede yapılmalıdır. Burada ülke sınırları içine açık denizdeki gemiler ya da uçaklardaki işlemlerin de dâhil olduğunu belirtmek gerekmektedir. Böylelikle karşı tarafın işlem yaptığı kişiyle ilgili hukuk kurallarını bildiği ya da bilmesi gerektiği kuralı devre dışı kalmaktadır. *Lizardi* kararında da belirtildiği üzere bir kişiden kendi ülkesinin hukukunu bilmesi beklenebilirken başka ülkelerin hukukunu bilmesi beklenemez. Bu varsayım işlem güvenliği kuralının temelini oluşturmaktadır.

2675 sayılı eski MÖHUK'da işlem güvenliği kuralı milli hukukuna göre ehliyetsiz olan kişilerin Türk hukukuna göre ehliyetli olması halinde Türkiye'de yaptıkları işlemlerle bağlı olacakları hüküm altına alınmıştır. 5718 sayılı MÖHUK'da ise kural çok yanlı hale çevrilerek kuralın uygulama alanı genişletilmiştir. Böylelikle kuralın uygulanması için işlemin mutlaka Türkiye'de yapılma zorunluluğu kaldırılmıştır. Bunun yanında işlem yapan kişilerden herhangi birinin Türk olmasına da gerek bulunmamaktadır.[115]

Türk hukukuna ek olarak Roma I Direktifi ile Alman, İngiliz, Çin, Japon ve İsviçre

---

113 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 66.

114 Nomer, **a.g.e.** s. 223; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 66; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 210; Doğan, **a.g.e.** s. 258; Özdemir, **a.g.e.** s. 462.

115 Nomer, **a.g.e.** s. 224; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 66; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 210; Doğan, **a.g.e.** s. 259.

hukuklarında da işlem güvenliği kuralı çok yanlı olacak şekilde düzenlenmiştir.

3. İşlemin Hazırlar Arasında Gerçekleştirilmiş Olması

Doktrinde işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için gereken bir diğer şart da işlemin hazırlar arasında yapılması olarak belirtilmiştir.[116] Doktrinde hazırlar arasında yapılma terimi, işlemin yüz yüze yapılması olarak kabul edilmektedir. Ancak işlemin hazırlar arasında yapılması terimi borçlar hukukunda tarafların iradelerinin vakit kaybetmeksizin ya da bir diğer deyişle eşzamanlı olarak birbirlerine ulaştığı durumu ifade etmektedir.[117] Hazırlar arasında yapılan işlemlere en temel örnek kişilerin yüz yüze kurduğu sözleşmelerdir. Bununla beraber TBK m. 4 telefon ve bilgisayar gibi doğrudan iletişim sağlayabilen araçlarla kurulan sözleşmeleri de hazırlar arasında kabul etmiştir. Yani bir işlemin hazırlar arasında yapılması işlemin mutlaka tarafların aynı ortamda ve yüz yüze yapıldığı anlamına gelmemektedir. Kanaatimizce doktrinde kullanılan işlemin hazırlar arasında kullanılması terimi yerine işlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişiler tarafından yapılması deyimini kullanmak daha yerinde olacaktır.

Doktrinde kullanılan hazırlar arasında yapılma deyiminden işlem yapacak kişilerin aynı ülkede bulunması ve işlemi yüz yüze yapmaları anlaşılmaktadır. Bu kural, ***Lizardi*** kararında da belirtildiği üzere, vatandaş olan kişinin yabancı kişinin dış görünüşünden etkilenerek kişinin ehliyetli olduğu kanaatine varması şartını sağlamaya yöneliktir.[118] İşlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişiler tarafından yapılması şartı, MÖHUK m. 9/2'de yer almamaktadır. Buna rağmen doktrinde işlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişilerce yapılmasının gerektiği kabul edilmektedir. Yabancı hukuklar incelendiğinde, Roma I Direktifinde kişilerin aynı ülkede bulunması şartının yer aldığı görülmektedir. Alman hukukunda da kişilerin aynı ülke içinde bulunması gerekmektedir. Buna karşılık Japon hukukunda kural kişilerin aynı hukuk sistemine tabi bölgeler içinde yer alması şeklinde düzenlenmiştir. İsviçre hukuku ise Türk hukukundaki düzenlemeyle paralel olarak söz konusu şarta kuralı düzenleyen madde metninde yer vermemiştir.

AB, İngiliz, Çin, Alman ve Japon hukuklarında yer alan aynı ülkede ya da aynı hukuk sistemine tabi bölgede bulunma şartının, kuralın ilk çıkış amacıyla uyumlu olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira bu durum aynı ülke içerisinde telefonla kurulan bir sözleşmede işlem güvenliği kuralının uygulanmasına imkân tanımaktadır ki bu durum şartın ilk ortaya çıkış mantığı ile uyumsuzluk göstermektedir. Çünkü telefonla yapılan sözleşmede vatandaş olan kişinin işlem yaptığı yabancının dış görünüşünden etkilenmesi mümkün değildir. Öte yandan kuralın bu şekilde genişletilmesinin kuralın işlemin yapılması sırasında aralarında mesafe bulunan kişiler hakkında da uygulanabilmesini sağlamak amacına hizmet ettiğini öne sürmek mümkündür. Kuralın uygulama alanının söz konusu şekilde genişletilmesinin günümüz şartlarına daha uygun düşmekte

116 Doğan, **a.g.e.** s. 259; Özdemir, **a.g.e.** s. 462; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 67.

117 M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 62; Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, Çeviren: Av. Cevat Edege, 2. Baskı, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 178.

118 Doğan, **a.g.e.** s. 258; Özdemir, **a.g.e.** s. 462; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 67.

olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu genişletmenin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim günümüzde mevcut olan görüntülü iletişim teknolojileri tarafların aynı fiziksel ortamda bulunmadan birbirlerinin fiziki görünüşlerine vakıf olarak eşzamanlı irade paylaşımı yapmasına imkân tanımaktadır. Bu durumda kişiler aynı ülkede ya da aynı ortamda fiziken bulunmasalar bile iletişim araçları sayesinde fiziken aynı ortamda bulunmaya eşdeğer bir durum içinde olmaktadırlar. Böyle durumlarda taraflar aynı ülkedeymiş gibi yorum yapmak kuralın uygulama amacına uygun düşecektir. Özellikle belirtmek gerekir ki Türk ve İsviçre hukuklarında kişilerin fiziki olarak aynı ortamda bulunmaları şartının kanunda düzenlenmemesi ile konunun doktrine ve yargı kararlarına bırakılması, söz konusu hukuklarda kuralın uygulanmasına esneklik kazandırılmasını sağlamaktadır.

İşlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişilerce yapılması şartının getirdiği bir diğer sonuç temsilci vasıtasıyla yapılan işlemlerde, aynı fiziki ortamda bulunan kişiler arasında işlem yapma durumu söz konusu olmayacağından, işlem güvenliği kuralının uygulanmaması durumudur. Kanaatimizce burada vatandaş kişinin işlem yaptığı yabancının dış görünüşünden etkilenerek ehliyetli olduğuna inanması şartının yerine gelmesi mümkün olmamaktadır.

4. İşlemin Niteliğinin Kuralın Uygulanmasına Elverişli Olması

İşlem güvenliği ilkesinin uygulanabilmesi için, söz konusu işlemin aile veya miras hukukuna ilişkin olmaması gerekmektedir. Bunların yanında işlemin yabancı ülkede bulunan taşınmazlarla da ilgisinin bulunmaması gerekmektedir. İşlem güvenliği kuralının amacı taraf menfaatlerini korumak değildir. Hal böyle olunca, taraf menfaatlerini öne çıkaran miras ve aile hukukunda işlem güvenliği kuralını uygulama imkânı kalmamaktadır.[119] Yurtdışında bulunan taşınmazlarla ilgili olarak da işlem güvenliği kuralını uygulamanın herhangi bir faydası bulunmamaktadır. [120] Zira işlem güvenliği kuralının güttüğü ülke içinde işlem güvenliği sağlama amacı, yurtdışında bulunan taşınmazlarla ilgili işlemlere müdahale etmeyi gerektirmemektedir. Açıklanan istisnalar Alman, Japon, Çin, İngiliz ve İsviçre hukuklarında da yer almaktadır.

c. İşlem Güvenliği Kuralının İyiniyet İle İlişkisi

İşlem güvenliği kuralının ortaya çıkmasına sebep olan *Lizardi* olayı incelendiğinde, kuralı meydana getiren temel unsurlardan birinin *Lizardi'nin* dürüstlük kuralına aykırı davranışı diğerinin ise tacirin *Lizardi'nin* tabi olduğu milli hukuku bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması yani iyiniyetli olması olduğu görülmektedir. Yani ortaya çıkış itibariyle işlem güvenliği kuralı işlemin muhatabının iyiniyetini (sübjektif iyiniyet) ve milli hukukuna göre ehliyetsiz olduğunu öne süren kişinin dürüstlük kuralına aykırı davranışını (objektif iyiniyet) içermektedir. Ehliyetsiz olan kişinin hemen her durumda dürüstlük

119 Nomer, **a.g.e.** s. 224; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 67; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 111; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 210; Doğan, **a.g.e.** s. 259; Özdemir, **a.g.e.** s. 464.

120 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 67; Nomer, **a.g.e.** s. 224; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 210; Doğan, **a.g.e.** s. 259; Özdemir, **a.g.e.** s. 464.

kuralına aykırı davranışta bulunduğu konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Buna karşılık işlemin muhatabının iyiniyetli olması gerekip gerekmediği konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.

Doktrinde 1980'lere kadar hâkim olan görüş[121] işlemin muhatabının iyiniyetli olup olmadığının önem taşımaması şeklindedir. Ancak bu dönemden sonra iyiniyetin önem taşıması gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır. Hâkim görüşün değişmesi ile beraber iyiniyetin gerekliliğine ilişkin hükümler de kanunlara girmeye başlamıştır. Her ne kadar MÖHUK m. 9'da iyiniyetin gerekliliğine ilişkin bir ibare bulunmasa da İsviçre düzenlemesinde iyiniyetin gerekliliği açıkça vurgulanmıştır. Paralel düzenlemeye Roma I Direktifinde, İngiliz ve Alman hukuklarında da rastlamak mümkündür. Japon hukukunda ise iyiniyetin gerekliliğine ilişkin bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Türk doktrinindeki hâkim görüşlere[122] uygun olarak kanaatimizce de işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için işlemin muhatabının mutlaka iyiniyetli olması gerekmektedir. Aksi durum kuralın suiistimal edilmesine zemin hazırlayacaktır. Her ne kadar MÖHUK'da iyiniyet şartından bahsedilmemişse de TMK'nın başlangıç kuralları gereği, işlemin muhatabının iyiniyetli olmaması onun işlem güvenliği ilkesini öne sürerken dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği anlamına gelecektir. Dürüstlük kuralına aykırı bir hareketin hukuk düzenimizce korunması mümkün olmadığından netice itibarıyla Türk hukukunda da işlem güvenliği kuralının uygulanması için iyiniyetin aranacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

İşlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için iyiniyetin aranması, kuralın aynı vatandaşlığa sahip kişiler arasında uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Örneğin iki Türk vatandaşının yurtdışında yaptığı bir işleme işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Zira işlem güvenliği kuralının uygulanması noktasında işlem muhatabının, ehliyetsiz olduğunu iddia eden kişinin ehliyet durumunu bilmemesi ya da bilmesinin beklenememesi gerekmektedir. Ancak her kişinin kendi milli hukukunu bildiği varsayıldığı için iki Türk vatandaşının birbirlerinin ehliyetlerine uygulanacak hukuku bilmemeleri, dolayısıyla da işlem muhatabı kişinin iyiniyetli olduğu, kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla Lizardi kararında ortaya atılan "bir kişinin yabancı hukuk kurallarını bilmesi beklenemez" prensibi aynı vatandaşlığa sahip kişiler arasında yapılan işlemlerde uygulama alanı bulamayacaktır. Verilen örnekte işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesinin tek yolu işlem muhatabı kişinin ehliyetsiz olduğunu iddia eden kişinin vatandaşlığını bilmemesi ya da bilmesinin beklenememesi durumudur. Zira bu halde işlem muhatabı kişinin iyiniyetli olduğunu söylemek mümkün olmaktadır.

d. İşlem Güvenliği Kuralının Tüzel Kişilere Uygulanması Sorunu

İşlem güvenliği kuralının gerçek kişiler hakkında uygulanacağı konusunda herhangi bir şüphe bulunmamasına rağmen kuralın tüzel kişiler hakkında uygulanıp uygulanmayacağı

---

121 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 68.

122 Nomer, **a.g.e.** s. 223; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 111; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 210; Özdemir, **a.g.e.** s. 463; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 68; Doğan, **a.g.e.** s. 260.

konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.

MÖHUK m. 9/2'de işlem güvenliği kuralının tüzel kişilere uygulanıp uygulanmayacağı konusunda herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Aynı durum İsviçre hukukunda da geçerlidir. Ancak her iki ülke kanununda da işlem güvenliği kuralından sonra kuralın miras ve aile hukukuna uygulanmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu hukuk dallarının gerçek kişileri ilgilendirdiği düşünüldüğünde bu ülke kanunlarının işlem güvenliği kuralını yalnızca gerçek kişiler için getirdiği sonucuna lafzi yorum ile varmak mümkün olmaktadır. Roma I Direktifinde ise kuralın doğrudan gerçek kişiler hakkında uygulanacağı belirtilmiş ve tüzel kişiler kapsam dışı bırakılmıştır. Aynı durum İngiliz, Alman ve Çin hukukları için de geçerlidir. Japon hukukunda ise düzenleme metninde tüzel kişilerin kapsam dışı bırakıldığına ilişkin bir ibare bulunmasa da doktrinde ve uygulamada Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun'un ehliyete ilişkin 4. maddesinin yalnızca gerçek kişileri kapsadığı kabul edilmektedir.[123] Dolayısıyla Japon hukukunda da işlem güvenliği kuralının yalnızca gerçek kişilere uygulanacağı kabul edilmektedir.

Türk doktrininde ve yargı kararlarında işlem güvenliği kuralının tüzel kişiler hakkında da uygulanacağı kabul edilmektedir.[124] Tüzel kişilere işlem güvenliği kuralının uygulanmasını savunan doktrindeki görüşler bu fikri *ultra vires* ilkesi nedeniyle tüzel kişi ile işlem yapan kişilerin tüzel kişinin ehliyetli olup olmadığı konusunda bilgi sahibi olmayacağı varsayımı ile gerekçelendirmektedir. Yargıtay ise konuyla ilgili olarak verdiği kararda, tüzel kişilere de işlem güvenliği kuralının uygulanacağını bu konuda herhangi bir gerekçe göstermeden kabul etmiştir.[125] Ek olarak kararda sözleşmenin Türkçe hazırlanmasının, sözleşmeye imza koyan tanıkların ve hakemin Türk olmasının ve bu kişilerin Türkiye'de ikamet etmelerinin sözleşmenin Türkiye'de düzenlendiği şeklinde yorumlanması da kanaatimizce yerinde değildir. Her ne kadar olayla ilgili detaylı bilgi bulunmasa da gerek sözleşme dilinden gerekse sözleşmeyle borç altına girmeyen kişilerin imzalarından ya da yerleşim yerlerinden hareket ederek sözleşme yerini belirlemek, sözleşme tarafları için adil bir durum yaratmamaktadır.

Kanaatimizce işlem güvenliği kuralının tüzel kişiler hakkında uygulanması mümkün değildir. Zira tüzel kişilerin işlem güvenliği kuralının uygulanması için gereken şartları sağlamaları mümkün değildir. Her ne kadar bir tüzel kişinin idare merkezi hukukuna göre ehliyetsiz olması ve kendi ülkesinden başka bir ülkede işlem yapabilmesi mümkün olsa da tüzel kişinin fiziki olarak işlemin karşı tarafı ile aynı ortamda bulunması mümkün değildir. Tüzel kişiler ancak yetkili organları vasıtasıyla işlem yapabildiklerinden tüzel

---

123 Dai Yokomizo, "International Company Law in Japan", **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Editorler: Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani, Tubingen, Mohr Siebeck, 2008, s. 177.

124 Nomer, **a.g.e.** s. 222; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 114; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 81; Doğan, **a.g.e.** s. 265; Musa Aygül, **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Ankara, Seçkin Yayıncılık A. Ş. 2007, s.231.

125 Yargıtay 11. HD, 2005/4621 E. 2005/7778 K. 19.07.2005 Kaynak: http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2005-4621.htm&kw=`2005/4621`#fm 04.11.2016.

kişilerin yaptığı her işlem temsilci vasıtasıyla yapılmış olmaktadır.[126] Burada iradi temsil yerine kanuni temsilden bahsedilmekte olsa da işlem güvenliği kuralı açısından her iki temsil türünün sonuçları hakkında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Doktrinde temsilci vasıtasıyla yapılan işlemlerde işlem güvenliği kuralının uygulanmayacağının kabul edildiği düşünülünce, ortaya çelişkili bir durumun çıktığı görülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar yanında bir tüzel kişinin ehliyeti ile ilgili olarak karşılaşılan en büyük sorun *ultra vires* ilkesinin tüzel kişinin ehliyetini sınırlamasıdır.[127] Yeni Türk Ticaret Kanunu ile *ultra vires* ilkesinin kaldırılması nedeniyle artık ehliyetine Türk hukuku uygulanan bir şirketin, ehliyetine uygulanacak hukuka göre ehliyetsiz olması söz konusu olmayacaktır.[128] Bunun sonucu olarak söz konusu şirketler hakkında işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Türkiye'de işlem yapan ve *ultra vires* ilkesine tabi olan yabancı şirketler hakkında da işlem güvenliği kuralının uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Böyle bir durumda söz konusu şirketin esas sözleşmesinin şirketin sermayesi, adresi gibi bazı bilgileri tespit etmek amacıyla kullanıldığı düşünüldüğünde şirketin işlem konusu hakkında ehliyetsiz olduğunu bilmemek çok çok düşük bir ihtimal olarak kalmaktadır. Zira şirketin işlem yapabileceği alanlar da söz konusu esas sözleşmede belirtilmekte olduğu için işlem muhatabının iyiniyetli olduğunu söyleme imkânı ortadan kalkmakta ve dolayısıyla işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmamaktadır. Yine de işlem muhatabının iyiniyetli olduğunu ispatlayabileceği de gözden kaçırılmamalıdır.

İşlem taraflarından birisinin tüzel kişi diğerinin gerçek kişi olduğu durumlarda işlem güvenliği kuralının uygulanması yalnızca işlemden ehliyetsizlik nedeniyle caymak isteyen gerçek kişi hakkında işlem güvenliği kuralının şartlarının varlığı halinde mümkün olacaktır. Tüzel kişinin işlemden ehliyetsiz olduğu gerekçesi ile caymak istemesi halinde tüzel kişi hakkında işlem güvenliği kuralının uygulanması yukarıda açıklanan sebeplerle mümkün olmayacaktır.

e. Kambiyo Senetlerinde İşlem Güvenliği Kuralı

İşlem güvenliği kuralı kambiyo senetleri için de uygulanmaktadır. TTK m. 766/2 kişinin bağlı bulunduğu devletin hukukuna göre ehliyetli olmamasına rağmen poliçeyi kendisini ehliyetli sayan bir ülkede imzalaması halinde kişinin söz konusu poliçeyle ehliyetliymişçesine bağlı olacağını kabul etmiştir. Anılan maddenin poliçe yanında çek (TTK m. 818) ve bonolar (TTK m. 778) hakkında da uygulanabildiği göz önüne alındığında işlem güvenliği kuralının tüm kambiyo senetleri için uygulanabilir olduğu görülmektedir. Söz konusu maddelerin 1931 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne dayandığı göz önüne alındığında bu hükümlerle ilgili olarak uluslararası alanda büyük oranda yeknesaklaşma sağlandığını söylemek mümkün olmaktadır.

---

126 Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 221.

127 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 81; Aygül, **a.g.e.** s. 231.

128 TTK m. 371/2'de yer alan şirketin işlemle bağlı olmaması imkânı, şirketin hak ehliyetine ilişkin değil şirketin temsiline ilişkin bir konudur.

TTK'da yer alan kambiyo senetleri için işlem güvenliği kuralı, MÖHUK'da yer alan işlem güvenliği kuralına göre özel hüküm niteliği taşımaktadır. Ancak her iki kuralın birbirinden farkı olmaması karşısında özel hüküm genel hüküm farkının pratikte bir önemi kalmamış olmaktadır. Yine her iki kanunda yapılan düzenleme, işlemin yapıldığı yeri yalnızca Türkiye olarak sınırlamamakta ve işlemin yapıldığı yer fark etmeksizin her işleme uygulanabilmektedir.

Son olarak önceki bölümlerde MÖHUK'da yer alan işlem güvenliği kuralı için yapılan açıklamaların TTK'da yer alan kambiyo senetlerine özel işlem güvenliği kuralı için de geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir.

6. Ehliyete İlişkin Konularda Statü Değişikliğinin Etkisi (Conflit Mobile)

Ehliyete uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktaları olan yerleşim yerinin, vatandaşlığın ve mutat meskenin ilgili kişinin iradesine göre her zaman için değiştirilmesi mümkündür. Bu şekilde meydana gelen bir değişim, ehliyete ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku da değiştirmektedir. Bu nedenle statü değişikliklerinin milletlerarası özel hukukta nasıl bir etki doğuracağının incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu kapsamda MÖHUK m. 3 uygulanacak hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken esaslarına göre belirlendiği durumlarda, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat meskenin esas alınacağını düzenlemektedir. Ancak kanunun getirmiş olduğu dava tarihi kriteri doktrinde eleştirilmektedir. Bu eleştirilere göre statü değişikliğinden doğan ihtilafların her zaman yargı önüne getirilmesi söz konusu olmamaktadır. Yine işlem yapılırken geçerli hukuk taraflar tarafından göz önüne alınmaktadır. Böyle durumlarda dava tarihi kriteri uygulanacak hukukun tespitinde haksızlıklara sebep olabileceğinden dava tarihi yerine işlem tarihi kavramının kullanılması önerilmiştir.[129] Kanaatimizce işlem tarihi kavramının dava tarihi yerine kullanılması görüşü yerindedir. Zira yukarıda açıklanan nişanlanma, evlenme, evlat edinme ve ölüme bağlı tasarruflarda bulunma ehliyetleri ilgililerin işlem anındaki milli hukuklarına tabi tutulmuştur. Yani kanun koyucu sayılan özel ehliyetler için işlem tarihi esasını; sözleşme yapma ehliyeti gibi MÖHUK m. 9'a tabi ehliyetler için ise dava tarihi esasını benimsemiş olmaktadır. Bu ayrımın herhangi bir hukuki faydası bulunmadığı gibi işlem güvenliğine de zarar verdiğini söylemek mümkündür.

MÖHUK m. 3'de yer alan genel kural statü değişikliği hakkında özel hüküm bulunmayan tüm hukuki ilişkilere uygulanacaktır. Ancak statü değişikliği sorunlarının tek bir genel kural ile çözümlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu evlenme ehliyeti, taşınır mülkiyeti gibi bazı konularda özel kurallar öngörmüştür. Ehliyete ilişkin konularda da açıklanan kapsamda bir özel hüküm bulunmaktadır. Söz konusu özel hüküm bir kez kazanılan erginliğin statü değişikliği sebebiyle bir daha kaybedilmesinin söz konusu olmayacağını düzenlemektedir. Nitekim MÖHUK m. 9 kapsamında Türk hukuku

129 Doğan, **a.g.e.** s. 238.

ile Alman[130] ve İsviçre[131] hukuklarında kişinin milli hukukuna göre kazanmış olduğu erginliğin vatandaşlığın değişmesinden etkilenmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Böylelikle bir kez erginliğe ulaşan kişinin bir daha vatandaşlık değişmesi nedeniyle erginliğini kaybetmesi önlenmiş olmaktadır. Açıklanan genel ve özel kural ile statü değişikliklerinin yaratacağı belirsizliklerin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

7. Hak Ehliyetine İlişkin Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeninin Müdahalesi *(Ordre Public)*

Hak ehliyetine ilişkin olarak kamu düzeninin müdahale ettiği durumlar genellikle kişinin hak sahibi olmasının engellenmesi ya da hak ehliyetinin gereksiz yere kısıtlanması gibi hallerde söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda özellikle evlenme ehliyeti konusunda kamu düzeninin müdahale etmesi durumu yaygın olarak görülmektedir. Bununla beraber kanaatimizce hak ehliyetini tamamen ortadan kaldıran hususlar, henüz bebeklik çağında olan çocukların büyük borçlar altına girebilmesini sağlayan düzenlemeler de Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.

Evlenme ehliyetini çok küçük çocuklara tanıyan yabancı hukuk düzenlemelerinin, eşe ya da çocuklara miras payı alma hakkı vermeyen yabancı hukuk düzenlemelerinin, hak ehliyetinin tamamen ortadan kaldırılmasına sebep olabilecek düzenlemelerin, kişilik haklarından tamamen vazgeçilmesi sonucu doğuran düzenlemelerin ve bu durumlara benzeyen temel hakların özünü ortadan kaldırabilecek ya da kanunen korunan bir değerin tamamen korunmasız bırakılmasına sebep olabilecek yabancı hukuk düzenlemelerinin kanaatimizce Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği öne sürülebilmektedir. Ek olarak eşcinsel evliliklere izin veren ve hapis cezalarının hak ehliyetini tamamen ortadan kaldırmasına imkân tanıyan düzenlemeler de Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin bir kararında evlat edinme ehliyetine ilişkin düzenlemelerin de kamu düzeninden olduğu belirtilmiştir.[132] Buna karşılık hakkın özüne müdahale etmeksizin hakkın kullanılması için geçilmesi gereken prosedürlerin Türk hukukundan farklı olması, genellikle Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmemektedir. Bu duruma örnek olarak cinsiyet değişikliğinde TMK'nın öngördüğü prosedürlere uyulmamasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine dair Yargıtay kararı[133] gösterilebilmektedir.

Kamu düzeninin müdahalesi konusunda İngiliz mahkemelerinin[134] verdiği bir kararda, iki Portekiz vatandaşının İngiltere'de evlenip evlenemeyecekleri değerlendirilmiştir. İngiliz hukukunda evlenme ehliyetine uygulanacak hukuk tarafların yerleşim yeri hukuku olup dava konusu olayda tarafların yerleşim yeri Portekiz'dir. Aynı zamanda kar-

130 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7.

131 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 35.

132 Yargıtay 2. HD, 2004/9169 E. 2004/10282 K. 20.09.2004 http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2004-146.htm&kw=`2004/9169`#fm 04.11.2016.

133 Yargıtay 2. HD, 2009/9678 E. 2009/22090 K. 21.12.2009 http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2009-9678.htm&kw=`2009/9678`+#fm 04.11.2016.

134 Sottomayor, Otherwise De Barros V. De Barros. http://www.uniset.ca/other/cs3/3PD1.html 22.10.2016.

deş çocukları olan çiftin evlenebilmesi, Portekiz hukukuna göre Papa'nın iznine bağlı tutulmuştur. İngiliz mahkemesi ise konuyla ilgili olarak verdiği kararda, her ne kadar tarafların evlenme ehliyeti konusunda tarafların yerleşim yeri hukuku uygulanacak hukuk olarak tespit edilmiş olsa da uygulanacak hukukun İngiltere kamu düzenine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Tarafların İngiltere hukukuna göre herhangi bir evlenme engeli bulunmadığı gibi Portekiz hukukuna göre de Papa'nın izni haricinde herhangi bir evlenme engeli bulunmamaktadır. Bu durumda İngiliz mahkemesi Papa'nın izninin alınmasını İngiliz Parlamentosu tarafından çıkarılan kanunlara aykırı olduğunu dolayısıyla da tarafların geçerli şekilde evlenebileceklerine karar vermiştir. Böylelikle mahkeme kamu düzeni anlayışı ile Portekiz hukukunun bir kısmını uygulamayı reddetmiştir. Bu örnekte ülkelerin kamu düzeni anlayışlarının ne kadar değişken olabileceği görülmektedir. Zira İngiliz mahkemesinin Papa'nın izin vermesini kamu düzenine aykırı görmesinin temel sebebi İngiltere'nin Katolik mezhebinden dolayısıyla Papa'nın dini otoritesinden ayrılması sırasında çıkarılan kanunlardır.

KAYNAKÇA

Agrawal K. B./Singh Vandana, **Private International Law in India,** Kluwer Law International, 2010

Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş. 2015

Aksaray Buse, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012

Allgrove, Benjamin D., **Legal Personality for Artificial Intelligence: Pragmatic Solution or Sicience Fiction?**, 2004, **https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=629021065069065011022108069116029072004042024048051009122065089096091124110026118092123124006123042032124109108125123021107033075045069018065126022001029104066032078080102069096123097068114004081000086104116031067010106087123127064122084119068112&EXT=pdf**, 03.01.2017

Ayan Mehmet/Ayan Nurşen, **Kişiler Hukuku**, 5. Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2014

Aygül Musa, **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Ankara, Seçkin Yayıncılık A. Ş. 2007

Aygün Mesut, **Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti**, 2012, s. 925-972, Erişim Tarihi: 09.10.2014 http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1690/18016.pdf

Blackstone William, **Commentaries on the Laws of England**, Oxford, The Clarendon Press, 1765

Burrows Andrew, **English Private Law**, 3. Bası, Oxford University Press, 2013

Chopra, Samir/White, Laurence, **Artificial Agents–Personhood in Law and Philosophy**, **http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf**, 11.01.2017

Çelikel Aysel/Erdem B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2016

Çelikel Aysel/Gelgel Öztekin Günseli, **Yabancılar Hukuku**, 22. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2016

Doğan Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Ankara, Savaş Yayıncılık, 2016

Dural Mustafa/Öğüz Tufan, **Kişiler Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013

Harari, Yuval Noah, **Hayvanlardan Tanrılara Sapiens**, 20. Baskı, İstanbul, Kolektif Kitap, 2016

Hatemi Hüseyin, ***İslam Hukuku Dersleri***, 4. Bası, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2012

Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler–Tüzel Kişiler)**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014

Hattenbach Ben/Glucof Joshua, **Patents in an Era of Infinite Monkeys and Artificial Intelligence**, 19 Stan.Tech. L.Rev. 32 (2015), **https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-technology-law-review/print/2015/10/19-1-2-hattenbach-glucoft-infinite-monkeys.pdf**, 12.12.2016

Işıktaç Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015

Lehman-Wilzig, Sam N., **Frankenstein Unbound Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence**, 1981, **http://profslw.com/wp-content/uploads/academic/40._Frankenstein_Unbound.Towards_a_legal_definition...pdf**, 04.01.2017

Nomer Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2015

Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 15. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015

Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013

Özçelik, Gülüm Bayraktaroğlu, **Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, **http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/19_1_4.pdf**, 23.11.2016.

Özdemir Hatice, "Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı", **Agumentum Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:9 Sayı:57, Ekim Kasım Aralık 1998, **http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Argumentum/ARGUMENTUM-1998-EK_M_KASIM_ARALIK_57.pdf** 22.10.2016.

Öztan Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012

Pürselim, Hatice Selin, Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, 1. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 299.

Schacht Joseph, **An Introduction to Islamic Law**, New York, Oxford University Press, 1982.

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

Slavery's Roots: War and Economic Domination, Erişim Tarihi: 05.11.2016 **http://www.freetheslaves.net/about-slavery/slavery-in-history/**

Şanlı Cemal/Esen Emre/Ataman-Figanmeşe İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015

Tahiroğlu Bülent/Erdoğmuş Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, 10. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014

Tekinalp Gülören/Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016

Tekinalp Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013

Umur Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 1999

Üçok Çoşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt Gülnihal, **Türk Hukuk Tarihi**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016

Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık 2015

Von Tuhr Andreas **Borçlar Hukuku**, Çeviren: Av. Cevat Edege, 2. Baskı, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983

Walk Free Foundation, **The Global Slavery Index 2013**, 2013, Erişim Tarihi: 22.10.2016 http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/2013/GlobalSlaveryIndex_2013_Download_WEB1.pdf

Worthington Sarah, **Equity**, New York, Oxford University Press, 2003

Yasan Candan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013

Yokomizo Dai, "International Company Law in Japan", **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Editorler: Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani, Tubingen, Mohr Siebeck, 2008