

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

ÖZEL HUKUKTA HAYVAN HAKLARI

Yüksek Lisans Tezi

İREM BERKSOY

İstanbul, 2007

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

ÖZEL HUKUKTA HAYVAN HAKLARI

Yüksek Lisans Tezi

İREM BERKSOY

Danışman: PROF. DR. CEVDET YAVUZ

İstanbul, 2007

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi İREM BERKSOY' nın ÖZEL HUKUKTA HAYVAN HAKLARI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.07.2007 tarih ve 2007-8/30 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 17.09.2007

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. CEVDET YAVUZ
2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. FARUK ACAR
3) Jüri Üyesi : PROF. DR. NİHAL SABAN



GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı : İrem Berksoy
Anabilim Dalı : Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans- Eylül 2007
Anahtar Kelimeler : Hayvan Hakları, Dayanışma Hakları, Ortak Yaşam, Hak Sahibi

ÖZET

ÖZEL HUKUKTA HAYVAN HAKLARI

Ortak yaşam felsefesi ile harmanlanmış, konusunu evrensel değerlerin oluşturduğu ve bir anlam kazanabilmesi, devlet sınırları ötesinde insanlık ailesinin bütün üyelerinin çabalarını birleştirmesini gerektirmesi bakımından Dayanışma Hakları olarak adlandırılan günümüzün Üçüncü Kuşak Hakları, Hayvan Haklarının Anayasal temellerini oluşturur. Öte yandan bir haktan bahsedebilmek, bu hakka sahip olacak bir kişiyi gerektirir. Hayvana farklı bir hukuki statü tanınması ve bu sayede haklarının korunması konusunda dünyada bir ivme söz konusudur. Buna karşılık ülkemizde hayvan, halen daha eşya statüsündedir. Hayvana reva görülmüş bu statü, hayvanları koruma mevzuatı ile çelişmektedir. Hakkın özü menfaatlerin tatmini olduğuna, hakkın kullanımı esnasında devreye giren iradenin ise ayırt etme gücünden yoksun olanlar için temsilcileri tarafından kullanılabilmesine göre duygusal yetileri olan tüm canlı varlıklar hak sahibi olmaya elverişlidir. Hayvanların korunması yolunda en etkili yol, onların da hak sahibi kılınmasıdır.

İstanbul, 2007

İrem Berksoy

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : İrem Berksoy
Field : Law
Programme : Private Law
Supervisor : Professor Cevdet Yavuz
Degree Awarded and Date : Master- September 2007
Keywords : Animal Rights, Rights Of Solidarity,
Common Life, Holder Of A Right

ABSTRACT

ANIMAL RIGHTS IN PRIVATE LAW

Third Generation Rights, which is combined with the idea of common life and contain global values and named as Rights of Solidarity because they necessitate the efforts of all humanity members beyond the nation boundaries, form animal rights' Constitutional bases. On the other hand, to mention a right, it is needed to a person that possesses this right. There is an acceleration about the recognition of a different legal status to animals and by the way about the protection of their rights. However, in our country animals are still in property status. This status conflicts with animal protection legislation. While the essence of the right is the satisfaction of the benefits and the will that is stage in during the usage of the right is used from the representatives for mentally incapable person, all living creatures with emotional faculty are adequate to have rights. The best efficient way for the animal protection is to make them holder of a right.

İstanbul, 2007

İrem Berksoy

ÖNSÖZ

Hayvan Hakları sorunu, eşitlik idealini, öznesi yönünden sürekli genişleten, doğa ve toplum karşısında özgürleşmiş ve kendine özgü duyma yeteneğini kazanmış çağdaş insanın sorunudur. Hukuk, hayvanlara da koruyucu örtüsünü geçirmek konusunda her zamankinden daha faaldir. Bu çalışmada bana katkıda bulunan hocalarım Prof. Dr. Cevdet Yavuz ve Yard. Doç. Dr. Faruk Acar' a; öğrenim hayatım boyunca mesleki birikimi ve kişilik özellikleri ile beni en çok etkileyen ve öğrencilerine her şeyden önce " bilgi olmadan fikir olmayacağını" öğreten sevgili hocam Michel Tagan' a; yüreğimi bu konuya yöneltten merhum Prof. Dr. İsmet Sungurbey' e; karşılaştığım en olağanüstü, en geniş yüreğe sahip ve çalışmamda değerli fikirlerinden sıkça yararlandığım Prof. Dr. Hüseyin Hatemi' ye; çalışmam sırasında benden hiçbir yardımı esirgemeyen sevgili arkadaşlarım Gökhan Aksoy ve Soner Yakar' a; ve hayatımdaki en değerli varlıklara, anneme, babama ve mutluluk kaynağım birtanem İbişkoma teşekkürler.

İstanbul, 2007

İrem Berksoy

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iii
1. GİRİŞ.....	1
1.1. BM Raporu.....	1
1.2. 21' inci Yüzyıla Bu Haberlerle Başladık.....	2
1.3. Yokoluşun Sorumluluğu Ve İnsanmerkezci Yaklaşımın Eleştirisi.....	5
1.4. Çalışmanın Amacı Ve Planı.....	6
2. HAYVAN HAKLARININ ANAYASAL TEMELLERİ: DAYANIŞMA HAKLARI KAPSAMINDA HAYVAN HAKLARI	
2.1. Genel Olarak Hak Ve Hukuk Kavramları.....	9
2.2. İnsan Haklarının Gelişim Süreci.....	12
2.2.1. Genel Olarak.....	12
2.2.2. 17' nci Yüzyıldan Önce İnsan ve Hakları.....	15
2.2.3. Malvarlığına Ait Bir Değer Olarak Tarihte Kadınlar ve Köleler.....	18
2.2.4. 17' nci Yüzyıldan Günümüze İnsan Hakları.....	24
2.3. Günümüz Haklar Katalogu Dayanışma Hakları ve Bir Dayanışma Hakkı Olarak Hayvan Hakları.....	26
2.3.1. Genel Olarak.....	26
2.3.2. Dayanışma Haklarının Hukuki Niteliği.....	28
2.3.3. Uyum, Çatışmayı Dışlamaz.....	31
2.3.4. Katalogdaki Haklar.....	31
2.3.5. Toplum Sözleşmesi' nden Doğayla Sözleşme' ye Geçiş.....	33
2.3.6. Dayanışma Haklarının Sınırları.....	35
2.3.7. Dayanışma Hakları Kapsamında İnsanlara Düşen Ödevler.....	36
2.3.8. Dayanışma Hakları Kapsamında Hayvan Hakları.....	37
2.4. 5199 Sayılı Hayvanları “ İnsanlardan” Koruma Yasası' nın Dayanışma Hakları Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	45
3. HAK EHLİYETİ DOKTRİNİ VE HAYVANLAR BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ	
3.1. Genel Olarak Medeni Kanunumuzun Kişiler Hukuku Sistematiği.....	50
3.2. Kişi ve Kişilik Kavramları.....	51
3.2.1. Genel Olarak.....	51
3.2.2. Hak Sahipliğini Açıklayan Teoriler.....	52
3.2.3. “ Menfaatlerin Merkezi” Teorisi (Interessen- Zentrum Dogma).....	55
3.2.4. Karma Teori.....	55
3.3. Hayvanlara Hak Ehliyeti Tanınması.....	57
3.4. Hayvanın Uğradığı Zararlardan Ötürü Manevi Tazminat Talep İmkkanı.....	63
3.4.1. Genel Olarak.....	63
3.4.2. Manevi Tazminat Kavramı Ve Amacı.....	66
3.4.3. Manevi Tazminat Talebi İçin Aranılan Şartlar.....	68
3.4.4. Hayvanın Uğradığı Zararlardan Ötürü Uğranılan Manevi Zararın Giderimi.....	72
3.5. Hayvan Lehine Ölüme Bağlı Tasarruf Düzenleme Sorunu.....	78

3.5.1. Genel Olarak.....	78
3.5.2. Yükleme (Mükellefiyet).....	79
3.5.3. Miras Bırakanın Hayvan Lehine Yüklemede Bulunması.....	82

4. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR IŞIĞINDA KOMŞULUK HUKUKU VE ADİ KİRA SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA TAŞINMAZDA HAYVAN BESLEME SORUNU

4.1. Komşuluk Hukuku ve Kat Mülkiyeti Kanunu Çerçevesinde Hayvan Besleme Sorunu.....	84
4.1.1. Genel Olarak Mülkiyet Hakkı.....	84
4.1.2. Taşınmaz Mülkiyetinin Çevresel Etkileri Yönünden Sınırlandırılması ve Komşuluk Hukuku.....	86
4.1.3. Çevresel Etki Yaratan Müdahalelerden Hayvanlarla Gelen Müdahaleler.....	88
4.1.3.1. Genel Olarak Müdahale Kavramı.....	88
4.1.3.2. Müdahalenin Taşkınlığı.....	89
4.1.3.3. Hayvanlarla Gelen Müdahalelerin TMK m. 737 Kapsamında Değerlendirilmesi.....	93
4.1.4. Kat Mülkiyeti Kanunu Çerçevesinde Hayvan Besleme Durumu.....	94
4.1.4.1. Genel Olarak Kat Maliklerinin Borç Ve Yükümlülükleri.....	94
4.1.4.2. Dürüstlük Kuralına Uygun Davranmak Yükümlülüğü.....	95
4.1.4.3. Komşulara Zarar Ve Rahatsızlık Vermekten Kaçınma Yükümlülüğü.....	97
4.1.4.4. Yönetim Planına Uymak Yükümlülüğü.....	98
4.1.4.5. Bağımsız Bölümde Hayvan Beslemenin KMK m. 18/ 1 Kapsamında Değerlendirilmesi.....	100
4.2. Kira Hukuku Bakımından Taşınmazda Ev Hayvanı Besleme Sorunu.....	107

5. SONUÇ.....111

KAYNAKÇA.....119

KISALTMALAR

- agm : Adı geçen makale
- BK : Borçlar Kanunu
- bkz. : Bakınız
- C. : Cilt
- ev : Çeviren
- dn : Dipnot
- E. : Esas sayısı
- f : Fıkra
- K. : Karar sayısı
- KMK : Kat Mülkiyeti Kanunu
- m. : Madde
- S. : Sayı
- T. : Tarih
- TMK : Türk Medeni Kanunu
- vd . : Ve devamı

1. GİRİŞ: İNSANMERKEZCİLİK ÜZERİNDE YENİDEN DÜŞÜNMEK

Karbondioksit oranı artıyor, okyanuslar ısınıyor, buzullar eriyor, deniz seviyesi yükseliyor, orman yangınları artıyor, buzul tabakaları parçalanıyor, göller küçülüyor, kurak dönemler uzuyor, su rezervleri son yılların en düşük seviyelerini gösteriyor, yer altı su kaynakları ve ırmaklar kuruyor, kış sıcaklıkları artıyor, ilk bahar erken geliyor, sonbahar gecikiyor, bitkiler erken çiçek açıyor, göç dönemleri değişiyor, yaşam alanları daralıyor, farklılaşıyor, okyanuslarda boğularak can vermiş beyaz ayılara rastlanıyor, kuşlar erken yuva yapıyor, kıyı şeritleri erozyona uğruyor, mercan resifleri ağarıyor, kar yığınları azalıyor, bulut ormanları kuruyor, hastalıklar yayılıyor, yüksek enlemlerde sıcaklıklar artıyor; dünya alarm veriyor. Yirminci yüzyılın ikinci yarısındaki sıcaklık artışı yüzde doksan insanların eseri diyor bilim adamları; ama bu hırs, bu kayıtsızlık insanlarla birlikte doğadaki tüm canlıları yok ediyor.

1.1 BM RAPORU

BM İklim Değişikliği Paneli' nin ikinci raporuna göre daha az soğuk günler, daha sıcak geceler, öldüren sıcak hava dalgaları, seller ve yoğun yağışlar, yıkıcı kuraklıklar ve kasırga ile tropikal fırtına gücünde artış, Asya, Avrupa ve Afrika kıtalarında susuzluk, Amerika' da hortumlar insanoğlunu ve doğada bir türlü uyum içerisinde yaşamayı öğrenemediği tüm canlı ve cansız varlıkları ile ekolojik sistemi oluşturan öğeleri bekleyen felaketler. Rapora göre buzulların erimesiyle birlikte 2020 yılında su sıkıntısı çeken kişi sayısı 1,2 milyarı bulacak. Ortalama hava sıcaklığı 1990' daki seviyenin 1,5 derece üzerine çıkarsa, dünyadaki canlıların üçte birinin soyu tükenecek. Önlem alınmaması halinde yirmi beş yıl içerisinde su kaynakları azalan fakir ülkeler açlık ve ölüm tehdidi altında kalacak; bu nedenle altmış aşkın ülkede

çatışmalar çıkacak. Küresel ısınma dünyanın çehresini değiştirmeye şimdiden başladı.¹

1.2. 21' İNCİ YÜZYILA BU HABERLERLE BAŞLADIK

Küresel ısınma yüzünden üç ada, Pasifik Okyanusu' nun sularına gömüldü.² Arabistan' da yaz sıcaklığında aniden başlayan şiddetli kar yağışı bölgede yaralanmalara neden oldu.³ 2001 yılında kayıplar 2000 yılına oranla iki kat arttı; doğal afetler yirmi beş bin can aldı.⁴ Dünya Doğal Hayat Fonu' nun hazırladığı rapora göre tüketim oranları aynı hızla devam ederse 2050 yılında canlı yaşamının sürebilmesi için dünya gibi 2 gezegene daha ihtiyaç duyacağız.⁵ Çin'in Henan eyaletinin kuzey kesimlerinde aniden bastıran fırtınada yumurta büyüklüğünde dolu taneleri düştü.⁶ BM Çevre Programının yaptığı araştırmaya göre, kül, asit, aerosol ve diğer zararlı maddeler içeren 3 kilometre kalınlığındaki kirli hava bulutunun, Pakistan'ın kuzeybatısı, Afganistan, Çin ve Orta Asya'nın batısındaki yağışları %40 oranında azaltabileceği, asit yağmurlarına yol açarak, ekinlerle ormanlara zarar verebileceği ve solunum yolları hastalıklarına neden olabileceği belirtiliyor.⁷ Her yıl altı milyon hektar alan çölleşiyor.⁸ Washington'daki Earth Policy Enstitüsü'nün (EPI) son hesaplarına göre, Ağustos ayında yaşanan aşırı sıcaklar yüzünden sekiz Avrupa ülkesinde en az 35.000 kişi yaşamını yitirdi.⁹ Uzmanlar son bir haftada 2 bin 500 kişinin soğuktan hayatını kaybettiğini açıkladı.¹⁰ İçme suyu ve atık su hizmetleri alanında faaliyet gösteren Thames Water tarafından yapılan açıklamada dünya nüfusunun yüzde kırkının su sıkıntısı çektiği açıklandı.¹¹ Küresel ısınma nedeniyle Ortadoğu'da susuzluk artarken Fırat ve Dicle'nin bulunduğu Doğu Anadolu

¹ Raporun tam metni için bkz. <http://www.ipcc.ch/SPM13apr07.pdf> (09.03.2007).

² Hürriyet, 04.07.1999.

³ Hürriyet, 23.07.2001.

⁴ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (31.12.2001).

⁵ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (08.07.2002).

⁶ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (21.07.2002).

⁷ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (12.08.2002).

⁸ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (17.06.2003).

⁹ Hürriyet Bilim, sayı: 94, 25.10.2003.

¹⁰ Milliyet, 24.12.2003.

¹¹ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (25.03.2004).

ve özellikle GAP bölgesi önem kazanacak; bölge su savaşlarının odağı haline gelecek.¹² Kuzey yarıküre 2 bin yılın en yüksek, buzullarsa en düşük sıcaklığını yaşıyor. Sadece sıtma Afrika'da her gün 3 binden fazla çocuğun ölümüne sebep oluyor. Ağaç türlerinin yüzde 10'u, balık türlerinin yüzde 90'ı tehlike altında.¹³ Doğanın dengesini bozan insanoğlu, zamansız hava olayları karşısında şaşkına döndü. Küresel ısınma nedeniyle dün, Avrupa'nın yarısı aşırı ısınırken, diğer yarısında kar vardı! Dünyanın diğer ucu Çin'de de başkent Pekin, sular altında kaldı.¹⁴ Küresel ısınma ve deniz buzullarının yok olması, Antarktika'da vahşi yaşamı vurdu; penguenler, foklar, balinalar kıtlıkla yüz yüze.¹⁵ Bulutlarda saklanan ve damar tıkanıklığı, böbrek taşı gibi hastalıklara neden olan nanobakteriler, küresel ısınmayla daha uzun ömürlü olacak. Uzmanlar bu hastalıkların salgın halini alabileceğini vurguluyor.¹⁶ Fransa'da yapılan bir araştırmada, büyükbaş hayvanların atmosfer için bir felaket oluşturduğu ve bu ülkedeki 14 petrol rafinerisinden daha fazla sera etkisine yol açan gaz saldıklarını belirledi.¹⁷ İngiltere'de hükümet tarafından yaptırılan bir araştırmaya göre, küresel ısınma göçmen kuşlar da dahil bir çok hayvan türünün soyunun tükenmesine yol açıyor.¹⁸ Kanadalı iki ünlü bilim adamı astrofizikçi Hubert Reeves ve genetikçi David Suzuki, küresel ısınmanın insanların yeryüzünden yok olmasına yol açacağı uyarısında bulundu.¹⁹ Bilim adamlarına göre, iklim değişikliği, 14. yüzyılda Avrupa'nın nüfusunun üçte birini yok eden veba hastalığını yayabilir.²⁰ Dünya Sağlık Örgütü küresel ısınmanın ciddi sağlık sorunlarını tetiklediğini açıkladı; iklim değişikliği kolera, sıtma, tifo, beyin iltihabı, ciltte kronik döküntüler, eklem ve sinirlerde iltihaplanmaya neden oluyor.²¹ Dünya Sağlık Örgütü, çoğu cilt kanserinden olmak üzere her yıl altmış binden fazla kişinin aşırı güneş

¹² Radikal, 25.05.2004.

¹³ <http://www.cnnturk.com/> (08.07.2004).

¹⁴ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (12.07.2004).

¹⁵ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (04.11.2004).

¹⁶ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (12.04.2005).

¹⁷ Milliyet, 29.09.2005.

¹⁸ <http://www.bbc.co.uk/turkish/> (06.10.2005).

¹⁹ Hürriyet, 27.10.2005.

²⁰ Net Haber, 14.11.2005.

²¹ Radikal, 13.12.2005.

ışınlarının etkisiyle hayatını kaybettiğini açıkladı.²² İspanya Bilimsel Araştırmalar Merkezi Sorumlusu Josep Maria Gili, iklim değişiklikleri sonucu boyu on beş metreyi bulan zehirli deniz analarının bu yıl Akdeniz sahillerinde görüldüğünü bildirdi.²³ Dünya ısınmaya devam ederse, bitkiler CO2' yi tutamaz hale gelecekler.²⁴ Avrupa Uzay Dairesi ESA, Ozon tabakasındaki deliğin bu yıl 28 milyon kilometre kare'ye ulaştığını açıkladı.²⁵ İnsanlık geleceğinden ödünç alıyor: Hızla artan nüfus ve aşırı tüketim dünyanın sınırlı kaynaklarını tüketiyor. Uluslararası araştırmalara dayanan bir rapor, insanlığın 2006 yılında harcaması gereken kaynakları bugün itibariyle tamamen tükettiğini ortaya koydu.²⁶ Dünya Bankası'nın eski baş ekonomisti Sir Nicholas Stern, bugün yayımlanan ve iklim değişikliğinin ekonomik boyutunu ele alan raporunda dünyanın küresel ısınmanın yarattığı riskleri dikkate almamasının, 1930'larda yaşanan büyük ekonomik buhran büyüklüğünde ekonomik kargaşalara yol açabileceği uyarısında bulundu. 1930 buhranını ikinci dünya savaşı izlemişti.²⁷ Balina, kuş ve kaplumbağa gibi birçok göçmen hayvan türü, küresel ısınmanın sonuçları kadar, farklı coğrafyalarda bulunmanın getirdiği politik risklerin de kurbanı olacak.²⁸ Bilim dünyası, küresel ısınmanın okyanuslarda besin zincirinin en alt üyesi ve yeryüzündeki fotosentezin yarısından sorumlu olan planktonların yer yüzünden silindiğini gösteren uydu verilerini konuşuyor.²⁹ ABD'de, dünyayı tehdit eden küresel ısınmayla mücadele için kamuoyunu harekete geçirmek amacıyla etkin dini liderler ve bilim insanları güç birliği yaptılar.³⁰ BM, iklim felaketinin nedenlerini inceleyip geleceğe ilişkin tahminler yapılan yeni bir rapor yayınladı. Uzmanlara göre iklim felaketinin önlenmesi için 2020 yılına

²² <http://www.cnnturk.com/> (27.07.2006).

²³ Hürriyet, 02.08.2006.

²⁴ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (18.08.2006).

²⁵ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (02.10.2006).

²⁶ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (09.10.2006).

²⁷ Milliyet, 30.10.2006.

²⁸ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (17.11.2006).

²⁹ <http://ntvmsnbc.com/news/default.asp> (08.12.2006).

³⁰ Milliyet, 18.01.2007.

kadar önlem alınması gerekiyor, aksi takdirde geri dönülmez noktaya gelinmiş olacak.³¹

1.3. YOKOLUŞUN SORUMLULUĞU VE İNSANMERKEZCİ YAKLAŞIMIN ELEŞTİRİSİ

130' un üzerinde ülkeden 2500' ün üzerinde bilim adamı ve araştırmacı ile 6 yıllık bir çalışma sonucu ortaya çıkan³² 2007 İklim Değişikliği Raporu, küresel ısınmanın son elli yılda yüzde doksan oranında insan eliyle yaratıldığını açıkladı. Geline nokta, insanlığın yüzyıllar süren egemen dünya görüşü olan insanmerkezciliğin sonucudur.³³

İlk çağlardan beri insanın çevre ile ilişkileri, doğayı egemenlik altına alma mücadelesi biçiminde gelişmiştir.³⁴ İnsanmerkezci yaklaşım, yalnızca insanın önem ve değer sahibi olduğu bir anlayış içinde insan- çevre ilişkilerinin düzenlenmesi gereğine inanan ve " her şey insan için" anlayışını ilke edinmiş bir düşünce biçimidir. Bu doğrultuda insan- çevre ilişkilerinde " kirletici, bozucu ve tahrip edici" konumdan " koruyucu, kollayıcı ve onarıcı" konuma geçiş de " insanın iyiliği ve çıkarı için" ve bunu gerçekleştirecek düzeyle sınırlı olmalıdır. Bu çerçevede insanların çıkarlarını kısa ya da uzun dönemli korumaktan tutun da, bugünkü ya da gelecek kuşakların üyesi olarak insanları gözetmeye kadar insanmerkezciliğin değişik türleri bulunmaktadır. Bookchin' in ifadesiyle " insanları biyosferik bir zorbalıkta benmerkezci hükümdarlara dönüştüren" bu sığ düşünce biçiminde hapsolmuş insanmerkezciler, çevre- insan ilişkilerinde yaşanan krizin temeline inemezler ve insanın çıkarlarının tehlikeye girmesi nedeniyle insanın çevreye " kahyalık" yapmasıyla sorunun çözüleceğine inanırlar. Oysa sorunun kökeni " hiyerarşik, sınıfsal ve rekabetçi sistem" dir ve çevresel krizin insanların çıkarlarını en çoğa çıkarmak amacıyla doğal kaynaklardan

³¹ <http://www2.dw-world.de/turkish/> (23.02.2007).

³² <http://www.ipcc.ch/> (12.04.2007).

³³ KUZU, Burhan: Sağlıklı Ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997, s. 48; ERTAN, Birol: " Canlı Hakları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1998, s. 26.

³⁴ Bkz. LLOYD, Genevieve: Erkek Akıl, çev: Muttalip Özcan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1996, s. 31.

yararlanma sürecini uzatmak için yüzeysel değişimler yapmayı “ kabul etmek zorunda kalmış” insanmerkezci türler ile aşılması imkansızdır.³⁵

1.4. ÇALIŞMANIN AMACI VE PLANI

Hayvan Hakları kavramının gelişimi; insanlığın, insanmerkezci zihniyetten kurtulup, çevrenin her ögesi ile uyum içerisinde yaşama çabasının sonuçlarından birisidir.

Bu çalışma, hayvanların sessiz dünyasından bir ses olmak, hukukun temel amaçlarını ve ahlak ve adalet anlayışımızı yeniden sorgulamak, ve son olarak da hayvan hakları konusunda temel hukuki düşünceler ve düzenlemelere değinerek, bu konuda ileriki gelişmelere ışık tutmak amacına yöneliktir.

Çalışmanın Hayvan Haklarının Anayasal Temelleri başlıklı birinci bölümünde Hayvan Haklarının gelişimi ile paralelliğini göstermek için ve bu amaçla sınırlı olarak İnsan Haklarının gelişim süreci kısaca verilecek;

³⁵ ERTAN, s. 25. Çevreyi, insanı etkileyen faktörlerin bütünü olarak tanımlamak, insanı merkez kabul ederek yapılan bir tanımdır. İnsanoğlu, tanımlamadaki bu yanlışlığı, ancak yaşam ortamını oluşturan çevre öğelerinin tahribi gözle görülür bir hale erişince farkına varabilmiştir. Topluların uyanışı ancak hava ya da su kirlenmesi sonucu ortaya çıkan kitle halindeki ölümler şeklindeki toplumsal yıkım olayları sonucu gerçekleşebilmiştir. 1952’ de Londra’ da hava kirliliği sonucu bir haftada 4000 kişinin ölümü, çevre sorunlarını dünyaya tanıtan ilk örneklerden biridir. Günümüzde artık çevre tanımlamalarında insan, yaşadığı doğanın bir parçası kabul edilmektedir. Ortak yaşam olarak adlandırılan bu yaklaşımda çevre, her birinin karşılıklı etkileşim içinde olduğu çok sayıda ögenin dengelendiği karşılıklı bir ilişkiler sistemi olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle **doğada hiçbir canlı kendini merkez kabul edemez; karşılıklı etkileşim ve ilişkiler zinciri bir bütünlük arz eder.** Canlının bulunduğu yerdeki fiziksel ve kimyasal koşullar da o canlının çevresini oluşturur, KELEŞ, Ruşen/ HAMAMCI, Can: Çevrebilim, İmge, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 14 vd. Ayrıca bkz. Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği m. 4/ 2, 16 Aralık 2003, S. 25318. **Çevresel sorunların doğurduğu çevre yönetim bilimi de hayvan, bitki ve insanın beraber dengeli şekilde yaşamasını sağlamak, zarar maliyetini en aza indirmek, insanın yok ettiklerini yerine koymak amaçlı bilim dalı olarak tanımlanmaktadır,** MEMİŞ, Emin: Çevre Ve Çevre İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 1. Bugün bahsedilen Çevre Sorunları Bilimi’ nin(Environment Science) Çevrebiliminden(Ecology Science) farkı, “ olan” in incelenmesi ve çözümlenmesinden bir adım daha ileriye giderek çözüm yollarını ve uygulanan çevre politikalarını da konu etmiş olmasıdır, KELEŞ, Ruşen: Çevre Sorunları ve Çevre Hakları, İnsan Hakları Armağanı XXX. Yıl, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1978, s. 79.

ardından insan soyunun devamının girdiği tehlike noktasında düğümlenen, en iyi ihtimalle bilginin ilgiyi doğurması sonucu insanın dünyayı algılayış şeklindeki değişimden, en kötü ihtimalle ise zorunluluktan ve insanmerkezci zihniyetin amacını elde etmek uğrunda " çevreye kahyalık" anlayışından bugün üçüncü kuşak haklar olarak kabul gören Dayanışma Hakları ve onun kapsamında Hayvan Hakları incelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde Hayvan Hakları konusunda tartışılan temel konu olan hak ehliyeti doktrininin hayvanlar bakımından uygulanabilirliği ve bu arada hayvanların uğradığı zararlardan ötürü manevi tazminat talep edilebilmesi ve hayvan lehine ölüme bağlı tasarruf düzenleme sorunu irdelenecektir.

Çalışmanın son bölümü, Medeni Hukuk bakımından hayvanların ve hayvan sahiplerinin (besleyenlerin)* uygulamada sıklıkça karşılaştıkları sorunlara ayrılmıştır.

Çalışmaya başlamadan son olarak Hayvan Hakları konusunun girdiği hukuk dalını sorgularsak; kamu hukuku, devlet- birey ilişkilerini hedefler, özel hukuk ise kişiler arasında bir eşitlik esası ilişkilerine dayanmaktadır. Bir sosyal kişi* olan devlet ile diğer kişiler de eşit hak sahipleri düzeyini simgeler.³⁶ Bu yaklaşımda sadece insan soyunun devam etmesi için sürdürülmesi gereken ekolojik dengenin bir unsuru olarak değil, ama artık hukuk tarafından da fiziksel olarak ve manen acı çekebilen canlı varlıklar olarak kavranan hayvanların mevzuat çerçevesinde hakları hangi hukuk dalı içerisine sığdırılabilir? Hayvan Hakları konusunda mihenk taşı olan Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesinin ilk iki maddesi bütün hayvanların yaşam önünde eşit doğduğundan, var olma haklarından ve saygı görme

* Her ne kadar yürürlükteki hukukça henüz kabul görmemiş olsa da, hayvanın, ahlaki boyutta hakkın konusunu oluşturmaktan ibaret kalmaması, fakat yaradılışından kaynaklanan haklara da sahip olduğu düşüncesini savunduğumuzdan, tezin ilerleyen bölümlerinde " hayvan sahibi" ifadesinin kullanılmasından kaçınılacak, bunun yerine " hayvan besleyen" ifadesi tercih edilecektir.

* Yerleşmiş " tüzel kişi" tabiri yerine, " sosyal kişi" tabirinin kullanılmasi tercihinin gerekçesi için bkz. aşağıda dipnot 191.

³⁶ MEMİŞ, s. 2.

haklarından bahseder. Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin³⁷ Giriş bölümünde insanın yaşayan tüm canlılara karşı ahlaki bir yükümlülüğü olduğundan, insan ile ev hayvanları arasında var olan özel ilişkiden söz edilir. 5199 sayılı Kanun, amacını hayvanların rahat yaşamlarını sağlamak olarak belirler.³⁸ O halde, Hayvan Hakları Hukuku, farklı amaçlar içeren bir hukuk dalıdır. Bu farklı amacın³⁹ yanı sıra hukuk düzenimizde hayvan halen daha eşya statüsünde kabul edilmektedir. Bu çerçevede dayanışma haklarının kendisine özgü yapısı gereği kapsadığı insanların ödevleri bakımından bir insanlık hakkı olarak hayvan hakları, konunun kamu hukukuna ait bölümünü; hayvan hakları konusundaki temel tartışma konusu olan hak ehliyeti doktrini ve Medeni Hukuk yönünden hayvanlar ile ilgili uygulamada karşılaşılan sorunlara ilişkin düzenlemeler, özel hukuk bölümünü oluşturacaktır.

³⁷ Kanun Numarası: 4934, Kabul Tarihi: 15.07.2003.

³⁸ Öte yandan yine 5199 sayılı Kanununun 5' inci maddesinde ticari amaç güdülmeden bakılan ev ve süs hayvanlarının haczedilemeyeceği düzenlenerek, hayvanların malvarlığına dahil oluşu tekrarlanmaktadır.

³⁹ Bu amaca uygunluğun denetimi Türk Hukuk Sistemi' nde İdareye verilmiştir.

2. HAYVAN HAKLARININ ANAYASAL TEMELLERİ: DAYANIŞMA HAKLARI KAPSAMINDA HAYVAN HAKLARI

2.1. GENEL OLARAK HAK VE HUKUK KAVRAMLARI

Hak, öyle bir kavramdır ki hukukun hemen her dalında karşımıza çıkar⁴⁰ ve hukuk sisteminin işlevini sağlar.⁴¹ Bununla birlikte hak, hala " çok gizemli bir şey"⁴² dir; kaynağının ne olduğu, nasıl kazanıldığı, sınırlarının ne olduğu konularında hukukçular arasında bir görüş birliği yoktur. Bunun bir nedeni de, uzun zaman hakların bütün çeşitlerine aynı biçimde uyacak bir tanım aranmış olmasıdır. Bu yüzden zorunlu olarak öyle bir soyutlama derecesine varılması gerekmiştir ki, hiçbir şey söylenmiş olmamıştır. Bundan dolayı son zamanlarda kimi yazarlar, salt biçimsel bir kavram için çaba harcamışlardır. Bu salt biçimsel kavram ise hakkın yalnızca norm mantığına ilişkin yapısı konusunda bir şey söylemekte, içeriği, hukuksal, ahlaka ilişkin ya da amaçsal anlamı konusunda hiçbir şey söylememektedir.⁴³

Hakkı tanımlamadaki güçlük, onu, hukuk tarihi boyunca Hukuk Felsefesinin ve Medeni Hukukun en temel sorunu haline getirmiştir.⁴⁴ 19' uncu yüzyılda egemen olan klasik tabii hukuk⁴⁵ teorisine göre hak kavramı,

⁴⁰ OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, 13. Bası, Arıkan, İstanbul 2006, s. 105.

⁴¹ ESENER, Turhan: Hukuk Başlangıcı, Alkım Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul 2004, s. 146.

⁴² NUTTAL, John: Ahlak Üzerine Tartışmalar, çev: Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1997, s. 205

⁴³ LARENZ, Karl: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bası, Münih 1989, § 13, I, s. 210- 213, Aktaran: SUNGURBEY, İsmet: Hayvan Hakları, İstanbul Üniversitesi Basımevi Ve Film Merkezi, 2. Bası, İstanbul 1993, s. 129.

⁴⁴ SUNGURBEY, İsmet: " Hak nedir?", Çağdaş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yayınları 1, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, s. 151.

⁴⁵ Toplumun ihtiyaçlarını karşılamayan ve adalete uymayan yürürlükteki kuralların karşısında, arzu edilen, olması gerektiği düşünülen kurallara tabii hukuk (ideal hukuk) denir. Hukuk kurallarının değiştirilmesi söz konusu olduğu zaman yapılması düşünülen değişikliklere tabii hukuk ışık tutar ve hukukun, amacına ulaşmasına yardımcı olur. Pozitif(yürürlükteki) hukuk kuralları, tabii hukuka ne kadar yaklaşırsa, o kadar başarılı bir hukuk düzeni kurulur, ESENER, s. 47.

temelinde hem bir ilkeyi, hem de bir amacı ifade eder. Hak, her şeyden önce bir ilkedir; çünkü hak, sahibinin tabiatında, yaradılışında mevcuttur. Hak, diğer taraftan bir amaçtır; çünkü hukuk, hak sahiplerinin haklarını güvence altına almak amacını izler.⁴⁶ Medeni Kanunumuzdan farklı olarak bir genel bölüm içeren⁴⁷ ve birçok hukuksal kavramı tanımlamış olan Alman Medeni Kanunu bile, hakkın ne olduğunu tanımlamayı göze alamamıştır. İsviçre Medeni Kanununun yaratıcısı olan Eugen Huber, hak ve benzeri hukuksal kavramların öğretiyeye bırakılması gerektiğini savunmuştur.⁴⁸ Zaten ***hukuksal metinlerde yer alacak bir hak tanımı, büyük ölçüde siyasal otoritenin yönetim ve özgürlük anlayışını yansıtacak ve toplumsal değişim ve gelişime ayak uyduramayacak, hatta bu gelişim hızına sekte vuracaktır. O halde kavramın normatif bir yapıya büründürülme girişimi, toplumsal değişimin ve insanın kendisini ve çevresini tanıma yeteneğinin yadsınması sonucunu doğurur.*** “ Bu, büyük kabı küçük kaba sığdırma gayreti gibidir. Ama devlet bunu hep yapar...”⁴⁹

Hak istemi, hukuk kurallarının ön aşamasını oluşturur. ***Toplumsal yaşamın gereksinimlerinden de önce hukuk kavramı, insanın vicdanında mevcuttur.***⁵⁰ ***Bu nedenle hukukun temel amacı, hukuk kuralları aracılığıyla adalet ve hakkaniyeti sağlamak suretiyle ahlaki amacı gerçekleştirmektir.*** İnsanlığın ezelden beri arzuladığı duygu olan adalet, esas anlamda ahlaki görevlerin yerine getirilmesidir; yani adaletin temeli ahlaktır. ***Adalet; hukukun temelini, idealini ve son amacını oluşturur.*** Hukuk sistemi, bir bütün olarak adaleti gerçekleştirmeye yönelik

⁴⁶ ESENER, s. 146. Esener bu doğrultuda hakkı, düzenleyici hukuk kurallarının fertlere bir mal üzerinde veya diğer kişilerin davranışları üzerinde tanıdığı yetki olarak tanımlar, bkz. ESENER, s. 146.

⁴⁷ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 105.

⁴⁸ SUNGURBEY, *Hayvan Hakları*, s. 151.

⁴⁹ ÖKÇESİZ, Hayrettin: Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları, Yeni Türkiye, S: 21- 22, Mayıs- Haziran 1998, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayını, İstanbul 1998, s. 61.

⁵⁰ ESENER, s. 19. Sırf kaba güce dayandırılmayıp, güçsüzün de hakkı olabileceğini kabul eden kurallar benimsendiği takdirde, Hukuk bilinci ortaya çıkmış demektir, HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk' a Giriş, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 1.

olmalıdır.⁵¹ **Hukuk kuralının görevi, iyiliği desteklemek, korumak, hatta yaratmaktır.** Milattan önceki doktrinler, Hıristiyanlık ve İslam düşünceleri, Tabii Hukuk ve tarihi hukuk ekolü, realist akımlar, hukuk sosyolojisi, doğru ve adil kavramını ahlak ve felsefe çevresinden çıkararak hukuki bir kavram haline getirmişlerdir.⁵²

Hakkın özgün bir türü olan İnsan Hakları bakımından başlangıçta bir özlem, dilek ve istek olarak ortaya çıkan hukuk kuralları; hak istemi biçiminde somutlaşmaya başlar. Bu durum günümüzde yararlandığımız hakların hemen hepsi için geçerlidir. İstem ve düşüncenin hukuk kuralına dönüşümü ve bunun yeni haklar bakımından yinelenebilirlik özelliği, tarihsel gelişim çizgisinde gözlenebilmektedir. Hukuk kuralının ön aşamasını oluşturan hak istemi, uyumsuzluğun ve çıkarlar çelişkisinin varlığını gösterir ve bu çelişkilerin derinleşmesi ve yaygınlaşmasıyla sorun, savunucularının dar çemberini aşarak topluma mal olmaya başlar.⁵³

Mücadele, bu sürecin itici gücüdür. Özgürlüklerin kazanılması yolunda verilen uğraş ve girişilen faaliyetler hak ve özgürlüklerin türlerine göre farklılaşabilir. Bunları sürükleyenler ise toplumsal grup, katman ya da sınıflardır.⁵⁴

Giriş bölümünde eleştirisini yaptığımız, ahlakın ilgi alanını insan dışındaki diğer tüm canlıları da kapsamına alacak şekilde genişleten ve onlara da haklar tanınması gerektiğini savunan yaklaşım karşısında bugünün değişmeye yüz tutmuş zihniyeti olan insanı ahlakın ve hukukun merkezine koyarak ona ve yalnızca ona haklar tanıyan insanmerkezci yaklaşım da aslında bir yandan ahlakın gelişme çizgisinde ilk aşamayı ifade eden benmerkezciliğin aşılma çabasının ürünüdür. Benmerkezci ahlak anlayışı,

⁵¹ ESENER, s. 53; ARAL, Vecdi: Toplum Ve Adaletli Yaşam, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 7-9; HATEMİ, *Medeni Hukuk*, s. 38; İMRE, Zahit: *Medeni Hukuka Giriş, Fakülteler Matbaası*, 3. bası, İstanbul 1980, s. 3 vd.

⁵² İMRE, s. 9.

⁵³ KABOĞLU, İbrahim Ö.: *Dayanışma Hakları, Türkiye Ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü*, Ankara 1996, s. 5; KABOĞLU, İbrahim: "İnsan Hakları Üzerinde Yeniden Düşünmek", *Argumentum*, Aralık 1991, Yıl: 2, S: 17, s. 253.

⁵⁴ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 6.

herkesin kendi çıkarlarını ve iyiliğini en çoğa çıkaracak biçimde eylemde bulunmasını savunan anlayıştır. Ölçü olarak alınan kişi (ya da kişiler), belli bir durumda ilgi odağı olan, merkeze konan insan ya da insanlardır.⁵⁵ Bu ***koşulların gücü, her zaman eşitliği bozucu yönde olduğundan, yasamanın gücü eşitliği sürdürücü yönde olmalıdır.***⁵⁶ Benmerkezci ahlak anlayışının ve toplumdaki eşitsizliklerin aşılmasında; “ insanın sırf insan olarak sahip olduğu değer”, “ insanın, onu diğer canlı varlıklardan ayıran özel ve üstün nitelikleri” söylemleri, o günün temel sorunu olan insanlar arasındaki hukuksal eşitsizlikleri ortadan kaldırma davasında toplumsal hafızanın oluşturulması sürecinde kullanılmıştır. Sonunda Rönesans ile benimsenen insancılık anlayışı merkeze “ herkes” i koymuştur. Böylece hep beni gözetken benmerkezçiliğin yerini, ahlakın ilgi alanını bütün insanları kapsayacak şekilde genişleten insanmerkezçilik almıştır.⁵⁷

Bugün insan dışındaki canlıları da ahlakın kapsamına alan ve onlara da haklar tanıyan yeni yaklaşıma ışık tutması amacıyla insan hakları konusundaki tarihsel gelişim çizgisini kısaca vermek isteriz.

2.2 İNSAN HAKLARININ GELİŞİM SÜRECİ

2.2.1 Genel Olarak

İnsan haklarının felsefi, sosyolojik ve normatif olmak üzere üç ana dayanağı vardır. İnsan haklarının düşünsel temellerini felsefi dayanağı oluşturur. Bu bakımdan insan hakları sorunu, insanlık tarihi kadar eskidir ve günümüze değin devam etmiştir. Düşünsel çalışmanın bu süreğenliği, insan haklarının evrimci niteliğinden kaynaklanır.⁵⁸ Bu evrimci niteliğin temelinde,

⁵⁵ ERTAN, s. 5- 10.

⁵⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques: Toplum Sözleşmesi, çev: Vedat Günyol, Adam Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 1984, II. 11.

⁵⁷ ERTAN, s. 10; JACOB, François: Canlının Mantiğı, Payel Yayınları, İstanbul 1993, s. 43.

⁵⁸ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 1; KABOĞLU, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, 6. baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 40; GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal,5. Bası, İstanbul 2005, s. 1006.

insan hakları kavramının tabii hukuk anlayışına dayanması yatar.⁵⁹ Tabii Hukuk, yasama organı tarafından yasalaştırılan yazılı kuralların üzerinde, Tabiatla dayanağını bulan, zaman ile kayıtlı olmaksızın geçerli olan, varlıklarının kabulü ve içeriklerinin anlaşılabilmesi için akli yöntem gerekli olan ilkeler bütünüdür.⁶⁰ **Toplumun adalet anlayışı geliştikçe, o toplumdaki insan hakları anlayışı da değişir, gelişir.** Bu doğrultuda İnsan Haklarının felsefi temeli, yönlendiricidir. Öte yandan İnsan Hakları belli bir toplumsal yapının ürünüdür ve toplumsal ortam ve koşulların ortaya çıkardığı insan- insan, birey- iktidar, insan- doğa ilişkileri, hak ve özgürlükleri hukukun hak ve özgürlükleri tanımasından önce gelir. Hukuk, hak ve özgürlükleri belli bir toplumsal olgunlaşma aşamasından sonra tanır, düzenleme konusu yapar ve güvence altına alır. Bu süreçte felsefe ve ahlak önemli bir temel oluşturur.⁶¹

Hak ve özgürlüklerin kullanım biçim ve sınırları, anayasal ve yasal kurallarla belirlenir. Hukukun düzenleme konusu olduktan sonra da toplumsal yapı, dinamik ve ilerleyici bir yapıya sahip olan insan hakları üzerinde belirleyici özelliğini sürdürür.⁶² **Süreklilik arz eden bu yapıyla insan hakları her zaman yürürlükteki hukukça güvence altına alınan**

⁵⁹ ESENER, s. 68; GEMALMAZ, s. 985. Bu görüşe yöneltilen eleştiriler için bkz. GEMALMAZ, s. 985 vd.

⁶⁰ HATEMİ, *Medeni Hukuk*, s. 38. **Tabii Hukuk' un temel ilkelerinin, içleri boş ilkeler olmadıklarını kabul etmek, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti öğretisinin güvencesidir. Bu ilkelerde görecelik kabul edilemez. Türkiye Cumhuriyeti' nin Hukuk Devleti olma niteliği, adaletin değişmez Tabii Hukuk anlamına bağlı olarak belirleneceğinden, Türk Anayasasının da göreceliği benimsemediği söylenebilir. Tabii Hukuk' un temel ilkeleri olan eşitlik ve adalet ilkeleri, Anayasada yer almakla, yazılı Hukuk kapsamına girmeyen Tabii Hukuk, bu iktibas ve atıf ile hukuk kaynağı konumuna gelmiştir. Bu durum, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü(m. 11) gereği Hukukun her alanı için geçerlidir.** Esasen Anayasanın 5' inci maddesinde zikredilen adalet ilkesi, Özel Hukuk alanının da bir temel ilkesi olarak TMK m. 4' te yer almaktadır, HATEMİ, *Medeni Hukuk*, s. 41.

⁶¹ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 2.

⁶² KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 3; KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 40; ÖZDEK, Yasemin: İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, TODAİE Yayını, Doktora Tezi, İstanbul 1993, s. 52.

haklar listesinden bir adım önde olacaktır⁶³ çünkü insanın onurlu bir yaşam sürmesi için gereken şartlar farklılaşacaktır.

“ Bu, aslında insanın kendisini üretmesi ve yeniden üreterek gelişimini sürekli kılması çabasından başka bir şey değildir.” Anılan çabanın gösterilmesi sürecinin ahlaki çerçevesi vardır. “ Öylesine bir süreçtir ki bu, insan, bütün yaratmalarını – diğer yaratmalarının yanı sıra, kendisini gerçekleştirdiği her an içerisinde insan, kendisini de yaratmaktadır- toplumsallaştırmakta, paylaşmakta ve dayanışma göstermektedir. O halde insan, gereksinimlerini giderme sürecinde, önce, tüketebileceği “ olanaklar alanını” belirlemektedir. “ Olanaklar (alanı) bilgisi” nden, insanın kendisini var etme faaliyetini ve var olanı “ olması gerekene” dönüştürme savına geçilir. İnsan, özgürsüzlüğün, eşitsizliğin bilincine vardıkça, eşit ve özgür insan, eşitlikçi ve özgürlükçü toplumsal yaşam savlarını ortaya atmakta, bunların arayışını sürdürmektedir. İşte ***insanı bizatihi insan olmasından ötürü kendiliğinden bir “ değer” kılan; “ insan onuru” na uygun bir yaşam sürdürmek istemesi, özgürlük ve eşitlik idealini kurgulayıp ileri sürmesi ve bilgisine ulaştığı olanaklar alanında haklar üretebilmesidir.***⁶⁴

Bu da insan hakları kavramının, içini dolduran hukukla ilişkisinin yanında, ondan daha da fazla, kendisine yön veren felsefi düşünce ve siyasi eylemle olan bağıını gösterir.⁶⁵ O halde insan haklarının kaynağı hukuk değildir; bunlar ahlaki taleplerdir, ahlaki anlamda haktırılar. Nasıl ki hukuki

⁶³ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 15.

⁶⁴ GEMALMAZ, s. 1024.

⁶⁵ TANÖR, Bülent: Türkiye’ nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 3. Bası, İstanbul 1994, s. 14.

haklar hukuktan, akdi haklar sözleşmelerden doğar, ahlaki haklar da doğruluk, haklılık ilkelerinden doğar. İnsan hakları, ahlaki hakların özel bir grubunu oluşturur.⁶⁶

2.2.2. 17' nci Yüzyıldan Önce İnsan ve Hakları

İnsan haklarının tarihi gelişimini tespit etmek için, Eski Yunan' a gitmek gerekir. Bu konuyu araştıranlar çoğunlukla Sokrates, Platon ve Aristo' nun görüşlerine başvururlar. Sokrates ile insan, felsefenin doğrudan doğruya odak noktası olmuştur.⁶⁷

Eski Yunan Siteleri, demokrasinin ilk uygulamalarına örnek gösterilir. Ancak site yönetimleri, sadece kısmi bir demokrasidir. Demokratik hak ve hürriyetlerden yararlanma imkanı vatandaş adı verilen ve site ahalisinin ancak yüzde onunu oluşturan küçük bir azınlığa verilmiştir. Ahalinin önemli bir kısmını oluşturan köleler ise hukuken her türlü haktan yoksun birer malvarlığı hakkıdır. Ahalinin bir başka kalabalık katmanını da her türlü siyasi haktan ve ayrıca medeni hakların da büyük bir kısmından yoksun yabancılar oluşturur. Yerli ahalinin ise vatandaşlık statüsüne yükselerek hak ve hürriyetlerden yararlanabilmesi kimi zaman dini törenlere katılmak gibi belirli şartların yerine getirilmesi ile mümkün olabilmektedir.⁶⁸

Esasen vatandaşların yararlanabildiği haklar da çoğunlukla siyasi haklardır. Yani vatandaşların sitenin yönetimine katılma ve sitenin resmi organlarını seçme hürriyeti vardır. Ancak bunun dışında bugünkü anlayışımızla kanun hakimiyeti prensibi vardır; kanun kişiyi her türlü faaliyet ve ilişkisinde kısıvrak bağlar. Kişiler tamamen Devletin baskısı altındadırlar ve bugünkü özgürlük ve insan hakları gelişiminden tamamen uzaktırlar.⁶⁹ Öyle ki Antik dünyada yaşayan kişilerin yaşamları bile Devletin boyunduruğu altındadır. Bir çok Sitede erkeklerin bekar kalmaları yasaktır, Isparta' da geç

⁶⁶ DONNELLY, Jack: Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, çeviren: Mustafa Erdoğan- Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 22; NUTTALL, s. 206.

⁶⁷ KUZU, s. 15.

⁶⁸ KUZU, s. 16.

⁶⁹ AKIN, İlhan F.: Kamu Hukuku, İÜHF Yayınları, 5. bası, İstanbul 1987, s. 277.

evlenenler dahi cezalandırılır. Atina' da devlet her istediğini çalışmaya zorlayabilir, Isparta' da işsizlik suçtur. Milet ve Marsilya' da kadınların şarap içmeleri yasaktır. Hemen her sitede giyim yöneticilerce belirlenmiştir. Isparta kanunlarında kadınların saç biçimlerinin nasıl olacağı hükme bağlanmış, Atina' da kadınların yolculuğa çıkarken yanlarına üçten fazla elbise almaları yasaklanmıştır.⁷⁰

Esasen Eskiçağ devleti tamamen dini bir yapı arz eder. Devletin temeli dindir ve siyasi iktidarın temelini oluşturur. Vatandaşların Devlete karşı ileri sürebilecekleri hiçbir hakları yoktur. Tüm varlıkları ile Devlete ait olan vatandaşlar için de hürriyet meydanlara toplanıp oy vermekten, Majistra' ları seçmekten, onları azledip yargılamaktan, İdareci seçilmekten ibarettir.⁷¹

Romalılar da Yunanlılardan farksızdırlar; özgürlük alanında hiçbir ilerleme kaydedememişlerdir. Roma' da bir kimsenin hukuk düzeni içindeki yerini belirleyen statuslardır. Statuslar üç tanedir. Özgürlük halini belirleyen status libertatis ile insanlar iki büyük gruba ayrılır: hürler ve köleler. Hürler de kendi içlerinde hür doğanlar ve azatlılar olarak ayrılırlar. Azatlıların magistra seçilme hakkı yoktur, seçme hakları da sınırlanmıştır. Köleler ise sahibinin malvarlığına dahildir. Köle kadının doğurduğu çocuk da köle olur ve sahibin malı haline gelir. İmparatorluk döneminden itibaren kölelere kötü muamelenin hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülmesi, Yunan felsefesinin etkisiyle insani düşüncelerle efendilerin bazı aşırılıklarına set çekme çabalarının bir göstergesidir. Status civitatis ise vatandaşlık durumuna göre Roma vatandaşları ve yabancılar ayrımını öngörmektedir. Seçme ve seçilme hakkı, medeni hukuka özgü hukuki muameleleri yapma hakkı, evlenme hakkı kural olarak sadece Romalıların imtiyazıdır. Kamu hukukunda ve özel hukukta hak ehliyetine sahip olmanın ikinci şartıdır vatandaşlık. Özel hukuk bakımından hak ehliyeti için en önemli hukuki durum ise status familiaedir. Status familiae bakımından Romalılar kendi

⁷⁰ AKIN, s. 278; KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, A. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları No: 453, Ankara 1981, s. 21.

⁷¹ KUZU, s. 17.

hukukuna sahip, yani hiç kimsenin hakimiyeti altında olmayan kişiler ve başkasının hukukuna tabi kişiler olarak ikiye ayrılmaktadır.⁷²

Düşünce alanında, eski Yunan'ın en büyük iki filozofu sayılan Platon ve Aristo' da da insana insan olduğu için değer veren, ona devlet içinde ve devlete karşı hak tanıyan bir görüşün izine rastlanmaz. Klasik çağın bu iki ünlü düşünürünün görüşleri arasında hürriyet fikri yer almaz. Çağın değer yargıları içinde hapsolmuş, devleti kişinin mutlak efendisi olarak tanıyan, köleliği meşru bulan, insanın manevi varlığını tamamen göz ardı eden iki filozoftur Platon ve Aristo.⁷³

Eskiçağ'da çağın değer yargılarını aşarak insana sadece insan olduğu için bir manevi değer tanıyan, bu bağlamda kölelik müessesesini de ilk kez reddeden Stoacılar olmuştur. Platon ve Aristo'nun getiremediği düşünce ve ruh enginliğini getiren ahlak ve adalet temelli bu akım, insan hakları doktrininin de en eski felsefi kaynaklarından sayılır. Stoacılar, devletin üstüne hukuku, akli koyarlar. Onlara göre bütün insanlık bir büyük ailedir; dünya vatandaşlığı, devlet vatandaşlığından önce gelir. Ne var ki Stoicism ruh yüceliğine dayanan bir ahlak felsefesidir ve hürriyet ve insan hakları kavramlarını siyasi açıdan ele alarak formüle etme yoluna gitmemiştir.⁷⁴

Ortaçağ'a baktığımızda ise hürriyet ve insan hakları alanında etki yaratan iki büyük gelişme söz konusudur. Bunlardan ilki Hıristiyan felsefesinin insan kişiliğine değer kazandırmasıdır. İkincisi ise devletin mutlak gücünü kıran feodalitenin ortaya çıkmasıdır. Uygulamaya bakıldığında feodal beylerden başka kimsenin hiçbir hak ve hürriyetinin var olmadığı görülür. Eskiçağın kölelik kurumu, serflik adıyla bu çağda da devam eder. Kişinin durumu açısından Ortaçağ'ın Eskiçağ'dan farkı, Eskiçağ'ın tek efendisi Devlet iken, Orta Çağ'ın Devlet ve Kilise olmak üzere iki efendisinin varlığı ve toplum katmanları arasında geçişi neredeyse

⁷² TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 126- 136.

⁷³ KAPANİ, s. 18.

⁷⁴ KUZU, s. 18.

imkansızlaştıran ekonomik eşitsizliğin bir de hukuki eşitsizlikle tamamlanmış oluşudur.⁷⁵

Gerçek hak ve özgürlüğün ne olduğu çok daha sonraki yüzyıllarda insanın kişiliğine bağlı doğuştan haklar gibi kavramların doğup gelişmesi sonucu anlaşılabilmiştir.⁷⁶

2.2.3. Malvarlığına Ait Bir Değer Olarak Tarihte Kadınlar Ve Köleler

Yaratılış itibariyle kadının fiziğinin erkeğe oranla daha zayıf olması, ilk insandan bu yana kadınların ikinci planda kalmasına, ezilmesine, haksızlıklara uğramasına neden olmuştur. Kadın veya erkek **tüm insanların yaratılışında bulunan egoizm, yani kendi yararını, insanlar dahil, diğer tüm canlıların zararına üstün tutma huy(suzluğ)u** en küçük toplum hayatını oluşturan ailede ilk mal ve mülkün, fiziksel olarak daha zayıf olan kadınlar olmasına yol açmıştır.⁷⁷

Tarihte ilk mal edinme konusunu ilkel aletler, ehlileştirilen hayvanlar, kadınlar ve köleler teşkil etmiştir. İlk çağlarda kadın sadece erkeğe tabi değil, erkeğin malı ve ilk mülkü niteliğindedir. Malikin ölmesi halinde aletleri, hayvanları, köleleri ve kadınları da öldürülerek onunla beraber gömülür.⁷⁸

Kadınların hak sahibi değil, hakkın konusu olması tarih boyunca devam etmiştir. **Eski Yunan' da kadın⁷⁹ aşağılık bir canlı olarak görülmüştür. Hukuki açıdan durumu bir eşyadan farksızdır. Pazarda alınıp satılabilir. Her çeşit hürriyetten yoksundur.** Miras hakkı yoktur.Şahsı üzerinde tasarruf hakkı yoktur. Boşanmada erkek mutlak yetkiye sahiptir. Aristo, Isparta ahalisini kadınlara verdikleri bazı hak ve

⁷⁵ KUZU, s. 19.

⁷⁶ KUZU, s. 20.

⁷⁷ DOMANIÇ, Hayri: Kadın Haklarının Gelişimi ve Sorunları, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2007, s. 2. Bu konuda ayrıca bkz. ALİ, Necip: Kadın Hukuku, Hakimiyeti Milliye Matbaası, Ankara 1931.

⁷⁸ DOMANIÇ, s. 3.

⁷⁹ Bkz. LLOYD, s. 26.

hürriyetlerden dolayı ayıplar. Eflatun' a göre kadın orta malı olarak elden ele gezmelidir. Eski kavimlerin en medenisi olarak kabul edilen Atina' da bile kadınlar pazarda satılabilen, başkalarına ihale olunabilen bir zevk aracı olan canlılar olarak kabul edilir; ev işleri ve çocuk doğurmak için lazımdır, buna rağmen fena bir vasıtaadır. Cahiliye devri denilen İslam öncesi Eski Araplar' da da kadının hiçbir önemi ve değeri yoktur; kadın, erkeğin istifade ve malvarlığında görülür. Araplar, " Mızrağıyla çarpışmayan ve yurdunu müdafaa etmeyen mirasçı olamaz" derler ve kadınları mirasçı kabul etmezler. Bazı kadınlar ise kamu malı gibidir. Roma Hukukunda da kadın, hak sahibi değildir, özel hukuk açısından sadece bir eşyadır; şahsi durumu, babanın, kayınpederin veya kocanın mutlak hakimi oldukları domus' un, yani ailenin yetkileri içindedir. Şehir devletinin hukuku, uzun süre aile teşkilatının meselelerine yabancı kalmıştır.⁸⁰ Romalılarda kadınların koruyucusu olmakla övünen Justinianus(527- 565) zamanında çıkarılan kanunlarla kadınlara bir takım haklar tanınmıştır: Kadınlara miras hakkı tanınmıştır; kadın kısmen de olsa babasının ve kocasının egemenliğinden kurtularak serbest bir hayata kavuşmuştur, evlenme kanuni bir sözleşme haline gelmiştir, boşanmada kolaylık sağlanmıştır.⁸¹

İslam Hukukunda haklara ehliyet konusunda kadınlarla erkekler arasında açık farklar mevcuttur. Bu hukuk sisteminde kadınlar hak sahibi olmaktan ziyade, hakkın nesnesi konumundadır. İslam Hukukunun evlilik ve boşanma anlayışı bu durumun açık örneğini teşkil eder.⁸²

Hıristiyanlıkta ve Batı' da kadın yüzyıllar boyunca erkeğe bağımlı olarak yaşamış, toplumda tüm kurumlar erkeğe öncelik tanımış ve kadına aşağı bir durum reva görülmüştür. Kilise ve felsefi cereyanlar da bu durumu destekler konumda durmuşlardır. Örneğin İngiltere' de kadın kirli bir canlı sayıldığından İncil' e el sürememiştir. Bu durum Kral VIII. Henri (1509-1547) zamanına kadar devam etmiştir. Ancak kadının şer olduğu fikri 19'

⁸⁰ VILLERS, Robert: " Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar Kadının Hukuki Durumu", çeviren: Bülent Tahiroğlu, İÜHFİM, 1974, C. XXXIX, s. 428.

⁸¹ ATAAY, Aytekin: Şahıslar Hukuku, Fakülteler Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1978, s. 18.

⁸² ATAAY, s. 24.

uncu yüzyılın sonuna kadar devam etmiştir. Örneğin Fransa’ da kadın hakkında yapılan bir toplantıda kadının insandan sayılıp sayılmayacağı tartışılmış, kadının insan olduğu fakat sadece erkeğe hizmet etmek için yaratılmış olduğu sonucuna varılmıştır.⁸³

Fransız İhtilali 18’ inci yüzyılın sonuna doğru insanın kölelikten, zilletten ve sefaletten kurtulduğunu ilan ederken maalesef kadına şefkatini teşmil edememiştir. O dönemin Fransız Medeni Kanununa göre çocuk akıl hastası, kadın mahcurdur. Evli bir kadına kendi emeği ile kazandığı şeyler üzerinde tasarruf hakkı ancak 13 Temmuz 1907’ de yayınlanan kanun ile kabul edilmiştir. Fakat bu kanunun temin ettiği hak da evin masrafına iştirak gibi erkeğin lehine bir takım kayıtlarla sınırlanmıştır. Nihayet 1938’ den sonra kadın lehine yeni hükümler kabul edilmiştir. ***Düşüncelerdeki değişme ve kadının hukuki durumundaki düzelme kadınların kendi kurtuluşları için giriştikleri mücadele sonucudur.***⁸⁴

Bir çok yönden pratik hayatta benzerlikler gösterse de, kölenin hukuki durumu ve ahlaki topluluktaki yeri meselesi kadınlara oranla daha da içler acısıdır. Eski Yunan ve Roma’ da toplumun sınıflara ayrıldığını ve antik toplum nüfusunun neredeyse yarısını oluşturan⁸⁵ kölelerin eşyadan farksız bir konumda olduğunu gördük. Antik devirde köle, istenildiğinde alınıp satılabilen, ömrünü tüketinceye kadar hizmet eden ve hastalık veya yaşlılık

⁸³ CİN, Halil: “ Tarih Boyunca Kadının Hukuki Statüsü Açısından Türk Kadınının Durumuna Kısa Bir Bakış”, Jale G. Akipek’ e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya 1991, s. 7-8.

⁸⁴ CİN, s. 7-8; Bkz. BERKTAY, Fatmagül: Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, Sivil Toplum Ve Demokrasi Konferans Yazıları No: 7, 2004, s. 4 ve dvm, (http://stk.bilgi.edu.tr/docs/berktay_std_7.pdf’ den ulaşılabilir); DİNÇKOL, Bihterin: Kadın- Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık, İstanbul Ticaret Odası Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, S: 8, Güz 2005/ 2, s. 102. John Stuart Mill “ ***Doğal olmayan sadece alışılmış olmayan anlamına geldiği, alışılmış olan her şeyin de doğal gözüktüğü bir gerçektir. Kadınların erkeklere bağımlı olması evrensel bir gelenek olunca da bu gelenekten herhangi bir uzaklaşmanın doğaya aykırı gibi gözükmesinden daha doğal bir şey olamaz.***” derken ***ayrımcılığın doğaya gönderme yapılarak meşrulaştırılmasına karşı çıkar***, BERKTAY, s. 6; Yakın tarih kadın haklarındaki gelişmeler için ayrıca bkz. ABADAN- UNAT, Nermin: “ İnsan Hakları ve Kadın Hakları”, İnsan Hakları Armağanı, Doğan Basımevi, Ankara 1978, s. 135 vd.

⁸⁵ MALAY, Hasan: Çağlar Boyu Kölelik, Gündoğan Yayınları, Ankara 1990, s. 9.

sonucu işe yaramayacak duruma gelmesi halinde ıssız bir adaya terk edilen veya öldürülen⁸⁶ bir mal demektir. Romalılar, " diğer kavimlerin köle olarak yaratıldıklarına" kolayca inanmışlar ve bunu savunmuşlardır. Bu uğurda din, yasa, gelenek ve silahlar birer baskı unsuru olarak kullanılmıştır. İktisadi hayat için faydalı ve vazgeçilmez⁸⁷ olan kölelik kurumunu Aristo, Politika' da, zorunlu bir kurum olarak açıklar ve kölelerin doğa gereği bir başkasına ait olduğunu ve mülkiyetin bir parçasını oluşturduğunu ifade eder.⁸⁸ Toplum ve düşünürler, köleliği doğal bir olay olarak kabul etmişler, ve konunun üzerinde fazla durmamışlardır; konu, somut uygulamalara gitmeden, ahlaki fikirler boyutunda kalmıştır.⁸⁹

Ulusal zenginlik olarak kabul edilen köleleri (insanlardan) korumaya yönelik hukuki düzenlemeler öngörülmüştür. ***Kölelere verilecek zararlar karşısında uygulanacak yaptırımlar birey olarak köleleri değil ama ulusal zenginliği korumayı amaçlar. Nitekim yasalarla önlenmesi amaçlananlar manevi değil, fiziki zararlardır; bu konudaki tek ölçüt kölenin değerini düşürmek yoluyla başkasının malına zarar vermektir.***⁹⁰

Platon, kölelere karşı son derece önyargılıdır; kölelerin ruhlarında sağlıklı hiçbir unsurun olmadığını iddia eder. Antik devrin yasal düzenlemelerinde kölelerin özel bir yaşam ya da zevk sahibi olmalarının hoş karşılanmadığı görülür. Yasalar izin vermese de kölelerin kadın- koca ilişkisi yaşamasına ise doğacak çocuklardan köle olarak yararlanmak amacıyla kimi zaman göz yumulabilmektedir. Bazı dinler ve dinsel dernekler pis oldukları gerekçesi ile köleleri dışlamaktadır. Köleleri ilkel, pis ve ahlaksız olarak gören antik dünya insanı onlarla aynı türde giysilere sahip olmaktan da

⁸⁶ MALAY, s. 188. İmparator Claudius döneminde çıkarılan yasalar ile bu halde kölelerin özgür bırakılacağı, köleyi terk etmek yerine öldüren efendinin katil olarak yargılanacağı düzenlenmiştir, MALAY, s.188.

⁸⁷ TAHİROĞLU, Bülent: Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik, İÜHFM, C. XLV- XLVII, Atatürk' e Armağan' dan ayrı basım, İstanbul 1982, s. 650.

⁸⁸ MALAY, s. 13- 14.

⁸⁹ TAHİROĞLU, s. 650.

⁹⁰ MALAY, s. 127- 128.

hoşnut değildir ama köleler tarafından kolayca hedef olabilme korkusu bu yönde düzenlemeleri engellemiştir.⁹¹

Platon' un Sokrates' e atfen " Köle haksızlığa katlanmak zorundadır; onun yardım için başvuracak kimsesi yoktur" sözleri, aslında kölelerin içinde bulunduğu çaresizliği tüm çıplaklığıyla dile getirmektedir. Stoik düşüncenin yayılmasının, kölelere daha insancıl bir tavrın gelişmesinde önemli katkısı vardır. Stoik düşünceye göre herkes eşittir, doğa kimseyi köleliğe layık görmemiştir. Ünlü düşünür ve tarihçi Dio Chrysostom, **ahlaki zayıflığın da bir tür kölelik olduğunu** ve insanların özgür- köle diye ayrılmasının doğru olmayacağını savunur. Stoik düşünürler arasında kölelik karşıtı düşünceleri en etkin şekilde savunan ve yazdığı ahlaki mektupları ile kendi çağını ve hatta Rönesans insancılığını etkileyen ve günümüzün değerler sisteminin kurucularından biri sayılan Seneca, De Beneficiis adlı eserinde " **insanın olduğu yerde, canlıları ilgilendiren doğal yasaların koyduğu sınırlar vardır**" der.⁹²

Antik dünyada kimse, köleliğin kaldırılmasını hayal etmemiştir. Çünkü kölelik, antik dünyada toplum yapısının vazgeçilmesi mümkün olmayan bir parçasıdır. En büyük ayaklanmalarda dahi köleliğin tümüyle kaldırılması değil, ancak kölelerin durumlarının düzeltilmesi gündeme gelebilmiştir. İnsanlığın bu ayıptan kurtulabilmesi için yüzyılların⁹³ geçmesi gerekecektir.⁹⁴

⁹¹ MALAY, s. 151 vd.

⁹² MALAY, s. 297 vd.

⁹³ 19' uncu yüzyılın ABD' sinde hayatının 40 senesini köle olarak, kalan 40 senesini de kölelikle mücadele uğrunda harcayan Sojourner Truth' un, bu mücadelesinde kadın hakları için savaşılan kitlenin desteğini almak ve mücadeleyi ortak yürütmek bilincinde bir toplantıda sarf ettiği sözler: " Zencinin, özgürlüğü için ajitasyon yürütüp de kadınların kendileri için aynı özgürlüğü istememeleri ya da onların durumu ile kendi durumları arasındaki paralellikleri görmemeleri olanaksızdır. Nasıl ki bir zenci tamamıyla sahibinin malı durumunda ise, evli kadın da -mülkü, kazançları ve hatta çocukları ile birlikte- kocasının malıdır. Her ikisi de oy hakkından yoksundur. Her ikisi de eğitim hakkından mahrum ve ekonomik olarak hiçbir söz hakkına sahip değildirler. Sözde Anayasal bir hak olan özgürce konuşma hakkı bile, söz konusu olan açık alanda konuşmak olduğunda, kadının elinden alınmıştır."

Kadınlar için daha çok hak ve insan köleliğini ortadan kaldırmayı talep eden aşamalı toplumsal hareketlerin gelişimi ile; onlara karşı davranışlarımızın başka insanları etkileyip etkilememesi ile hiçbir ilgisi olmadan, sadece hissedebilen varlıklar olarak hayvanlara karşı ahlaki yükümlülüklerimizin kabulü aynı tarihsel sürecin ve aynı adalet anlayışının ürünleridirler. Tarihte erkekler için kadınların, beyazlar için siyahların, insanlar için hayvanların var olmadığı düşüncesi, gün gelecek çürütülecektir. İngiliz hukukçu ve filozof Bentham'ın meşhur ifadesi, günümüze kadar uzayan bu süreci en güzel şekilde ifade eder:

" Fransızlar, derinin siyahlığının, bir insanı çaresizce işkencecinin kaprislerine terk etmek için bir neden teşkil etmediğini anladılar. Gün gelecek bacak sayısının, derinin sık tüylülüğünün ya da kuyruk sokumu kemiğinin yapısının hisli bir varlığı kaderine terk etmek için yeterli neden olmadığı kabul edilecek. Bu konuda üst sınırı çizecek ölçüt başka ne olabilir? Mantık yürütebilme kabiliyeti mi, ya da belki konuşabilme yeteneği mi? Ama yetişkin bir at ya da köpeğin ,1 günlük, 1 haftalık, hatta bir aylık bir çocuğa nazaran çok daha makul ve iletişim kurulabilir olduğu tartışma götürmez. Ancak farz edelim ki tersi, neyi değiştirir ki? Soru ne " Mantık yürütebilirler mi?", ne de " Konuşabilirler mi?" , ama " Acı çekebilirler mi?" olmalı. Neden hukuk düzeni koruma kapsamına hisleri olan her varlığı almayı reddetsin? Zaman gelecek ve insanlık,

GRUENING, Martha: " Two Suffrage Movements", The Crisis, Vol. 4, Eylül 1912, s. 245- 247, Aktaran: COŞAR, Gaye: " Ben Kadın Değil miyim? ", Evrensel Kültür Dergisi, Mart 2004, S. 147, s. 51.

⁹⁴ MALAY, s. 316- 318.

***koruyucu örtüsünü, içine nefes alan her varlığı
alacak şekilde genişletecek...’’⁹⁵***

2.2.4. 17’ nci Yüzyıldan Günümüze İnsan Hakları

İnsanın sırf insan olmak sıfatıyla doğuştan bazı haklara sahip olduğu ve bu haklarının dokunulmazlığı düşüncesinin bir sistem halinde ortaya çıkışı 17’ nci yüzyıla denk gelmiştir.⁹⁶ Bu sistemin ortaya çıkışı, doğal hukuk anlayışına dayanır. Bu anlayışa göre insan eseri yasalar, kendilerinden önce var olan ve onlara üstün bir hukuk düzenine, doğal hukuk düzenine uygun olmak zorundadır.⁹⁷ Fakat buradaki tabii hukuk artık din kaynaklı değildir; tabiri caizse gökyüzünden yeryüzüne indirilmiş, çağdaş, insan kaynaklı bir tabii hukuktur.⁹⁸ İnsan iyi ve doğru olanı arayacak ve adil ve meşru olan sistemi kuracaktır.⁹⁹ Laik tabii hukuk önceleri “ doğal yaşama hali” ve “ toplum sözleşmesi”¹⁰⁰ hipotezlerine dayandırılmıştır. Buna göre devlet, kendisi tarafından bağışlanmamış, kendisinden önce var olan tabii haklarla bağlıdır ve onlara saygı göstermek zorundadır.¹⁰¹ Başta İngiliz filozof Locke olmak üzere çeşitli yazarlarca işlenmiş ve geliştirilmiş bu formül ilerideki büyük devrimlerin de tohumlarını ekmıştır. 18’ inci yüzyılın Amerikan ve

⁹⁵ FRANCIONE, Gary L.: “ Taking Sentience Seriously”, Journal of Animal Law & Ethics, Mayıs 2006, 1 J. Animal L. & Ethics 1, Westlaw,s. 2.

⁹⁶ KUZU, s. 20. Gelişmiş bir feminist bilincinin ortaya çıkmasının önkoşulları olan kadınların evlilik dışında bir ekonomik alternatifine sahip olma ve kendi ekmeğini kazanan anlamlı sayıda bir kadın grubunun varlığının ipuçları da 17’ nci yüzyıldan itibaren verilmeye başlamıştır. Sistemli bir feminist teorinin doğuşu ise 18’ inci ve 19’ uncu yüzyıllara denk gelir, BERKTAY, s. 4.

⁹⁷ GÖZE, Ayferi: Liberal Marxiste Faşist Nasyonel Sosyalist ve Sosyal Devlet, Beta Yayınevi, 4. bası, İstanbul 2005, s. 4-5; KAPANİ, s. 31.

⁹⁸ KUZU, s. 20; ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara 2005, s. 154.

⁹⁹ GÖZE, s. 6.

¹⁰⁰ Bu hipotezlere göre insanlar toplum hayatına geçmeden önce tabiat halinde yaşıyorlardı. Aralarında kurdukları bir sözleşme ile siyasal topluluğu meydana getirdiler ve bunu yaparken de topluluğun kurulabilmesi için gerekli olan ölçüde hürriyetlerinden feragat ettiler; Lock’ a göre kadının aile içindeki bağımlılığı doğaldır ve örgütlü toplumdan önceye tarihlenmektedir. Erkeklerin kadınlar üzerinde doğal baba otoritesinden kaynaklanan hakları vardır. Kadınlar sosyal sözleşmenin tarafı değillerdir, bu nedenle yurttaş da değillerdir, BERKTAY, s. 5.

¹⁰¹ KAPANİ, s. 30.

Fransız İnsan Hakları Beyannameleri üzerinde bu görüşün büyük etkisi vardır.¹⁰²

Daha sonra 18' inci yüzyılla bu hipotezler reddedilmiş¹⁰³ ve insan şahsının değerini esas alan ve bu doğrultuda insan şahsının insan olarak kendisinden ayrılmaz haklara sahip olduğunu savunan Fransız İhtilalinden sonra gelişen Ferdiyetçi doktrin temel hakların dayanağını oluşturmuştur. İşte bu şekilde teorik temellere dayandırılan ve İngiliz, Amerikan ve Fransız devrimleriyle muhtelif belgelerde formüle edilen bu anlayış sonucu klasik ya da geleneksel olarak adlandırılan Kişi Hürriyetleri ve Siyasi Haklar katalogu oluşmuştur. Bu hürriyetler halkasına Birinci Kuşak Haklar adı verilmiştir.¹⁰⁴ Birinci kuşak insan haklarını ağırlıklı olarak negatif statü hakları oluşturur. Bunlara koruyucu haklar katalogu da denilmektedir. Bu haklar kişiye, devlet, toplum ve üçüncü kişilerce dokunulamayacak özel, bağımsız bir yaşama alanı sağlar. Devletin bu alandaki düzenlemeleri, kişinin hak ve hürriyetlerini kullanmasını kolaylaştırmak amacına yöneliktir.¹⁰⁵

Klasik hak ve özgürlükler burjuvazinin feodaliteye karşı verdiği mücadele sonucu doğmuştur. 18' inci ve 19' uncu yüzyıl burjuva devrimleri, hak bildirimleri ve nihayet Anayasalarla egemenliğin millete ait olduğu ilan edilirken, bu ilkeyi vatandaşlara seçme ve seçilme hakkı vererek gerçekleştirmişlerdir.¹⁰⁶ Fakat bu devrimler ve ilgili belgeler bu hakları sadece belli bir serveti ve geliri olanlara tanımışlardır. Böylece egemenliğin sadece burjuva sınıfının elinde olduğunu göstermişlerdir. İlkçağ' da köleler,

¹⁰² KUZU, s. 20.

¹⁰³ Bkz. KAPANİ, s. 39.

¹⁰⁴ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 6.

¹⁰⁵ TUNAYA, Tarık Zafer: *Siyasal Kurumlar Ve Anayasa Hukuku*, İÜHF Yayını, 5. bası, İstanbul 1982, s. 188.

¹⁰⁶ " Eşitlik, özgürlük, kardeşlik" bayrağını yükselten burjuvazinin insan soyutlaması da yüzlerce yıllık geleneği sürdürerek kadınları dışlayan bir tutum sergiliyordu ve oluşum sürecindeki ulus- devletin kardeşliği, kadınları oy hakkının dışında bırakan " erkek kardeşlik" ti. Bu teori ve pratikteki tutarsızlığı gören kadınlar, kendileri için de doğal haklar talep etmekteydiler. Daha 17' nci yüzyılda liberal burjuva düşüncesinin öncüsü John Locke ile tartışmaya giren Mary Astell " eğer mutlak hükümlerlik devlet için gerekli değilse, nasıl oluyor da aile içinde gerekli sayılıyor? (...) Eğer bütün insanlar doğuştan özgürse, nasıl oluyor da kadınlar köle doğuyor" diye sormuştur, BERKTAY, s. 4.

kadınlar ve yabancılar dışında kalan vatandaşlar sınıfının istifade edebildikleri haklar, 18' inci yüzyılda bu sefer de sadece burjuva sınıfının kullanabildiği bir katalog oluşturmuştur. Birinci Kuşak İnsan Hakları, İnsan Hakları Bildirgesinin 2- 21 maddeleri arasında sıralanmıştır. Sivil toplumun gelişme dönemi de 18. yüzyıla denk düşer.¹⁰⁷

İkinci kuşak hakları ise sosyal, ekonomik ve kültürel haklar oluşturmuştur. Buradaki mücadele, ekonomik olarak güçsüz durumdaki kitlelerin siyasi ve toplumsal eşitsizliklere karşı mücadelesidir.¹⁰⁸ İkinci kuşak haklar, insanı hak sahibi yapmaktadır.¹⁰⁹ Devlet, vatandaşlarını sefaletten kurtarmak için müdahalede bulunacaktır, onlara insanca yaşama şartlarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaktır. Devlet, fertlerin hak ve hürriyetlerini gerçekleştirmek, onlara pratik bir değer kazandırmak, onları herkesçe faydalanılabilir bir hale getirmek ödevini yüklenmiştir. Bu demektir ki devletin ödevi özgürlüğün önüne çıkan engelleri kaldırmakla bitmiyor, herkesin bunları kolayca kullanabilmesi için gereken tedbirleri de alması gerekiyor. Devletin bu yeni sosyal fonksiyonuna paralel olarak hukuk da sosyal bir muhtevaya kavuşmuştur.¹¹⁰

Sosyal ve ekonomik hakların Anayasa metinlerine girişi ve yaygınlaşması 1. Dünya Savaşı' nın ertesinde başlar. O zamana gelinceye kadar Anayasalarda sadece klasik hak ve özgürlükler yer almaktadır.¹¹¹

2.3. GÜNÜMÜZ HAKLAR KATALOGU DAYANIŞMA HAKLARI VE BİR DAYANIŞMA HAKKI OLARAK HAYVAN HAKLARI

2.3.1. Genel olarak

Bugün dünyada yaşayan 183 maymun ve goril türü vardır ki, bunlardan 182' sinin vücudu kıllarla kaplıdır. Tek istisna, kendisine Homo Sapiens adını vermiş olan çıplak bir maymundur. ***Parlak bir başarıya***

¹⁰⁷ KUZU, s. 24.

¹⁰⁸ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 8.

¹⁰⁹ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 10.

¹¹⁰ KUZU, s. 26.

¹¹¹ KUZU, s. 28.

ulaşmış olan bu tür, zamanının büyük bölümünü davranışlarının soylu nedenlerini incelemekle geçirmekte, bu süreç boyunca da kendisinin de bir halkasından ibaret olduğu ekolojik bütünlük gibi küçük bir ayrıntıyı (!) atlamaktadır.¹¹² Öyle ki aklın gücü ve egemenliği ile sarhoş olmuş, kendisi ile ve birbirleriyle uğraşmaktan yeryüzünü anmaz olmuş bu türe yeryüzü, kendisi dışında hiçbir yerde var olamayacağını ihtar ediyor.¹¹³

Üçüncü kuşak haklar katalogu, İnsan Hakları sorununu yeniden sorgulamak bilinci ve çağın gereklerine göre yeniden yorumlamak çabasının ürünüdür. **İnsan dışı varlıkların göz ardı edildiği bir dünyada yaşıyoruz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin " her insan" diyerek başlaması, Antik Çağdan bu yana kat edilmiş yolda bir yandan övülecek yanını oluşturur iken, " yalnızca insanlar" biçiminde düşünülmesi bir yandan da zayıf noktasını oluşturmaktadır.** Oysa adı geçen bildirge,

" aşılanmış olanlar, sefiller için ilan edildi, dışlanmış bir halde açıkta, dışarıda, bedenleri ve sahip oldukları şeylere, rüzgara ve yağmura batmış yaşayanlar için ilan edildi, geçip giden yaşam süreleri hava koşullarına boyun eğenler, hiçbir haktan yararlanamayanlar, düşlenebilecek bütün savaşların mağlupları ve hiçbir şeyleri bulunmayanlar için ilan edildi."¹¹⁴

Dayanışma hakları olarak adlandırılan üçüncü kuşak hakların konusunu evrensel değerler oluşturur. Bu kuşaktaki hakların dayanışma hakları olarak adlandırılmasının nedeni, bir anlam kazanabilmesinin devlet sınırları ötesinde insanlık ailesinin bütün üyelerinin çabalarını birleştirmesini;

¹¹² MORRIS, Desmond: Çıplak Maymun, çev: Nuran Yavuz, İnkılap Yayınevi, İstanbul 1990, s. 7.

¹¹³ SERRES, M: Doğayla Sözleşme, çev: Turhan Ilgaz, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1994, s. 7 (Turhan Ilgaz' a ait önsözden). Ayrıca bkz. yukarıda s. 1-3.

¹¹⁴ SERRES, s. 49 ve 51.

bu doğrultuda kamu kurumlarının, mahalli idarelerin, fertlerin ve toplulukların katkısı, devletin müdahalesi ve katkısını gerekli kılmıştır.¹¹⁵

Bu yeni haklar katalogunu büyük uluslar arası toplantılar ve metinler olgunlaştırmıştır. Gerçi Birleşmiş Milletler Şartı da bunun ilk tohumlarını atmış, 1966 Paktları ise daha açık ifadelerle yer vermişlerdir; ancak bu konuda en önemli dönüşüm 1968’ de toplanan İnsan Hakları Uluslararası Konferansı sonunda yayımlanan Tahran Bildirgesi ile sağlanmıştır. 1982 yılında hazırlanan Dayanışma Haklarına İlişkin Uluslararası Üçüncü Pakt Ön Tasarısından sonra La Haye’ de toplanan 24 devlet, 1989’ da La Haye Bildirgesi ile yeni hakların somutlaştırılması yolunda adım atmışlardır. 1992’ de Rio’ da toplanan Dünya Çevre Zirvesi ve orada kabul edilen belgeler, önemli bir aşamadır. Haziran 1993’ te Viyana’da toplanan İnsan Hakları Dünya Konferansı da, ilan ettiği Bildirge Ve Eylem Programı’ nda üçüncü kuşak hakları doğrulamıştır.¹¹⁶

2.3.2. Dayanışma Haklarının Hukuki Niteliği

Dayanışma hakları kategorisi bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Bu yazarlara göre hak zannedilen bu hususlar esasen sadece güzel sözler, dilekler ve taleplerden ibarettir.¹¹⁷ Bu görüşe göre bu gruptaki hakların

¹¹⁵ HAMAMCI, Can: Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler, İnsan Hakları Yıllığı, 1983-1984, C. 5-6, s. 175; KABOĞLU, *Düşünmek*, s. 255.

¹¹⁶ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 530.

¹¹⁷ Doğanın bütünlüğü bilinciyle insan davranışlarının oluşturulması ve hatta sınırlanması ve hissedebilen canlılar olarak hayvanlara haklar tanınması fikirleri bugün güçlü bir felsefik akımı oluşturmaktadır. Ancak bu akım akademik felsefenin tekelinde değildir. Bu akımın, A. Naess, B. Devall veya G. Sessions gibi düşünürleri, H. D. Thoreau veya G. Snyder(ki Turtle Island/ Kaplumbağa Adası eseri ile 1975’ te Pulitzeren ödülünü almıştır) gibi şairleri, J. Muir (ki " Birgün türler arasında savaş çıkarsa, ayıların tarafında yer alacağım!" açıklamasında bulunmuştur.) gibi amacı uğruna çalışan gazetecileri, A. Leopold gibi çevrecileri, R. Carson ve J. Lovelock gibi fencileri, Ch. Stone gibi hukukçuları, " Yeryüzü Tanrı' ya aittir, onu kirletmeyeceksin, orada süregelen yaşamları tahrip etmeyeceksin" diye haykıran din bilimcileri, A. Huxley ve P. Shepard gibi ütopyistleri vardır, OST, François: *La Nature Hors La Loi, La Découverte*, Paris 2003, s. 152. Türkiye’ den, 1000 sayfalık İnsanlık kitabı ile hukuk virtüözü diye anılan İsmet Sungurbey’ leri, " (...)***Bizim her şeyimiz vardı. Evlerimiz, ışıklı salonlarımız, televizyonlarımız, mutfaklarımız ve o mutfaklarda buzdolaplarımız...Engelli çocukların yatılı yurdunda ise saat 18:00’ den sonra hiçbiri yoktu. Ama bizler hiçbir zaman tabaklarındaki altı köfteden üçünü parktaki köpeklere ayıran bu çocuklar***

konuları, alacaklıları ve borçluları tam olarak belirlenemez. Halbuki her hak belli bir hak sahibine, açık bir konuya ve kendilerine karşı ileri sürülebilecek belli bir veya birçok yükümlüye sahip olmalıdır. Bu yeni grup hakların ise sahipleri insan ve birey değildir, konuları genelde belirsizdir ve bu nedenle de bunları hukuken korumak çok güç hatta bazen imkansızdır.¹¹⁸

Bu temel eleştirinin yanı sıra, yeni grup hakların kabulünün temel haklar kategorisinin kavram birliğini ve uyumunu zedeleyeceği belirtilmiştir. Hukuk alanı dışında kabul edilen bu taleplerin hak olarak tanınması mevcut temel hakları bayağılaştıracaktır.¹¹⁹

Geleneksel insan hakları anlayışına bağlı bu yazarlara göre dayanışma hakları hukuki değere sahip değildirler, sayı bakımından insan haklarının sürekli artışı yerinde değildir.¹²⁰ Üçüncü kuşak hak ve özgürlüklere karşı çıkan yazarların önemli bir kısmının sadece klasik bireysel

kadar zengin olmadık. Değil altı köftemizden üçünü, bu koca dünyada bir çöplükte kazdığı çukura yavrularını doğuran anneye orayı bile vermeyecek kadar yoksuluz bizler. Ne balkonumuzdaki demiri tünemeleri için kuşlara, ne bahçemizdeki kutuların arkasını yavru kedilere verdik. Sokağın karanlığını bile esirgedik bizler. Her gece vicdan yoksulu insanların silah sesleri ve canlıların çığlıkları sürüp giderken, yarı aç uyuyan yatılı okul bebeklerinin, köftelerini parktaki köpeklerle paylaşan o engelli çocukların ne kadar varlıklı, duygularının ne kadar sağlıklı ve ne kadar zengin olduklarını hesaplayamam"(Hürriyet, 30 Nisan 2006) diye yazan Bekir Coşkun' ları, İstanbul Barosu Hayvan Hakları Komisyonunu vücuda getiren ve amaçları doğrultusunda fedakarca çalışan avukatları var bu akımın. Çünkü bu bir aşk. Bilimin hangi sınırlı alanına sığdırılabilir? Jean Dorst' un yazdığı gibi " Tabiat kurtulurdu, sadece insan ona karşı bir parça aşk duysaydı", DORST,J: Avant que Nature meure, Aktaran: OST, s. 151; Ve Jean- Marie Pelt' in sözleriyle " İnsanın; yaşam ile, doğa ile, kainat ile hafızalardan silinmiş uyumunu, bütünlüğünü yenilemek gerekiyor (...) toprakla aşk ile uğraşmak, cennet zamanı gibi, çünkü cennet yarın olabilirdi.", PELT, J.-M.: Les plantes, leurs amours, leurs problemes, leurs civilisations, Fayard, Paris 1980, s. 335- 336, Aktaran: OST, s. 151. Güçlü fikir akımlarını besleyen bu konu ahlaki savlara ve hukuki çözüm arayışlarına açılmıştır.

¹¹⁸ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 27; KABOĞLU, *Düşünmek*, s. 253.

¹¹⁹ " Buna göre dayanışma haklarının, pozitif haklar (örneğin işkenceye tabi tutulmama hakkı) ile sıradan özelemler (!) (örneğin silahsızlanma hakkı) arasında oluşturduğu acayip karma yapı, gerçekleşme yönünden bireysel hakların değerini azaltacaktır.", KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 28.

¹²⁰ KUZU, s. 34; KABOĞLU, *Düşünmek*, s. 253.

özgürlüklerle yetinip, sosyal ve kültürel haklara da itiraz ettiklerini belirtmek gerekir.¹²¹

Halbuki insan hakları sürekli bir evrim içindedir. Dayanışma hakları da çağdaş bireylerin yeni özlem ve hak taleplerine yeni kavramlarla cevap verme çabasından ibarettir. Daha önce güçlerin serbest hareketine ve böylece hukuk dışı düzenlemelere bırakılan konular, giderek hukuklaştırılmaktadır. Bu hukuk patlamasını durdurmak istemek, toplumsal devleti geriye götürmek ya da farklılıkları tanımamak anlamına gelir.¹²² Bunun yanı sıra "**dayanışma**", "**özgürlük**" ve "**esitlik**" birbirini **tamamlayan kavramlardır, bir bütünün yani özlem duyulanın bütünleyici parçalarıdır. Haklar kategorisindeki bu artış rast gele bir artış olmayıp, dünya vatandaşlığı, tabiat sevgisi, yaşam döngüsündeki zincirin halkalarından yalnızca bir tanesi-vazgeçilmez olmayan bir tanesi**¹²³- **olduğu bilinci gelişmiş maneviyatı yüksek insanın, yaşam kalitesini arttırmak, gelecek kuşakların da haklarını gözetmek hedefi ile geliştirdiği şartların meydana getirdiği bir artıştır. Bu yeni grup hakların günümüzde diğer hakların gerçekleşmesinin ön şartını oluşturuyor olması dahi dayanışma haklarının en azından felsefi ve moral açıdan temel**

¹²¹ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 530. Sözü geçen liberal düşünürler, devlete pozitif edimler yükleyen sosyal ve kültürel hakların da bir takım özlem ve dileklerden ibaret olduklarını, insan hakkı olarak nitelendirilemeyeceklerini, sadece sivil- siyasi hakların evrensel, üstün ve mutlak ahlaki haklar olduklarını söylerler. Yine bu düşünürler, sosyal ve kültürel hakların insan haklarına dahil edilmesinin, insan hakları alanını belirsizleştireceğini, laçkalaştıracağını savunurlar. Bir diğer eleştiri konusunu ise, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların muhatabının ve gerçekleştirilme yöntemlerinin belli olmayışı oluşturur. Buna göre insan hakkı olarak nitelendiremeyeceğimiz bu tür haklar, bireyin, toplumdan kendisine somut yararlar sağlamasına dair iddia ve talepleri içerir ki toplum, bu talebin muhattabı olabilecek bir kişi değildir, bkz. CRANSTON, Maurice: " İnsan Hakları Nedir?", çev: Atilla Yayla, *Sosyal ve Siyasal Teori Seçme Yazılar*, Siyasal Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1993, s. 251- 256; RIVERO, Jean: " Hukuk Bilimi Ve İnsan Hakları", çev: Ömer Anayurt, *Liberal Düşünce*, S: 12, Güz 1998, s. 18; HAYEK, Friedrich A.: *Kanun Yasama Faaliyeti Ve Özgürlük*, çev: Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları No: 345, Ankara 1995, s. 142.

¹²² REHBINDER, Manfred: " Çağdaş Toplumda Hukukun Gelişme Eğilimleri", çeviren: Ömer Teoman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1974, s. 489.

¹²³ OST, s. 248.

haklardan sayılması için yeterli sebeptir.¹²⁴ Sorun, " insan olmak, insan haklarına sahip olmaktır" ifadesinde somutlaşan insan merkezli insan hakları anlayışından kaynaklanmaktadır; bunu aşmak gerekir.¹²⁵

2.3.3. Uyum Çatışmayı Dışlamaz

İstek ve özelemlerin bu şekilde oluşumu ve hak talebinin hukuk normuna dönüşümü mevcut kurallarla uyumlu olmalıdır. Yeni hak mevcut hukuk sisteminin ve hürriyetler zincirinin tabii seyrini bozmamalı ve iç mantığı ile çelişmemelidir. Oysa dayanışma hakları genel olarak mülkiyet hakkı, teşebbüs hürriyeti, sanayi ve ticaret hürriyeti ile yani iktisadi nitelikli hak ve hürriyetlerle çatışabilir. Ancak şu unutulmamalıdır: " Uyum", " çatışma" yı dışlamaz. Uyum, iki hakkın karşılıklı "**uzlaşması**" biçiminde anlaşılabilen gibi, doğası gereği ya da ortaya çıkan nedene göre **birinin ötekini kayıtlaması** biçiminde de gerçekleşebilir. Örneğin Çevre Hukukunun gelişmesi, bir Hukuk Devleti' nde - dolayısıyla demokratik sistemde- teknik ilerleme ve ekolojik dengeler arasındaki " uzlaşma arayışını" simgeleştirir.¹²⁶ Çevre hakkı bir çok hak ve hürriyetlerle çatışabilir, hatta bazılarını sınırlandırabilir; ne var ki bu hak aynı zamanda genel çıkarları özel çıkarların önüne geçirme özelliğine de sahiptir. Bu şekilde kişiler arasında maddi eşitsizlikleri azaltmaya katkısı da olacaktır. Buna artı olarak değişik özgürlükler arasında ortaya çıkan çatışmalarda uzlaşma işlevini de görecektir. Her şeyden önce çevre hakkı, sağlığın, beden bütünlüğünün ve yaşam hakkının korunması konularında vazgeçilmezdir; o halde dayanışma

¹²⁴ ÖZDEK, s. 43 ve 101. Galtung' a göre, insan haklarının gelişim sürecinde aristokrasiye karşı koyan burjuvazi birinci kuşak, burjuvaziye meydan okuyan köylü ve işçiler ikinci kuşak, teknokrasiye karşı koyan kadınlar, çocuklar ve doğa üçüncü kuşak, Batı' ya meydan okuyan batılı olmayanlar ise dördüncü kuşak olarak değerlendirilir, GALTUNG, Johan: Bir Başka Açıdan İnsan Hakları, çev: Müge Sözen, Metis Yayınları, İstanbul 1999, s. 165.

¹²⁵ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 534.

¹²⁶ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 12; KABOĞLU, *Düşünmek*, s. 254

hakları bir yandan da öteki hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi için gerekli ortamın sağlayıcısı konumundadır.¹²⁷

2.3.4. Katalogdaki Haklar

Bahsedilen niteliklere uygun olarak dayanışma hakları kategorisine girebilecek haklar; çevre hakkı¹²⁸, gelişme hakkı¹²⁹, barış hakkı¹³⁰ ve insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı; bunların yanı sıra sosyal işlere katılma hakkı, bilgilenme hakkı, farklı olma hakkı, insani yardım hakkı; keza mülteciler hakkı, göçmenler hakkı... 1986' da Viyana Konvansiyonu' nun kabul edilmesinden bu yana doktrin, içlerinde hayvanların yaşama hakkının da bulunduğu bu hakların, jus cogens¹³¹ (buyruk kurallar)' e dahil olduğu kabul edilmektedir.¹³² Bazı yazarlar dayanışma haklarına **mutluluk hakkı değilse de, doğru dürüst varolma hakkı** demektedirler. İşte insanlık onuruna yakışır biçimde, yani doğru dürüst varolmak için kişilerin, grupların ve devletlerin içselleştirmesi gereken haklardır dayanışma hakları. Bu haklar bakımından yükümlülüğümüz sadece negatif değil, aynı zamanda pozitifdir. Üçüncü kuşak haklar kişilere, gruplara ve devlete ait olduklarından karmaşık haklar olarak vasıflandırılabilir. Herkes bu hakların alacaklısı olduğu kadar, borçlusudur da.¹³³

¹²⁷ KABOĞLU, Çevre Hakkı, s. 29; KABOĞLU, *Düşünmek*, s. 254; KUZU, s. 36.

¹²⁸ Bkz. Anayasa m. 56. Çelişki ve bilinçlenme evresi ancak sınai ve teknolojik gelişmelerin çevrede yol açtığı tahribat sonucu gerçekleşmiş; ancak o zaman dengeli, uyumlu ve korunmuş bir çevre özlemindeki ekolojist grupların ilk dar çemberi aşılabilmıştır ve konu her insana gerekli temiz ve sağlıklı çevre isteği ötesinde, insan türünün soyunu sürdürme sorunsalında düğümlenmiştir, KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s.11.

¹²⁹ Bkz. Anayasa m. 5 ve m. 17/ 1.

¹³⁰ Anayasamızda açık bir hüküm olmamakla birlikte Başlangıç kısmında yer alan Atatürk' ün " Yurtta sulh, cihanda sulh" ilkesi, "barış iradesini" yansıtır. Başlangıç kısmı Anayasaya dahil edildiğine göre barış hakkının Anayasal temelini mevcut olduğu söylenebilir, KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 557, dn. 85. Anayasa Başlangıçlarının hukuki değeri için bkz. NALBANT, Atilla: " Anayasa Başlangıçlarının Hukuki Değeri", *Argumentum*, Kasım 1990, C. 1, S: 4, s. 53-55.

¹³¹ Tanım ve tarihi gelişim için bkz. SHELTON, Dinah: " Normative Hierarchy In International Law", *The American Journal Of International Law*, Volume 100, No: 2, Nisan 2006, s. 297 vd.

¹³² SHELTON, s. 303.

¹³³ HAMAMCI, s. 176; ÖZDEK, s. 42.

İnsanoğlunun varlığını sürdürme sorununa ilişkin bu üstün değerlerin öznesi, aynı zamanda geleceğin insanıdır. Hatta bu, insanla sınırlı da değildir. Bu bağlamda ortak ana nokta, yaşam hakkıdır. Asıl vurgulanması gereken, İnsan Hakları anlayışındaki değişimdir. "**İnsan**" **merkezli insan hakları anlayışı artık aşılmıştır. 21' inci yüzyılda insanın kendisinin de yeryüzü yaşam ortamının bir ögesi olarak algılandığı hak ve özgürlükler anlayışı geçerli olacaktır.**¹³⁴

2.3.5. Toplum Sözleşmesi' nden Doğayla Sözleşme' ye Geçiş

Klasik kişi hak ve hürriyetlerinin dayanağını bulduğu " Toplum Sözleşmesi" nden esinlenerek çağımızın bu yeni kuşak hak ve hürriyetlerinin gerçekleştiği şartları oluşturan " doğa ortamı" nın korunmasının yeni bir sözleşme ekseninde yapılabileceği söylenir. Bu sözleşme, Doğayla Sözleşme' dir.¹³⁵ **Saygı ve temaşaya dayalı bu sözleşme, hakimiyeti varsaymayan doğal bir ortak yaşam ve karşılıklılık sözleşmesidir.**¹³⁶

Hukuku, kavram kapsamını yavaş yavaş genişlettiğimiz bir hak sahibinden kalkarak düşünürüz. Çalışmanın ilk bölümünde verildiği gibi, eskiden her önüne gelen, bu kavramın kapsamına giremiyordu. İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi genel olarak her insana hak sahibi olma konumuna erişme olanağı vermiştir. Aynı anda Toplum Sözleşmesi tamamlanmaktadır; ne var ki sahiplenmenin edilgin nesnelere konumuna indirgenmiş şeylerin devasa bütünü durumundaki dünyayı dışarıda bırakarak kendi üzerine kapanmaktadır. Bilginin ve eylemin sahibi bu kapsamda bütün haklardan yararlanırken, konuları hiçbirinden yararlanamamaktadır.¹³⁷

İnsanların dünyası anlamında dünya, şeylerin dünyası anlamında dünyaya durmaksızın kayıplar verdirilmektedir. " Ne zamandan beri? Descartes' in akıl bağlamında önerdiği hakimiyet ve sahiplenme, insanlığın

¹³⁴ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 31.

¹³⁵ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 560; KUZU, s. 43.

¹³⁶ SERRES, s. 52.

¹³⁷ SERRES, s. 9.

yaşama düsturu olduğundan beri.”¹³⁸ ***Tuhaf bir şekilde akıl, hukuk alanında da fen bilimlerinde kazanmış olduğuna oldukça yakın bir statü kazanır: Bütün haklara sahiptir, çünkü hukuku o kurmaktadır.*** Bir kez daha, haklarından yoksun kılınmış varlıkların haklarını yazarak, yenilenlerin hukukunu saptamamız gerekmektedir.¹³⁹

Ortak yaşam felsefesi de tam bu noktada ortaya çıkmaktadır. Serres’ in Doğayla Sözleşmesi, bir ortak yaşam sözleşmesidir; öyle ki “ saltlıkla toplumsal olan sözleşmeye, doğal bir ortak yaşam ve karşılıklılık sözleşmesine geçişi katmak; şeylerle olan ilişkimizin, beğeniyle dinleme, karşılıklılık, temaşa ve saygıya yer vermek üzere hakimiyeti ve sahiplenmeyi bırakacağı, bilginin mülkiyeti, eyleminse hakimiyeti varsaymayacağı, ve de berikilerin ötekilerin sonuçları ya da dışkısız beslenme koşulları olmayacağı bir doğa sözleşmesine geçişi eklemek” olarak davasını özetler. Nesnel savaşın ortasında bir ateşkes sözleşmesi, ortak yaşam sözleşmesi onun doğa ile sözleşmesi. Ve ekliyor; “ Ortak yaşayan, ev sahibinin hakkını kabul eder; oysaki asalak, talan ettiği ve üzerinde yaşadığı şeyi, sonunda bizzat kendisini yok olmaya mahkum ettiğinin bilincine varmaksızın ölüme mahkum ediyor.”¹⁴⁰

Bu akım, kelimenin en geniş anlamıyla kültürel bir akımdır. Ontoloji (varlık bilimi), epistemoloji (bilgi kuramı) ve aksiyolojiyi (değer yargılarının özünü ve niteliklerini araştıran ahlak disiplini) harmanlayan; Darwin’ in Türlerin Kökeni’ nde insan türüne ait imtiyazları ortadan kaldıran fikirleri ile iletişim içinde ekolojinin bitki, hayvan ve ekolojinin cansız unsurlarının ortaklık ve uyum içindeki birliği olduğunun; kentleşmenin, endüstrileşmenin, ihtiyacından fazlasını tüketme kültürünün yeryüzü ile uyum sürecinde tehlikeli bir engel olduğunun bilincinde bir akımdır. ***Yaşamın farklı bir vasfını arayış, daha sağlıklı bir beslenme düzeni***

¹³⁸ SERRES, s. 48. 1972’ de Los Angeles’ in belediye meclisi şehrin başlıca caddeleri boyunca plastikten 900 ağaç “ dikmeye” karar verdiğinde, Descartes’ in hayali gerçekleşiyordu: Dünya plastikleşebilir. Bu aynı zamanda zihniyetlerin de “ plastikleştiğini” gösteriyordu, OST, s. 25.

¹³⁹ SERRES, s. 49.

¹⁴⁰ SERRES, s. 52.

gibi olgularla kimi zaman kendini gerçekleştirmeyi sağlayan; merkezileşmemiş demokrasi¹⁴¹, toplumsal manasıyla azınlıkları kapsayıcı geleneği ve öğretisinde canlı varlıkların bütünü kapsayan bir bölgecilik yönüyle de siyasi hareketini alan bir akımdır.¹⁴²

2.3.6. Dayanışma Haklarının Sınırları

İnsan haklarının sınırları iki kaynaktan gelir. Bunlardan ilki hak ve özgürlüğün doğası, ikincisi toplumdur. Hiçbir özgürlüğün kullanılması şiddet içeremez; hiçbir hak kötüye kullanılamaz. Yani bu sınırlamalar, herkesin insan haklarından yararlanabilmesi içindir. Dayanışma haklarının da getirdiği kendine özgü kayıtlamalar ve önlemler vardır.¹⁴³

“ Doğayla Sözleşme” hak ve hürriyetlere yeni bir bakış açısı getirecektir. Bilindiği üzere “ Toplumsal Sözleşme” çerçevesinde mülkiyet hakkı mutlak ve “ kutsal” bir hak olarak kabul edilmişti. Günümüzde ise bu hak “ Doğayla Sözleşme” çerçevesinde çevre hakkı ile birlikte ele alınacağından artık sınırsızlığı kalkacaktır.¹⁴⁴ Sürdürülebilir gelişme, uluslararası rekabetin sınırlanması, silah üretim aygıtlarının dönüşüme uğratılması, savaş propagandası yapamama dayanışma hakları ile gündeme gelen sınırlamalardır.¹⁴⁵

O halde yeni haklar katalogunun sınırları kendine özgü ikili bir yapı arz etmektedir: Bunlardan ilki sınır ötesi faaliyetleri ve devletlerarası ilişkileri kapsamına alan sınırlamalar, ikincisi ise gelecek kuşaklara karşı

¹⁴¹ ***Demokrasi, belli bir sınıf, zümre, cinsiyet ya da türe özgülenemez. Her türlü ayrımcılığa karşı durur. Geçmişindeki hümanist gelenek, onu her zaman “ insansal” olandan yana tavır takınmaya zorlar. Bu nedenle ezilenin, horlananın, kadın ve çocuk haklarının, çevrenin, bu arada hayvan haklarının yanındadır. Jules Michelet’ nin bir yüzyıldan fazla bir zaman önce söylediği şu sözler hep hatırlanmalıdır: “ Hayvan Haklarının tanınıp korunmadığı bir toplumda, demokrasi olamaz!”***, TANİLLİ, Server: Nasıl Bir Demokrasi İstiyoruz, Alkım Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2007, s. 30.

¹⁴² OST, s. 154.

¹⁴³ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 19.

¹⁴⁴ KUZU, s. 43.

¹⁴⁵ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 19.

ödevler ve yükümlülüklerdir.¹⁴⁶ Dayanışma hakları ilk iki kuşaktan farklı olarak ahlaki temele dayanan hukuk-ötesi sınırlara tabidir; bu nedenle ödevler, yeni hakların hem sınırı, hem de gerçekleşme aracıdır.¹⁴⁷

2.3.7. Dayanışma Hakları Kapsamında İnsanlara Düşen Ödevler

Bu şekilde yeni kuram insan haklarının boyutunu değiştirecek; kişi-iktidar ilişkisi, kişi- iktidar- doğa ilişkisi şeklinde üçlü bir temele oturacaktır. Yüzyıllar boyunca sadece insana karşı sınırlandırılması kabul edilen siyasi iktidar, artık doğaya karşı da sınırlanacaktır; bu da Batı Liberal Anayasacılığının özünün değişmesini gerektirmektedir. Bunun için de öncelikle İnsan Hakları' nın simetrisi olarak öğretilen İnsan Ödevleri Bildirgesi görüşü, aslında Doğa Sözleşmesi temelinde geçerli kılınmalıdır. Birçok Anayasa ve insan haklarına ilişkin uluslar arası belge, haklar karşısında ödevlere de yer vermektedir.¹⁴⁸ Ancak burada söz konusu olan, bağımsız bir Ödevler Bildirgesidir.¹⁴⁹

Aslında insan hakları karşısında ödevlerden değil, daha çok hukuki kurallara bağlı ve ihlali halinde öngörülen yaptırımın mahkemelerce güvence altına alındığı yükümlülüklerden bahsedilir.¹⁵⁰ Çünkü ödevlerin kaynağı ahlak, hakların kaynağı hukuktur. Doğayla ilişkilerde ödevlerin ön plana çıkartılması bu noktada önem kazanır. Dayanışma Hakları yeni anlayış ve yaklaşımları bünyesinde barındırır. Bunların gerçekleşmesi için sadece bağlayıcı kuralların konması ne yeterlidir, ne de olanaklı. O nedenle konunun ahlaki boyutu vurgulanmalıdır. Dayanışma haklarının ahlaki boyutu, ödev kavramını beraberinde getirmektedir. Bu nedenle İnsan

¹⁴⁶ Birinci kuşak haklar mutlak ve kutsal, ikinci kuşak haklar göreceli ve laik, üçüncü kuşak haklar ise dayanışmacı ve evrensel özelliğe sahiptir, KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 24.

¹⁴⁷ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 19.

¹⁴⁸ Bunu en ileriye götüren metin Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı' dır, KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 562, dn. 95.

¹⁴⁹ KABOĞLU, *Dayanışma Hakları*, s. 56.

¹⁵⁰ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 562; AÇIMUZ, Bige/ PINTUS, Rossella: " Droits et Devoirs en Droits de l' Environnement", Yıldızhan Yayla' ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No: 4, İstanbul 2003, s. 1.

Ödevleri Bildirgesi görüşü, " Doğa Sözleşmesi" bağlamında geçerli kılınmalıdır. Dayanışma Hakları üzerine yürürlüğe konacak Uluslararası Pakt, bir Ödevler Bildirgesi ile tamamlanmalıdır.¹⁵¹

O halde doğa ile ilişkilerde ödevler ön plana çıkarılmalı, insan-hayvan ilişkileri de bu bağlamda ele alınmalıdır.¹⁵² Bu sayede insan ve iktidar ile Doğa arasındaki ilişkilerin dönüşüme uğrama sürecinde hak ve özgürlükler sorunlarının dayanışma bağlamında algılanabilmesine olanak doğacaktır. Anayasalar da açık ya da örtülü olarak bu yeni doğa algılamasının sacayağını oluşturmaya başlamışlardır.¹⁵³

O halde birinci ve ikinci kuşak haklar katalogunu açıkça veren 1966 tarihli Kişi Hakları ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine karşılık gelebilecek ve tamamlayacak bir " Dayanışma Hakları Uluslararası Sözleşmesi" yapılmalı ve buna ek olarak İnsan Ödevleri Bildirgesi hazırlanmalıdır. Zira yeni haklar demetinin uygulamaya geçirilmesi klasik insan hakları anlayışıyla pek imkan dahilinde gözükmemektedir. Yeni yaklaşımda insan ve iktidar ilişkilerine tüm varlığı ile doğa unsuru da girecek, böylece hak ve hürriyetler sorunu dayanışma temelinde ele alınacak ve algılanacaktır.¹⁵⁴

2.3.8. Dayanışma Hakları Kapsamında Hayvan Hakları

Dayanışma Haklarına özgü hak ve ödevlerin hukukça tanınmasındaki güçlükler yukarıda da sözü geçtiği gibi ilk olarak insan dışı varlıklara ve insanlık ve gelecek kuşaklar gibi birey dışı grup ve topluluklara hukuki kişilik tanıma noktasından çıkmıştır. Hukuk, düzenlemelerini ancak kişi ve hak kavramlarından yola çıkarak yapabilir. Hak, hukukun varlığını tanıdığı kişilere hastır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki hak sahipleri doğal değildir; ona bağlı imtiyazlar, yürürlükteki hukuki düzen tarafından bahşedilmiştir. Bu nedenle bu kavramın kapsamı, Antik Çağ' dan bu yana

¹⁵¹ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 563.

¹⁵² KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 563, dn. 563; KUZU, s. 44.

¹⁵³ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 563.

¹⁵⁴ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 563.

farklılıklar arz etmiştir. Roma Hukukundan bu yana hukuki kişilik verilmiş hak sahibinin üç özelliği olduğunu görüyoruz: Bunlardan ilki, sui juris hukuki muamelelerde bulunabilme yeteneğidir. Hukuki kişiliğin bu yeteneğine özel hukuk bakımından ehliyet, kamu hukuku bakımından yetki adı verilir. Hukuki kişiliğin ikinci özelliği, hak sahibinin iradesinin özerkliğidir. Bu, sözleşmeler hukukunun esaslı kavramlarından. Bu özerklik, sorumluluğun hak sahibine atfedilmesini de sağlar. Son olarak hak sahibi, hakkının ihlali halinde yargıya başvurabilir. Hak sahibi, bu üç özelliği ile birlikte düşünüldüğünde, hak sahibi kavramının, sorumluluk ile hak ve yükümlülüğün birlikte varlığını içinde barındırmasından hareketle hukukun kaçınılmaz olarak insanmerkezci olması gerektiği savunulmaktadır. İnsan dışı varlıklara hukuki kişilik tanınmasının mevcut hukuk yönünden imkansızlığının yanında, ayrıca gereksiz olduğu da savunulmuştur: 28 Ekim 1982 Dünya Doğa Şartı veya 1989’ da tekrar gözden geçirilen 15 Ekim 1978 tarihli Hayvan Hakları Evrensel Beynamesi de esasen insanların çevre ve hayvanlara karşı ödevlerini ortaya koymaktadır. Hukuk kuralını tayin edici olarak yine insan merkezdedir. Önemli olan hayvanlara hukuki kişilik tanımak değil, ama hayvanları korumak için elverişli mekanizmaların oluşturulmasıdır.¹⁵⁵

İşte hayvanlara hukuki kişilik tanımak ihtiyacı da tam olarak bu noktadan kaynaklanmaktadır: “ hayvanları (insanlardan) korumak için elverişli mekanizmaların oluşturulması” ndan. Çünkü “ epistemolojik açıdan hepsi de gemlenmiş, sahiplenilmiş hukukun lafzındaysa, hepsinin yeri

¹⁵⁵ AÇIMUZ/ PINTUS, s. 2- 3. Rousseau ve Kant’ in söylemleri de hayvan refahını insanlara düşen ödevler noktasından gerçekleştirmek yönündedir, OST, s. 231. Aynı yönde bkz. SOHM- BOURGEOIS, Anne- Marie: La Personnification de L’ Animal: Une Tentation A Repousser, Chroniques, Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation, Dalloz 1990, s. 35; OST ise konunun çözümünün bir çıkmaz sergilediği düşüncesini şu şekilde ifade eder: “ **Ya hayvanların hakları mutlak kabul edilecek ve insanların anayasal hakları kısıtlanacaktır; ya hayvanlar hukukun nesnesi olmaya devam edecek ve korunmaları hayal ürünü olarak kalacaktır**”, OST, s. 230-231. Ost’ un çekincesini, yukarıda “ Uyum, çatışmayı dışlamaz” başlığımıza atıfta bulunarak giderelim, bu arada acısı ve hazzı insanınki kadar gerçek olan hayvana hak sahipliği sıfatını bahşetmemenin ahlaken geçerliliğinin açıklanamaz olduğunu ve insanın hayvanlar üzerinde ahlaken hiç bir keyfi tasarruf hakkının olmadığını hatırlatalım, bkz. HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 29.

minördür.”¹⁵⁶ Toplumsal hafızaya da hayvan, kanun koyucu tarafından biçilmiş eşya statüsü konumuyla yerleşecektir.¹⁵⁷ **İnsaninki kadar gerçek olan acısı, sevinci, sevgisi, alışkanlıkları, yaşamını devam ettirme temel güdüsü** göz ardı edilmeye, ya da kürk giymek, av “ sporuyla” ilgilenmek, makyaj yapmak gibi insanın zorunlu (!) ihtiyaçları el verdiğiince göz önünde bulundurulmaya mahkum kalacaktır. Hayvana kişi statüsü verilerek, Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi kapsamında temel hakların tanınması ise hayvanın haksız fiil sonucu uğradığı zararın giderilmesine yönelik tedavi masraflarının tümüyle karşılanması için hayvanın temsilcisi tarafından talep edilecek maddi giderim ile hayvanın sahibinin bu zarar nedeniyle uğradığı manevi zararının giderimi taleplerini sağlam bir zemine oturtacak; hayvan lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufları geçerli kılarak hayvanın hakkından insana da pay ayırmak zorunda kalmadan, ölen kişinin son arzusunun tam anlamıyla yerine getirilmesini sağlayacak; hayvan ile besleyeni arasındaki özel ilişkinin görmezden gelinme çabaları boşa çıkacak ve komşular arası anlaşmazlıkların bedeli hayvanlara ödettirilemeyecek; tedavi ve koruma amacı olmayan, tıbbın gelişmesine hizmet eden deneysel amaçlı uygulamaların hayvan üzerinde uygulanması kişilik hakkını zedeleyeceğinden, hayvanları insafsız acılar içerisinde bir yaşam ve bu acılar sonucu yapayalnız bir ölüme mahkum eden acımasız¹⁵⁸, anlamsız ve amaca

¹⁵⁶ SERRES, s. 50; Bir çok ilerici, hayvanların “ insanca” işkenceye maruz kalması, “ insanca” öldürülmesini kabul eden hayvan refahı hareketini destekler, hayvanlara haklar tanınması fikrini reddeder. Oysa “ hayvanların mülk statüsünün, kölelere sahiplerinin, kadınlara eşlerinin ya da babalarının malı olarak muamele edilmesinden hiç de farklı değildir. **Hissetme yetisine sahip varlıkların köle ya da mal statüsüne indirildiği hiçbir durumda “ sahip” leriyle aralarında çıkan çıkar çatışmasında kazanan taraf onlar olmayacaktır.** Köle sahiplerinin kölelerini nedensiz yere öldürmesini yasaklayan kanun hiçbir zaman uygulanmadı, çünkü mahkemeler kendi “ mal” ına kasten zarar veren bir kişinin geçici delilik yaşadığına karar veriyordu. “ Parmak hesabı” ifadesi, erkeklerin eşlerini başparmaklarını geçecek kalınlıkta bir sopayla dövmesini yasaklayan bir kanuna dayanır. Bu, kocalarının malı olarak görülen ama ahlaki muameleyi de hak ettikleri düşünülen kadınları korumak amacıyla tasarlanmış “ refah temelli” bir yasaydı.”, CHARLTON, Anna E./ COE, Sue/ FRANCIONE, Gary L.: “ Sol Neden Hayvan Haklarını Desteklemeli”, çeviren: Elçin Gen, Birikim Dergisi, Temmuz 2005, S. 195, s. 54 .

¹⁵⁷ Bu konuda bkz. SUNGURBEY, *Hayvan Hakları*, s. 71’ de Önay Sözer’ in görüşleri.
¹⁵⁸ “ Her yıl 1 milyardan fazla canlı varlık laboratuvar deneyleri için katledilmektedir. Bu deneylerin % 80’ ini eğitim amaçlı mükerrer uygulamalar oluşturmaktadır. Bu konudaki araştırmalarını kitap haline getirecek olan bir gönüllümüzün notlarından

uygun olmayan¹⁵⁹ hayvan deneyleri son bulacaktır. Bunlar ve hayvanların acımasızca istismarını konu edinen bir çok uygulamanın son bulmasında hayvanlara kişi statüsü tanınmasının temel önemi vardır.

Son zamanlarda Özel Hukuk bakımından hakkın merkezi önemine karşı eleştirici görüşler çoğalmış ve hak sahibinin ödevlerine de yer bırakması ve bu sayede hukuk düzeninin görevlerinden olarak bireysel hak durumlarının korunması yanında, ortak amaçlar için bir hukuksal topluluğun üyelerinin birlikte çalışmasının örgütlenmesinin de bulunması gereği nedeniyle " hukuksal ilişki" merkeze oturtulmak istenmişse de; Özel Hukuk için yalnızca hak figürünün yeterli olamayacağı eleştirisinin haklılığı bir yana,

bazı bölümleri aktaralım; (...) insanlarda rastlanan şizofreni hastalığının tedavisi için tavşan denekler kullanan sayın Hamdi Atasoy' un 34 No' lu deneyi, sadizimin doruğuna ulaştığını tespit etmemize yardımcı oluyor; " Tavşanın 3 defa ara ile derecesini aldım(...) Bu tavşanı frijiderin (buzdolabı) içindeki buz yapan kutunun içerisinde beklettim. 1.5 saat sonra çıkardığımda hayvan tamamen donmuştu. Ayağımla vuruyordum, bir odun parçası gibi oradan oraya savruluyordu (...)" Hamdi Atasoy canlı canlı dondurduğu tavşanı, elektrik vererek hayata döndürdüğünü iddia etmektedir. (...) Claude Bernard' ın ölüm yıldönümünde müritlerinden Roma Üniversitesi öğretim üyesi Prof. Bolli, binlerce tavşanın gözlerini kaşıkla oyarak retina tabakası renginin kırmızı olduğu keşfinde bulunmuştur. Oysa retina tabakası şeffaftır(...) Uzun süre baş tacı edilen, ancak daha sonra şarlatan olduğu anlaşılan Güney Afrikalı Doktor Christian Bernard' ın hayvandan insana yaptığı bir kalp nakli ameliyatını anlatan Hans Ruesch, Bernard' ın hayvanı uyuşturmadan canlı canlı kalbini sökmesini ve ses tellerini kesmeyi unutmaması sebebiyle hastanenin ayağa kalktığını yazmaktadır(...) Gazi Yaşargil deneylerinden birinde zavallı kedilerin kafataslarını testere yardımı ile açar (...) Yerine şeffaf pleksiglas takar, bu sayede damarlarını ameliyatla birbirine ters yönde bağladığı hayvanların beyinlerinde oluşan ödemleri gözlemleyebilecektir(...) Kurbanların hiçbiri uyuşturulmaz, zira uyuşturulmuş hayvanlardan reaksiyon almak mümkün değildir (...) Palermo Üniversitesi' nde öğrenciler ve bilim adamları ayaklanarak Fizyoloji Enstitüsü' nü basar (...) Fizyoloji Enstitüsü' nde kedilerin optik kiyazmalarının kesildiği saptanmıştır (...) Beyinlerine elektrodlar yardımıyla elektrik akımı verilerek çıldırılan kedilerin kürarla zehirlenerek paralize edilmiş ve aynı kafese kapatılmış fareleri parçalıyışları tespit edilmektedir (...) Kürarla zehirlenen hayvanlar paralize olmakta, ancak acı çekme kabiliyetleri azalmayıp aksine artmaktadır (...) Bilim adamlarını isyan ettirerek savcılığa başvurmalarına sebep olan olaylar bunlardır (...) Canlı hayvan deneyleri (viviseksiyon) bilimin ve insanlığın utancıdır (...) Canlı hayvan deneylerine sırf bilimsel açıdan karşı çıkılsaydı, Mevlana' dan Wagner' e, Gandi' den Vinci' ye kadar tüm değerlerimizin şu sorusunu yanıtlayamazdık: Peki insanlık ne kazandı?", İstanbul Hayvanseverler Derneği' nin araştırması, Aktaran: SUNGURBEY, *Hayvan Hakları*, s. 77.

¹⁵⁹ Bu konuda bkz. SUNGURBEY, *Hayvan Hakları*, s. 66' da Hayvanlarda Deneylere Karşı Hekimler Birliği' nce yayınlanan Bildiri ve s. 78 vd' nda Prof. Dr. Süreyya Tahsin Aygün' ün, Hayvanlarda Deneylerin Kaldırılması İçin Dünya Birliği' nin 1967 yılındaki Amsterdam Kongresi' nde " Hücre Ve Doku Kültürleri Ve Hayvanlarda Deneylere Alternatif Olarak Kullanılmaları" başlıklı bildirisi.

bu, asla vazgeçilebilir bir şey değildir. Çünkü **bir kişinin ödevlerini Özel Hukuk yönünden yerine getirilebilir kılmak için en etkili araç, başka bir kişinin buna uyan bir isteminin - böylece bir hakkının-kabulüdür.** " **Çevre korumaya karşı işlenen bir çok günahlar - örneğin sanayi atıklarına ya da uçakların zorunlu olmayan uçuşlarına karşı- Özel Hukuka ilişkin işte bu yapmama istemlerinin geri çevrilmiş olmasından ileri gelmektedir; hakkın erozyonu (aşındırılması) burada öcünü daha acı bir biçimde almıştır.**"¹⁶⁰

Öte yandan modern hukukta kişilik kavramı yalnızca hak yeteneğinden ibaret olmayıp; yaşama, beden tamlığı, beden ve ruh sağlığı,

¹⁶⁰ MEDICUS: Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg 1982, § 10, II, 3, No: 72, Aktaran: SUNGURBEY, *Hayvan Hakları*, s. 128. Yargıç Douglas, Sierra Club' un Mineral King'i konu alan davasında, **doğanın unsurlarının sömürülmesi karşısında en etkili yolu, bu unsurların her birine kişilik tanınması ve bu unsurlara yönelen tehdit ve tecavüzlerin kamu menfaati ötesinde her bireyin özel menfaatini ihlal ettiğinden, menfaati ihlal edilen her bireyin tehlike veya tecavüze maruz kalan bu unsurları temsilen onların haklarını arayabilmelerinin, bu anlamda onların birer sözcüsü olmalarının hukuki yolunun açılması olarak tespit etmektedir. Hukuk, ihtiyaçları doğrultusunda insan topluluklarına ve hatta cansız varlıklara dahi kişilik tanımıştır. İnsan soyunun yok olması noktasında kilitlenmiş ekolojik yok oluşa karşı hukuki savaşın sadece " kamu menfaati" noktasından yürütülmesi aslında kamu menfaati kavramını da manasız hale getirmektedir**, 405 U.S. 727, 92 S.Ct. 1361, Westlaw, s. 8 vd. Limoges Bildirgesi, özel kişilere bireysel olarak veya çevreyi savunma dernekleri aracılığıyla yönetsel ve yargısal makamlara başvuru hakkının tanınmasını da öngörmektedir. Çevre konusundaki uyumsuzlukların, Devletlere olduğu denli kişilere de açık bir Uluslararası Yargı Kuruluşuna tabi tutulması tavsiye edilmektedir. Bu doğrultuda derneklerin, çevre korumasının etkililiğine ve gerçekleşmesine geniş biçimde katkıları ve çevre korumasına herkesin katılımını somutlaştırmaları göz önüne alınarak, çevreye zarar verilmesi durumunda derneklere, yönetim ve yargı makamları önünde başvuru hakkı tanınarak, çevreyi savunma derneklerinin yargı yoluna başvurma haklarının genelleştirilmesi ve güçlendirilmesinin vurgulanabileceği tespit edilmiştir. ÇED (Çevresel Etki Değerlendirmesi) ve içeriğinden kamuoyunu bilgilendirme hakkını düzenleyen 10' uncu maddeye göre, **bireyler ve çevre koruma dernekleri, çığnenen çıkarları bulunmasa da, yönetsel ve yargısal makamlara başvuru hakkına sahip olmalıdırlar.** Ekolojik zararlar kusursuz sorumluluk, ceza sorumluluğu dışında bir genel ilke olarak ulusal ve uluslar arası metinlerde yer almalıdır (m. 7/ 1). Bu ilke, tehlikeli etkinliklerle sınırlanmayıp, çevreye yönelik bütün zarar varsayımlarına uygulanmalı, ancak kusurlu davranışların yaptırıma bağlı kılınmasını yasaklamamalıdır, Çevre Hukuk Dernekleri Dünya Toplantısı Limoges Bildirgesi 16 Kasım 1990, Argumentum, Mart 1991, C.1, S: 8, s. 123. Bu konuda ayrıca bkz. SEROZAN, Rona: " Doğal Çevrenin Özel Hukukun Araçlarıyla Korunmasındaki Yetersizlikler", Prof. Dr. Selim Kaneti' ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul 1996, s. 110.

özgürlük, onur gibi kişisel değerler üzerindeki kişilik hakkını da kapsamaktadır. Hayvanlara hak ehliyeti ile Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesinde sayılan bu hakları tanımak başka şey, bunların kimi kişi ve kuruluşlarca kullanılması başka şeydir. Burada temel sorun, ilke olarak bu yeteneğin ve hakların tanınması sorunudur.¹⁶¹

Üçüncü kuşak haklar katalogu içerisinde yapılacak bir sıralamada uluslararasıdan ulusala, kavramdan ögelere kazandığı normatif değer ile en güçlü insan hakları halkasını oluşturan çevre hakkının¹⁶² koruduğu konu yaşamın kendisi ve biyosferdir; bu bakımdan " biyosferin çevre hakkı" nitelemesi anlamlıdır. Çevre hakkının konuları arasında yer alan değerler, aynı zamanda çevre hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Zira çevre hukuku, doğal ögeler veya ortamlar üzerine beşeri faaliyetlerin etkisini ortadan kaldırma veya sınırlandırma amacı güden hukuk dalıdır. Çevre konusunu oluşturan değerler, çevre hukukunun koruma alanına girer. Doğal yaşamın korunması, çevre hukukunun en temel işlevidir; bu nedenle hayvan türlerinin korunmasını kapsamına alan doğa hukuku, çevre hukukunun ilk boyutu olarak belirtilebilir.¹⁶³ Ancak burada korunan birey olarak hayvan değil, türdür.¹⁶⁴ Oysa Doğayla Sözleşme, Ortak Yaşam Felsefesi ve bu

¹⁶¹ HATEMİ, Hüseyin: " Hayvanların Hak Ehliyeti Ve Sınırları", SUNGURBEY, İsmet: Hayvan Hakları, İ. Ü. Basımevi Ve Film Merkezi, 2. Bası, İstanbul 1993, s. 143.

¹⁶² KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 539.

¹⁶³ KABOĞLU, İbrahim: Çevre Hakkı, İletişim Yayınları, İstanbul 1992, s. 42.

¹⁶⁴ YILMAZ, Halil: Hayvan Haklarına Bakış, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 62, 2006, s. 224; " Ülkemizde 2872 sayılı Çevre Kanunu çerçevesinde tür korunması, 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu çerçevesinde de alan koruması biçiminde hayvan varlığımızın korunmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. (...) Ancak dünyadaki gelişmeler hayvanların daha geniş kapsamda korunması yolundadır. Bu amaçla Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi metni, Uluslararası Hayvan Hakları Birliği ve ona bağlı ulusal birlikler tarafından 21- 23 Eylül 1977 tarihinde Londra' da hayvan hakları konusunda yapılan üçüncü uluslararası toplantıda kabul edilmiştir. Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi ise, Paris' te UNESCO Sarayında 15 Ekim 1978 tarihinde törenle ilan olunmuştur. (...) Evrensel Bildirge' nin amacı, insanlığın evrenle uyumunu yeniden kurmasına yardımcı olmaktır. **Bu eşitçilik, insanın, yaşama karşı saygı duymasını amaçlar. Hayvan Haklarına saygı, zorunlu olarak İnsan Haklarına da saygı demektir. İnsan için yaşamın bütün biçimlerine saygı ödevi olmalıdır. Bu saygı, bütün canlı varlıkların birliğine ve çeşitliliğine olduğu gibi, hayvanın onuruna karşı da kendini göstermektedir.** (...) Hayvanları Koruma Kanunu, hayvanların korunması ve yaşama haklarının güvence altına alınması amacıyla hazırlanmıştır.", İnsan Hakları

felsefenin ürünü Ortak Yaşam Hukukuna dayanır. **Ortak Yaşam yaklaşımının birbirini tamamlayan üç temel niteliği vardır: canlı varlıkların bütünlüğü, merkezci olmama¹⁶⁵ ve canlı varlıklara haklar tanıma.**¹⁶⁶ Yaşam ağı içinde canlı varlıkların birbirleriyle ortakyasar (

Koordinatör Üst Kurulu, Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Uygulaması, Kazancı Otomasyon Sistemi (01.02.2007)

¹⁶⁵ İnsanmerkezci, canlımerkezci ve çevremerkezci yaklaşımlar ile diğer yaklaşımlar ve eleştirileri için bkz. ERTAN, s. 7-52.

¹⁶⁶ Ortak yaşam felsefesinin gelişmesi ve ekolojik yok oluşun dayattığı Dayanışma Hakları ile gündeme alınan canlı varlıklara haklar tanınması durumu, İslam Hukuku'nda zaten yer almakta idi. Diğer kitaplı dinlerden farklı olarak İslam, Ortak Yaşam Felsefesini benimsemiş, insanın, ekolojik dengenin bir unsuru olduğunu, insan ve doğanın iki ayrı ve birbirine yabancı unsur olmadığını, zincirin her halkasının aynı Yaratıcı tarafından yaratılmış olduğunu, insanla tabiat arasındaki farklılığın sadece derece farklılığından ibaret olduğunu, bu farklılığın insana tabiatı ve tabiatdaki mahlukatı istediği gibi kullanmasını değil, belli bir sorumluluk duygusuyla ve israf etmeden kullanmasını gerektirdiğini, **insanın farklılığının esasının, tabiatın diğer unsurlarından farklı olarak, onun tüm yaratıklara karşı olan yükümlülükleri olduğunu**, ayrıca yaratıkların tümünün Allah tarafından yaratıldıkları için, manevî ve kutsal bir boyutu olup, Müslüman'ın onunla manevî bir ilişkisinin bulunduğunu bildirmiş, hayvanlara haklar tanımıştır. **İslam Hukukunda hak kavramındaki ağırlıklı unsur, bu hakkın Şâri'ce tanınmasıdır. Hakkın kullanılması ve kullanılırken irade gibi unsurların araya girmesi ikinci, üçüncü plandadır. Bu doğrultuda hayvanlar, hatta bitkiler ve tüm doğa dahi hak sahibi kılınmıştır.** Fıkıh kitaplarında hayvanların ve doğanın haklarıyla ve bu haklar karşısında insanların yükümlülükleri ile ilgili önemli bilgiler mevcuttur, BAKKAL, Ali: " İslam Hukukuna Göre Hakkın Menşei", Köprü, İnsan Hakları, Güz 2006,S:96,

<http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=803>' ten ulaşılabilir; ÖZDEMİR, İbrahim: " Barış, Kardeşlik Ve Hoşgörünün Esasları Üzerine",Köprü,Kış1997,S:57,

<http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=315>' ten ulaşılabilir. Batı dünyasında hayvan hakları kavramı 19. asrın son çeyreğinde gündeme gelmişken ve Birleşmiş Milletler Hayvan Hakları Bildirisini 1948'de kabul etmişken, aynı esaslar ve hatta daha ileri kurallar, Osmanlı Kanunnâmelerinde ilk dönemlerden beri yer almış bulunmaktadır. II. Bâyezid devrinde hazırlanan 1502 tarihli İstanbul Belediye Kanunnamesindeki "Ve ayağı yaramaz bârgiri işletmeyeler. Ve at ve katır ve eşek ayağını gözedeler ve semerin göreler. Ve ağır yük vurmayalar; zira dilsüz canavardır. Her kangısında eksük bulunursa, sâhibine tamam etdüre. Etmeyeni ve eslemeyeni gereği gibi hakkından gele.", "Fil-cümle bu zikrolunanlardan gayri her ne kim Allah u Te'âla yaratmıştır, hepsinin hukukunu muhtesip görüp gözetse gerektir, şer'î hükmi vardır." hükümleri buna örnektir, AKGÜNDÜZ, Ahmed: " Osmanlı Devletinde Ve Çağdaş Olan Diğer Devletlerde İnsana Ve Hukuka Saygı", Osmanlı Araştırmaları Vakfı, <http://www.osmanli.org.tr/yazi-1-25.html>' den ulaşılabilir. Bu konuda ayrıca bkz. BEKTAŞOĞLU, Mustafa: " İslamiyet Ve Hayvanlar Yararına Vakıflar", Diyanet Aylık Dergi,Aralık1999,S:108,

<http://diyanet7.diyane.gov.tr/turkish/sureliyayinoku.asp?sayfa=7&sayi=108>' den ulaşılabilir; ÖZDEMİR, İbrahim: " Osmanlı Toplumunda Çevre Anlayışı", <http://www.ibrahimozdemir.com/Makaleler/Osmanli%C4%B1ToplumundaCevre.pdf>

sembiyotik) ilişkilerinin ekolojik dengenin oluşumundaki büyük payını Bookchin şu sözlerle ifade eder: " Biyolog William Trager' ın yıllar önce varoluş mücadelesi ve en uygun olanın hayatta kalmasına ilişkin ironik biçimde belirttiği gibi, çok az kişi farklı organizma türleri arasındaki karşılıklı işbirliğinin(sembiyoz) çok önemli olduğunu ve en uygun olanın bir diğerine hayatta kalması için en çok yardım eden olabileceğini anlamıyor."¹⁶⁷ İşte canlı varlıkların bütünlüğü niteliği, bu bütünlüğün bazı parçalarına haklar tanıyarak bazılarını dışarıda bırakmaya yönelik düşünceleri tutarsızlaştırır. Canlı varlık bütünlüğü korunmalıdır, bu korunma hukuk yoluyla da gerçekleştirilmek zorundadır. Son olarak **canlı varlıkların bütünlüğü görüşü, canlı varlıklar arasında " en önemli" ve " en değerli" nin kim olacağı tartışmasını da anlamsızlaştırır. " En önemli" ve " en değerli", canlı varlıkların bütünlüğüdür. Canlı varlıklarının bütünlüğünün " en önemli" olması, canlı türlerinin tek tek önemini ve değerini azaltmayacağı gibi, bilakis her birinin önem ve değerinin artması anlamına gelmektedir.** Merkezci yaklaşımlar arasındaki " en önemli" ve " en değerli" tartışmalarının anlamını yitirmesini sağlayacak olan bu ilke, ortaklık ve dayanışmadan yükselen yeni ahlaki yaklaşımın temelini oluşturmaktadır.¹⁶⁸ Öte yandan ahlaki topluluğa tam üyelik için hissedebilme yetisi şart ve yeterli olmalıdır.¹⁶⁹ Ortak yaşam yaklaşımının hukuksal düzenlemelere yansımaya sürecinin ilk aşaması olarak hayvan hakları felsefesinin pozitif hukuka konu oluşunu görüyoruz.¹⁷⁰

den ulaşılabilir; LÉTOURNEAU, Lyne: " De l'Animal-Objet à l'Animal-Sujet? : Regard Sur le Droit de la Protection Des Animaux En Occident", *Lex Electronica*, volume 10, no 2, numéro spécial, Automne 2005, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/letourneau.pdf> den ulaşılabilir.

¹⁶⁷ BOOKCHIN, Murray: *Toplumsal Ekolojinin Felsefesi*, çev: Rahmi G. Ögdül, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 1996, s. 79.

¹⁶⁸ ERTAN, s. 70- 71.

¹⁶⁹ FRANCIONE, s. 2. Francione, 1993' te türümüzün en yakın akrabaları olarak maymunları belirleyen, bunların akli yetileri ve duygusal yaşamlarının varlığının eşitler arası topluma girmeleri için yeterli olduğunu belirleyen Büyük İnsansı Maymun Projesi' nde yer almış bulunsa da, daha sonraki eserlerinde insan türüne benzemenin haklar bahşetmesi görüşünden ayrılmış ve hissedebilme yetisini doktrininin temeline oturtmuştur, bkz. FRANCIONE, s. 2.

¹⁷⁰ ERTAN, s. 122.

Hayvan hakları, tek yanlı bir davranış kuralı olma niteliği ile insan için bir ödev konumundadır. İnsan için bir ödev niteliğinde bulunan yeni haklar geliştirmek ve bunların pozitif hukuk dizgesine yansıtılması, insan-doğa ilişkilerinin düzenlenmesi açısından sadece olumlu değil, aynı zamanda zorunludur. Ortak Yaşam Hukuku karşılıklıyla tanımlanır: Doğa insana verdikçe, insan da onu bir hak sahibi konumuna getirerek doğaya vermek zorundadır.¹⁷¹ Terazi, ancak hakkın konusunu oluşturanların, hakkın sahibi konumuna getirilmesi ile bir dengeye doğru yönelecektir.¹⁷² Ve işte o zaman insanoğlu, ayrımcılığının son görünümü olan türçülük maddesinden okunan ahlaki şizofreniyi yenmiş olacaktır.¹⁷³

2.4. 5199 SAYILI HAYVANLARI " İNSANLARDAN" KORUMA KANUNUNUN DAYANIŞMA HAKLARI ÇERÇEVESİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin usulüne göre yürürlüğe konması ve Hayvanları (İnsanlardan) Koruma Kanununun çıkartılması ile hukuk sistemimize yeni " insanlık" yükümlülükleri dahil edilmiştir.

Bundan önce ise hayvanlara kötü muamele 765 sayılı Türk Ceza Kanununun kabahatleri düzenleyen Üçüncü Kitabında genel ahlaka aykırı bir

¹⁷¹ SERRES, s. 52.

¹⁷² KUZU, Burhan: " Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkının Gelişim Süreci", Prof. Dr. İsmet Sungurbey' e Armağan, İstanbul 1996, s. 143. Unutulmamalıdır ki Hayvan Hakları, insan haklarının ayrılmaz bir parçası, tamamlayıcısıdır. Hayvanların kendilerine tanınacak haklar yoluyla korunması, doğanın dengesinin korunmasını sağlayacak, doğadaki denge ise insan sağlığının ve hakkının korunması anlamına gelecektir, YILMAZ, s. 228.

¹⁷³ Francione, hayvan insan ilişkileri noktasında insanların ahlaki şizofreni içerisinde bulunduğu bahseder: İnsan, bir yandan hayvanın çektiği acıyı dikkate almakta ve hayvana zorunlu olmadıkça acı verilmesini ahlaken yanlış saymaktadır; öte yandan hayvanları kullandığımız, ve bunun sonucu acı verdiğimiz alanların büyük çoğunluğu hiçbir tutarlı yönden zorunlu değildir. Hayvanlarla yaşayan bir çoğumuz onları ailenin bir üyesi olarak kabul etmekte; öte yandan onlarla aynı türden diğer hayvanlara çatallarını geçirmekten kaçınmamaktadırlar. Francione' a göre bu ahlaki şizofreni, hayvanların eşya statüsü ile ilgilidir; bu statü ile hayvanlar sahip olduğumuz birer maldan ibarettir ve insan gözündeki değerleri, insanın onlara " lütfettiği" değerdir; bu, onların yaradılıştan var olan bir değerlerinin olmadığını kabulüdür, bkz. FRANCIONE, s. 3.

suç olarak sayılıyor ve kişinin hayvana karşı insafsızca davranması veya gereksiz yere dövmesi veya açıkça haddinden fazla yorulacak derecede zorlaması hali yaptırıma bağlanıyordu.¹⁷⁴

Genel ahlakı bozucu nitelikte kabul edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanununun bu hükmünden başka yine insanları korumaya yönelik ama bu arada dolaylı yoldan hayvanları da koruyan başkaca hükümler de mevcuttur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 225' inci maddesi (eski TCK m. 419) Hayasızca Hareketler başlığı altında alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişiye hapis cezası yaptırımı öngörmüştür. Ülkemizde sıklıkla duyduğumuz hayvanlarla cinsel ilişkide bulunma olayları aleniyet unsurunun da gerçekleştiği tespit edilmekle, bu kişiler hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanabilecektir.¹⁷⁵

Aynı kanunun 151' inci maddesinin (eski TCK m. 521/ 1) ikinci fıkrasında da haklı bir neden olmaksızın sahipli bir hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında mağdurun şikayeti üzerine hapis cezası veya adli para cezası öngörülmüştür.¹⁷⁶

Ceza Kanununda hayvanlara kötü muameleye ilişkin bu hükümler, aslında insanları korumak amaçlıdır. İnsani hisler nedeniyle, bir kişi olan insanı rencide eden bu tür hareketlere engel olmak hedeflenmiştir. O nedenle Ceza Kanununda hayvanların korunmuş olması, onlara eza ve cefa

¹⁷⁴ Yeni TCK dışında tutulan kabahatleri yaptırıma bağlayan Kabahatler Kanunundan " AK Parti Grup Başkan vekili Sadullah Ergin ve arkadaşları tarafından verilen bir önerenin kabul edilmesi ile "hayvanlara eziyet etme" başlıklı 40' inci madde çıkarıldı. Hayvanlara eziyet edenlerin cezalandırılmasını öngören söz konusu maddenin, Hayvanları Koruma Kanununda aynı doğrultuda hükümler bulunduğu gerekçesiyle tasarıdan çıkarıldığı ifade edildi", http://www.ezine.gov.tr/show.php?page=h_4 (04.06.2007).

¹⁷⁵ Bkz. Y.5.C.D., E.1976/1362, K. 1976/ 1361, T. 28.04.1976, Kazancı Otomasyon Sistemi (02.01.2007) ; " Hayvanla cinsel ilişkide bulunma eylemi, alenen işlenmesi halinde TCK. nun 419 ve aleniyet unsurunun yokluğunda da 577. maddelere uyan bir suç teşkil etmektedir.", Y. 4.H.D., T. 21.01.1979, E. 1979/ 11644, K. 1979/ 14383, Kazancı Otomasyon Sistemi (02.01.2007).

¹⁷⁶ Bkz. Y.10.C.D., T. 07.12.1993, E. 1993/9659, K. 1993/ 13636; Y.10.C.D., E. 2003/ 8613, K. 2004/ 531, T. 26.01.2004; Y.2.C.D., T. 30.05.2005, E. 2004/ 21574, 2005/ 10123, Kazancı Otomasyon Sistemi (02.01.2007).

edenlerin cezalandırılmış bulunması, hayvanların kişi statüsünde kabul edildiklerini göstermez.¹⁷⁷

Oysa amacını 1' inci maddesinde hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak¹⁷⁸ olarak tespit eden 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 4' üncü maddesinin a bendinde bütün hayvanların eşit doğduğu ve bu Kanun çerçevesinde yaşama hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Hayvanları insanlardan korumaya yönelik bu ve diğer hukuki metinlerde insanlara çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Hakkın karşı tarafında yükümlülük yer alır.¹⁷⁹ Burada doğrudan birey olarak hayvanın menfaati gözetilmektedir. Bu bakımdan örneğin Hayvanları Koruma Kanunumuz insanlara, güçten düşmüş hayvanları ticari ve gösteri

¹⁷⁷ AKİPEK, Jale G.: Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku, Birinci Cilt, İkinci Cüz, Başnur Matbaası, s. 3; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. bası, İstanbul 1992, s. 203.

¹⁷⁸ Öte yandan Hayvanları Koruma Kanunu Taslağı yasalasırken Canan Arıtman ve arkadaşlarının, Diyanet İşleri Başkanlığı' nın da olurlarını alarak, hayvan kesimlerinde hayvanı ürkütmemek ve ona en az acı verecek şekilde kesimi gerçekleştirmek için genel anestezi kullanılmasına yönelik verdiği önerge kabul edilmemiştir. Canan Arıtman' ın başvurusu üzerine, Diyanet İşleri Başkanlığı' nın " Kurban edilecek hayvana acı çektilmemelidir. Hayvanlar ehil kişiler tarafından kesilmeli ve kesim işlemi süratli bir şekilde yerine getirilmelidir. Ayrıca çevre temizliği ve ekolojik dengenin korunması için gerekli tedbirler alınmalıdır. Fazla eziyet vermemek maksadıyla, kesim esnasında hayvanın bayıltılması, kurban olarak kesilmesine engel değildir. Canlı olarak kesmek kaydıyla kurbanlık hayvanın uygun tekniklerle bayıltılmasında hiçbir sakınca yoktur." şeklindeki açıklamasına rağmen bu önergeye Canan Arıtman' ın ifadesiyle " **neresine, nesine, hangi gerekçeyle**" karşı çıkılmıştır, anlaşılamamaktadır. Bu halde kanun koyucunun bu kanunun amacını belirlerkenki samimiyetinden şüphe edilir, bkz. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 106. Birleşim, 24 Haziran 2004, Perşembe, s. 53- 54. Federal Almanya ve Avusturya Hayvanları Koruma Yasalarına göre sıcakkanlı, İsviçre Yasasına göre memeli hayvanlar ancak bayıltıldıktan sonra kesilir. Musevi dininden olanlar, bu konuda inanç, vicdan ve ibadet özgürlüğünün daraltılmasının gerçekleştirdiğini savunurlar; ancak, her hak ve özgürlük, Anayasa ve yasayla çizilmiş sınırlara bağlıdır, SUNGURBEY, *Hayvan Hakları*, s. 227- 228. Hayvanlara, Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesinde sayılan yaşama, beden tamlığı, beden ve ruh sağlığı, özgürlük, onur gibi temel hakların tanınması gereğini savunuyoruz, HATEMİ, agm, s. 143.

¹⁷⁹ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s. 562. Ancak bütün sorun insanlığın gelişimi bakımından hakların yükümlülüklerden önce geldiğini toplumların kanun koyucularının ve yöneticilerinin anlayabilmesindedir, HACIKADİROĞLU, Vehbi: " Haklar Ve Ödevler", *Argumentum*, Ocak- Aralık 1996, Yıl: 6- 7, S: 50, s. 265.

amaçlı veya binicilik ve taşımacılık amacıyla çalıştırmama yükümlülüğü getirmiştir. O halde bu tür hayvanların bahsedilen amaçlarla çalıştırılmama hakkı vardır. Aynı Kanununun 14' üncü maddesinin j bendinde insanlara, hayvanlara işkence yapmama yükümlülüğü getirilmiştir. O halde hayvanların işkence görmeme hakkı vardır. Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 4' üncü maddesinin birinci fıkrası ev hayvanını muhafaza eden veya onunla ilgilenen kişiye, hayvanın cinsi ve ırkına bağlı olarak davranış gereksinimlerini dikkate alan bir barınak, dikkat ve ihtimam sağlama yükümlülüğü getirmiştir. O halde ev hayvanının cins ve ırkına bağlı olarak davranış gereksinimlerine uygun bir yerde barınma, dikkat ve ihtimam görme hakkı vardır.

Bu ve benzeri bir çok hüküm, insanlara olumsuz ve olumlu çeşitli yükümlülükler getirmiştir. Bu yükümlülüklerin yararlanıcıları hayvanlardır, bizzat hayvanın menfaati korunmaktadır; yükümlülüklerin karşı tarafını hayvanların hakları oluşturur. Diğer taraftan 5199 sayılı Kanununun 16' ncı maddesinin a bendinde, İl Hayvanları Koruma Kurulu' nun, hayvanların yasal temsilcisi olarak üstleneceği görevlerden bahsedilmektedir. Peki Medeni Hukukun üzerine bir eşya paltosu giydirdiği¹⁸⁰ henüz halen malvarlığı hakkı olarak kabul edilen¹⁸¹ ve hukuken kişilik tanınmayan hayvanların, hangi hakkından bahsedilmektedir? Türkiye' de ve dünyada toplumsal yapının ve yasa koyucunun hissedebilen bir canlı varlık olarak hayvana bakış

¹⁸⁰ CARBONNIER, J. : " Sur les Traces du Non- Sujet de Droit", Archives De Philosophie Du Droit, 1989, C. 34, Aktaran: OST, s. 233; Medeni Hukuk' un hayvanın eşya statüsü konusunda kendi içerisinde hiçbir tutarsızlığı yok: Hayvan bir eşya yapılmış, dolayısıyla her türlü sözleşmenin konusu olmaya elverişli. Fransız Medeni Kanununun 528' inci maddesi hayvanı taşınır eşya olarak nitelendiriyor, 522' nci maddesi ise özgülemeye bağlı olarak taşınmaz mal da kabul edilebileceğini hatırlatıyor. Taşınır eşya olsun, taşınmaz eşya olsun, bir malvarlığı hakkının, bir yararlanma hakkının nesnesi, satım, kiralama ya da ödünç anlaşmalarının konusu olabilir. Evcil değil ise res nullius olarak kabul edilecek ve onu ilk ele geçirenin malvarlığına dahil olacak. Sahibi ya da ondan yararlanıcısı, yol açabileceği zararlardan sorumlu (m. 1385), bu sorumluluk insanın hayvan üzerinde uyguladığı muhafaza ve kullanma esasları ile gerekçelendiriliyor. Dolayısıyla Medeni Kanunda hayvanın statüsü hakkında hiçbir belirsizlik yok: Hayvanın hiçbir hakkı yok; sahibinin hakimiyeti altında, hukukun nesnesi olmaktan ibaret, OST, s. 234.

¹⁸¹ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 11. Bası, İstanbul 2006, s.801.

açısı değişim sürecindedir. Hayvanların haklarını, korunmasını konu edinen hukuki düzenlemeler çerçevesinde kimileri hayvanların bu noktadan sonra hukuk düzenince birer eşyadan ibaret görülmeye devam edilmesinin mümkün olmadığını savunuyor¹⁸², kimileri yarının gerçeğinin hak sahibi olarak hayvanlar olduğunu söylüyor¹⁸³, ve hatta kimileri hayvanların hakkın yeni sahibi olduğunu dile getiriyor.¹⁸⁴ O halde burada temel sorunu, çeşitli hukuk sistemlerinde eşya statüsünden çıkartılarak hissedilen canlı bir varlık olarak kabul edilen yaşamın sahibi olan hayvanın, hakkın da sahibi olabilmesi için özel hukuk yönünden eşya statüsünden çıkartılıp, hukuken ona kişi statüsü ve hak ehliyeti tanınması gereği oluşturuyor. Hayvanlara kişi statüsü ve hak ehliyeti tanınması gereği ve uygulanabilirliği ile karşılaştırmalı hukukta bu konudaki durum özel hukuk yönünden ikinci bölümde tartışılacaktır.

Özgürlüklerin gelişimini kuşaklara ayırmak, özgürlüğün dinamik karakterini vurgulaması bakımından etkileyicidir. Hukukun ve hakkın yaratıcısının insan olduğu, hukuk ve hakkın nitelik değiştirmeyi de içeren dinamik niteliklerinin de bundan kaynaklandığı unutulmamalıdır. Hak ve hürriyet kavramının antik çağdan günümüze kadar geçirdiği evrimleri görmek, onun dinamik karakterini reddetmeyi imkansızlaştırmaktadır.

¹⁸² MARGUENAUD, Jean Pierre: L' Animal En Droit Privé, Doktora Tezi, Limoges 1987, Aktaran: OST, s. 234.

¹⁸³ DAIGUEPERSE, C.: Gaz. Parl., 1981- 1, Doctr., s. 160, Aktaran: OST, s. 234.

¹⁸⁴ COURET, A: Note sous Civ., 8 Octobre 1980, D., 1981, s. 361, Aktaran: OST, s. 234.

3. HAK EHLİYETİ DOKTRİNİ VE HAYVANLAR BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

3.1. GENEL OLARAK MEDENİ KANUNUMUZUN KİŞİLER HUKUKU SİSTEMATİĞİ

İsviçre Medeni Kanununun yapılışı sırasında özel hukukta her hakkın, hak sahibi olarak düşünölen kişiler için var olabileceği; ne hak sahibi olmayan bir kişinin, ne de kişiye ait olmayan bir hakkın olamayacağı fikri egemen olmuştur. Kabul edilen bu fikir sonucu kişi, özel hukukun odağı haline gelmiş ve Kişiler Hukuku, Medeni Kanunumuzun en başında birinci kitap olarak bağımsız bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece Medeni Kanunumuz, özel hukukun önce malvarlığı düzenini kurması gerektiği yolundaki Roma Hukuku ve Pandekt Hukukundaki düşünceden ayrılmıştır. Medeni Kanunumuz ne Alman Medeni Kanunu örneğindeki gibi Kişiler Hukukunu içeren genel bir kısım düzenleme yoluna gitmiştir, ne de Fransız ve Avusturya Medeni Kanunlarında olduğu gibi Kişiler Hukukunu Aile Hukuku içerisinde düzenlemiştir. Bu şekilde bağımsız bir Kişiler Hukuku bölümü düzenlenmesindeki neden, Kişiler Hukukunun diğer hukuk dallarına etkisidir; Kişiler Hukuku düzenlenirken kaçınılmaz şekilde diğer hukuk dallarına temel olacak temyiz kudreti, ehliyet gibi konularda prensipler konulur.¹⁸⁵ Bu doğrultuda kişi, sadece Medeni Hukukun, ya da sadece Özel Hukukun değil, fakat bütün hukukun esasını teşkil eder. Kişi sıfatının kimlere bağlanacağı, pozitif hukukun halledeceği bir meseledir. Hukuk sistemlerinde bu mesele Medeni Kanunlarca düzenlenir.¹⁸⁶

¹⁸⁵ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, C. 1, cüz 2, Şahsın Hukuku, Nurgök Matbaası, 6. Bası, İstanbul 1963, s. 19- 20; ATAAY, s. 18; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 8. Baskı, İstanbul 2005, s. 1.

¹⁸⁶ AKİPEK, s. 6.

3.2. KİŞİ VE KİŞİLİK KAVRAMLARI

3.2.1. Genel Olarak

Kişi ve kişilik, hukuki kavramlardır. Kişi, hak sahibi varlık demektir. Tabii Hukuk' a göre her insan kişidir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere Yürürlükteki Hukuk bu noktada Tabii Hukuk' la asırlarca örtüşmemiş, bu nedenle de hak sahibi insanlar ile hak ehliyetinden yoksun kılınanları ayırt edebilmek için ortaya bu kavram atılmıştır.¹⁸⁷ Hukuk düzeni hakları tanıırken, bu haklara sahip olacak kişiyi, yani hak sahibini belirlemek zorundadır.¹⁸⁸

Hak, sahibine, sahibinin korunan menfaatinden, iradi olarak yararlanma imkanı sağlamaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun, hak sahibini belirlerken, iradenin insana özgü bir özellik olduğunu göz önünde tutması gerektiği savunulur.¹⁸⁹ Diğer taraftan Medeni Kanun, toplumsal gerçekler olarak var olan bir amaç etrafında birleşmiş insanlara ve hatta kaderinden kaçamayan insanın, dünyevi varlığından bir iz bırakmak çabasında bir amaca tahsis edilmiş mal topluluklarına¹⁹⁰ dahi bazı şartlarla kişilik tanımıştır. Kişinin hukuk düzenince korunan başta hak sahibi olma ehliyeti gibi özellikler, kişinin hukuki durumu ve kişiye bağlı olarak tanınan yetkileri ifade eden kişilik kavramı; hem maddi kişiler¹⁹¹, hem sosyal kişiler

¹⁸⁷ HATEMİ, Hüseyin: Gerçek Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 1.

¹⁸⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 1.

¹⁸⁹ Bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 2.

¹⁹⁰ GRIMALDI, Michel: Droit Civil, Successions, 5. baskı, Litec 1998, no: 31, Aktaran: GUEDJ, Valerie: Essai sur Le Regime Juridique des Fondations, Doktora tezi, 22 Kasım 1999, s. 3, <http://www.glose.org/th007-rtf.rtf> den ulaşılabilir.

¹⁹¹ Bugün maddi kişiyi ifade etmek üzere kullanılagelen " gerçek kişi" terimi, insanların kendiliğinden, insan olmaları dolayısı ile kişi oldukları, hükmi kişilere ise kişi olmak gücünün hukuken bahşedilmiş olduğu anlamını uyandırmaktadır. Halbuki insanlığın her evresinde her insana kişi statüsü tanınmadığını gördük. Hükmi şahıslara olduğu kadar, insanlara da kişi olma statüsü hukuk tarafından bahşedilmiştir. Bu terim, insanların gerçekten var olan kişiler, hükmi kişilerin ise gerçekte var olmayan hayali kişiler olduğu fikrini uyandırabilir. Halbuki hükmi şahıslar özellikle Medeni Kanun anlamında gerçek kişiler, yani insanlar kadar gerçeklerdir; aralarındaki yegane fark gerçek kişi olarak adlandırılan insanların biyolojik varlıkları, hükmi şahısların ise toplumsal varlıklar olmasından kaynaklanır. Bu yanlış anlamayı önleyecek bir terim olarak hak sahibi olan insanı ifade etmek üzere maddi kişi teriminin kullanılması mümkündür. Bu sayede gerçek kişinin hukuk

için ortak bir kavram olmakla birlikte, kişiliğin kapsamının belirlenmesinde pek tabii ki bu ikisi arasındaki doğal farklar göz önüne alınmıştır.¹⁹² Bunun dışında yine hukukça hak sahibi kabul edilen tam ehliyetsizler vardır ki bunların iradesine hukuki sonuç bağlanmamıştır; bunlar, yapacakları hukuki işlemlerle haklar veya borçlar meydana getiremeyecekleri gibi işledikleri haksız fiillerden dolayı da sorumlu tutulamazlar.¹⁹³ O halde hukukun bir varlığa kişi statüsü vermesinde ve ona hak ehliyeti tanımada menfaat nereye kadar etkilidir, irade hangi aşamadan sonra gelmektedir? Bu soruyu, kişi statüsünün dayandığı teorilerden yola çıkarak cevaplamaya çalışalım. Bu teorilerin tartışılması, özel hukukun vazgeçilmez temel kavramlarından biri olduğu konusunda görüş birliği olan ancak içeriği konusunda uyuşma sağlanamayan hak kavramının da yalnızca norm mantığına ilişkin yapısını konu edinen salt biçimsel tanımının, içeriğe, yani hukuksal ahlaka ya da amaca yönelik eksiklerini de tamamlayabilecektir.

3.2.2. Hak Sahipliğini Açıklayan Teoriler¹⁹⁴

Hak sahipliği kuramı, temel bir öneme sahiptir; çünkü hak sahipliği kuramı " kurallar sisteminin bütününe kişilik esasına dayayarak oluşturmuş, toplumsal tüm ilişkileri haklar üzerinden analiz eden ve tüm bu hakları hukuk sahibine bağlamış hukuk tekniğinin esasıdır."¹⁹⁵ Hak sahibini açıklayan teorilere baktığımızda, bu konuda iki temel görüş ile karşılaşırız: irade teorisi(Willensdogma) ve menfaat teorisi(Interessendogma). Medeni Hukuka ait eserlerin pek çoğu hakkın esasını açıklarken, bu iki teoriye

bakımından bir kişi olmakla beraber aynı zamanda maddi, fizik bir varlığı olduğu da gösterilmiş olur. Buna karşı hükmi şahıslar için de sosyal kişi terimi kullanılabilir. Bu sayede de onların içtimai bir varlık oldukları ifade edilmiş bulunur. Bu tabirler her iki kişinin niteliğine de uygun düşer, AKİPEK, s. 10-11; ATAAY, s. 23.

¹⁹² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 2.

¹⁹³ TEKİNAY, s. 223.

¹⁹⁴ Hukuk ilmi literatürüne geçmiş hak sahipliği sorunsalına ilişkin farklı kuramların sınıflandırılması için bkz. GOROVITSEFF: " La Lutte Autour de la Notion de Sujet de Droit", Revue de Droit Civil,1926, s. 881- 972.

¹⁹⁵ DEMOGUE, R: " La Notion de Sujet de Droit- Caractères et Conséquences", Revue de Droit Civil 1909, s. 613.

değinererek işe başlarlar.¹⁹⁶ Konumuz açısından bunlardan hangisinin hak sahipliği niteliğini bahşedeceği hususu önem taşımaktadır.

İrade kuramının kurucusu olan Savigny' ye göre hak sahibi kavramının temelini tek başına " istek" oluşturur. Bu görüş, hukukun aktif unsuru olarak kişinin iradesine kesin sonuç bağlar; hakkın nihai amacı iradeyi gerçekleştirmektir.¹⁹⁷ Kişi, hukuken başkasına kendi iradesini kabul ettirebildiği, onu bu iradeye göre hareket etmeye zorlayabildiği taktirde hak sahibidir.¹⁹⁸ Bu irade kudreti, kendisine karşı olan iradeleri kendi hareket tarzını kabule zorlamak veya yeni bir hukuksal durum yaratmak yetkisiyle donatılmıştır ve bu suretle hukuk kuralı, bazı hallerde bir iradenin diğerine üstünlüğünü tesis etmiş olmaktadır. O halde hak sahibi denilen kişi, iradesini kullanarak hukuk düzenini harekete geçirir, buna engel olmak isteyen diğer iradelerin muhalefetini kırabilir. Kişi, hukuk düzenince belirlenmiş sınırlar içerisinde hareket ettiği sürece, iradesi devletçe korunur ve böylece korunmuş olan irade, hak niteliğini kazanmış olur.¹⁹⁹ Bu görüş, hakkı tamamen irade ile özdeşleştirir; " bu şekilde hak ehliyeti ile iradede bulunabilme yeteneği eşdeğer olmaktadır."²⁰⁰

İrade teorisinin karşısında, temelini R. Von Ihering' den alan menfaat teorisi bulunur. Ihering, kuramını açıklamaya, küçüklerin ve temyiz kudretine sahip olmayanların hak sahipliğini açıklayamayan irade teorisinin eleştirisi ile başlar. " Kişilik ve hak ehliyeti, iradede bulunabilme yetisi ile eş değer ise, neden tüm dünya hukuk düzenleri küçüklerde ve akıl hastalarında kişiliğin çekirdeğini oluşturan vücut bütünlüğü ve hayatı tanımak ve korumak bir yana, onların, temyiz kudretine sahip olanlara nazaran kimi hafif değişikliklerle mamelek ehliyetini de kabul ediyorlar?" Bu temel eleştiriye cevaben getirilen " gelecekte sahip olma imkanı bulunan irade

¹⁹⁶ TEKİNAY, s. 127.

¹⁹⁷ GOROVTSSEFF, s. 883; ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1986, s. 235.

¹⁹⁸ TEKİNAY, s. 126.

¹⁹⁹ BİLGE, Necip: Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, 21. Bası, Ankara 2006, s. 210.

²⁰⁰ IHERING: L' Esprit du Droit Romain dans Les Diverses Phases de Son Developpement, C: 4, çev: MEULENAERE, A. Marescq, 2. baskı, s. 318.

gücüne saygı, iradenin tohumunun korunması²⁰¹” görüşleri ise Ihering’ e göre kaçamak cevaplardan, uydurmadan başka bir şey değildir.²⁰² Bu kişilere tanınan haklar, onların menfaatlerine cevap vermeyi hedeflemektedir.²⁰³ Bu noktada Ihering, hakkın amacını da – **gerçek ya da sahte, bilinçli ya da çarpıtılmış iradeyi değil**- menfaati korumak olarak belirlemektedir; çünkü hakkın sahibi kimdir diye sormak, üstü kapalı olarak “ hak, hangi amacı gerçekleştirmek için vardır?” diye sormak demektir. “Tüm haklar, kanun koyucu tarafından korunmayı hak eder ve korunmaya ihtiyaç duyar bulunmuş menfaatin ifadesidir.”²⁰⁴ Zira Roma Hukuku da menfaat amacını yerleştirmek ve onu korumak esasına dayanmaktadır.²⁰⁵ Bu kuram, insandan başka varlıkların da hak sahibi olabileceklerini kabul eder.²⁰⁶

Ihering’ e göre hakkın temelini iki unsur oluşturur: maddi unsur ve şekli unsur. Hakkın pratik amacını yansıtan maddi unsur; hakkın sağladığı yarar, elverişlilik ve kazançtır. Hakkın şekli unsuru ise hakkın korunması, yargıya başvurudur. Hakkın ilk unsuru olarak sayılan maddi unsur, yarar olgusu durumudur; sağlam olmayan, herhangi biri tarafından sarsılma tehlikesi olan bir haldir. Ne zaman ki yasa bu yararı korumaya alır, o zaman hak oluşur. O halde haklar, hukuken korunan menfaatlerdir. Gerçek hak sahibi de onu iradesi sonucu isteyen değil, ama ondan yararlanandır.²⁰⁷ Menfaatinin korunmasını bizzat sağlasın, ya da temsilcileri onun adına hareket etsin önemi yoktur: Söz konusu olan, hak sahibinin adına, onun menfaatine gerçekleştirilen harekettir. Buna karşılık ortada bir hak sahibi

²⁰¹ Bkz. GUEDJ, s. 156.

²⁰² Roguin de temyiz gücünden yoksun olanlar ve küçüklere yüklenen bu potansiyel temyiz kudreti sahibi olma teorisinin iki sonuca ulaşabilmek için öne sürülen bir uydurmacadan ibaret olduğunu söyler: İlki, iradenin hukuki kişilik tanınması için gerekli bir unsur olduğu; ikincisi ise bu ikisinin bu gereği yerine getirdiğidir, ROGUIN: La Science Juridique Pure, LGDJ 1923, cilt II, No: 681.

²⁰³ IHERING, s. 319.

²⁰⁴ IHERING, s. 329.

²⁰⁵ “ Sübjektif anlamıyla ius, hukuk düzeninin fertlere korunmaya değer menfaatlerini gerçekleştirmek üzere tanıdığı hak demektir”, TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, s. 116.

²⁰⁶ BİLGE, s. 211. İslam Hukuku uygulamasında da durum aynı yöndedir, bkz. yukarıda dn. 166.

²⁰⁷ IHERING, s. 326.

olmadan üçüncü kişilere yüklenen koruma görevi, gerçek bir fayda sağlayamayacaktır.

3.2.3. " Menfaatlerin Merkezi" Teorisi (Interessen- Zentrum Dogma)

Ihering' in öğretisinden, Becker' in çalışmaları sonucu " menfaatlerin merkezi" teorisi geliştirilmiştir. Demogue, bu kuramın Fransız temsilcilerindendir. Bu teorinin ayırt edici özelliği, hak sahibi kavramını ikiye bölmektedir: yarar kavramını karşılayan yararlanma sahibi (Genusssubject) ve irade unsuruna uyan düzenleme sahibi (Verfügungssubjekt).

Demogue' un kuramında, her şeyden önce hakkın amacının menfaati korumak olduğu artık tartışma götürmez olarak kabul edilir. İrade, sadece mevcut hakkın kullanımı noktasında önem kazanmaktadır. O halde hak sahibi nosyonunun ruhu, menfaat unsurunun üstüne oturmakta ve ağırlık merkezini yararlanma sahibi kavramında bulmaktadır.²⁰⁸

3.2.4. Karma Teori

Kişinin, başkalarını kendi iradesine göre bir davranışta bulunmaya veya bulunmamaya zorlayabildiği veya bir eşya üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabildiği takdirde hak sahibi sayan irade teorisi, itirazlara uğramıştır. Hakkın ne olduğu ve nasıl tarif edilmesi gerektiği hususunda özellikle uzun uzadıya çalışan Alman hukukçulardan bazıları irade teorisinin verdiği tarifi fazla şekilci bulurlar ve hakkın sadece dış görünüşünü verdiği, dış dünyaya yansımaları vermekle yetindiği noktasından eleştirilerini yöneltirler. Gerçekten de irade teorisinin yaklaşımı hakkın içeriğine yönelik hiçbir bilgi vermemektedir. Bu nedenle Alman hukukçu Lange, bu tarifi içi boş bir kutuya benzetmiştir.²⁰⁹

²⁰⁸ DEMOGUE, s. 611 vd.

²⁰⁹ TEKİNAY, s. 127.

Bazı hukukçular da irade teorisini, çocuklara, sakatlara ve akıl hastası olanlara hak tanımamak sonucunu verdiği yönünden eleştirmişlerdir. Halbuki onlar da kişidir ve hak sahibi olmaktan yoksun bırakılmalarına imkan yoktur.²¹⁰

Diğer taraftan kişi, istemediği halde de hak sahibi olabilmektedir. Alacaklının , borçlusuna acıyarak alacağını istememesi halinde alacak hakkının ortadan kalkmaması veya mirasçının, mirası reddetmedikçe sonradan menfaat sağlamamak konusundaki iradesinin onun mirasçı sıfatını ortadan kaldırmaması bu duruma örnek verilebilir.²¹¹

Menfaat teorisi de iki noktadan eleştirilmiştir. Hak, hukuki menfaati esas alır. Hukuki menfaat, ilgili kişinin bir ihtiyacına cevap veren ve hukuk düzeni tarafından korunan bir değer hükmüdür. O halde her menfaat, sahibine özel hukuk anlamında bir hak bahşetmeyecektir. Örneğin evinin önündeki parka inşaat yapılmamasında kişinin menfaati olabilir; ama bu menfaat, özel hukuk bağlamında onun için bir hak niteliğinde değerlendirilemez. Çünkü bu menfaatin hukuk düzenince korunması, genel menfaatin sağlanması içindir.²¹² O, ancak yetkili idari makamları harekete geçirebilecektir.²¹³ Bu eleştiriye karşı Oğuzman ve Barlas, aslında parka inşaat yapılması yasağının, ev sahibinin menfaatini koruma sebebine dayanmadığı, ev sahibinin parka inşaat yasağından dolayı olarak yararlandığı, bu sebeple de bir hakkının doğmadığı cevabının ileri sürülebileceğini belirtirler.²¹⁴ Öte yandan Yargıtay, genel yola yapılan bir gecekondunun yıktırılması için ferdin dava açabileceğini kabul etmiştir.²¹⁵ Yine önüne gelen başka bir olayda Yargıtay, genel köy yoluna müdahale eden şahsa karşı köylülerden birinin müdahalenin men' i davası açabileceğini kabul etmiştir.²¹⁶

²¹⁰ TEKİNAY, s. 128; ESENER, s. 147.

²¹¹ ESENER, s. 147.

²¹² ESENER, s. 148.

²¹³ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 106.

²¹⁴ Bkz. OĞUZMAN/ BARLAS, s. 107.

²¹⁵ Y.1.H.D., T. 02.04.1974, E. 2958, K. 2297, YKD, 1976/ 4, s. 441.

²¹⁶ Y.1.H.D., T. 15.02.1988, E. 127- 18, K. 1477, YKD, 1988/ 7, s. 900.

Öte yandan menfaat teorisi hakkın özünü ve asıl içeriğini açıklamakla birlikte, kimi yazarlar tarafından iradeye gereken önemi vermemesi noktasından eleştirilmiştir. Halbuki hukuki sonuç, hak sahibinin iradesini kullanması ile gerçekleşmektedir.²¹⁷ Esasen Ihering, kuramında buna aykırı bir şey söylememektedir.

Bu düşüncelerin etkisi ile Almanya' da Jellinek, Fransa' da Michoud ve aynı düşünceyi paylaşan hukukçular, irade teorisi ve menfaat teorisinin karışımını ifade eden karma teoriyi savunmuşlardır. Buna göre hak, kişilerin hukuken korunan öyle menfaatleridir ki bu menfaatler, kişilere tanınan irade iktidarı ile gerçekleşir. Karma teoriyi, irade teorisine yöneltilen eleştirilerden koruyabilmek için Tekinay buradan yola çıkarak şu tanımı verir: " Hak, hukuken korunan ve faydalanılması hak sahibinin veya onun temsilcisinin iradesine bağlı kılınan menfaattir."²¹⁸

3.3. HAYVANLARA HAK EHLİYETİ TANINMASI

Konuya başlarken hareket noktamız pozitif hukukça bahsedilen kişi statüsü ve hak ehliyetinin dayandığı teorilerdi; hukukun maddi ve sosyal kişilere verdiği bu kişi statüsünün, bahsettiği hak sahibi olma ehliyetinin temelindeki amacın ne olduğu idi. Buradan, doktrindeki temel görüşler ışığında hakkı tanımlamaya çalıştık. Hakkın temel amacını iradeyi gerçekleştirmek olarak tanımlayan, bu suretle de küçüklerin ve temyiz kudretinden yoksun akıl hastalarının kişi statüsünü²¹⁹ açıklamak konusunda

²¹⁷ TEKİNAY, s. 128; ESENER, s. 149.

²¹⁸ Bkz. TEKİNAY, s. 129.

²¹⁹ " Zaman zaman, hukuki eylem yeteneği bulunmayan kişilerin, tek başlarına haklarını koruyabilecek yapıda olmadıkları için hak yeteneğine sahip olmamaları gerektiği savunulmuştur. Bu görüş, hak yeteneğini, yalnızca malvarlığı işlemleri yapabilme yeteneğine eşit görecekt kadar dar bir yoruma dayanır. Hukuki eylem yeteneği bulunmayan kişilerin de yasal temsilcileri aracılığıyla haklar ve borçlar edinebilmesini hukuk düzenleri kabul ettiğine göre, artık hukuki eylem yeteneğine sahip olmayanların hak yeteneğine de sahip olmadıklarını savunmak doğru olmaz. Tam tersine cinsiyet, dil, din, toplumsal köken, ırk, siyasal düşünce ayrımı yapılmaksızın, herkesin hak yeteneğine sahip olduğunu kabul etmek gerekir.", ZEVKLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Olgaç Matbaası, Ankara 1981, s. 36. Aynı yazar, söz hayvanlara da kişilik tanınabileceği görüşünü eleştirmeye geldiğinde, kişilerin belirli bir iradeye sahip olmasının önem taşıdığından, hakkı

yetersiz kalan irade teorisinin bugünkü hukuk sistemlerinde kabulü mümkün görülmemektedir. Menfaat teorisi olsun, karma teori olsun ikisi de hakkın özünü çıkar olarak belirler, hak ehliyeti tanınmasındaki esas amaç, sahibinin, yani yararlanma sahibinin menfaatinin korunmasıdır²²⁰; irade, hakkın kullanımı aşamasında devreye girecektir ve bu irade temyiz kudretinden yoksun bulunanlar için temsilcileri tarafından yerine getirilecektir. Bu noktada hak ehliyeti ile kişinin kendi fiilleri ile kendisi için haklar ve borçlar kurabilmesi ehliyetini²²¹ ifade eden fiil ehliyetini birbirinden ayırmak gerekmektedir.²²²

Demogue' a göre yararlanma sahibi, geniş bir algılamaya elverişlidir: " Hakkın amacı menfaatlerin tatmini ve haz olduğuna göre, duygusal yetileri olan tüm canlı varlıklar -bilinçleri geçici veya sürekli olarak kayıp da olsa- hak sahibi olmaya elverişlidir. Küçükler, tedavi edilebilir veya edilemez akıl hastaları hak sahibi olabilir, çünkü hissedebilirler; hatta, **aynen bizler gibi yürek parçalayıcı ya da hayranlık uyandırıcı fiziksel tepkilere sahip olan hayvanlar bile.**"²²³

Aslında hangi varlıkların kişi sayılması gerektiği konusunda belirleyici olan, yasa koyucunun güttüğü hukuk politikası ve toplumun adalet duygusundaki gelişmişliktir. Nitekim çalışmanın ilk bölümünde yakın tarihe kadar her insan için haktan bahsedilemediğini gördük. Medeni Hukuk yönünden konuya yaklaştığımızda bu durumu kişi kavramından hareket ederek, insanlığın her safhasında insanların hukuk

tanımlarken bile günümüzde ulaşılan aşamaya göre irade ögesinin hakkın tanımında vazgeçilmez bir öge olduğundan bahseder, bkz. ZEVKLİLER, s. 5.

²²⁰ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 107. Karma teorisinin tanımının verdiği sonuca, esasen menfaat teorisi ile de ulaşılabilir. Zira hukuk, bir menfaati koruduğu hallerde, hak sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisini de tanır. Hatta bazı hallerde hukuk, bir hak tanıdığı halde menfaatin korunması sınırlı tutulmuş olabilir; eksik borç dediğimiz borçlarda alacaklı, hakkını elde etmek için borçluyu zorlayamaz, fakat borçlu borcunu ifa ederse, ifa ettiği şeyi artık geri alamaz. Bu halde menfaatin sınırlı şekilde korunmuş olması, korunan menfaatin bir hak sayılmasına engel değildir, OĞUZMAN/ BARLAS, s. 107.

²²¹ ATAAY, s. 46.

²²² Savigny' nin yaptığı tanım, hak ehliyeti ile fiil ehliyetinin birbirine karışması sonucunu doğurur, ZEVKLİLER, s. 34.

²²³ DEMOGUE, s. 620.

anlamında bir kişi olarak kabul edilmediği şeklinde ifade ederiz. İnsanların aralarındaki yaradılıştan, cinsiyetten, yaştan, yerli ve yabancı olmaktan, hatta toplumsal mevki farkından kaynaklanan farklılıklar, yakın tarihe kadar hukuk alanında da kendisini gösteriyordu. Roma Hukukunda köle hak ehliyetine sahip değildi, mal statüsündeydi. Aile reisinin hakimiyeti altında bulunanların da hak ehliyeti yoktu, bu anlamda kölelerden farksızdılar. İnsanları hak sahibi olan ve olmayan, yani hür ve köle olarak sınıflandıran kurum ve zihniyet, ortaçağa kadar süregelenmiş, bu çağdan sonra esaret, serflik²²⁴ şeklini alarak varlığını Fransız İhtilali ve sonralarına kadar sürdürmüştür.²²⁵ Kadınların kişi statüsünde kabul edilip edilemeyeceği 19' uncu yüzyılda dahi tartışma konusu olmuştur. Yakın tarihte bile, örneğin Almanya' da Nasyonal Sosyalizm' in egemen olduğu dönemde, belirli ırk ve soydan gelenlere kişilik tanınmadığı ya da sınırlı kişilik tanındığı izlenmektedir.²²⁶

Kişiler Hukukuna hakim olan genel ilkelerin en temeli olan eşitlik ilkesi²²⁷, hukuk tarihinin en önemli fetihlerinden birisidir.²²⁸ Anayasanın 10' uncu maddesinde temel bir ilke olarak kabul edilen eşitlik, Medeni Kanunun 8' inci maddesinde hak ehliyeti açısından " ...bütün insanlar , hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler." şeklinde ifadesini bulmuştur. Her insanın hak ve borçlara ehil bir hak sahibi olarak kabul edilmesi, bir kültür evriminin sonucudur. Modern toplumun, insanı, doğuştan itibaren herhangi bir ayırım yapmadan, sırf insan olması dolayısıyla hak sahibi olarak tanınması oldukça yenidir ve 19' uncu yüzyıldan itibaren

²²⁴ Feodal toplumda bir toprağa ve bir feodal Bey' e bağlı kişilere serf denilir, Büyük Larousse Sözlük Ve Ansiklopedisi.

²²⁵ AKİPEK, s. 9.

²²⁶ KOGON, Eugen: Der SS- Staat, München 1977, s. 67 vd, Aktaran: ZEVKLİLER, s. 4.

²²⁷ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 6.

²²⁸ TEKİNAY, s. 203; Hukuk önündeki eşitlik, fiili şartların ve ilişkilerin imkan verdiği ya da olayların doğasına aykırı düşmediği oranda söz konusu olur. Zaten Medeni Kanun' un 8' inci maddesinde hak ehliyeti bakımından " hukuk düzeninin sınırları içinde" bir eşitlikten bahsedilmektedir. Bizzat kanun, kişiler arasında hak ehliyetine sahip olmak bakımından mutlak bir eşitlik gerçekleştiremeyeceğini öngörmüş ve bu konuda bazı sınırlar koymuştur.

tabii hukuk akımının etkisiyle olmuştur.²²⁹ Eski hukuk sistemlerince kabul edilmiş kölelik durumu tarihe karışmıştır. İnsanlar; siyah derili mi beyaz derili mi, Müslüman mı Hıristiyan mı, fakir mi zengin mi, akıllı mı deli mi, erkek mi kadın mı olduklarına bakılmaksızın haklara sahip olmada eşit sayılmaktadır.²³⁰ Hayvan Hakları savunucuları, ayrımcılığın son boyutu olan türçülüğün de bu noktada aşılması gereğini dile getirmektedirler. Hayvanların fiziksel, psişik ve hatta sosyal yetileri konusunda ilgi ve bilginin artması sonucu gerçekleşen bilinçlenme süreci hukuksal alanda yansımalarını yaratmış ve kısa süreler içerisinde hayvanlara ilişkin bir çok kanuni düzenlemeyi beraberinde getirmiştir. Bu süreç hızla devam etmektedir. Bugünün hukukçuları tarafından hayvan, artık basit bir eşya olarak görülmemekte, yaşayan, hissedebilen bir varlık olarak hayvanlara da kişi statüsü tanınması konusundaki görüşler yoğunluk kazanmaktadır. Bu görüş, hayvana da, insanlarınkiyle aynı doğadan ahlaki değer atfedilmesi, ve onu hakkın konusu konumundan çıkartarak, hakkın sahibi konumuna getirmeyi savunmaktadır. Bir kere hak sahibi konumuna getirildikten sonra hayvanların temsili konusu da, hukuk teknikleri ile çözülecektir. Hukukçular bu konuda hukuk sistemine uydurulan sosyal kişilerin hukuki durumu ile temyiz kudretinden yoksun kişilerin temsil sistemlerinden esinlenmektedirler. Öte yandan karşı görüşler hayvana kişi statüsü tanınmasının insanın haysiyetinde bir zayıflamaya yol açabileceğini, o nedenle fazla ileri gitmeden hayvanın hukuki statüsünün iyileştirilmesi ile yetinmek gerektiğini, bu doğrultuda hayvanın eşya statüsünden çıkartılarak, yaşamına ve hissi varlığına özel, ayrıcalıklı bir konuma getirilebileceğini söylemektedirler. Diğer taraftan sorun, % 99, 5 gibi muazzam bir oranla insan genetiğine sahip büyük maymunlar için farklı bir hukuki statü²³¹ oluşturulup oluşturulmaması gerektiği sorunu ve bu benzerliğin ortaya çıkardığı ahlaki sorgularla yeni bir boyut kazanmıştır.²³²

²²⁹ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 6.

²³⁰ TEKİNAY, s. 203.

²³¹ " İnsan ve şempanze arasında kan nakli yapılabilir. Buna karşılık ne şempanze, ne insanla diğer bir tür arasında kan nakli yapılabilir. Genetik olarak şempanzeye, farenin sıçana olduğundan daha yakınız." Büyük İnsansı Maymun Projesi adı ile

Bir çok Avrupa ülkesi, hukuk sisteminde hayvanları eşyadan ayırmak yönünde değişiklikler yapmıştır: Avusturya Medeni Yasasına göre hayvanlar eşya değildir; özel yasalar ile koruma altındadırlar. Hayvanlara ilişkin özel hükmün olmadığı alanlarda, haklarında eşya hukukuna ait hükümler uygulanacaktır. İsviçre, hayvanın hukuki statüsüne ilişkin maddeyi Federal Anayasasına, Medeni Yasasına ve Ceza Yasasına, ayrıca 1978 tarihli Hayvanları Koruma Yasasına dahil etmiştir. Anayasada, hayvanların yaradılışlarından gelen haysiyeti dile getirilmiştir. İsviçre Medeni Kanununa göre hayvan, eşya değildir. Alman Anayasasında devlete, yasama, yürütme ve yargı erkleri ile hayvanları koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Yine Alman Medeni Yasasında da hayvanların eşya olmadığı hükme bağlanmış, farklı bir düzenleme olmadığı durumlarda eşyaya uygulanan hükümlerin hayvanlara da tatbik edileceği belirtilmiştir. Avrupa' nın hayvanlara karşı en vahşi tutumlu ülkesi olarak tanınan İspanya' ya bağlı Asturias bölgesi Özerk Topluluğu Yasasının Giriş bölümünde 1978 tarihli Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi' ne, Washington, Berne ve Bonn Sözleşmelerine atıfta bulunulmuş; tüm canlılara, özel olarak da insanlara en yakın olan hayvanlara saygı ve onların korunması konusunda artan hassasiyet dile getirilmiştir. Boğa güreşleri İspanya' nın bir çok kentinde yasaklanmakla birlikte²³³, İspanya, " Great Ape Project" adı ile anılan proje kapsamında insansı maymunlara temel insan haklarını tanıyarak hayvan istismarı konusundaki kötü şöhretini kırabileceğine inanmaktadır.²³⁴ Bu konudaki ilk yasal düzenleme 1999 yılında Yeni Zelanda' da yürürlüğe konulmuş ve insansı maymunlara haklar tanınmıştır.²³⁵ Sırbistan da Anayasasında

anılan ve hukukçular, felsefeciler, genetikçilerce desteklenen bu proje hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.greatapeproject.org/> (12.08.2007) ve http://en.wikipedia.org/wiki/Great_Ape_Project (12.08.2007)' de sayılan diğer atıflar.

²³² ANTOINE, Suzanne: " Rapport Sur Le Regime Juridique De L' Animal", 10 Mayıs 2005, s. 7.

²³³ ANTOINE, s. 13- 18.

²³⁴ Le Figaro Sciences, 18 Mayıs 2007; GEN, Elçin: " İspanya' yı Karıştıran Tasarı: Zapatero Hükümeti' nden İnsansı Maymunlara Kişi Statüsü, Birikim, 13.05.2006, [http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=170\(10.06.2007\)](http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=170(10.06.2007))' den ulaşılabilir. Sosyalist Parti' nin bu girişimine dünya çapında yaklaşık 70 üniversite destek vermektedir.

²³⁵ Le Figaro Sciences, 18 Mayıs 2007.

hayvanların hem birey olarak hem tür olarak korunacağını hükme bağlamıştır. Rus Federal Yasası, farklı bir özel düzenleme olmadığı hallerde, hayvanlara eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanacağını, ancak bu uygulamanın da insani ilkelere aykırı olamayacağını düzenlemiştir. "İnsani ilkeler" gibi geniş bir kavramın kullanılması, hayvanların duyarlılığı konusunda ahlaki bir tutum oluşturulması gereğinin üstü kapalı anlatımıdır. Moldavya da Medeni Kanununa hayvanların eşya olmadığına ilişkin hükmü eklemiştir. Polonya Hayvanları Koruma Yasasına göre hayvan; yaşayan, acı çekebilen bir canlı varlıktır; eşya değildir; insan, ona saygı göstermeli, onu korumalı ve ihtiyaçlarını karşılamalıdır. Yine aynı yasaya göre bu yasada hükme bağlanmamış konularda hayvanlara, eşyaya uygulanan hükümler uygulanacaktır. İdari organlar, görev alanlarına hayvanların korunmasını da dahil edecekler ve bu konuda ulusal ve yabancı kurumlarla ortaklaşa çalışacaklardır.²³⁶ Brezilya Anayasası da, fauna ve florayı korumak kapsamında hayvan türünü korumanın yanı sıra hayvanları birey olarak da koruyan, onlara karşı zalimane muameleyi yasaklayan bir hüküm içerir.²³⁷

Görüldüğü üzere henüz çekingen boyutta kalmakla birlikte, hayvanların ahlaki ve hukuki alandaki yeri konusundaki düşünce ve düzenlemeler her zamankinden daha büyük ivme kazanmıştır. Günümüzde insanın, insanmerkezci dünya kavrayışı ve türcü eşitlik ve adalet anlayışındaki değişim sinyalleri, bu ivmenin temelinde yatan etkidir. Hukuk sisteminde henüz bu yönde bir değişikliğe gitmeyen ve hayvanın eşya statüsünü devam ettiren diğer ülkelerin ise; hayvanın Medeni Hukuktaki statüsü karşısında, hayvanın hissedebilen canlı bir varlık olduğunu kabul eden hayvanları koruma yasaları ve ceza kanunları yönünden mevzuatlarındaki çelişki sürmektedir.²³⁸

²³⁶ ANTOINE, s. 19- 21.

²³⁷ Rapport D' Information Déposé Par La Délégation De L' Assemblée Nationale Pour L' Union Européenne Sur La Charte De L' Environnement Et Le Droit Européen, s. 80.

²³⁸ ANTOINE, s. 13.

3.4. HAYVANIN UĞRADIĞI ZARARLARDAN ÖTÜRÜ MANEVİ GİDERİM TALEP İMKANI

3.4.1. Genel Olarak

Borçlar Kanununun 41' inci maddesine göre " Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur." Bu doğrultuda bir haksız fiil sonucu hayvanı zarara uğrayan ya da ölen kişi, uğradığı maddi zararın tazminini haksız fiilden sorumlu olan kişiden veya kişilerden talep edebilir. Zararın miktarı, hükmedilecek tazminatın üst sınırını belirler.²³⁹ İspatı mümkün olan zararları davacı ispat edecek, ispatı mümkün olmayan zararlar için ise hakim takdir yetkisini kullanacaktır.²⁴⁰ İstisnai haller dışında bir maldaki değer kaybının hesabında sübjektif sistem esas alınır. Sübjektif sistemde malın mağdur için taşıdığı değer esastır ve haksız fiilin bu değerde meydana getirdiği azalma, zararı teşkil eder.²⁴¹ Zarar görenin bir hayvan olduğu halde bu doğrultuda hayvanın soyu ve sahibine sağladığı her türlü fayda, hayvanın değerinin tespitinde belirleyici olacak, bu doğrultuda tespit edilecek değer, hayvanın piyasa değerini aşabilecektir.²⁴² Zararın tespitinde dikkate alınacak diğer noktalar hayvanın yaşı, sağlığı, eğitimi ve ona değer yükleyen diğer her türlü özelliğidir.²⁴³ Hayvanın yaşı, diğer malların aksine,

²³⁹ TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 583; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Beta, İstanbul 2006, s. 476; TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, A. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1961, s. 315.

²⁴⁰ TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 26; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku, Beta, İstanbul 1996, s. 972; Davacı, hakimın takdir yetkisini kullanmasına imkan sağlayacak delilleri ibraz edecektir, OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 2006, s. 552.

²⁴¹ TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 275; EREN, s. 476; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 584; TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. 1, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 466.

²⁴² EPSTEIN, Richard A.: " *The Next Rights Revolution?*", 51 Natl. Rev., Nov. 8, 1999, s. 44-46. Waisman & Newell, *supra* n. 1; 705 P.2d 454, Alaska 1985, Aktaran: BYSZEWSKI, Elaine T: " Valuing Companion Animals In Wrongful Death Cases: A Survey Of Current Court And Legislative Action And A Suggestion For Valuing Pecuniary Loss Of Companionship", 9 Animal L. 215, 2003, s. 218.

²⁴³ Stettner v. Graubard, 368 N.Y.S.2d 683, 685, N.Y. Town Ct. 1975; Dimeo v.

onun değerini doğru orantılı olarak arttıran bir özelliktir.²⁴⁴ Piyasa fiyatının tespit edilemediği durumlarda da tüm bu özellikler yanında hayvanın, sahibindeki yoldaşlık değeri, sahibine sağladığı koruma değeri ile sahibinin şahsında gerçekleştirdiği diğer kazanımlar esas alınacaktır.²⁴⁵ Öngörülebilir veteriner masrafları da zararın hesaplanmasında dikkate alınacaktır.²⁴⁶

Tamamen telef olan malın yerine yenisinin ikamesi için gereken meblağ, zararı teşkil eder.²⁴⁷ Malın hasara uğramış olması halinde ise bu malın tamiri mümkün değilse veya tamir edilmesinden sonra mal sahibinin bu malı kullanması kendisinden beklenemez ise veya tamir masrafı malın değerinden yüksek ise, mal tamamen telef olmuş kabul edilir.²⁴⁸ Bu halde hasara uğramış mal davalıya verilir.²⁴⁹ Ailenin bir bireyinden farksız, yaşamın paylaşıldığı evcil hayvanlar söz konusu olduğunda mevzuatın yetersizliği görülmektedir. Öyle ki hayvan besleyen, köpeğine zarar vererek, köpeğin piyasa değerinin üzerinde tedavi masrafına yol açan kişiden, piyasa harcamalarını aşan tutarı talep edemeyecektir. Kanunun, bu hayvan besleyene gösterdiği yol, örneğin sakatlanmış köpeğini tamamen telef olmuş kabul edip; köpeğini, onun uğradığı zarardan sorumlu kişiye vermesi, bunun karşılığında yeni bir köpek alması ya da yeni bir köpek alacak miktarı malvarlığına geçirmesidir. Bu durum ahlaki ve vicdani duygulardan öte, hayvanları koruma mevzuatının iç mantığı ile de çelişmektedir.

Manville, 386 N.E.2d 917, 918, Ill. App. Ct. 1979; Animal Hosp. of Elmont, Inc. v. Gianfrancisco, 418 N.Y.S.2d 992, 994–995, Dist. Ct. 1979; McDonald v. Ohio St. U. Veterinary Hosp., 644 N.E.2d 750, 752, Ohio Ct. Claims 1994; Barton & Hill, supra n. 1, at 414, Aktaran: BYSZEWSKI, s. 218 ve 232.

²⁴⁴ Brousseau v. Rosenthal, 443 N.Y.S.2d 285, 287, N.Y. Civ. Ct. 1980, Aktaran: BYSZEWSKI, s. 218.

²⁴⁵ BYSZEWSKI, s. 218.

²⁴⁶ *Kaiser v. U.S.*, 761 F. Supp. 150, 156, D.D.C. 1991; *Nichols v. Sukaro Kennels*, 555 N.W.2d 689, 692, Iowa 1996; *Goldberg v. Ruckstuhl*, 408 S.2d 374, 374, La. App. 1981; *Kurash v. Layton*, 598 A.2d 535, 537, N.J. Super. L. Div. 1991; *Zager v. Dimilia*, 524 N.Y.S.2d 968, 970–971, N.Y. Village Ct. 1988, Aktaran: BYSZEWSKI, s. 218.

²⁴⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 584; NOMER, Haluk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta, İstanbul 1996, s. 43.

²⁴⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 551.

²⁴⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 585.

Avusturya Medeni Kanununda bu konuda özel bir hüküm yer alır. Avusturya Medeni Kanununda hayvan, eşya statüsünden çıkartılmıştır. Hayvanın özel durumu ve sahibi ile arasındaki özel ilişki göz önünde tutularak hayvanın yaralanması halinde, tedavi masrafları hayvanın maddi değerini geçse de; sahibinin, hayvanın iyileşmesi için veya iyileşme beklentisi ile yapacağı tüm masraflar talep edilebilecektir. Burada harcamalar, sağduyulu bir hayvan besleyen tarafından gerçekleştirilecek harcamalar ile sınırlıdır.

Hukuk sistemi, hayvanlara biçtiği statü noktasında hukukumuzda paralel olan ABD eyaletlerinde ise bu noktada cezalandırıcı tazminat kurumu, hayvanların mülk statüsünden dolayı oluşan bu vicdani duyguları rencide eden adaletsiz durumu bir bakıma telafi edici şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu kurumun işletilebilmesi için, kasıtlı ve insafsızca işlenen bir haksız fiil söz konusu olmalıdır. Florida Yüksek Mahkemesinin önüne gelen bir olayda²⁵⁰ davacı, yavru sosis cinsi köpeğini ön bahçesine bağlayıp gitmiş, o esnada bir çöp toplayıcısı boş çöp bidonunu Heidi isimli köpeğin üzerine fırlatmış ve gülerken olay yerinden ayrılmıştır. Bu olay sonucu Heidi hayatını kaybetmiştir. Mahkeme, hayvan besleyenin böyle bir olay sonucu yaşadığı etkiyi çok gerçekçi bulmuş ve Heidi' nin insafsızca öldürülmesinin, telafi edilmesi gereken bir zarar unsuru ortaya çıkardığına hükmetmiştir. Geleneksel " mülk" statüsü bir yana, Florida Yüksek Mahkemesi' nin bu kararı diğer mülklerden farklı olarak evcil hayvanların, sahiplerinin onlara yüklediği değer temelinde ayrıcalıklı bir değer ifade ettiklerini de göstermektedir.²⁵¹

Sübjektif sistemde ise malın değeri hesaplanırken, malın sahibinin manevi sebeplerle malına özel olarak verdiği değer dikkate alınmaz.²⁵² İşte

²⁵⁰ La Porte, 163 S.2d, Aktaran: BYSZEWSKI, s. 219.

²⁵¹ BYSZEWSKI, s. 220.

²⁵² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 570; Buna karşılık hukuk sisteminde hayvanlara yine eşya statüsü biçmiş ABD' de hayvanın diğer eşyalardan farklı özelliği göz önünde tutularak, hayvanın değeri belirlenirken manevi değerın bazı unsurları da dikkate alınmakta, böylece hayvan besleyenin cüzi bir miktarla yetindirilmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır, Jankovski § Preiser Animal Hospital, 510 N.E.2d 1084, 1087, Ill. App. 1987, Aktaran: BYSZEWSKI, s. 218; Hakim Andell ise Bueckner §

bu noktada manevi tazminat kurumu önem kazanmaktadır. Hem maddi hem manevi tazminat yönlerinden hayvanların hukuk sistemimizdeki mülk statülerinin değiştirilmesinin, hukuk sistemimizi Tabii Hukuk' a bir adım daha yaklaştıracığı²⁵³ ve özellikle hayvan sahiplerinin ve tabi ki hayvanların karşılaştığı adaletsiz durumları önleyeceği kuşkusuzdur.

3.4.2. Manevi Tazminat Kavramı ve Amacı

Manevi zarar, kişinin varlığında meydana gelen zarar; yani, kişinin iç huzurunun bozulması, manevi bütünlüğünün ihlali halidir.²⁵⁴ Manevi zararın meydana gelişi ve bir kere meydana geldikten sonra öngörülen manevi tazminatın amacı, tartışmalı konulardır.²⁵⁵

Manevi zararın meydana gelişi çeşitli görüşlerle açıklanmaya çalışılmaktadır.²⁵⁶ İsviçre- Türk doktrininde baskın olan sübjektif görüşe göre, tecavüz sonucu fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevincini kaybeden kişi, manevi zarara uğramış olur.²⁵⁷

Hamel davasında evcil hayvanlar için piyasa değerinin üzerinde tazminata hükmedilebileceği görüşünü savunmuştur, 886 S.W.2d, Aktaran: BYSZEWSKI, s. 218.

²⁵³ Bkz. HATEMİ, *Gerçek Kişiler*, s. 23; HATEMİ, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 23.

²⁵⁴ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 876; HATEMİ, sorumluluk, s. 105.

²⁵⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 678.

²⁵⁶ Görüşler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: " Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, 1. Sempozyumu, Ankara 21- 22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s. 145 vd.

²⁵⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 145; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 891; EREN, s. 483. Bu görüş, temyiz gücü olmayan kişiler ile tüzel kişilerin manevi tazminat talep hakkını gerekçelendirememek yönünden eleştirilmiştir. Türk hukukunda, kişisel niteliği itibariyle gerçek kişilerin kişiliklerine özgü olanların dışında kalan kişilik haklarına saldırı halinde, tüzel kişilerin manevi tazminat talepleri kabul edilmektedir, "Kişilik haklarına saldırının kapsam ve koşulları MK.un 24, 24/a maddesinde belirtilmiş, BK. nün 49. maddesinde de saldırı halindeki yaptırımın kapsam ve niteliği düzenleme altına alınmıştır. BK. nün 49. maddesinde belirtilen manevi zarar, kişinin kişisel çıkarlarında (haklarında) uğradığı bir eksilmedir. Bir tüzel kişinin kişisel haklarından olan (adı, şerefi, onuru ve itibarı gibi) varlıklarına yapılan saldırının; bu manevi değerlerinde bir eksilmeye (manevi zarara) neden olacağı bir gerçektir. Gerçi, duyguları olmayan tüzel kişilerin elem ve izdi rap duymaları düşünülemez. Ancak bu onların kişilik değerlerinin saldırıya uğramadığı sonucunu doğurmaz. Hukuk düzeni tüzel kişileri hak sahibi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahsedilmiş olduğuna göre (MK. nün 46), tüzel kişinin üzüntü duymayacağı gerekçesiyle davanın reddi doğru değildir. Zaten manevi zarar salt üzüntünün varlığı halinde

Objektif görüŖe göre ise manevi zarar, kişisel değerlerde meydana gelen ve parasal olarak ifade edilebilen objektif bir eksilmedir.²⁵⁸ Tercier ise manevi zararı, objektif olarak kişisel değerlerde meydana gelen eksilmenin, sübjektif olarak bilince yansıması ve kişinin acı çekmesi olarak ifade eder.²⁵⁹ Bununla birlikte her üç görüş de, mağdurun çektiği acıyı objektif kriterlere göre tespit etmektedir.²⁶⁰

Manevi tazminatın amacı da farklı görüşlerle açıklanır. Manevi tazminatın, maddi tazminattan farklı olarak giderim niteliği taşımadığı, zira para verilmekle parasal olmayan bir zararın giderilemeyeceği savunulmuştur. Doktrinde baskın olan bu görüşe göre manevi tazminatın amacı, manevi zarar gören kişiyi farklı yönlerden tatmindir. Bu şekilde manevi acı azalacaktır.²⁶¹ Buna karşılık telafi görüşü ise, manevi tazminatın, kişi varlığındaki objektif bir eksikliğin parasal olarak ifade

değil, kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda gerçekleşen bir zarardır. Bunun içindir ki gerek Medeni Yasa ve gerekse Borçlar Yasası (m. 49) yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerinde kişisel haklarını korumaktadır. Yargılayın uygulaması ve bilimsel eserlerdeki baskın görüş, tüzel kişilerin de kişisel nitelikçe gerçek kişilerin kişiliklerine özgü olanların dışında kalan, kişisel haklarına saldırı halinde manevi tazminat isteyebilecekleri yolundadır, Y.4.H.D., 2001/ 4164E, 2001/ 8421K, 24.09.2001T; ayrıca bkz. Y.11.H.D., 1975/ 736E, 1975/3069K, 30.04.1975T; Y.H.G.K., 1987/ 4- 405E, 1988/ 27K, 13.11.1988T. Temyiz kudreti olmayan kişilerin de manevi tazminat talep imkanının olması gerektiği konusunda bkz. SEROZAN, Rona: " Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Haluk Tandoğan' ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 95; KIRCA, Çiğdem: " Manevi Tazminatın Fonksiyonu Ve Niteliği", Yargıtay Dergisi, S. 3, Temmuz 1999, s. 264.

²⁵⁸ Bkz. EREN, s. 483; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 891.

²⁵⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 147; KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1993, s. 244; EREN, s. 484.

²⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 148.

²⁶¹ KARAHASAN, *Tazminat*, s. 835; KILIÇOĞLU, Ahmet: Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, ABD 1984, S. 1, s. 15 vd; TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 330 vd.; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 655 vd. Bu yönde bkz. KARAHASAN, *Tazminat*, s. 866 ve devamındaki kararlar. Anayasa Mahkemesi' nin 11.02.1969 tarih ve 968/ 33-12 sayılı kararında, çoğu insanın genel olarak uğradığı haksız saldırının hesabını sorduğu ve zararlarının karşılanması yollarını aradığı; bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğine, ferahlığına kavuştuğu; kişinin, manevi tazminat olarak bir miktar para istemesinin, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişilik haklarını ve haysiyetini bir yana bıraktığının değil, tam tersine bunun, kişilik ve haysiyetine bağlılığının ve bunları koruma ve savunma azminin bir göstergesi olduğunu ifade etmiştir, Aktaran: TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 877, dn. 1a.

edilebileceğini savunur ve manevi tazminatın amacını da bu zararın giderimi olarak belirler.²⁶² Diğer bir görüş ise manevi tazminatın zararı giderme fonksiyonunun yanı sıra, zarar vereni cezalandırma amacını da götüğünü belirtir²⁶³, bu şekliyle manevi tazminatı bir çeşit özel hukuk cezası olarak kabul eder.²⁶⁴ Aslında hem tatmin görüşü, hem de telafi görüşü de manevi tazminatın caydırıcı rolü olması gerektiğini kabul etmektedirler.²⁶⁵ O halde manevi tazminatı, temyiz gücünden yoksun kişiler ile tüzel kişilere manevi tazminat talep imkanını da gerekçelendirecek şekilde şöyle tanımlayabiliriz: Manevi tazminat; manevi zarar gören kişiyi farklı bir yönden tatmin ederek manevi zararın onun şahsında gerçekleştirdiği acıyı dindirmeyi ya da eksikliği telafi etmeyi hedefleyen ve topluma, kişilik haklarına saygı duyulması yönünde mesaj veren bir sosyal rehabilitasyon aracıdır.²⁶⁶

3.4.3. Manevi Tazminat Talebi İçin Aranılan Şartlar

Borçlar Kanununun 49' uncu maddesine göre, " Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir. Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır. Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir." Şahsiyet hakkına tecavüzde,

²⁶² ERTAŞ, Şeref: " Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti", Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu' na Armağan, İstanbul 1990, s. 82; ATALAY, Özcan: " Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyetin) Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini", Yargıtay Dergisi, C. 5- 1975, 880; SEROZAN, *Manevi Tazminat*, s. 83 vd.

²⁶³ BK m. 49/ 2' ye göre hakim, manevi tazminatı takdir ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır. Manevi tazminat takdir edilirken, failin ekonomik durumunun nazara alınmasının, manevi tazminatın bir tür ceza görevine delalet teşkil ettiği düşünülebilir; öte yandan mağdurun ekonomik durumunun göz önünde bulundurulması eşitlik adaleti ilkesine aykırıdır, HATEMİ, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 108- 109.

²⁶⁴ ERTAŞ, s. 73; ATALAY, s. 880.

²⁶⁵ SEROZAN, *Manevi Tazminat*, s. 88; ERTAŞ, s. 82.

²⁶⁶ Ayrıca bkz. SEROZAN, *Manevi Tazminat*, s. 87.

manevi tazminat konusunda, özel hükümlerin²⁶⁷ bulunması halinde bu özel hükümler, diğer hallerde BK m. 49 uygulanacaktır. Vücut bütünlüğünün ihlali ve adam ölmesinde BK m. 47 özel hüküm olarak karşımıza çıkar. BK m. 47' ye göre " Hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir." Cismani zarar kavramından kasıt, fiziki ruhi ve asabi vücut bütünlüğünün ihlalidir.²⁶⁸ O halde tazminat ödenmesini gerektiren manevi zararları üç grupta toplamak mümkündür: beden tamlığının ihlalinden doğan acı ve üzüntüler; ölüm dolayısıyla ölene yakından bağlı olan kişilerin duydukları acı ve üzüntüler ile genellikle kişilik haklarının ihlalinden doğan acı ve üzüntüler. Aslında 47' nci maddede özel düzenlemeye kavuşturulmuş beden tamlığı ve hayat üzerindeki haklar da kişilik haklarındandır. Bunların ihlali, şeref ve haysiyet gibi diğer kişilik değerlerinin ihlalinden sırf hukuk politikasına ilişkin düşüncelerle ayrılmıştır.²⁶⁹

Bir kişinin manevi tazminat talep edebilmesi için her şeyden önce kişilik hakkına hukuka aykırı bir tecavüz gerçekleşmiş olmalıdır. Toplum içinde kişilerin yapmaları gereken davranışlar ile yapmamaları gereken davranışları belirten kurallar genel davranış kurallarıdır. Bu kurallar kamu hukuku ya da özel hukuk kuralı niteliği taşıyabilir.²⁷⁰ Böyle bir kuralın ihlali, hukuka aykırıdır. Böyle hukuka aykırı bir fiil sonucu zarara uğrayan kişinin haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilmesi için, bu kişi ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı bulunmalıdır; yani ihlal edilen kuralın amacının kapsamına o kişinin zarardan korunmasının da girmesi gerekir.²⁷¹ Şahsiyet hakkına tecavüz, şahsiyetin kapsamına giren unsurlara tecavüzü ifade eder. Şahsiyet hakkı, şahsiyeti oluşturan değerlerin tümü

²⁶⁷ Bu hükümler için bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, s. 677, dn. 2 ve KARAHASAN, *Tazminat*, s. 835, dn. 2.

²⁶⁸ KARAHASAN, *Tazminat*, s. 846; TANDOĞAN, Haluk: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963, s. 6. Aynı yönde bkz. KARAHASAN, *Tazminat*, s. 847 ve devamındaki kararlar.

²⁶⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 878.

²⁷⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 482 ve 478.

²⁷¹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 494.

üzerindeki hakkı belirtmek üzere kullanılır. MK m. 24 ve BK m. 49 anlamında kişilik, felsefi anlamdaki gibi insanların manevi yönü ile ilgili değildir. Kişisel varlıklara, insanın bedeni, resimler, diplomalar gibi bazı maddi şeyler, konut gibi bazı yerler, öteki insanlarla olan ilişkilerine dair bazı olaylar konu olabilir.²⁷² Bu genel şahsiyet hakkının münferit unsurlarına, münferit şahsiyet hakları denilebilir. Ancak bu unsurların teker teker sayılması imkansızdır. Bu imkansızlık ve değişen ve gelişen yaşam şartlarının, oluşan sosyal yapının, yeni kişisel değerleri oluşturmasının mümkün olması düşüncesi ile kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerin neler olduğu- özel haller hariç- yasalarda teker teker belirtilmemiş, hakim bunlarla bağlı kılınmak istenmemiştir.²⁷³ Bu noktada, hukukun adalete yönelmiş bir sanatın icrası oluşu düşüncesi daha da önem kazanmaktadır. Hakim, korunmaya değer kişisel varlıkların neler olduğunu ve yapılan saldırının hukuka aykırı olup olmadığını ortaya koyarken, yazılı hukuka başvurmakla kalmayacak, yazılı hukukta bir hüküm yoksa yazılı olmayan hukuka da başvurabilecek, üstelik hukuk da yaratabilecektir.²⁷⁴ Manevi tazminatın kapsamının takdiri, tamamen hakime ait bir haktır; ancak, takdir hakkının söz konusu olduğu bütün hallerde hakim, hak ve adalete göre hüküm vermek zorundadır. Bu süreçte genel hukuk ilkeleri, yaşam gerekleri, adalet düşüncesi ve çatışan çıkarların değeri hakime ışık tutacaktır.²⁷⁵ Hukuka aykırılığı önleyen sebepler bulunmadığı sürece şahsiyet hakkına yapılan her tecavüz hukuka aykırıdır.

İkinci olarak kişilik hakkına yapılan bu hukuka aykırı tecavüz sonucu bir manevi zarar gerçekleşmiş olmalıdır. Manevi zarardan ne anlaşılması gerektiğini yukarıda açıklamış bulunuyoruz.

²⁷² TANDOĞAN, Haluk: " Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", AÜHFD, C.XX, 1963, s.7-8; KARAHASAN, *Tazminat*, s. 873.

²⁷³ KARAHASAN, *Tazminat*, s. 874; TANDOĞAN, Haluk, s. 7; TEKİNAY, s. 252; ÖZTAN, s. 111-112.

²⁷⁴ KARAHASAN, *Tazminat*, s. 874; TANDOĞAN, s. 11; ÖZTAN, Bilge: Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 1994, s. 118.

²⁷⁵ KARAHASAN, *Tazminat*, s. 866 ve 874.

Manevi tazminat talep edilebilmesi için üçüncü olarak kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüz ile manevi zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Bu doğrultuda tecavüz oluşturan fiilin hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında ileri sürülen manevi zararı meydana getirmeye elverişli olduğunun kabul edilmesi, uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilmesi demektir. Önemli olan failin sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak fiilin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir. Kasten verilen zararlarda ise failin davranışıyla zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı bulunmasa dahi sorumluluk doğacaktır.²⁷⁶ Öngördüğü ve arzu ettiği hukuka aykırı sonuca davranışıyla ulaşan kişi, bu sonucun, hayatın olağan akışına aykırı olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır. Olayların normal akışına göre, zararın meydana gelme ihtimali incelenirken, hakim, hayat tecrübesi olan tarafsız bir kişi olarak hareket edecektir. Uzmanlığı gerektiren konularda bilirkişiye başvuracaktır.²⁷⁷ Olayların normal akışına göre objektif değerlendirme yapılırken, mağdurun şahsından kaynaklanan ve zararın artmasına yol açan özellikler de dikkate alınacak ve failin sorumluluğunu doğuracaktır.²⁷⁸

Faili, bir kişinin kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüz sonucu uğradığı manevi zararı tazmin ile sorumlu tutabilmek için sonuncu şart ise, failin tecavüz teşkil eden fiili işlemekte kusurlu olması veya onun sorumluluğunu gerektiren bir kusursuz sorumluluk halinin bulunmasıdır.

Görüldüğü üzere, BK m. 49 kapsamında kişilik hakkına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz nedeniyle uğranılan manevi zararın tazmini şartları, maddi zararın tazmini şartları ile paraleldir; tek fark, ilkinde manevi, diğerinde maddi zararın söz konusu olmasıdır.

²⁷⁶ HATEMİ, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, §5, N. 11.

²⁷⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 520.

²⁷⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 584.

3.4.4. Hayvanın Uğradığı Zararlardan Ötürü Uğranılan Manevi Zararın Giderimi

Kişilik hakları, malvarlığı dışında kalan, yani değeri para ile ölçülemeyen, şahsın daha çok manevi dünyasına ilişkin olan, doğal hukuk tarafından öngörülmüş ve yürürlükteki hukuk tarafından kişiye tanınmış²⁷⁹ haklardır.²⁸⁰ Kişilik kavramı, kişinin hürriyeti alanına dahil temel hak ve talepleri kapsar; bundan, bir taraftan kişinin serbest karar vermesi ve kendini serbestçe geliştirmesi, diğer taraftan kişinin vücut ve ruh bütünlüğünün dokunulmazlığı anlaşılır.²⁸¹ Bir tanım vermek gerekirse kişilik hakkı, kişisel varlıkların tümünü içeren ve kişinin varolmak, gelişmek, özgür olmak ve saygı görmek konusundaki hakkıdır.²⁸² Anayasamız da herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu belirtmiş, 17' nci maddeden itibaren de en önemlilerini düzenleyerek Anayasal güvence altına almıştır. Kişilik hakları teorisinin esasını ferdi özgürlük teşkil eder.²⁸³ Anayasanın 17' nci maddesine göre **herkes manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.** Şahsın, şahıs olması sebebiyle kendi varlığını serbestçe geliştirmesi gerçeği ölçü olarak alınmıştır. Bu hükümler devlet dışında kişileri de bağlar (Anayasa m. 11)²⁸⁴. Özel hukuk alanında ise Türk Medeni Kanununun 23 ve 24' üncü maddeleri temel bazı hükümler getirmiştir. 23' üncü maddenin kenar başlığı " Kişiliğin Korunması" şeklindedir. Bu maddede kişinin hak ve fiil ehliyetinden ve hürriyetinden vazgeçemeyeceği kuralı getirildikten sonra, 24' üncü maddede hukuka aykırı olarak şahsiyet hakkına tecavüz edilen kişinin, bu saldırılara karşı korunacağı ilkesine yer verilmiştir. Yani Medeni Kanun bir yandan kişinin özgürlüğünü kanunun getirdiği sınırlara aykırı

²⁷⁹ ÖZTAN, s. 116.

²⁸⁰ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 120.

²⁸¹ ÖZTAN, s. 111.

²⁸² KARAHASAN, *Tazminat*, s. 876.

²⁸³ TEKİNAY, s. 252.

²⁸⁴ Bu fıkra ile Anayasada yer alan hükümlerin Türk hukukunda yatay etkisinin bulunduğu; yani, bu hükümlerin, özel hukuk alanında ortaya çıkan fertler arasındaki ilişkilere de uygulanacağı ve bu durumda hakim de Anayasa hükümleri ile bağlı olduğu öngörülmüştür, ÖZTAN, s. 115.

olarak sınırlanmasına karşı korurken, diğer yandan üçüncü kişilerden gelen saldırılara karşı kişilik değerlerini korumaktadır.²⁸⁵

Kişilik hakkı, insanın insan olması dolayısıyla ayrılmaz bir biçimde sahip olduğu hakları içerir.²⁸⁶ Bunlar para ile ölçülemeyen, devredilemeyen, mirasçıya geçmeyen mutlak haklardır. Kişinin, kişiliğine tecavüz edilmemesini istemek konusunda mutlak bir hakkı vardır. Kişiliği teşkil eden unsurlardan her biri bu korumanın kapsamına girer. Kişilik hakkının belirleyici özelliği bu kişiliğe tecavüz edilmemesini isteme yetkisidir.²⁸⁷

Kişinin, insan olarak yaratılması nedeniyle sahip olduğu en önemli kişisel varlığı, ruh tamlığıdır. Bu bağlamda ***kişinin özgürlükleri, duygusal yaşantısı, ruhsal uyum ve dengesi, manevi varlığını geliştirme çabası, ruhsal sükunu, aile birliği ve hayatını paylaştığı yakınlarıyla var olan gönül bağlılığı, kişisel varlıklarıdır.*** Bu kişisel değerlere saldırı yoluyla kişiye manevi acılar vermek, kişinin ruhi varlığına ve sonuçta kişilik hakkına saldırı oluşturur.²⁸⁸

Kişilerin, besledikleri evcil hayvanları, hayatlarını paylaştıkları bir evlatları, ailelerinin bir bireyinden farksızdır. İnsan ile evcil hayvan arasındaki özel ilişki ve gönül bağlılığı bugün hayvan hakları ve refahına ilişkin bir çok hukuki düzenlemede yer aldığı ve oturumlarda da dile getirildiği gibi hayat tecrübelerine ve olayların olağan akışına göre inkar edilemez.²⁸⁹ Diğer taraftan ev hayvanlarının, kimi sağlık problemlerine, çocukların ya da zihinsel engellilerin manevi gelişimine, fiziksel engellilerin

²⁸⁵ ÖZTAN, s.113-114.

²⁸⁶ HATEMİ, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 101 vd.; DURAL, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1980, s. 98.

²⁸⁷ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 126; ÖZSUNAY, s. 252.

²⁸⁸ KARAHASAN, *Tazminat*, s. 878-879.

²⁸⁹ " ***İşbu Sözleşmeyi imzalayan Avrupa Konseyi üyesi devletler, Avrupa Konseyi' nin amacının üyeleri arasında daha sıkı bir birlik gerçekleştirmek olduğunu dikkate alarak (...) insan ile ev hayvanları arasında mevcut özel ilişkileri" hatırd tutmalıdırlar,*** Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi Giriş bölümü. Ayrıca 5199 sayılı Yasa ile getirilen " ***Ticari amaç güdülmeyen bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemezler."*** hükmü de bu özel ilişkiyi nazara alarak düzenlenmiştir. (m. 5/ 5)

ise yaşam kalitelerine olumlu katkısı bilimsel gerçeklerdir. Hal böyle olunca ev hayvanı ile sahibinin arasındaki ilişki bugün artık salt bir malvarlığı ilişkisi olarak değerlendirilemez.²⁹⁰ Burada malvarlığı dışında kalan, yani değeri para ile ölçülemeyen, şahsın daha çok manevi dünyasına ilişkin bir değer söz konusudur.²⁹¹ Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesini imzalayan devletler de- ve bu arada devletimiz de- yasal düzenlemeleri ile bu değeri korumakla yükümlü kılınmıştır.

Hayvan, haksız fiil sonucu bir zarara uğramış veya hayatını kaybetmiş ise, haksız fiilin kasten işlendiği hallerde, saldırının hayvana olduğu kadar, her şeyden önce doğrudan sahibine, sahibinin ruhi bütünlüğüne de yöneltilmiş olduğu kabul edilmelidir.²⁹² Kastın var olmadığı hallerde de yaşam ortağını kaybetmek, hayvanın sahibinde aynı duygusal çöküntüyü yaratacaktır. Bu, hafife alınacak, görmezden gelinebilecek bir çöküntü değildir. Türk Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu, manevi tazminatı öteki yasalara göre en geniş ölçüde benimsemiştir. İsviçre/ Türk Hukukunun bu yasal düzenleme tarzında anlatımını bulan ileri görüş, Alman, Fransız ve İtalyan Hukuklarında manevi giderim isteğini dar ölçüde kabul eden yetersiz hükümlerin, yargısal inançlarla genişletilmesi sonucunda ulaşılmış bir aşamadır. Bu yönden İsviçre/ Türk pozitif hukuku, açık bir üstünlük gösterir.²⁹³ Kişinin; nikah

²⁹⁰ Bu doğrultuda bkz. Bueckner § Hamel davasında Hakim Andell' in görüşü, 886 S.W.2d, Aktaran: BYSZEWSKI, s. 218.

²⁹¹ Bkz. Rabideau § City of Racine, 627 N.W.2d 795, 798, Wis. 2001, Aktaran: WAISMAN, Sonia: " Non- Economic Damages: Where Does It Get Us And How Do We Get There, Journal Of Animal Law, 2005, Volume 1, s. 8. Ayrıca bkz. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 106. Birleşim, 24 Haziran 2004 Perşembe, s. 46' da N. Gaye Erbatur, Rasim Çakır, Canan Aritman, R. Kerim Özkan, Sıdika Sarıbekir, Feramus Şahin, Salih Gün, Hüseyin Güler, Muharrem İnce, Dursun Akdemir, Muzaffer Kurtulmuşoğlu ve Mustafa Özyurt' un Hayvanları Koruma Kanunu Tasarısının 4/ k maddesinin değiştirilmesine yönelik verdikleri önerge.

²⁹² Bkz. aşağıda dn. 296' da Pennsylvania Üst Mahkemesinin kararı.

²⁹³ YÜCE, Turhan Tufan: " Yargıtay Ticaret Dairesinin Manevi Tazminata İlişkin Bir Kararı Üzerine Tahlil Ve Tenkitler", Adalet Dergisi, Kasım 1966, S. 1, s. 785. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında ölüm ve bedensel zarar halinde hükmedilecek manevi tazminata ilişkin hüküm, Yargıtay uygulaması doğrultusunda genişletilmiştir. Söz konusu 55' inci maddeye göre; " Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevî tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

filmleri²⁹⁴, ve hatta işlemeli yastığı, danteli, iç çamaşırları, vazo takımı, el örgüsü gümüşlüğü, el örgüsü sehpa takımı ile arasındaki gönül bağlılığını ve bu bağlılığın oluşturduğu ruh bütünlüğü ve rahatlığını kabul eden ve bu eşyalarının yanması sonucu kişinin iç dünyasındaki tahribatı telafi etmek amacıyla manevi giderimi kabul eden²⁹⁵ Yargıtay' ın, hayvan besleyenin, hayvanının uğradığı zarardan ötürü uğradığı ruhi çöküntü ve yaşama zevkindeki azalmayı dikkate almayacağı düşünülemez.²⁹⁶ Nitekim

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”,

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>.

²⁹⁴ Y.H.G.K, 2001/15-498E, 2001/508K, 13.06.2001T, KILIÇOĞLU, Mustafa: Tazminat Hukuku, Legal Yayıncılık, 2. baskı, İstanbul Temmuz 2006, s. 953-955.

²⁹⁵ Y.4.H.D., 1998/7259E, 1998/10232K, 14.12.1998T, KILIÇOĞLU, s. 956.

²⁹⁶ “ Davacı, davalının bahçesine giren ve civcivlerine saldıran köpeğinin davalı tarafından öldürülmesi nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın ödetilmesini istemiştir. Ceza mahkemesinde davalı, sebepsiz yere hayvan öldürmek suçundan beraat etmiştir. Yerel mahkemede, ceza mahkemesine ait hükmü esas almak suretiyle davalının, köpeğin saldırısına engel olmak için savurduğu tekme sonucu öldüğü ve böylece olayda meşru savunmanın var olduğu belirtilmek suretiyle davayı reddetmiştir.

Borçlar Yasasının 52. maddesinde yer alan meşru savunma halinde kişi, kendisinin veya üçüncü bir kişinin şahıs veya malvarlığına yönelik, hukuka aykırı bir saldırıyı önlemek için saldırıda bulunana yönelttiği bir savunma ile zararı, hukuka uygun bir şekilde önlemesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Haklı bir nedene dayanan savunma halinin en belirgin özelliği, yukarıda da belirtildiği üzere savunma eyleminin saldırıda bulunan kişiye yöneltilmesidir. Bu nedenle zararın kaynağı üçüncü bir kişiye tabi olaylar veya hayvan davranışı ise artık meşru savunmadan bahsedilemez.

Somut olayda davalının civcivlerine (malvarlığına) yönelik saldırı, bir hayvan tarafından gerçekleştiğinden meşru savunma bulunmamaktadır. Davalı her ne kadar köpek tarafından malına verilen zararın ödetilmesini isteyebilirse ve zararı önlemek için bir takım yöntemlere başvurabilirse de; haklılık sınırlarını aşmak suretiyle davacı köpeğini öldürmekle özensiz davranmıştır. Şu durumda olayın gelişimine göre davacı yararına uygun bir miktarda tazminata hükmetmek gerekirken somut olaya uygun düşmeyen gerekçe ile davanın reddi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir.” , Y.4.H.D., 2002/ 13773E, 2003/ 5282K, 24.04.2003T, Kazancı Otomasyon Sistemi,Yargıtay, bu kararı ile evcil hayvanı zarar gören kişinin manevi tazminat talep hakkına yeşil ışık yakarken, aynı kararında sahibine maddi kazanç sağlayan hayvanları “ malvarlığı” olarak açıkça nitelemiştir. Daha eski tarihli başka kararlarında da Yargıtay, katırların ve arıların öldürülmesinden dolayı açılan manevi tazminat davalarını, bu hayvanların öldürülmesinden doğan zararın mala ilişkin zarardan ibaret olduğu gerekçesi ile reddetmiştir, bkz. Y.4.H.D.,25.02.1988, 10365E, 1820K ve 18.01.1988, 8372E, 299K, KARAHASAN, Tazminat, s. 1139 ve 1140. Bir kişinin öldürmek ya da öldürülmek üzere salt kazanç kaygısı ile yetiştirdiği bir hayvan ile arasında manevi bir ilişki kurduğundan ve bu ölümün sırf haksız fiil sonucu gerçekleşmiş olmasından dolayı kendisinde bir manevi zarar oluştuğundan bahsetmek güç ise de; kişinin

hayvanlara biçtiği statü noktasında hukukumuzla paralellik arz eden ABD' nin bir çok eyaletinde mahkemeler, hayvanının uğradığı kötü muameleden ötürü bakıcısı lehine manevi tazminata hükmetmektedir.²⁹⁷ Son senelerde

senelerdir can yoldaşı, hayat yoldaşı bellediği örneğin insana en yakın hayvan olarak bilinen bir atıyla, bir eşeğiyle aralarında kurulan manevi bağı ve bu hayvanın haksız fiil sonucu zarara uğraması halinde bu kişide oluşan manevi zararı inkar etmek imkansızdır. Öte yandan Yargıtay' ın, hayvanların uğradığı zarardan ötürü sahibine manevi tazminat ödenmesi konusunda da emsal gösterilecek ve bu konuda a fortiori uygulama alanı bulacak ilke kararı " (...) Dava konusu kesilen çınar ağacı, İstanbul' da Beşiktaş- Ortaköy yolu üzerinde bulunan 70- 80 yaşlarındaki çınar ağaçlarından biridir. Çınar ağaçlarının kentin bu kesiminde oluşturduğu toplu görünümünün yarattığı güzellik tartışmasız bir olgudur. Bu nitelikteki görünüm, bireylerin duygusal veya manevi sevinç, coşkuları açısından gereksinimlerini karşılayarak insanın ruhsal bütünlüğünün korunması ve gelişmesine etkili olurlar. Çağımızda güzel, temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşamının bir insanlık (kişilik) hakkı kabul edilmesinin nedeni budur. (...) Tüm bu nedenlerle Beşiktaş- Ortaköy yolu üzerinde bulunan asırlık çınar ağaçlarının oluşturduğu " toplu görünümünün yarattığı doğal güzellik", **bir tanesini de olsa keserek el atmalla ortaya çıkan zararı, ağacın yapacak ve yakacak değeriyle nesnel olarak ölçmek, çağımızın çevre, doğa inançlarıyla bağdaşmaz.** O halde; davacının " peyzaj" yabancı sözcüğü ile anlatmak istediği zarar kavramını, **özel hukuk sorumluluğunda kapsamı nitelik ve nicelik açısından giderek geliştirilen " manevi zarar" olarak nitelendirmek gerekir.** (...) hukuka aykırı eylemlerin yargı önünde hesabının sorulması ve hakkın elde edilmesinin (...) çevreye bağlılığını, ruhsal bütünlüğünü güçlendireceği de unutulmamalıdır. Hakkın elde edilmesinin bu sonuçları sağlaması için , yargılama sonucunun etkin bir düzeye erişmesi de gerekir. Mahkemenin (...) verdiği tazminat bu etkinliği sağlayacak düzeyde değildir. (...) Çevre ve doğal güzelliklerin değerinin her olay için aynı matematik ölçüyle belirlenmesinde yargılama sanat olmaktan çıkacağı gibi, adaletin somutlaştırılması (hakkaniyet) da gerçekleşemez. Tüm bu nedenlerle eksik inceleme ve yetersiz gerekçeye dayanan mahkeme kararı bozulmalıdır.", Y.4.H.D., 1993/ 7876E, 1994/ 5878K, SÜNGÜRBEY, *Hayvan Hakları 1999*, s. 1371. Aynı yönde bkz. YİBGK, 1945/ 35E, 1946/ 1K, 09.01.1946T; YİBGK, 1968/ 1E, 1968/ 12K, 10.06.1968T.

²⁹⁷ Pennsylvania Üst Mahkemesi, sebepsiz yere evcil hayvanı vuran polis memuru aleyhine manevi tazminata hükmetmeyen alt derece mahkemesi kararını bozmuştur. Mahkeme, olaydaki gibi **kasten işlenen bir haksız fiil söz konusu olduğunda, müdahalenin, hayvanın yanı sıra, bakıcısına da yöneltildiğinin ve bu müdahalenin onda derin yaralar açabileceğinin altını çizmiştir**, 269 F.3d 205 , 3d Cir. 2001; Kentucky Üst Mahkemesi' nin bir kararına konu olan olayda mağdur, 14 sene boyunca 2 atıyla beraber yaşamıştır. Sağlık sorunları nedeni ile atlarına gerekli bakımı yapamayacak duruma gelmiş ve istediği zaman görebilmek şartı ile ve mülkiyetleri kendisinde kalmak üzere at çiftliği olan ve onların bakımını üstlenmek isteyen davalıya götürmüştür. Davalı bir süre sonra atları kesim için satmış ve mağdura da onların yeri hakkında yalan söylemiştir. Jüri, atların piyasa değeri olan 1000 \$' a ek olarak 50,000 \$ manevi tazminata ve 75,000 \$ da cezalandırıcı tazminata, toplamında 126,000 \$ tazminata karar vermiştir, 44 S.W.3d 806, Ky. App. 2001; Hawaii Üst Mahkemesi' ne intikal eden bir başka olayda Princess adlı köpeği özel bir veteriner kliniğine taşıırken onu direkt güneşe maruz bırakan belediye görevlilerinin ihmalkarlığı, köpeğin güneş çarpması sonucu ölümüne neden olmuştur. Mahkeme, köpeğin, ailenin günlük yaşamında kapladığı

bir çok eyalette, hayvanın uğradığı zararlardan ötürü bakıcısının, uğradığı manevi zararı talep edebileceği yasalar ile de açıkça düzenlenmiştir.²⁹⁸

Hakim, korunmaya değer kişisel varlıkların neler olduğunu ve yapılan saldırıların hukuka aykırı bulunup bulunmadığını ortaya koyarken, yazılı hukuka- bu doğrultuda özel hukuk yasalarına, Anayasa' ya ve Ceza Yasası ile diğer özel yasalara- başvurmakla kalmayacak, yazılı hukukta bir hüküm yoksa, yazılı olmayan hukuka da başvurabilecek, üstelik hukuk da yaratabilecektir.²⁹⁹

Tazminat ödenmesini gerektiren manevi zararların, fiziksel, ruhsal ve asabi beden tamlığının ihlalinden doğan acı ve üzüntüler; ölüm dolayısıyla ölene yakından bağlı olan kişilerin duydukları acı ve üzüntüler ile genellikle kişilik haklarının ihlalinden doğan acı ve üzüntüler şeklinde üç grupta toplanabileceğini söylemiş, aslında 47' nci maddede özel düzenlemeye kavuşturulmuş beden tamlığı ve hayat üzerindeki hakların da kişilik haklarından olduğunu, ancak kimi nedenlerle özel düzenlemeye kavuşturulmuş olduklarını belirtmiştik. Hakim görüşe göre ve uygulamada, kişinin, bir yakınının uğradığı bedensel zarar nedeniyle ruhsal bütünlüğünün sarsılması sonucu uğradığı zararın BK m. 47 kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir.³⁰⁰ Nitekim Borçlar Kanunu tasarısında da ilgili maddeye

rolü ve ölümünün onlarda yarattığı derin acıyı dikkate alarak manevi tazminata hükmetmiştir, *Campbell*, 632 P.2d, Aktaran: BYSZEWSKI, s. 221.

²⁹⁸ Tennessee, hayvanın uğradığı zarardan ötürü bakıcısının manevi tazminata hak kazanacağı konusunda mevzuatına açık hüküm koyan ilk eyalettir. Tennessee ve diğer eyaletlerin bu konudaki yasal düzenlemeleri için bkz. BYSZEWSKI, s. 225 vd ve ROUKAS, Marcella S.: Determining The Value Of Companion Animals in Wrongful Harm Or Death Claims: A Survey Of U.S. Decisions And An Argument For The Authorization To Recover For Loss Of Companionship In Such Cases, Michigan State University College of Law, 2007, http://animallaw.info/articles/ddus50statesurvey_companion_animals.htm' den ulaşılabilir. ABD' de hayvanların uğradığı zarardan ötürü bakıcısının duyduğu manevi acının tazmini konusunda tarihten bugüne ayrıntılı bilgi için bkz. SCHWARTZ, Victor E./ LAIRD, Emily J.: " Non- Economic Damages In Pet Litigation: The Serious Need To Preserve A Rational Rule", *Pepperdine Law Review*, Volume 33, No: 2, 2006, s. 227- 273.

²⁹⁹ TANDOĞAN, *Şahsiyetin Korunması*, s. 11; ÖZTAN, s. 112 ve 118; KARAHASAN, *Tazminat*, s. 877.

³⁰⁰ KARAHASAN, *Tazminat*, s. 845. Bu yönde bkz. KARAHASAN, *Tazminat*, s. 849 ve devamındaki kararlar.

bu yönde bir açıklık getirilmiştir. Bu doğrultuda, yukarıda açıkladığımız nedenlerle bir kimsenin çok sevdiği köpeğinin ağır bir şekilde yaralandığını görmesi halinde çok ağır bir ruhsal sarsıntı geçirmesi, acı ve elem duyması olağandır ve bu ruhsal sarsıntı BK m. 47 kapsamında giderilebilmelidir.³⁰¹ Bu noktada çok yakın ve içtenlik taşıyan duygu bağlılığının varlığı ve ölümden dolayı kişinin beden ve ruh sağlığının sarsılmış olması aranmalıdır.³⁰²

3.5. HAYVAN LEHİNE ÖLÜME BAĞLI TASARRUF DÜZENLEME SORUNU

3.5.1. Genel Olarak

Ölüme bağlı tasarruf, miras bırakanın ölümünden sonra hüküm doğuracak emirlerini içeren bir hukuki işlemdir.³⁰³ TMK' nın Birinci Kısımının İkinci Bölümünün Üçüncü ve Dördüncü ayrımlarında ölüme bağlı tasarrufun iki farklı anlamda kullanıldığını görüyoruz. Bunlardan biri, Üçüncü Ayrımda Ölüme Bağlı Tasarrufların Çeşitleri başlığı altında düzenlenmiş, miras bırakanın ölümünden sonra yerine getirilmesini istediği son arzuları, yani içerik olarak ölüme bağlı tasarruflar; ikincisi ise, Dördüncü Ayrımda, Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekilleri başlığı altında düzenlenen, miras bırakanın iradesini açıklarken uyması gereken şekil kurallarıdır. İlkine maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar, ikincisine şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar denilmektedir.

Miras bırakanın ölümü anında mirasçı ya da vasiyet alacaklısı olacak kimselerin, yasaca aranan bazı özelliklere sahip olmaları gerekmektedir. Özellikle TMK m. 577- 583 arasında düzenlenmiş bu özellikler üç grupta toplanabilir: miras bırakanın ölümü anında mirasçının sağ olması; mirasçının

³⁰¹ KILIÇOĞLU, Ahmet: " Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi?", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1983, S: 1, s. 288. Kılıçoğlu bu konuda hukukumuzda bir kanun boşluğu olduğunu ve bu boşluğun TMK m. 1 gereği hakim tarafından doldurulması gerektiğini savunur.

³⁰² Hayvanını, bir süs eşyası gibi gören, onun ihtiyaçlarıyla ilgilenmeyen, ya da onu kesilmek üzere yetiştiren kişinin, bu hayvanı ile arasındaki gerçek duygusal bağdan bahsetmek olanaksızdır.

³⁰³ DURAL, Giriş, II vd.

hak ehliyetine sahip olması ve mirasçının mirastan yoksunluk sebeplerinden biriyle bu sıfatını kaybetmemiş olması.

Konumuz bakımından önem arz eden hak ehliyeti şartına değinmek gerekir. Hak ehliyetinin, miras hukuku bakımından görünümü, mirasçı olma ehliyetidir. TMK m. 580/ 1 mirasçı olmanın bu şartını belirtmiş olup, TMK m. 581/ 1 vasiyet alacaklısı olmak bakımından da aynı ehliyetin aranacağını düzenlemiştir. O halde mirasçı ya da vasiyet alacaklısından bahsedebilmek için her şeyden önce söz konusu bir kişi olmalıdır. Kişinin hukuki bir kavram olduğundan bahsetmiştik. Hukuken kişi sayılmayan varlıklar, mirasçılık ehliyetine sahip olamayacaklardır. O halde hayvanlar, mirasçılık ehliyeti olmadığından, mirasçı atanamayacaklar, vasiyet alacaklısı tayin edilemeyeceklerdir.³⁰⁴ Böyle bir durumda, miras bırakanın son isteklerini gerçekleştirmek için imkan dahilinde, hayvanı lehine yaptığı ölüme bağlı tasarruf, mirasçılara yapılan bir yükleme olarak yorumlanacaktır.³⁰⁵

Miras bırakan ancak mirasçısı olan veya muayyen mal vasiyet ettiği gerçek ya da tüzel kişilere hayvana bakma yükümü yükleyebilir. Burada bakılacak hayvan, hak kazanmaz.³⁰⁶

3.5.2. Yükleme (Mükellefiyet)

TMK m. 515' te düzenlenen yükleme, miras bırakanın yasal ya da atanmış mirasçılarına herhangi bir kimse lehine alacak hakkı doğurmaksızın belirli bir şeyi yapma ya da yapmama görevini yüklediği bir ölüme bağlı

³⁰⁴ Hatemi, Sohm- Bourgeois' nın La Personnification de L' Animal: Une Tentation A Repousser adlı makalesindeki hayvanlar adına mükellefiyetli bir kazandırma yapılabileceğinden hareketle hayvana bu manada kişilik tanınmasını pratik bir faydasının olmayacağı görüşüne karşı çıkmıştır. Hayvanlara yapılan bir bağışlama, hayvanın hak yeteneği olmamasından dolayı geçersiz kalacaktır. Öte yandan, bağışlanan kendisine yararı olmayan bir bağışlamayı, kural olarak kabul etmeyeceğinden, bağışlayanı hayvanların nasibinden insanlara da bir pay ayırmak zorunda bırakmaktadır. Vakıf kurabilmek için de uygulamada belli bir miktar malvarlığı değeri aranmaktadır, HATEMİ, a.g.m., s. 143.

³⁰⁵ BAYGIN, Cem: " Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum", <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/CBaygin2.html>' den ulaşılabilir.

³⁰⁶ İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, DER Yayınları, 6. Basım, İstanbul 2006, s. 135.

tasarruftur.³⁰⁷ Cebri icra konusu olabilen hukuka, ahlaka aykırı ve imkansız olmayan her şey, yüklemenin konusu olabilir. Cebri icra konusu olamıyorsa, tasarruf koşula bağlanmalıdır. Bu yolla miras bırakan, ölümünden sonra bir çok isteğinin yerine getirilmesini sağlayabilir. Burada esas olan miras bırakanın amacıdır; miras bırakan bu amacın gerçekleşmesi için mirasçılara ya da vasiyet alacaklılarına bir yüklemeye bulunur. Ancak yüklemeden yararlanacak lehine bir alacak hakkı doğmaz, dolayısıyla kendi lehine ifa davası açma hakkı olmaz, bunun bir sonucu olarak da yüklemenin yerine getirilmemesi halinde tazminat hakkı doğmaz.³⁰⁸

Yüklemenin yerine getirilmesi ya rıza ile ya da dava ile gerçekleşir. Miras bırakan tarafından yapılan yükleme, yükleme lehtarına, ifa davası açma hakkı vermese de, miras bırakan tarafından izlenen amacın yerine getirilmesini dava etme imkanı verir. Tuor' un dediği gibi " burada bir ifa alacağı yoktur, fakat ifayı talep hakkı vardır." Burada bir çelişki yoktur; çünkü, bu talep ve dava hakkının konusu, yükleme tasarrufu olarak beliren miras bırakanın son istek ve emirleridir. Burada özel bir talep ve dava hakkı söz konusu olmaktadır, bununla sadece yüklemenin ifası istenir, fakat bir hak iddia olunamaz.³⁰⁹

Dava, yüklemeyi yerine getirmekle yükümlü olan mirasçı ya da vasiyet alacaklısına yöneltilir. Davacı sıfatı ise yüklemenin yerine getirilmesi ile ilgili olan herkese aittir (TMK m. 515/ 1). Burada ilgililerin çevresi oldukça geniştir. İlgili kişiden maksat, miras bırakanın yükleme ile güttüğü amacın gerçekleşmesinde menfaati olan herkestir. Bu menfaatin hukuken

³⁰⁷ İMRE/ ERMAN, s. 133; DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku C.4 Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003, s. 157; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul 1987, s. 281; OĞUZMAN: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 1995, s. 145.

³⁰⁸ GÜRSOY, Kemal Tahir: " Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart Ve Mükellefiyet", AHFD, C. X, s. 537; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 281; OĞUZMAN, s. 151; Yüklemenden yararlanacak kimselerin sayısının belli olmadığı hallerde tazminat isteme hakkının olmaması bir zorunluluk sonucu ise de, yüklemenden sadece bir kişinin yararlanabileceği durumda yorum yoluyla yüklemeyi bir alt vasiyet olarak kabul edip, yararlanacak kişiye dava hakkı tanınabilir, DRUEY, Aktaran: DURAL/ ÖZ, s. 158.

³⁰⁹ İMRE/ ERMAN, s. 136; DURAL/ ÖZ, s. 158.

korunan bir menfaat olmasına ihtiyaç yoktur; malvarlığına ilişkin veya parasal bir menfaat yanında, haklı herhangi bir manevi ya da ahlaki menfaat de yeterlidir. Buradaki sınır, yüklemenin ifası ile yalnız doğrudan doğruya olan bir ilgi ve menfaat olmasıdır. Bu doğrultuda ölenin akrabalarının, yakın arkadaşlarının, onun son arzularının yerine getirilmesinde ilgi ve menfaatlerinin olduğu kabul edilir. Öte yandan yüklemenin yerine getirilmesinde hiçbir şahsi menfaati olmasa da varsa vasiyeti yerine getirme görevlisi(TMK m. 552) ya da mirası resmen idare ile görevli memur(TMK m. 592) da miras bırakanın iradesinin yerine getirilmesini temin için dava açabilir ve görevleri gereği buna mecburdurlar da.³¹⁰ Yüklemenin ifasını talep hakkı, zamanaşımına tabi olmamalıdır.³¹¹

TMK m. 515/ 1' in ikinci cümlesine göre tasarruf, hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren, her ilgili, yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir. O halde, miras bırakan yüklemeli bir ölüme bağlı kazandırma yaptığında, bu kazandırmanın lehtarı bir atanmış mirasçısıya, yüklemenin yerine getirilmesi atanmış mirasçının tereke mallarına fiilen zilyet olduğu, yani malları teslim aldığı andan itibaren istenebilir. Kazandırmanın lehtarının vasiyet alacaklısı olduğu halde ise ona karşı dava, vasiyet borcunun yerine getirilip, vasiyetin konusu ona fiilen teslim edildiği andan itibaren açılabilir. Söz konusu madde bu haliyle sadece bağımsız olmayan yüklemeleri içermesi bakımından eksiktir. Eğer bir bağımsız yükleme söz konusuysa, bu yüklemeyi yerine getirme borcu yasal mirasçılardadır. Onlara karşı yüklemenin yerine getirilmesine ilişkin dava, mirasın kesin olarak iktisabı, yani ret hakkının herhangi bir şekilde düştüğü tarihten itibaren açılabilir.³¹²

Yüklemenin yerine getirilmesi bakımından TMK m. 515 bir azami süre öngörmemiştir. Federal Mahkeme kural olarak miras bırakanın yüklemeyi yerine getirecek kişiyi hayatı boyunca yüküm altına sokmak istediği faraziyesini kabul etmektedir. Böyle bir farazi iradenin tespit

³¹⁰ İMRE/ ERMAN, s. 137.

³¹¹ İMRE/ ERMAN, s. 136.

³¹² DURAL/ ÖZ, s. 161-162.

edilemediği hallerde ise süreyi, TMK m. 521/ 2' den örneksemeyle yükümlü ile onun ilk sıradaki mirasçılarının hayatı boyu ile sınırlandırmaktadır.³¹³

İleride çıkacak güçlükleri düşünerek, yüklemenin ifasını sağlama bağlamak için, vasiyetçinin elinde bazı imkanlar vardır. Miras bırakan, bir vasiyeti yerine getirme görevlisi tayin ederek, yüklemenin ifasını ona görev olarak verebilir. Miras bırakan yine bu amaçla, ölüme bağlı tasarrufuna yüklemenin yerine getirilmemesi halinde, mirasçı ya da vasiyet alacaklısının mirastan yoksun kalacaklarına ilişkin bir kayıt koyabilir. Bu tür kayıtlara mahrum edici kayıtlar denilir. Bu kayıtlar bozucu şart niteliğindedir. Burada miras bırakan, yüklemenin ifası bozucu şartı ile belirli bir kişiyi mirasçı veya vasiyet alacaklısı olarak tayin etmektedir.³¹⁴

3.5.3. Miras Bırakanın Hayvan Lehine Yüklemede Bulunması

Miras bırakan, mirasçı atadığı kişiye ölümünden sonra hayvanına, örneğin köpeğine bakma yükümü yükleyebilir. Miras bırakanın güttüğü amaç ile doğrudan ilgisi bulunan haklı herhangi bir manevi ya da ahlaki menfaatin ilgili kişi sayılmaya yettiğinden, bu bağlamda hukuken korunan bir menfaate ihtiyaç olmadığından bahsetmiştik. O halde mirasçının bu yükümü yerine getirmemesi halinde köpek bunu dile getiremeyeceğine göre köpekle miras bırakan dışında da sevgi bağı olan bir kişi veya durumdan haberdar olan herhangi bir komşu ya da tanıdık da bu davayı açabilmelidir. Burada önemli olan, miras bırakanın son arzularının yerine getirilmesidir. Bu kişilerin, Hayvanları Koruma Kanununda hayvanların korunmasında onların yasal temsilcisi tayin edilen İl Hayvanları Koruma Kurulu' nu harekete geçirip davayı Kurul' un açması da düşünülebilir. Her halükarda varsa vasiyeti yerine getirme görevlisi ya da mirası resmen idare ile görevli memur kişi de bu halde görevi gereği bu davayı açmaya mecburdur. Miras bırakan, yüklemenin ifasını sağlama bağlamak için bir vasiyeti yerine getirme görevlisi tayin ederek, ölümünden sonra gerçekleşmesini istediği yüklemenin ifasını ona görev olarak verebilecek; ayrıca, yine aynı amaçla,

³¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 284; OĞUZMAN, s. 151.

³¹⁴ İMRE/ ERMAN, s. 137.

yaptığı ölüme bağı tasarrufa, yüklemenin yerine getirilmemesi halinde mirasçı ya da vasiyet alacaklısının mirastan yoksun kalacağına ilişkin bozucu şartı ekleyebilecektir. Yine bu amaçla miras bırakan, yedek mirasçı atama ve art mirasçı atama kurumlarından istifade edebilecektir.

4. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR IŞIĞINDA KOMŞULUK HUKUKU VE ADİ KİRA SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA TAŞINMAZDA HAYVAN BESLEME SORUNU

4.1. KOMŞULUK HUKUKU VE KAT MÜLKİYETİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE HAYVAN BESLEME SORUNU

4.1.1. Genel Olarak Mülkiyet Hakkı

18' inci yüzyılın ortalarından itibaren gelişmeye başlayan kapitalist ekonomi ve endüstri devrimine uygun klasik mülkiyet anlayışına göre aynı haklar içerisinde en geniş yetkileri içeren mülkiyet hakkı, eşya üzerinde mutlak, sınırsız ve doğrudan doğruya yetkiler sağlayan bir haktır.³¹⁵ Mülkiyet hakkı, yükümlülük içermez. Sadece bu yetkilerin kullanılması özel ya da kamu hukuku nitelikli yasalarla sınırlandırılabilir; ancak bu sınırlamalar mülkiyetin özüne yabancıdır.³¹⁶ Öyle ki bu anlayış, çevre sorunlarının söz konusu olduğu durumlarda dahi mülkiyet hakkı sahibine mutlak bir kullanma özgürlüğü sağlamış; bir işletmenin doğal su kaynaklarına akıttığı, havaya yaydığı zehirli atıklar üzerinde durulmamıştır.³¹⁷ 19' uncu yüzyılda ortaya çıkan sosyal görüşler ile birlikte, malik ile eşya arasında kabul edilen mülkiyet ilişkisinin, başkalarını da etkileyebileceği düşünülmüş ve bu görüş sonucu ilkin yakın çevreyi

³¹⁵ AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku, 2. Kitap, Mülkiyet, Ankara 1971, s. 4; GÜRİSOY, Kemal Tahir/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 476, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 333; OĞUZMAN/ SELİÇİ,

³¹⁶ AKİPEK, Eşya Hukuku, s. 4; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s. 333; ZEVKLİLER, Aydın: " Mülkiyetin Yapısı Ve Mülkiyetten Doğan Ödevler", Bülent Nuri Esen' e Armağan, Ankara 1977, s . 563 ve 582; AKİPEK, Jale: Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme, BATİDER, 1969, S. 1, s. 1-4.

³¹⁷ GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s. 332; ÇÖRTOĞLU, İ. Sahir: Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki Ve Sonuçları (MK. 661), Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları: 202, Olgaç Matbaası- 1982, s. 2.

oluşturan komşular, ve daha sonra da toplum, bu ilişki içerisine sokulmuştur.³¹⁸

Anayasanın Mülkiyet Hakkı başlıklı 35' inci maddesine göre " Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." Ve Anayasanın 11' inci maddesine göre hiçbir kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz. Türk Medeni Kanunu' nun Eşya Hukuku başlıklı Dördüncü Kitabının Mülkiyet başlıklı Birinci Kısmı' nda Mülkiyet hakkının içeriğini düzenleyen 683' üncü maddesinin ilk fıkrası' na göre " Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir." Mülkiyet hakkının özüne dokunmamak şartıyla kanun koyucu; gerek kamu yararı, genel ahlak ve sağlığın korunması amacıyla, yani kamusal nitelikte, gerek kişiler, bu arada da komşular arasında iyi ve düzenli ilişkilerin devamını sağlamak amacıyla daha ziyade özel hukuk alanına giren düzenlemeler yapabilir.³¹⁹ Konuya özel hukuk yönüyle yaklaştığımızda, taşınmazlar bakımından TMK m. 683' teki " hukuk düzeninin sınırları içerisinde" ibaresinin içerisini Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamalarını düzenleyen TMK' nın 731 ve devamı maddeleri – ve bu arada 737 ve devamı maddelerde düzenlenen komşu hakkı- ve her şeyden önce hakkın kötüye kullanılmaması yükümlülüğü dolduracaktır.³²⁰

³¹⁸ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 328; ÇÖRTOĞLU, s. 2; Bugün, mülkiyet kavramının içeriğini yetkiler ile birlikte yükümlülüklerin de oluşturduğu kabul edilir, buna karşılık mülkiyet hakkını, sahibine yetkiler ile birlikte yükümlülükler de yükleyen bir ayni hak olarak tanımlamak, hak kavramına ters düşer, ZEVKLİLER, *Mülkiyet*, s. 589. Hak kavramını açıklamak için kullanılan teorilerden Türk doktrininde genellikle kabul gören karma teoriye göre mülkiyet hakkını tanımlarken, malikin menfaatine olan yetkiler bu tanıma uygun olup, malikin menfaatine olmayan yükümlülükler tanımın dışında kalmaktadır, ÇÖRTOĞLU, s. 4.

³¹⁹ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: " Komşuluk Hukuku Üzerinde Zarar Verici Taşkınlıklar- Açılan Pencereler Konusunda Tartışmalı Bir İnceleme", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı' ya Armağan' dan ayrışım, İstanbul 1975, s. 569.

³²⁰ ÇÖRTOĞLU, s. 11.

4.1.2. Taşınmaz Mülkiyetinin Çevresel Etkileri Yönünden Sınırlandırılması ve Komşuluk Hukuku

Çevre etkileri yaratan müdahaleler, Türk Medeni Kanununun Komşu Hakkı kenar başlıklı 737' nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, " Herkes taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.(f.1) Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel adete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır. (f.2)" Bu şekilde maddenin ilk fıkrası ile genel ve temel kural verilmekte, ikinci fıkrada ise yasaklamaya örnekler verilmektedir.³²¹ Bu madde, komşuluk ilişkilerinden doğan zorunlu çıkar çatışmalarını düzenlemek ve bir arada yaşamak durumunda olan komşu taşınmaz maliklerinin ekonomik ve sosyal çıkarlarını dengede tutabilmek amacıyla onlara katlanma ve kaçınma yükümlülükleri yüklemektedir.³²² Buna göre taşınmaz malikinin taşınmazını rahatça kullanma hakkı karşısında komşu taşınmaz malikinin katlanma yükümlülüğü bulunmakta; buna karşılık, kullanmanın kanunda gösterilen sınırı aşması halinde komşu taşınmaz malikinin bu tür bir kullanmayı önleme hakkı doğmakta ve bu halde de taşınmaz malikinin kaçınma ödevi söz konusu olmaktadır.³²³

Komşuluk ilişkileri ve komşuluk hukuku her topluma, zamana ve toplumun genel kültür seviyesine göre biçimlenmektedir.³²⁴

³²¹ FEYZİOĞLU, s. 570.

³²² AKİPEK, *Eşya Hukuku*, GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 598.

³²³ ÇÖRTOĞLU, s. 57.

³²⁴ FEYZİOĞLU, s. 565; ÇÖRTOĞLU, s. 61. Örneğin Medeni Kanun' dan önce komşuluk ilişkilerini düzenleyen Mecelle döneminde, döneminin zihniyetini yansıtır şekilde komşuya bakan pencerelerin açılması ve kapatılması konusu uzun süre sürüp giden bir problem olmuştur. Eskiden tesettür (örtünme) vardı ve kadınların başka erkeklerce görülmesi caiz sayılmazdı. Bu nedenle komşulardan; kadınların, evlerinde ve evlerinin eklentilerinde sürekli girip çıktıkları yerlerde serbestçe hareket etmelerini engelleyecek bir durum yaratmamaları istenebilirdi. Bu esasın bir sonucu olarak da mutfak, kuyu başı, evin avlusu gibi yerlerin, komşu penceresinden görünür olması fahiş zarar (yani Mecelle' ye göre binaya zarar veren ve

Komşu, nispi bir kavramdır.³²⁵ Taşınmazlardan birinde ortaya çıkan müdahalenin etkilerini doğurabileceği alan içinde bulunan taşınmazlar, komşu sayılırlar. O halde komşuluk sıfatı da müdahalenin çeşidine göre değişebilecek; etkileri geniş alana yayılabilir müdahaleler söz konusu olduğunda komşu kavramı genişleyecek, etkilerini dar alan ile sınırlı olarak gösteren müdahalelerde daha yakın taşınmazlar komşu sayılabilecektir.³²⁶

Komşuluk ilişkisi, birbirinden farklı iki taşınmaza gereksinim gösterir. Türk Medeni Kanununun 998' inci maddesine göre tapu siciline taşınmaz olarak arazi, taşınmaz üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar³²⁷, kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler kaydedilir.

Komşuluk hukukunun temel gayesi komşular arası dengeli bir düzen, komşular arası birbirinin haklarına saygı³²⁸, barış ve huzurun sağlanması olduğundan, sadece taşınmaz malikleri arasındaki ilişkiyi değil, malik ile taşınmaz zilyetleri veya zilyetler arasındaki ilişkileri de kapsamına alır.³²⁹ O halde 737' nci maddenin yaptırımını olarak kabul edilen³³⁰ ve kimlerin davacı, kimlerin davalı olabileceğini düzenleyen Türk Medeni Kanunu' nun 730' uncu

giderilmesinin temel kural olduğu haller) sayılır ve bu zararın giderilmesi emir olunurdu, FEYZİOĞLU, s. 567.

³²⁵ AKİPEK, G. Jale: Gayrimenkul Malikinin Mesuliyetinin Hukuki Neticeleri, İstanbul 1955, s. 17 ; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 601; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.521; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul 2002, s. 1150; TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 211.

³²⁶ AKİPEK, *Gayrimenkul Maliki*, s. 17; Özellikle TMK madde 737' nin düzenlediği hukuki ilişkiler artık sadece yakın komşuların sorunu olmaktan çıkmış, çevrenin sorunu olmuştur. Yargısal kararlarda komşu kavramı olabildiğince genişletilmeye çalışılmış, hatta bir nehrin kıyısındaki bütün taşınmazlar komşu sayılmıştır. Artık bu durumlarda komşuluk ilişkisinin yerini çevre almalıdır. Böylece TMK' nun bu maddesi günümüzde yoğunlaşan çevre sorunlarını hukuksal bakımdan çözüme ulaştırma çabasındaki Çevre Hukukunun özel hukukta düzenlenen bir parçasını oluşturmaktadır, ÇORTOĞLU, s. 64.

³²⁷ Doktrinde ve uygulamada bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkında komşuluk ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir, AKİPEK, *Gayrimenkul Maliki*, s. 18; OĞUZMAN/ SELİÇİ, s. 521*****

³²⁸ FEYZİOĞLU, s. 564.

³²⁹ AKİPEK, *Gayrimenkul Maliki*, s. 19.

³³⁰ FEYZİOĞLU, s. 571; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 601; " TMK m. 730, malikin mülkiyet hakkının sınırlarını taşınan bir yararlanma tarzından dolayı- komşu olsun olmasın- zarar gören her hangi bir kişiye karşı malikin genel sorumluluğunu düzenlemiştir; bunun komşulara karşı olan özel hali de MK 661' de düzenlenmiştir." , FEYZİOĞLU, s. 571.

maddesine göre her şeyden önce çevre etkileri yaratan taşkın müdahalelerle karşılaşan taşınmaz maliki davacı sıfatını taşıyabilecektir. Sınırlı hak sahipleri ve şahsi hak sahipleri, taşınmaz üzerinde fiili hakimiyet sahibi iseler dava açabileceklerdir.³³¹ Davalı da her şeyden önce taşkın müdahalenin kaynağı taşınmaz malikidir. Kural olarak malik, kendi rızası ile taşınmazını kullandırdığı ya da kullanma yetkisini iradesi ile devrettiği kişilerin fiillerinden de sorumludur.³³² Sınırlı aynı hakka dayanarak taşınmazı kullananların sorumluluğu doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir.³³³ Taşınmazı şahsi hakka dayanarak kullananların 730' uncu maddeye göre sorumlu tutulup tutulmayacağı ise tartışmalıdır.³³⁴

4.1.3. Çevresel Etki Yaratan Müdahalelerden Hayvanlarla Gelen Müdahaleler

4.1.3.1. Genel Olarak Müdahale Kavramı

Geniş anlamda müdahale kavramı ile dışarıdan bir taşınmaz üzerine gelen ve onun üzerinde duyulan etkiler ifade edilir. Türk Medeni Kanununun 737' nci maddesi kapsamındaki müdahaleler dolayısıyla müdahalelerdir. Dolayısıyla müdahaleler, bir taşınmazın işletilmesi veya kullanılması sonucu ortaya çıkan ve komşu diğer bir taşınmaz üzerinde etkileri duyulan istenmeyen ve insan davranışları ile illiyet bağı olan maddi veya maddi olmayan sonuçlardır.³³⁵ Doğrudan müdahale teşkil eden taşınmaza girme, taşınmaza sert cisimler fırlatma, ağaç dal veya köklerinin başkasının taşınmazına geçmesi gibi komşu taşınmazın özdeğine yönelen maddi fiiller ise başlı başına birer haksız fiil teşkil ettiklerinden, bunların önlenmesi veya

³³¹ AKİPEK, *Gayrimenkul Maliki*, s. 19 vd.

³³² AKİPEK, *Gayrimenkul Maliki*, s. 42 vd.

³³³ AKİPEK, *Gayrimenkul Maliki*, s. 46 vd.; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s. 660; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 547.

³³⁴ Şahsi hak sahibinin sorumlu tutulamayacağı görüşü için bkz. GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s. 661; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 548. Şahsi hak sahiplerinin de malik ile birlikte sorumlu tutulması gerektiği görüşü için bkz. AKİPEK, *Gayrimenkul Maliki*, s. 48 vd.

³³⁵ AKİPEK, *Eşya Hukuku*, s. 220; ULUSAN, İlhan: Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1977, s. 159.

bunlardan doğan zararların giderimi için müdahalenin taşkın olup olmadığının saptanmasına ihtiyaç yoktur. Bunlar hakkında kanunda özel hükümler varsa onlar, veya taraflar arasında hukuki işlem söz konusu ise bu düzenlemeler uygulanır.³³⁶

4.1.3.2. Müdahalenin Taşkınlığı

Türk Medeni Kanunu' nun 737' nci maddesine göre kural olarak komşu taşınmaz maliki, kendisine yöneltilen çevresel etki yaratan müdahalelere katlanmak durumundadır. Buna göre çevresel etki yaratan müdahaleler, ancak taşkınlık teşkil ettiği zaman yasaklanabilir; bunun dışında bu müdahaleler zarar verici ya da sıkıntı yaratıcı nitelikte olsalar bile, komşu malik bunlara katlanmak zorundadır.³³⁷ 737' nci maddedeki katlanma ve kaçınma ödevlerinin başlama ve bitme sınırları, kapsamı ve içeriklerinde taşkınlık kavramı belirleyici rol oynayacaktır.³³⁸

Bir taşkınlık niteliği arz etmediği sürece komşu, TMK m. 737' ye dayanılarak çevresel etki yaratan zarar verici kullanmadan vazgeçmeye zorlanamayacak olsa da, zararı giderici tedbirlerin alınmasına karar verilebilir. Şu kadar ki ondan, olağan ve geçerli usullerden başka ona ağır mükellefiyetler yüklenmesini gerektirecek nitelikte tedbirler alması istenemez.³³⁹

³³⁶ ÇÖRTOĞLU, s. 102.

³³⁷ FEYZİOĞLU, s. 571; ÇÖRTOĞLU, s. 175.

³³⁸ ULUSAN, s. 154; Bugün artık özellikle Kat Mülkiyeti Kanunu' ndan sonra, aynı apartman sakinleri olan komşular arasındaki hoşgörünün ölçüsü ve kapsamı hazırlanan yönetmeliklerde ayrıntılı olarak belirtilmektedir. Belediye Zabıta Talimatnamesindeki beledi yönden konulmuş yasaklamalar da komşular arasındaki hoşgörünün dozunu tayinde genellikle yardımcı olabilmektedir. Ancak TMK m. 737' deki yerel adetin tespitinde sadece belediye ve polis nizamlarının öngördüğü idari tedbirler yetmeyebilir. Çünkü idari yasak ve tedbirler yerel adete bir işaret sayılabilirse de, bu konuda mutlaka doğru bir ölçü vermez. Bu tedbirler ve yasaklar, çoğu zaman, belirli bir bölgede mahalli olarak gözetilmesi gerekli görülen komşuluk yükümlülüklerinin ve iyi ilişkilerin gerisinde kalır, Wieland, s. 267, Aktaran: FEYZİOĞLU, s. 575.

³³⁹ FEYZİOĞLU, s. 576; Federal Mahkemenin bir kararına konu olan bir olayda bir çamaşırhane bacasında çıkan dumanlar, kuzey rüzgarı estiği zaman yandaki binada oturan komşuyu rahatsız etmektedir. Komşu, bu durumun giderilmesi için dava açmıştır. Bilirkişi çare olarak bacanın yükseltilmesini istemiştir. Bu çare teklifini

Bazen de iki komşunun aynı şey ya da yerden yararlanması sonucu komşulardan biri zararlı duruma düşebilir. Yararlanılan yer, komşuların hiç birisine ait olmadığı halde, zarar gören komşu, diğerinin zarar yaratan davranışlarından kaçınmasını yine komşuluk hukukuna dayanarak isteyebilecektir. Burada komşuların menfaat derecelerinin ağırlığı değil, zarar gören komşunun menfaati ile zararlı davranışı giderici tedbirin karşı komşuya yükleyeceği külfetin karşılaştırılması yapılmalı ve sonuca göre talep kabul veya reddedilmelidir.³⁴⁰

Taşkınlık teşkil eden müdahaleler, taşınmazın yeri³⁴¹, niteliği³⁴² ve yerel adete³⁴³ göre komşuların birbirlerine göstermek durumunda oldukları

davalı kabul etmiş, fakat davacı kabul etmemiştir. Bunun üzerine Kanton mahkemesi kuzey rüzgarı estiği zaman çamaşırhanede ateş yakılmasını yasaklamıştır. Federal Mahkeme, Kanton mahkemesinin bu kararını " öngörülen tedbirlerin pratik olmadığı, önceden kestirilemeyeceği" gerekçesiyle bozmuştur. " Zira kuzey rüzgarının ne zaman eseceği belli olmayacağı gibi, aynı gün içinde birkaç kere yön değiştirmesi de mümkündür. Çamaşırhane sahibinden bu şekilde faaliyetini rüzgar esince durdurması, durunca tekrar başlaması istenemez. Burada alınacak normal tedbir bacanın yükseltilmesidir. Fakat bunu da davacının kabul etmemesi davanın reddini gerektiren bir sebep sayılmalıdır.", ATF 42 II- s. 216, Aktaran: FEYZİOĞLU, s. 577.

³⁴⁰ Federal Mahkemenin kararlarından birisine konu olan olayda davacı ile davalının aynı dere kenarında komşu taşınmazları vardır. Davacı, kendi taşınmazında havuzlar içinde balıklar yetiştirmekte, fakat havuzların suyunu dereden almaktadır. Davalı ise taşınmazındaki tuğla fabrikasından çıkan artıkları aynı dereye dökmektedir. Davacı, bu durumun balıkları için tehlikeli olduğunu ileri sürerek önlenmesini istemiştir. Artıkların devamlı olarak dereye dökülmesinin davacının balıklarına zararlı olduğu sabit olmuştur. Davalı, kendi fabrikasının, davacının balıklarından daha önemli olduğunu iddia etmiş ve bu nedenle burayı kullanmasının tercih edilmesini talep etmiş ise de bu iddia kabul edilebilir görülmemiştir. Zira fabrika sahibinin bu zararı fazla bir külfet altına girmeden önleyebileceği anlaşılmıştır. Davacının bu savunması ancak tehlikeli durumun önlenmesinin imkansız veya aşırı külfetli olması halinde geçerli olabilir, BGE 55 II- 1929, s. 243, Aktaran: FEYZİOĞLU, s. 578; Yargıtay da önüne gelen bir davada davalının dairesi için bulunan su kuyusundan diğer daire sahipleri olan davacıların yararlanmasına engel olmaya kalkışmasını da yine iyi niyet kurallarına ve aynı apartmanda yaşayan kişiler arasında cari olması gereken komşuluk ve yakınlık esaslarına aykırı bulmuştur, Y.1.H.D., 3757E, 3013K, 16.05.1965T, İBD, 1969/ 11-12, s. 644.

³⁴¹ Buradaki belirleyici kriter, çevrenin karakteridir. Müdahaleye neden olan taşınmazın bulunduğu yerin bir il, köy veya sanayi, ya da bir tatil ve dinlenme bölgesi görünümü taşımasına, taşınmazların şehrin iş yerinde ya da oturmaya ayrılmış bir bölgesinde bulunup bulunmamasına göre malike düşen kaçınma ve komşu taşınmaz maliklerine düşen katlanma yükünün kapsamı değişik olacaktır. Bu nedenle kanun, tüzük ve yönetmeliklerle yapılan bölge planlamaları, taşkınlığın saptanmasında büyük ölçüde etkilidir, ÇÖRTOĞLU, s. 190.

tahammülü aşacak şekilde etkilerini komşu taşınmaz üzerinde gösteren fiiller olarak tanımlanır.³⁴⁴ Federal mahkeme, yasaklanacak taşkınlıkları, komşu taşınmaz ve komşu üzerinde zarar verici ve alışılmış ölçülere göre çekilmez bir etki yaratan taşkınlıklar olarak tarif etmiştir.³⁴⁵ Bu şekilde normal derece ve durumdaki bir insanın duyarlılığına göre tespit edilecek³⁴⁶ ölçü kapsamında, kişinin hoş görebileceği³⁴⁷ müdahaleler taşkın olmayıp, komşunun katlanmak durumunda kalacağı müdahalelerdir. Örneğin bir evin normal çocuk gürültüleri, yemek kokuları ve hatta bir binanın yapımı sürecindeki geçici gürültülere komşu katlanmak durumundadır.³⁴⁸

Kanun koyucu, sözü geçen 737' nci madde ile müdahalenin taşkın sayılıp sayılmayacağı noktasında hakime takdir yetkisi vermiştir.³⁴⁹ Ancak hakim müdahalenin taşkın olup olmadığını saptarken tam bir serbesti içerisinde değildir. Aksine, tarafların menfaatlerini objektif anlamda dengede tutacak bir yol izlemelidir. Bir taraftan malikin mülkiyet hakkını kullanmasında fazla sıkıcı ve sınırlayıcı bir tutum içinde olmayacak; öte

³⁴² Taşınmazın tahsis amacı kastedilmektedir, AKİPEK, *Eşya Hukuku*, s. 222; ULUSAN, s. 179.

³⁴³ AYİTER, Nuşin: *Eşya Hukuku*, Savaş Yayınları: 6, 2. Baskı, Ankara 1983, s. 139; Yerel adetten kasıt, çevre etki yaratan müdahalelerin belirli bir yörede olağan karşılanmasıdır, ULUSAN, s. 176; Yerel adete göre ortaya çıkan ve mülkiyet hakkının sınırlanmasına yol açan durumların, Anayasanın 35 ve 11 maddelerinin kesin ifadeleri karşısında geçerli olamayacakları savunulmuştur, ÇÖRTOĞLU, s. 189.

³⁴⁴ AKİPEK, *Eşya Hukuku*, s. 221.

³⁴⁵ FEYZİOĞLU, s. 573.

³⁴⁶ Nitekim bir yerleşme bölgesinde mevcut küçük bir göl kenarındaki evin sahibi, göldeki buz paten alanından yayınlanan müzikten, paten alanını temizleyen traktörlerle buz hokeyi maçlarındaki gürültülerden eşinin, hipertansiyonlu bir insan olması dolayısıyla zarara uğrar olduğunu ve bu taşkınlıkların TMK m. 737 uyarınca önlenmesini istemiştir. Fakat Federal mahkeme, davacının eşinin hipertansiyonlu olması nedeniyle buz pateni sahasından rahatsızlığının doğduğunu, halbuki normal bir insandan alması beklenebilecek tedbirleri davacı da alsaydı bu durumu önleyebileceğini, esasen diğer komşuların herhangi bir şikayetinin bulunmadığını tespit ederek davayı reddetmiştir, FEYZİOĞLU, s. 574; Bu halde hayvanlara alerjisi olan bir kimse de mülkünde hayvan besleyen komşusundan TMK m. 737 kapsamında şikayetçi olamayacaktır.

³⁴⁷ Normal duyarlık ölçüleri ile sınırlı olan bu hoşgörü yükümünü komşulardan birisinin fazlasıyla taşıması, karşı tarafın da daha müsamahakar davranmasına yol açabilir- açmalıdır da- ama bu yol nihayet bir nezaket yolu olduğu için ondan da mutlaka karşısındaki gibi ona karşı gösterilen normal duyarlılık ölçülerini aşan bir hoşgörü göstermesi hukuken istenemez, FEYZİOĞLU, s. 576.

³⁴⁸ FEYZİOĞLU, s. 574; ÇÖRTOĞLU, s. 180.

³⁴⁹ FEYZİOĞLU, s. 572; ULUSAN, s. 173.

yandan komşunun da evinde huzur içinde yaşama ihtiyacını asla küçümsemeyecektir.³⁵⁰ Türk Medeni Kanununun 737' nci maddesinin ikinci fıkrası taşkınliğin saptanmasında hakime, taşınmazın durumu, niteliği ve yerel adeti dikkate alma yükümlülüğünü getirmiştir. Bunların yanı sıra hakim, taşkınliğa karar verirken diğerk kişisel durumlar ile her olayın kendisine özgü somut menfaat ilişkilerini göz önünde bulundurmalıdır. Bu doğrultuda çevre etkileri yaratan müdahalelerin taşkın olup olmadığının saptanmasında hakim TMK m. 4' teki takdir yetkisini kullanırken, TMK m. 737' de verilen ölçütler dışında başka ölçütlerden de yararlanabilecektir. Somut yarar durumu³⁵¹, zaman faktörü³⁵², müdahalenin çokluğu³⁵³, müdahalenin süresi³⁵⁴, zarar görenin önlem alma yükümlülüğü³⁵⁵ bu ölçütlerdendir.³⁵⁶

³⁵⁰ FEYZİOĞLU, s. 572.

³⁵¹ Hakim, yapacağı değerlendirmede TMK m. 737' nin bir komşuluk hukuku normu olduğunu ve bunun her şeyden önce komşulukla ilgili yarar dengesini sağlamaya hizmet ettiğini dikkate almalıdır. Bu nedenle müdahalenin taşkınliğı değerlendirilirken ilk olarak tarafların her ikisinin yararları dikkate alınmalı, bunun yanında çoğu kamusal alana ait olan diğerk yararlar da büyük bir özen ile göz önünde bulundurulmalıdır, ÇÖRTOĞLU, s. 197.

³⁵² Taşkınliğın tespitinde, davanın açıldığı anda mevcut olan ilişkilerden hareket edilir, GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 600. Taşkınliğın saptanmasında, önceden görülebilecek gelişmeler de dikkate alınabilir. Önceden görülebilen bir gelişmeden söz edebilmek için, bu gelişmenin, yakın gelecekte büyük olasılıkla gerçekleşebileceğinin beklenebilir olması gerekir. Örneğın üzerinde henüz inşaat yapılmamış olan taşınmazlarda, görülebilecek bir gelecekte bunların üzerlerinde de inşaat yapılması beklenebilir. Aynı şekilde bir işletmenin genişletilmesi sonucu, ortaya yavaş yavaş çıkan müdahalelerde de, önceden görülebilir bir gelişme söz konusudur, ÇÖRTOĞLU, s. 203.

³⁵³ Bir taşınmazdan çeşitli şekillerde müdahaleler ortaya çıkarsa, her biri kendi başına taşkın sayılamayacak olsa bile bunların hepsinin beraber etkisi taşkınliğı meydana getirebilir, EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1975, s. 150 vd.

³⁵⁴ Müdahalenin süresi de, taşkınliğı hakkında karar vermede bir işaret olarak önem taşır, ÇÖRTOĞLU, s. 207.

³⁵⁵ Bu yükümlülük, titiz davranmak şartıyla, hak ve adalet kurallarına göre karar vermeyi öngören TMK m. 737 ile de bağdaşır. Ayrıca bu yükümlülük MK m. 2' den de kaynaklanır. Buna göre zarar gören, alması gereken önlemleri ihmal ederek hakkını kötüye kullanıyor ise taşkın müdahalenin yasaklanmasını talep edemez. Zarar görenin kendi önlemleri ile müdahaleyi önlemesi halinde komşusundan tazminat talep etme hakkı saklı kalır, ÇÖRTOĞLU, s. 208.

³⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖRTOĞLU, s. 197- 208.

4.1.3.3. Hayvanlarla Gelen Müdahalelerin TMK m. 737 Kapsamında Değerlendirilmesi

Hayvanların, komşu taşınmaz üzerinde yaptıkları etkiler doğrudan müdahale olup, Borçlar Kanununun 56 ve 57' nci maddelerinin uygulanmasına yol açarlar.³⁵⁷ Buna karşılık hayvanların sadece mevcudiyeti rahatsızlık veriyorsa (kümeden çıkan fena kokular ve gürültü gibi) ve bu rahatsızlık taşkınlık unsurlarını taşıyorsa veya alınması gereken önlemlerle dahi bir alan üzerinde tutulamayan ve küme halinde uçan, insanları sokma tehlikesi bulunan arı, böcek ve çok sayıda farenin komşu taşınmaza girmesi söz konusu ise, bu tür müdahaleler dolayısıyla müdahale kabul edilir ve TMK m. 737 kapsamında değerlendirilir.³⁵⁸ Aynı şekilde hasta olan bir hayvanın üçüncü kişilere veya diğer hayvanlara herhangi bir hastalık bulaştırması durumunda hayvan tutucusu şartları varsa BK m. 41 ve devamı hükümlerine göre veya TMK m. 730' a göre sorumlu tutulacaktır ve taşkın müdahale gerçekleşecektir.³⁵⁹ Yargıtay, hayvan besiciliği yapan davalının ahırındaki gübrelik ve küspeliğin çevre sağlığına zarar verdiği iddiasıyla açılan davada, davalının komşusuna zarar verme halinin önlenmesine, kararda sınırlandırılan sahada ve ahırda besicilik ve hayvan beslemesinin men' ine ve ayrıca küspe ve gübrenin derhal kaldırılmasına dair yerel mahkeme kararını, " Bir kimsenin taşınmazında hayvan beslemesinin yasaklanması başkadır, hayvan beslemesinden doğan sakıncaların giderilmesi için bazı önlemler almaya zorlanması başkadır. Mahkemenin davalıyı taşınmazını kullanmaktan men etmeyip, kullanma şeklinden doğan mahzurların giderilmesini sağlayacak tedbirleri almaya mecbur etmesi gerekli iken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir..." gerekçesiyle bozmuştur.³⁶⁰

³⁵⁷ BK m. 56 ve 57' de hayvan idare edenin sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KALELİ, Şakir: "Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu ", Yargıtay Dergisi 1979, sayı: 2 ve 3; KURTOĞLU, Serda: Türk Borçlar Hukukunda Hayvan Sahibinin Sorumluluğu, İstanbul 1980; SARI, Suat: Alıkoyma Hakkı, İstanbul 1997.

³⁵⁸ AKİPEK, Eşya Hukuku, s. 221; KURTOĞLU, s. 75.

³⁵⁹ ACABEY, Beşir: " Hayvanların Çevreye Verdikleri Zararlardan Sorumluluk", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Seçkin, Ankara 2001, s. 102.

³⁶⁰ Y.1.H.D., 1977/10271E, 1977/10676K, 21.10.1977T, Aktaran: ACABEY, s. 102.

4.1.4. Kat Mülkiyeti³⁶¹ Kanunu Çerçevesinde Hayvan Besleme Durumu

4.1.4.1. Genel Olarak Kat Maliklerinin Borç Ve Yükümlülükleri

KMK m. 15' e göre; " Kat malikleri kendilerine ait bağımsız bölümler üzerinde, bu Kanunun ilgili hükümleri saklı kalmak şartıyla, Medeni Kanunun maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler." Bu husus, bağımsız bölümlerin taşınmaz sayılmasının(KMK m. 13/ 4) doğal sonucudur.

Kat Mülkiyeti Kanunu, komşuluk ilişkilerinin özel niteliklerini göz önünde tutarak, aynı binada oturanlar arasında huzur, sükun ve barış halinde yaşamanın sağlanması amacıyla kat maliklerine borçlar yüklemiştir. Bunlardan bir tanesi, rahatsızlık vermeme borcudur. Rahatsızlığın içine her şeyden önce Türk Medeni Kanununun 737' nci maddesinde düzenlenen ve çevre etkileri yaratan müdahaleler girmektedir. Bu nedenle kat maliklerinin ve hatta bağımsız bölümde malik dışında diğer oturanların³⁶² yükümlülüklerini düzenleyen Kat Mülkiyeti Kanununun 18' inci maddesi özellikle önem taşımaktadır.³⁶³

Kat Mülkiyeti Kanununun 18' inci maddesine göre kat malikleri, gerek bağımsız bölümlerini, gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kurallarına uymak özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla karşılıklı olarak yükümlüdürler. Doğruluk kurallarına uyma yükümlülüğünün ihlali, hakkın kötüye kullanımını teşkil edecektir.³⁶⁴

³⁶¹ Kat Mülkiyeti hakkında tarihi bilgi için bkz. MARDİN, Ebül'ula: Kat Mülkiyeti, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1948, s. 8- 20.

³⁶² Kat Mülkiyeti Kanununun 18' inci maddesinin ikinci fıkrasına göre bu kanunda kat maliklerinin borçlarına dair olan hükümler, bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma hakkı sahiplerine ya da bu bölümlerden herhangi bir yolla devamlı olarak faydalananlara da uygulanır; bu borçları yerine getirmeyenler kat malikleriyle birlikte, müteselsilen sorumlu olur. Uyuşmazlık halinde açılacak davada kat maliki ile birlikte hasım gösterilebilirler, Y.H.G.K., 5-1142E, 215K, 09.03.1977T, YKD, 1978/4, s. 492.

³⁶³ ÇÖRTOĞLU, s. 252.

³⁶⁴ ÇÖRTOĞLU, s. 252.

Kat Mülkiyeti Kanununun uygulandığı taşınmazlarda ortaya çıkan ve çevre etkileri yaratan müdahalelere de Türk Medeni Kanununun 737' nci maddesindeki ölçütler, kat mülkiyetindeki ilişkinin özelliği nazara alınarak uygulanacaktır.³⁶⁵ Bununla birlikte sırası ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve Medeni Kanun' un emredici hükümleri, yönetim planı ve her iki kanunun emredici olmayan hükümlerinden yararlanılabilir.³⁶⁶ Öte yandan hukuka, ahlaka ve adaba, kişilik haklarına aykırı yönetim planı hükümlerinin bağlayıcı bir etkisinin olmayacağı şüphesizdir.³⁶⁷

4.1.4.2. Dürüstlük Kuralına Uygun Davranmak Yükümlülüğü

Kat Mülkiyeti Kanununun 18' inci maddesi açıkça kat maliklerini gerek bağımsız bölümlerini kullanırken, gerek eklenti ve ortak yerleri kullanırken dürüstlük kuralına uymakla yükümlü kılmıştır. Böylece Türk Medeni Kanununun 2' nci maddesindeki objektif iyi niyet kuralı kat mülkiyeti ilişkisindeki özel önemi nedeniyle ayrıca vurgulanmıştır.³⁶⁸ Şüphesiz, somut olayda KMK' nın getirdiği kurallara uyulup uyulmadığı, dürüstlük kuralına göre belirlenecektir.

Türk hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanunun çizdiği sınırların aşılması halinde ancak bir haksız fiilin söz konusu olacağını savunan bireysel görüşten değil, yukarıda ifade ettiğimiz hakkın sosyal bir işlevi bulunduğu ve haklarının sosyal amacının ihlal edilmemesi gerektiği görüşünden kaynaklanmaktadır.³⁶⁹ Türk Medeni Kanununun 2' nci maddesi her türlü hukuki ilişkide, her hak kullanımında dürüst davranma yükümlülüğünü getirmiştir. Maddeye göre; " Herkes, haklarını kullanırken ve

³⁶⁵ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 453; REİSOĞLU, Sefa: Kat Mülkiyeti, Ankara 1967, s. 90; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 479.

³⁶⁶ AYİTER, s. 134.

³⁶⁷ ARPACI, Abdülkadir: Kat Mülkiyeti Kanunu, 2. Bası, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1987, s. 108.

³⁶⁸ KARAHASAN, Mustafa Reşit: Mülkiyet Ve Kat Mülkiyeti Hukuku 3, Beta, İstanbul 1999, s. 209.

³⁶⁹ YAYLA, Yıldızhan: Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975, s. 196; EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, s. 324-325; GÜRİZ, Adnan: Teorik Açından Mülkiyet Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969, s. 349.

borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”. Bir hak dürüstlük kuralına aykırı kullanılırsa, kötüye kullanılmış(suiistimal edilmiş) olur. Bu nedenle dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlıdır. Kötüye kullanmanın başladığı yerde hak sona erer.³⁷⁰ İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği üzere Türk Medeni Kanununun 2’ nci maddesi bütün hakların kullanılmasına genel bir sınır koymaktadır.³⁷¹ Bu hüküm, esasını pozitif hukukun, meseleleri en küçük ayrıntısına kadar düzenlemesinin imkanı olmamasında bulur.³⁷² Hakkın kötüye kullanılması, hukukun şekilciliğinin ortaya koyduğu sertliği yumuşatmak üzere hukuk teori ve uygulamasından doğmuş bir kavramdır.³⁷³

Dürüstlük kuralı, kişiden, namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve o hak kötüye kullanılmış olur. Hakkın kötüye kullanılması bütün haklar için söz konusu olabilir. Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı, her somut olayın kendi şartları göz önünde tutularak tayin edilebilir. Kanuna karşı hile teşkil eden hakkın kötüye kullanılmasının kabulü için failin kusurlu olması ve özellikle “ zarar verme kastının” bulunması zorunlu değildir. Hakkın kötüye kullanılmasına dair bir çok olayda böyle bir kastın varlığı, bunun zorunlu bir unsur olduğunu göstermez. Keza birine zarar verilmiş olması veya zarar tehlikesi bulunması da hakkın kötüye kullanıldığının kabulü için zorunlu birer unsur değildir.³⁷⁴

Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı, her somut olayın kendi şartları göz önünde tutularak tayin edilir olsa da, bazı unsurlar hakkın

³⁷⁰ ÖZSUNAY, s. 321. Bu hususta Fransız hukukçusu Planiol’ un kötüye kullanmanın başladığı yerde hak sona erer anlamında “ Le droit cesse où l’ abus commence” sözü meşhur olmuştur, OĞUZMAN/ BARLAS, s. 172, dn. 292.

³⁷¹ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 188-189; ÖZSUNAY, s. 321.

³⁷² OĞUZMAN/ BARLAS, s. 189.

³⁷³ EDİS, s. 324.

³⁷⁴ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 189 ve 194-195; AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 23 ve 100; ÖZSUNAY, s. 321- 322; EDİS, s. 326.

kötüye kullanıldığı hususunda önemli bir işaret teşkil etmektedir. Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin bulunmaması veya hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı oransızlık bulunması veya uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması bu unsurlardandır. Bir hakkın kullanılmasından bir başkasının zarar görmesi olağan bir durumdur. Başkasının zarar görmüş olması, hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmez. Ancak hakkın, hak sahibine meşru bir menfaat sağlamak için değil de, sırf bir başkasını zarara sokmak, onu zor duruma düşürmek veya gayri meşru kazanç sağlamak üzere kullanılması halinde, hak kötüye kullanılmış olur.³⁷⁵

TMK m. 2' nin birinci fıkrasında, kanunun ve hukuki işlemlerin yorumlanması, boşlukların doldurulması konularında güven ilkesini işler duruma getirme amacı güdülmüştür. Buna karşılık aynı maddenin ikinci fıkrasında bundan başka ayrıca kanunu düzeltme işlevi de söz konusudur. Kanunun tatmin edici olmayışı, adalete aykırı olması, toplumsal değişime ve gelişime cevap verememesi gibi sebepler karşısında yargıca, TMK m. 1' de verilen boşluk doldurma ödevinin dışında, kanunu düzeltme yetkisi tanınmıştır. Bu durum, hukuk sisteminin kendisini yeni oluşum ve gelişimlere uyduracak önlemler alması gereğinden doğmaktadır.

O halde Kat Mülkiyeti Kanunu doğrultusunda bağımsız bölüm maliklerinin ***bir hakkı kullanırken ya da borcunu yerine getirirken, dürüstlük kuralına uygun davranmaları*** gerekir.

4.1.4.3. Komşulara Zarar Ve Rahatsızlık Vermekten Kaçınma Yükümlülüğü

Bir kat maliki, bağımsız bölümünü kullanırken, öteki kat maliklerine rahatsızlık vermekten kaçınmakla yükümlüdür. Kat Mülkiyeti Yasasında özel bir düzenleme yok ise, Türk Medeni Kanununun 737' nci maddesi burada geniş bir uygulama alanı bulur. Bu halde komşuluk hukukuyla ilgili bir hükmün ihlali durumunda 737' nci maddenin yaptırımını oluşturan TMK m.

³⁷⁵ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 195; İMRE, s. 314 vd; ÖZSUNAY, 323- 327.

730' daki sorumluluk gündeme gelir. Bu doğrultuda apartman ve bahçelerinde çocuk bağırmaları, müzik aleti egzersizleri, radyo ve televizyon gürültüleri, aşırı saz ve şarkı, halı silkmeleri huzursuzluk yaratan davranışlardır.³⁷⁶

4.1.4.4. Yönetim Planına Uymak Yükümlülüğü

Tüm kat malikleri, yönetim planına uymakla yükümlüdür.

Kat Mülkiyeti Kanununun 28' inci maddesinin birinci fıkrasına göre, ana taşınmazın yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini, yönetici ve denetçilerin alacakları ücret ve yönetime ilişkin diğer hususları düzenleyen bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme şeklinde tanımlanmış yönetim planı, kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulurken tapu idaresine verilmesi zorunlu olan bir belgedir.³⁷⁷ 28' inci maddede öngörülenler dışında yönetim planına konulan hükümler, alelade sözleşme niteliğindedir; cüz' i halefleri bağlamaz.³⁷⁸

³⁷⁶ KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 210; Üst katta oturan davalıların halı silkelemeleri ya da balkondan pis suları akıtmaları rahatsızlık verici davranışlardır ve yönetim kurulunun aldığı karar ile muayyen günlere hasredilemez, Y.5.H.D., 8712E, 23K, 10.01.1977T; " Davalının viyonselinin belirli saatlerde susturucu takılmak suretiyle çalarak rahatsız edici hareketinin önlenmesine dair verilen kararın onanmasına,Y.5.H.D., 1726E, 2137K, 12.03.1979T;" Dava konusu bağımsız bölümün cinsi tapu kaydında dükkan olarak yazılıdır. Dükkanlar birer iş yeridir. Bir işyerinde yapılacak çalışmanın niteliğini ve türünü tayin hakkı o bağımsız bölümün malikine aittir. Kat malikleri kurulunun bu konuda takdir hakkı yoktur." Davalının kafe-bar şeklinde çalışma yapması bağımsız bölümün iş yeri niteliğine uygundur. Ancak davalının, bu çalışma tarzı ile öteki kat maliklerinin rahatsız olması halinde bu rahatsızlık verici durumun önlenmesi için hakim müdahalesi istenebilir. Bu durumda uzman bilirkişilerce yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilir, Y.5.H.D., 13895E, 16243K, 01.12.1986T; " Davacının apartman dairesine, üst katta bulunan davalının dairesinin banyo bölümünün zeminine gömülü su borularından sızan suyun zarar verdiği sabittir. Bu boruların davalının banyosuna ait bulunduğu da ihtilafsızdır. Hal böyle olunca davalının kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın zararın tazminine karar verilmek icap ederken sözü edilen tesisatın davalının serbest kullanımına terk edilmediği düşüncesiyle ortak yerlerden sayıldığı gerekçesiyle davanın reddi isabetsizdir, HGK, 984/5-476E, 70K, 31.01.1986T, KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 212.

³⁷⁷ KARAHASAN, Mustafa Reşit: " Kat Mülkiyeti Kanununda Düzenlenen Yönetim Planının Niteliği ve İşlevi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı: 1, Yıl: 2006, s. 27.

³⁷⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ, s. 494, dipnot 236.

Yönetim planı, kanunun emredici kurallarına uygun olmalıdır(KMK m. 27). Yönetim planının emredici kurallara³⁷⁹ bu doğrultuda kişilik haklarına, ahlaka ve adaba aykırı olan hükümleri geçersizdir; kat maliklerini bağlamaz.³⁸⁰ Özetle, hukuki işlemlerdeki geçersizlik sebepleri burada da kuşkusuz aynı etkilere sahip olacaktır.³⁸¹

Yönetim planı kat maliklerinin oybirliği ile yapıldığı halde, 28' inci maddenin üçüncü fıkrasına göre değiştirilebilmesi için bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu yeterlidir. Yeter sayı sağlanamadığı taktirde kat maliklerine 33' üncü madde uyarınca mahkemeye müracaat imkanı tanınmıştır. Kat maliklerinin Kat Mülkiyeti Kanununun 28' inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre yapacakları başvuru üzerine hakim, ancak bir kısım kat maliklerinin sözleşmeden doğan haklarını kötüye kullanma niteliğinde sayılabilecek şekilde diğer kat malikleri tarafından ileri sürülen haklı isteklere karşı çıkmaları halinde müdahale etmelidir. Burada söz konusu olan, akıp giden zaman içinde değişen hayat anlayışları, meydana çıkan ihtiyaçlar dolayısıyla yönetim planına yeni hükümler eklenmesi veya planda

³⁷⁹ Hukuk kuralları niteliklerine göre taraflarca aksi kararlaştırılmayan kurallar ve aksi kararlaştırılabilen kurallar olmak üzere ikiye ayrılır. Aksi kararlaştırılmayan hukuk kuralları emredici kurallardır; uyulması zorunlu olan bu kuralları kişiler kendi iradeleri ile değiştiremezler ve uygulamada bertaraf edemezler. Bir hukuk kuralının emredici niteliğe sahip olup olmadığı, o kuralın ifade ve yazılış şeklinden veya kuralın amacından anlaşılabilir. Yazılış şekli itibariyle " zorlanamaz", " aksi kararlaştırılmaz", " istenemez", " feragat edilemez" gibi sözcükler, o kuralın emredici olduğunu gösterir. Kuralın amacı itibariyle toplum düzenini ve toplum yararını koruma amacı güden veya devletin bünyesini, temel yapı ve örgütünü düzenleyen ve korumak amacı güden veya kanunlarda toplumun genel ahlakını korumak için öngörülen veya ekonomik, sosyal veya fiziki durumları sebebiyle zayıfların korunması amacıyla güden veya amaçlarına göre kanunlarda hukuki işlemin şekline ilişkin hükümler veya insan hak ve hürriyetlerini ve kişilik haklarını korumak amacıyla güden kurallar emredici nitelik taşır, ESENER, s. 34-38.

³⁸⁰ BK m. 19, m. 20, KMK m. 27; Yönetim planında yazılı, dükkan ve deposunun her türlü iş yeri olarak kiraya verilebileceğine dair hükümdeki " gürültülü" şekilde kullanılabileceğine dair sözcük, Kat Mülkiyeti Kanunu' nun 18' inci maddesine aykırı olduğundan geçersizdir, Y.5.H.D.,291E,930K,08.02.1982T, KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 214.

³⁸¹ ARPACI, *Kat Mülkiyeti*, s. 106; REİSOĞLU, s. 108; ARPACI, Genel Mülkiyet, s. 185.

mevcut olup da uygulamada bazı ortaklar için açık haksızlık, adaletsizlik teşkil eden hükümlerin değiştirilmesi şeklindeki isteklerdir.³⁸²

Yasanın yasaklamadığı bir konuda yönetim planına bir hüküm konulması durumunda, kat malikleri ile ardıllarını bağlayan ve bir sözleşme olarak nitelenen yönetim planına uymak gerekir.³⁸³

4.1.4.5. Bağımsız Bölümde Hayvan Beslemenin KMK m. 18/ 1 Kapsamında Değerlendirilmesi

KMK m. 18/ 1 ile genel olarak kat maliklerine birbirlerini rahatsız etmemek, birbirlerinin haklarını çiğnememek yükümlülüğü öngörülmüştür. Şehirleşmenin giderek nüfus yoğunluğunu arttırdığı oturma bölgelerinde çalışma yaşamının kaçınılmazlığı, bireylerin ev ya da apartman dairelerinde huzur içinde yaşama ihtiyaçlarını ön plana çıkarmaktadır. Şehirleşmenin yarattığı sorunlara bağlı olarak komşuluk hukukundan doğan ödev ve yükümlülükler uymak, her şeyden önce eğitim ve kültürle yakından ilgilidir.³⁸⁴

Bağımsız bölümde beslenen ev hayvanı, kendi mizacından, ya da besleyeninin ihmalkarlığından ötürü gürültü, pislik, koku, tehlike yaratmak nedenleri ile diğer bağımsız bölüm maliklerine rahatsızlık verebilir. Kat Mülkiyeti Kanununun uygulandığı taşınmazlarda ortaya çıkan ve çevre etkileri yaratan müdahalelere de Türk Medeni Kanununun 737' nci maddesindeki ölçütlerin, kat mülkiyetindeki ilişkinin özelliğinin de nazara alınması suretiyle uygulanacağından yukarıda bahsetmiştik. O halde Kat

³⁸² Y.5.H.D., 3613E, 4339K, 24.04.1972T, RKD, 1973/ II 2, s. 118- 119; Kat malikleri kurulunun değişiklik kararına razı olmayan kat malikleri de KMK m. 33 uyarınca mahkemeye başvurabilirler (KMK m. 28/ 3), bu doğrultuda değişikliğe karşı çıkan kat maliki değişikliğin yasaya, hakkaniyet ilkelerine aykırı, katlanılmaz ve çekilmez olduğu, dürüstlük kurallarına aykırılık olduğu savı ile taşınmazın bulunduğu yerin sulh hukuk mahkemesine başvurarak, bu değişikliğin yapılmamış sayılması (iptali) için istemde bulunacaktır ki dava, iptali istenen kararın altında imzası olan kat maliklerine yöneltilecektir, KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 324; Yapılan değişiklikler beyanlar sütununa kaydedilir ve yönetim planına bağlanarak kat mülkiyetinin kuruluş belgeleri arasında saklanır, KMK m. 28/ son.

³⁸³ KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 214

³⁸⁴ KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 210.

Mülkiyeti ilişkisinin özelliği de nazara alınarak ev hayvanının sebebiyet verdiği çevresel etki yaratan müdahale, taşınmazın yeri, niteliği ve yerel adetlere göre diğer taşınmaz maliklerinin birbirlerine göstermekle yükümlü oldukları tahammülü aşacak biçimde etkilerini komşu taşınmazlar üzerinde ya da eklenti ya da bağımsız bölgelerde doğuruyorsa, KMK m. 18/ 1' in ihlalinden bahsedilecektir.³⁸⁵

Bu halde, şikayet edilen rahatsızlığın, " alınacak önlemlerle giderilmesinin mümkün bulunup bulunmadığı"³⁸⁶ araştırılmalı, rahatsızlığın " en azından sosyal yapı ve çevre koşulları itibariyle hoşgörü ile karşılanabilecek düzeye indirilebilmesi için alınması gereken önlemler"³⁸⁷ hakkında bilirkişiden rapor alınmalı"³⁸⁸ ve " önlem ya da önlemlerden olaya en uygun düşenine ve adil olanına yaptırım biçimiyle hükmedilmelidir."³⁸⁹ Bu şekilde, gerek TMK m. 737' nin, gerekse KMK m. 18/ 1' in uygulanmasında, rahatsızlığın giderilmesi için somut önlemlerin bulunup bulunmadığı bilirkişi kanalı ile soruşturulup, alınacak önlemlerle bu rahatsızlık giderilebiliyorsa, hakim, önlemlerin alınarak sakıncaların giderilmesine karar vermekle yetinmektedir. Eylemin tümünden durdurulması ya da engellenmesi söz konusu olmamaktadır. Yargısal inançların bulunduğu ve şimdiye değin kökleşen bu çözüm, hayvan besleme olayları için de şüphesiz geçerlidir.³⁹⁰

³⁸⁵ Ancak ev hayvanının bizatihi varlığının rahatsızlık verici bir etki yarattığı ileri sürülemez, nitekim " Köpek, evcil bir hayvan olup, günümüzde bir çok ailenin beslediği hayvanlardandır. O nedenle köpeğin bizatihi varlığının rahatsız edici bir unsur olarak kabulü mümkün değildir.", Y.18.H.D., 1992/ 13261E, 1993/ 1653K, 15.02.1993, Kazancı Otomasyon Sistemi.

³⁸⁶ Y.18.H.D., 10249E, 11409K, 27.11.1997T, KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 217.

³⁸⁷ "(...)sahiplenilerek bakılan hayvanların çevreye verecekleri zarar ve rahatsızlıkları önleyici tedbirler, Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı ile eşgüdüm sağlanmak suretiyle, İçişleri Bakanlığı ve ilgili kuruluşların görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir", 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m. 5/4.

³⁸⁸ Y.H.G.K., 981/1-610E, 1365K, 21.12.1983T, KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 217.

³⁸⁹ Y.1.H.D., 10236E, 13033K, 28.12.1987T, KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 217.

³⁹⁰ KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 216; " Mahkemece, bu konuda yapılan araştırma ve inceleme hüküm vermeye yeterli bulunmamaktadır. Konuya ilişkin TMK.nun 737. maddesi; taşınmaz maliki ya da kullananı, komşusuna zarar verecek her türlü davranışlardan kaçınmakla yükümlü tutulmuş ve komşular arasındaki bir takım çıkarları dengede tutabilmek için, her komşunun bazı davranışlardan kaçınma ve bazılarına katlanma ödevleri ile yükümlü tutulmuşlardır. Aynı maddenin 2. fıkrası ile

Öte yandan, apartman yönetim planında hayvan beslenmesini yasaklayıcı bir hüküm olduğu hallerde Yargıtay; apartmanda kedi, köpek ve hatta kuş beslenmesini yasaklayıcı hükümlere uymayanlar hakkında açılan davalar sonucunda, hiçbir ayırım yapmadan, yasaklayıcı hükümler doğrultusunda yasaklamaya onay vermektedir.³⁹¹ Bu doğrultuda Yargıtay 5. Hukuk Dairesi önüne gelen bir ihtilafa ilişkin verdiği kararında “ **çağdaş uygarlık düzeyinde hayvan sevgisinin korunması gereken bir sevgi**” olduğunu, köpek beslemenin, rahatsız edici boyutlara varmadığı sürece yasaklanamayacağı görüşünü vurgulamış ise de bu görüş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’ nca benimsenmemiş, yönetim planındaki “ Kat malikleri, kendi bağımsız bölümleri ile eklenti ve ortak yerleri kullanırken doğruluk

de, "özellikle taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel örf ve adete göre, komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaklanmıştır." Bu somut ve hukuki ilkeler karşısında karara dayanak yapılan uzman bilirkişi raporu olayı çözmekte yetersiz kalmaktadır. Mahkemenin buna dayalı gerekçesine de katılmak mümkün değildir. Davacı ruh sağlığının ciddi bir şekilde bozulduğunu ileri sürdüğüne göre, davalı Birsen in barındırdığı köpeklerin çıkardıkları sesler ve yarattıkları huzursuzluğun davacıyı olumsuz yönde etkileyip etkilemediği, ya da ne şekilde etkilediği, tarafların komşu oldukları da gözetilerek oturdukları evlerin konumları, nitelikleri yöresel örf ve adet ile komşuların birbirlerine göstermekle yükümlü oldukları olağan katlanma ve hoşgörü sınırını aşan taşkınlıkların bulunup bulunmadığı biri ruh sağlığı uzmanı ve biri de daha önce dinlenen Veteriner Hekim dışında başka bir Veteriner Hekim diğeri de halktan veya meslek gruplarından birinden seçilecek bir kişi olmak üzere en az 3 kişiden oluşan bir bilirkişi kurulu aracılığı ile yeniden keşif yapılmak suretiyle açıklığa kavuşturulması,köpeklerin konumu değiştirilmeden bu rahatsızlığın ve gürültünün giderilmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulması karşılıklı özveriler dengesinin gözetilmesi, iddia edildiği şekilde davacının da köpek besleyip beslemediğinin araştırılması ve ondan sonra toplanacak deliller çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması TMK’ nun 737. maddesinin amacına aykırıdır”, Y.8.H.D., 2003/ 3375E, 2003/ 4706K, 23.06.2003T; “ (...)köpeğin havladığı, ara sıra bakımlı bahçeye pislediği anlaşılmaktadır. (...) davalıya yönetim tarafından ihtar çekilmesi, ceza uygulaması amacı ile şikayet edilmesi ve yönetim kurulunca bu konuda köpek sahipleri hakkında dava açılmasına karar verilmiş olması hususları dikkate alındığında davalı köpeğinin, komşuluk tahammül sınırlarını aşacak şekilde ana taşınmazda rahatsızlık yarattığı sonucuna varılmış olmasında bir isabetsizlik görülmemiştir.”, Y.18.H.D., 1995/ 8371E, 1995/8873K, 18.09.1995T, Kazancı Otomasyon Sistemi; Öte yandan hayvanın duyguları olan ve fiziksel olarak ve manen acı çekebilen bir canlı varlık olması, her şeyi bellediği sahibinden ayrılmanın onda yaratacağı depresyon ve Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 3/ 2’ de yer alan ev hayvanını terk etme yasağı sonucu kat malikinin bağımsız bölümünü terk etmek zorunluluğu kadar ağır bir yaptırıma maruz kalabileceği hususları göz önünde bulundurulmalı, bu hususlar bu tür davaların özellikli tarafını oluşturmaktadır.

³⁹¹ KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 214; Y.H.G.K., 5- 780E, 131K, 19.02.1982T, YKD, 1982/ 4, s. 475; Y.18.H.D., 7532E, 8102K, 10.07.1995T, YKD, 1995/ 10, s. 1597.

kaidelerine uymak, diğer kat maliklerini rahatsız edecek hareketlerden kaçınmak zorundadırlar. Bu esaslara uygun olarak, kat malikleri kendi bağımsız bölümlerinde kedi, köpek, tavuk... gibi hayvanlar besleyemezler” maddesine sığınarak, maddedeki rahatsız edicilik kavramı ile bağlantı kurmaya dahi gerek duymadan, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’ nin sözü geçen kararına karşı aksi yönde direnen yerel mahkeme kararını onamıştır.³⁹²

Her şeyden önce yönetim planına konulan bu hükmün kişilik hakları yönünden geçerliliği tartışılabilir. İnsan ile ev hayvanı arasındaki özel ilişkinin bugün salt malvarlığına dayalı bir ilişki olmadığından, burada kişinin manevi dünyasına ilişkin bir değer bulunduğundan, kişinin manevi dünyasını geliştirme hakkının Anayasa ve yasalarca da koruma altına alındığından yukarıda bahsetmiştik. Bunun yanı sıra ev hayvanlarının, kimi sağlık problemlerine, çocukların ya da zihinsel engellilerin manevi gelişimine, fiziksel engellilerin ise yaşam kalitelerine olumlu katkısından da özel durumlar olarak yine yukarıda söz etmiştik. Nasıl ki herhangi bir sözleşmeye gürültü öngörüsü ile konan evlat edinmeyi yasaklayıcı bir hüküm geçerli olmayacaksa, nasıl ki tehlike kaygısı ya da hijyenik kaygılarla sözleşmeye konan zihinsel engelli barındırma yasağı geçerli olmayacaksa, ve nasıl ki çocuk gürültüsü, ya da zihinsel engelli bir kişinin yarattığı tehlike rahatsız edecek düzeyde olduğu kanıtlanınca KMK m. 18/ 1’ in ihlalden bahsedilecek ve bu rahatsızlığın giderilip giderilemeyeceği ve giderme yolları bilirkişi incelemesiyle saptanacak ve ona göre hüküm konacaksa, bağımsız bölümde hayvan barındırma konusunda da aynı yol izlenmelidir. Öte yandan yasa koyucunun mantığında hayvan beslemenin yasaklanacak bir davranış olmadığı temelini yattığı, bu konuda yasaklayıcı hiçbir hükme yer vermediği, yasa koyucunun amacının doğa ve hayvan sevgisini pekiştirmek olduğunun söz götürmez olduğu, bu doğrultuda yönetim planındaki yasaklayıcı hükmün TMK m. 737’ deki “ taşkınlık” ve KMK m. 18/ 1 ‘ deki “ rahatsızlık” koşulları ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur. Buna göre yönetim planına konan bu yasaklayıcı hüküm ile TMK m. 737/ 2

³⁹² ARCAK, Ali: Açıklamalı- İctihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 1988, s. 381.

hükümünün örtüştüğü söz götürmez. O halde yönetim planında hayvan beslemenin yasaklanması, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun kararından sonra yerleşik Yargıtay içtihadının aksine hayvanın apartmandan atılmasının dayanağı yapılamaz. Önüne gelen bu tür bir uyuşmazlıkta hakim, bağımsız bölümde beslenen hayvanın komşuları rahatsız edip etmediği, çevreyi kirletip kirletmediği konularını araştırmalı, soruşturma sonucu böyle bir durum olmadığı kanısına varırsa davayı reddetmelidir. Bunun yanı sıra hoşgörü sınırlarını aşan rahatsızlık söz konusu ise, hakim, bunun önlenmesi olanağı bulunup bulunmadığını, gerekirse bilirkişiden alınacak raporu da değerlendirerek uyuşmazlığı çözümlenmelidir. Evcil hayvanların, örneğin bir köpeğin havlamaması, çevreyi kirletmemesi için eğitilmesinin olanak dahilinde olduğu, böylece eğitilen bir köpeğin bağımsız bölüm içinde bulunmasının komşuları rahatsız etmeyeceği şüphesizdir. O halde hakim her somut olayda, yönetim planında yasaklayıcı hüküm olsun ya da olmasın, durum ve koşulları, hayvan ile insan arasındaki özel ilişkiyi ve özel sevgi bağına gözeterek hakseverlik ve denk severliğe de uygun olarak uyuşmazlığı çözmeli, yanlar arasındaki dengeyi ılımlı, hoşgörü sınırları bağlamında kurmalı ve kararını vermelidir.

Yargıtay' ın bu konudaki yerleşik içtihadının eleştiri konusu olacak diğer bir noktası da TMK m. 2' de yer alan, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uyma zorunluluğunu dikkate almamasıdır. Kat Mülkiyeti Kanununun 18' inci maddesinin açıkça kat maliklerinin gerek bağımsız bölümlerini kullanırken, gerek eklenti ve ortak yerleri kullanırken dürüstlük kuralına uymakla yükümlü kıldığını, böylece Türk Medeni Kanununun 2' nci maddesindeki objektif iyi niyet kuralına işlerlik kazandırdığını yukarıda söyledik. Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının her somut olayın kendi şartları göz önünde tutularak tayin edileceğinden, bununla birlikte bazı unsurların hakkın kötüye kullanıldığı hususunda önemli bir işaret teşkil edeceğinden, bu doğrultuda hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin bulunmaması veya hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı oransızlık bulunması veya uyandırılan güvene aykırı davranışta

bulunulmasının hakkın kötüye kullanıldığı hususunda önemli bir işaret teşkil eden unsurlardan olduğundan yukarıda bahsettik. Hakim, yönetim planındaki yasaklayıcı hükme dayanılarak önüne gelmiş bir ihtilafta da durum ve koşulların özelliklerine göre, davacının TMK m. 2' deki dürüstlük kuralına aykırı davranıp davranmadığını, böylece hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığını görevinden ötürü araştırmalı, TMK m. 2' ye aykırılığın saptanması durumunda davanın reddine karar vermelidir. Komşuluk hukukunun ve onun özel bir halini düzenleyen Kat Mülkiyeti Kanununun temel amacının komşular arasındaki barış ve huzurun sağlanması olduğu unutulmamalıdır. Oysa uygulamada görüldüğü kadarıyla hayvanın verdiği rahatsızlıktan ziyade, kişiler, arasında husumet bulunan komşusunu dairesinden ayrılmak durumunda bırakmak ya da beslediği hayvanından ayırmak amacıyla bu yola sıkça başvurmaktadır. Yıllar önce iskan alınmak için bir şekilde standart haliyle bulunup tapuya derç edilen yönetim planlarında bulunan bu madde, komşusuna zarar vermek isteyen kişinin elinde adeta bir kozdur.³⁹³ Öyle ki kimi zaman hayvanın apartmandan çıkartılmasını talep eden taraf o daireden taşınmış dahi olsa, komşusunu zor durumda bırakmak amacıyla doğruluk kurallarına uymayarak icra kanalıyla hukuki prosedürü devam ettirmektedir.³⁹⁴ İşte bu ve benzer hallerde, hakim, hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin

³⁹³ ŞENPOLAT, Ahmet Kemal: " Evcil Hayvanlar Ve Hukuksal Sorunlar", İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2, 2007, s. 603.

³⁹⁴ " Davalı takip alacaklısının oturduğu daireye bitişik dairede beslediği köpeklerden rahatsız olduğu iddiası ile davacı takip borçlusu aleyhine dava açıp kendi adına karar aldıktan sonra oturduğu daireyi 23.03.2006 tarihinde satmış ve o apartmandan taşınmıştır. Bu husus taraf vekillerince de kabul edilmiş olup tartışma konusu değildir. Dolayısı ile davacı takip borçlusunun kendi dairesinde köpek besleyip bulundurmasından 06.04.2005 takip tarihi itibari ile davalının rahatsız olması söz konusu değildir. Takip dayanağı karar apartmanla ilgili değil, davalı alacaklı şahsı için verilmiştir. Bu bakımdan davalının sattığı daireyi satın alan yeni malik ya da kiracı kendi adına dava açıp aynı şekilde karar almadığı sürece davalının şahsı için ilama dayanak benzer bir hak iddiasında bulunamayacağı gibi, aynı ilamı kendi lehine takibe koymak hak ve sıfatı da yoktur. Mahkeme kararlarının kesinleşmesinden sonra Şili ya da yasal zorunluluklar nedeni ile ilamın taraflarının değişmesi halinde, o ilamı infaz ve uygulama hakkı değişen tarafa geçer. Aynı şekilde ilamın konusunun değişen koşullar nedeniyle taraflar için bir fayda sağlanamayacağına ortaya çıkması halinde de tarafların o davanın infazını istemeleri doğru olmadığı gibi hakkın kötüye kullanılmasına da yol açar", Kartal 2. İcra Mahkemesinin 2005/ 178E ve 2005/331 K sayılı talebin REDDİ kararı, Aktaran: ŞENPOLAT, s. 604.

bulunup bulunmadığını veya hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı oransızlık olup olmadığını ve bu hallerin TMK m. 2' ye aykırılık teşkil edip etmeyeceğini saptayarak hüküm kurmalıdır. TMK m. 2' ye aykırılığı gerçekleştirebilecek diğer bir hal de yönetim planındaki yasağa karşılık kat maliklerinin, bağımsız bölümünde hayvan besleyen kat malikinden haberdar oldukları halde uzun süre bu duruma ses çıkarmamış olmaları ve bu şekilde bağımsız bölümünde hayvan besleyen kat malikinde güven yaratmış olmaları ardından, komşuluk hukuku sınırlarını aşmayan, rahatsızlık vermeyen hayvanın apartmandan atılmasını talep etmeleridir. Kişilerin, davranışlarında tutarlı olmaları gereğine yönelik bir hukuk kuralı yoktur. Ancak bir hukuki ilişkide kişi, davranışları ile karşı tarafta esaslı bir güven uyandırdıktan sonra, artık bu davranışına ve uyandırdığı güvene aykırı davranamaz.³⁹⁵ Hakim, önüne gelen her türlü ihtilafta, tarafların haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uyma zorunluluğunu görevinden ötürü göz önünde bulundurmalıdır; çünkü bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.³⁹⁶

Öte yandan yönetim planının bir sözleşme hükmünde olduğunu yukarıda belirtmiştik. KMK m. 28' e göre bir sözleşme hükmünde olan yönetim planına sözleşmenin kurulmasıyla ilgili genel hükümler de yerine

³⁹⁵ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 200; AKYOL, s.57; ÖZSUNAY, s. 326.

³⁹⁶ ÖZSUNAY, s. 328- 329. Hakkın kötüye kullanılmasının kanunen korunmaması her şeyden önce kötüye kullanılan hakka dayanan taleplerin veya savunmaların nazara alınmaması şeklinde gerçekleşir; bunun anlamı, hakkın kötüye kullanımı halinde hak sahibinin elde etmek istediği yararı elde edemeyeceğidir. Hakkını kötüye kullanan davacı ise, davası red edilir; davalı ise mahkemece davacı lehinde uyuşmazlık karara bağlanır, EDİS, s. 331; AKYOL, s. 120. Bundan başka, hakkını kötüye kullanan kimse bir başkasına zarar verdiği veya zarar verme tehlikesi yarattığı için çoğunlukla bu müeyyide yetersiz kalır. Bu nedenle TMK' nca ayrıca özel bir müeyyidenin belirlenmiş olmadığı hallerde, niteliği ile uygun düştüğü oranda TMK m. 656' da öngörülmüş olan müeyyidelerin genelleştirilerek uygulanması gerekir. Bu doğrultuda hakkın kötüye kullanımı karşısında zarara uğrayana hakkın kötüye kullanımını durdurma, önleme, hakkın kötüye kullanımından doğan zararın giderilmesi ve nihayet tespit davası açma haklarını tanımak gerekir, EDİS, s. 331. Hatta bir tarafın bir hukuki ilişkinin devamını istemesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ediyorsa, ilişkinin değiştirilmesine veya ilişkiyi sona erdirmeye karar verilebilir, OĞUZMAN/ BARLAS, s. 203. Hakkın kötüye kullanıldığı savunma olarak ileri sürülmemiş olsa dahi hakim, dava dosyasından anlaşılan böyle bir durumu resen nazara alacaktır, EDİS, s. 292- 293; AKYOL, s. 10-11.

göre uygulanabilir. Sözleşmelerin kurulmasında irade açığa vurması açık ya da örtülü³⁹⁷ gerçekleşebilir. Kimi durumlarda susma da, örtülü irade açığa vurması olarak kabul edilir.³⁹⁸ Her ne kadar KMK m. 28/ 2 ile yönetim planının kat maliklerince nasıl değiştirilebileceği belirlenmiş ise de, bu noktada sözleşmelerin kurulması ve değiştirilmesi ile ilgili genel hükümlerin de uygulanacağı söz götürmez. Kat maliklerinin örtülü irade beyanı ile de yönetim planındaki hayvan beslemeyi yasaklayıcı hükmün değiştirilmesine hiçbir engel yoktur. O halde yukarıda son örnekte verilen durum, yani köpek beslenmesinin sürekli olduğunu gören ve bilen kat maliklerinin uzun sayılabilecek bir zaman diliminde, bu durumu gördükleri ve bildikleri halde buna karşı koymamış olmaları, örtülü irade beyanıdır ki bu beyan ile köpek beslemeyi onayladıkları, yönetim planının bununla ilgili yasaklayıcı hükmünü değiştirmiş oldukları kabul edilir. Burada da KMK m. 28/ 3' teki beşte dört oranı uygulanacaktır.³⁹⁹

4.2. ADİ KİRA HUKUKU BAKIMINDAN TAŞINMAZDA EV HAYVANI BESLEME DURUMU

Borçlar Kanununun 256 ve 257' nci maddelerinde, kiracının borçları düzenlenmiştir. Ancak, kiracının borçlarına diğer ilgili maddelerde de şu veya bu vesileyle değinilmiştir. Bundan başka, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda da bu konuda önemli düzenlemeler vardır. Bu düzenlemeler ışığında adi kira sözleşmesinde kiracının borçları, kiracının

³⁹⁷ Hukuki sonuç hakkındaki arzu, ancak arzuyu açıklamak için yapılan hareketten, bu hareketin yapıldığı hal ve şartlar göz önünde tutularak anlaşılabilirse, irade beyanı örtülü bir irade beyanıdır. Beyan arzusu, hatta hukuki sonuca yönelmiş arzu bulunmaksızın bir davranış irade beyanı gibi sonuç doğuruyorsa, buna da irade karinesi denir. Bir davranışın irade beyanı sayılacağını iddia eden kişi, bu husustaki şartların varlığını ispat etmelidir, OĞUZMAN/ BARLAS, s. 148.

³⁹⁸ KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 218; " (...) uzun bir süre bu şekilde eylemli bir uygulama (hem de istikrarlı bir şekilde) devam edegelmiş (...) ise artık bu uygulamanın , müdürler kurulu kararına rağmen bütün ortaklık avukatlarınca benimsendiği kabul edilmek gerekir. Hatta böyle bir kabul zorunludur da. Çünkü her hukuk işleminde belli bir davranışın hukuki bir anlamı ve sonucu vardır. Bu davranışların ve eylemli durumların nitelendirilmesinin ise, mahkemece yapılması şarttır. Zira bazı eylemli durumlar, yazılı bir sözleşmenin dahil bazı koşullarının eylemli olarak değiştirildiği anlamına gelir (...)", Y.4.H.D., 4502E, 15065K, 29.12.1978T, KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 219.

³⁹⁹ KARAHASAN, *Kat Mülkiyeti*, s. 219.

kiralananı ilişkin zilyetlik ve kullanma haklarına bağılı olan borçları; kiracının kiralananı başkasına kiraya vermesi kira alacağını başkasına temlik etmesi hakları ile ilgili borçları ve kiracının kira parasını ödeme borcu ile kiracının kiralananı geri verme borcu başlıkları altında incelenmektedir.⁴⁰⁰

Konumuz açısından kiracının kiralananı özenle kullanma borcunu düzenleyen Borçlar Kanununun 256/1' inci maddesi önem arz etmektedir. Buna göre, " Kiracı, kiralananı kullanırken tam bir ihtimam dairesinde hareket ve apartman kirasında, bina dahilinde oturanlara karşı icap eden vazifeleri ifa ile mükelleftir." O halde kiracı, her şeyden önce kiralananı, tahsis amacına uygun şekilde kullanacak ve bunun yanı sıra, kiralananın özüne zarar verecek, değerini düşürecek, hatta şöhretini olumsuz yönde etkileyecek davranışlardan kaçınacaktır.⁴⁰¹

Kiracının kiralananı özenle kullanma borcu kapsamına, apartman kirasında, binada oturan diğer kişilere karşı gerek özenin gösterilmesi ve konuya ilişkin yükümlülükler uygun davranılması da girmektedir. Bu husus kanun metninde ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Madde metninde geçen " bina dahilinde oturanlar" dan kasıt, her şeyden önce kiraya verenin diğer kiracılarıdır. Kiraya verenin de aynı apartmanda oturması halinde onun da bu ibare kapsamında değerlendirileceğine şüphe yoktur. Kat Mülkiyeti Kanununun 18/ 2' nci maddesine göre kiracının ve diğer hak sahiplerinin KMK m. 18/ 1' deki borç ve yükümlülükler aykırı davranması halinde, kat malikinin de, yani konumuz açısından kiraya verenin de onunla birlikte müteselsilen sorumlu olduğunu bildirir. O halde kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda kiracının tutum ve davranışları yüzünden diğer malikler zarar görmüşlerse, kiraya veren de bu durumdan zarara uğrayacaktır. Bu durum,

⁴⁰⁰ Bkz. YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 6. Baskı, İstanbul 2005, s. 171 vd.

⁴⁰¹ YAVUZ, s. 276(172); HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 198; ARPACI, Abdülkadir: Kira Hukuku ve Uygulaması, Temel Yayınları, İstanbul 2002, s. 67.

BK m. 256/ 1` in kapsamına diğer maliklerin ve hatta onların kiracılarının ve diğer oturanların da gireceğinin gerekçesidir.⁴⁰²

Kanun metninde geçen " icap eden vazifeler" ifadesiyle neyin kastedildiğini çözerken, TMK m. 737 ve devamı hükümlerinden, KMK m. 18/ 1 hükmünden ve her halde TMK m. 2' de yer alan dürüstlük kuralından yararlanmak gerekecektir. Her üç maddeyi de yeri geldiğinde detaylıca irdemiş bulunuyoruz. Kat mülkiyetine tabi yerlerde yönetim planı da bu konuda başvurulacak bir kaynak niteliğini taşımaktadır.⁴⁰³

O halde yukarıda incelenen TMK m. 737 kapsamında komşuluk ödevlerine uymamak veya kira konusuna zarar verecek biçimde hayvan beslemek, kiracının kiralananı özenle kullanma borcuna aykırılık teşkil edecektir.⁴⁰⁴ Kiracının bu borcuna aykırı davranması halinde BK m. 256/ 2 devreye girecektir. Buna göre, " Kiracı, vuku bulan ihtara rağmen bu mükellefiyete daimi surette muhalefet eder yahut açıktan açığa fena kullanarak kiralananı daimi bir zarar iras eyleirse, kiralayan tazminat ile birlikte kira akdinin hemen feshini talep edebilir." Kiracıya çekilecek ihtarnamede akde aykırı hareketinin ne olduğu belirtilmeli ve bunun tekrarlanmaması ve mümkünse belirli bir süre içerisinde eski halin iadesi veya akde aykırı durumun ortadan kaldırılması istenilmelidir. Devamlı surette kalacak önemli zararların söz konusu olduğu hallerde ise ihtarın faydasız kalacağıının anlaşılması veya kiracının açıktan açığa kiralananı kötü

⁴⁰² HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 200. Bkz. Y.5.H.D., 6766E, 8036K, 07.10.1971T,ARPACI, Abdülkadir: Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 1990, s. 128.

⁴⁰³ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 200.

⁴⁰⁴ " İhtara verilen mehil bittikten sonra 22.09.1956 tarihinde yapılan keşifte (...) davalı Ayhanın mecurun yanındaki kömürlüklerde 38 adet güvercin beslediği, bunların fazla miktarda oluşu, etrafına koku yapmakla beraber, uçuşlarında çocukların orada birikerek taş ve sapan gibi vasıtalarla bunları vurmaya çalışmaları sebebiyle güvercinlerin mecurda beslenmeleri mahzurlu olduğu belirtilmesine nazaran tahliyeye karar verilmek icap ederken yazılı mütalaa ile davanın reddi yolsuz olduğundan hükmün bozulmasına", Y.6.H.D., 10778E, 125K, 10.01.1957T, BÖRÜ, Mehmet Ali/ ÖZOK, Mithat/ ÖZER, Hikmet: Türk Kira Hukuku Ve Hususi Tahliye Hükümleri, Bozkurt Matbaası, Eskişehir 1961, s. 271. Kiralanan dairede komşuları rahatsız edecek ve onların hareket serbestisini kısıtlayacak şekilde köpek beslenmesi, kiralananı özenle kullanma borcuna aykırılık teşkil eder, YHGK, 1981/6-499E, 1982/334K, 07.04.1982T, YKD 1982, s. 775- 778.

kullanarak kiranın bitiminden sonra da giderilemeyecek bir zarar vermesi durumunda kiralayan, ihtara gerek olmaksızın, sözleşmeyi feshedebilecektir.⁴⁰⁵

Sözleşmeye aykırılığın uzun süredir bilindiği, buna rağmen o kullanma tarzına ses çıkarılmadığı hallerde şartlara göre kiraya verenin o tarz kullanmaya zımnen izin verdiği kabul edilecektir. Bu rızanın sonradan geri alınması mümkün değildir. Bu rızaya rağmen sözleşmedeki hükümden yararlanarak akde aykırılık iddia edilmesi, iyi niyet kurallarına aykırıdır.⁴⁰⁶ Ayrıca 6570 sayılı Kanunun 9' uncu maddesinde öngörüldüğü üzere bu kanuna tabi kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesine yönelik konular dışında kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ YAVUZ, s. 174.

⁴⁰⁶ Y.6.H.D., 5307E, 5697K, 27.04.1992T,YKD 1993, s. 526.

⁴⁰⁷ Bkz. TUNABOYLU, Müslim: Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, Seçkin, Ankara 2006, s. 571 ve devamındaki kararlar.

SONUÇ

Özel Hukukta Hayvan Hakları başlıklı tezimizin girişini, yarattığı kabus bugün insan soyunun devamı noktasında düğümlenen insanmerkezci dünya kavrayışının eleştirisi ile yaptık. Toplumların hafızalarını oluşturan temel ögenin din olduğundan hareketle, bu algılayışın, temelini, insan türünü ayrıcalıklı bir yere yerleştiren Tevrat' ın öğretisinden bulduğunu söyleyebiliriz. Daha sonra Aristo' nun hiyerarşik evren düzeni Tevrat' ın öğretisini destekler şekilde düşünsel camiada hayvanlar aleyhine izini bırakır. 18' inci yüzyılda Thomas D' Aquin, Aristo' nun öğretisini tekrarlayacak, ve hatta hayvanları, ahlaki ilgi alanından da çıkartacaktır. Son olarak Modern Felsefenin babası olarak bilinen Descartes, hayvanın bir makineden farksız olduğunu, bir saat gibi parçalara ayrılabilceğini ve ızdırap çığlıklarının bir çarkın, bir dişlinin gıcirtısından başka bir şey olmadığını iddia ederek yakın tarihe kadar sürüp giden hayvanlara karşı zalimce duruşun son noktasını koyacaktır. Batılı' nın insanmerkezci bu evren anlayışı hukuki düzenlemelerinde de karşılığını bulacak ve Batılı' dan aldığımız kanunlarla belki İslam Hukuku' nun dayattığı, belki insanımızın özünde mevcut, asırlarca sürmüş, hayvanlara haklar tanıyan ortak yaşam anlayışı ve insan olmaktan kaynaklanan, hayvanlara karşı mevcut sorumluluk, sevgi, şefkat duyguları, yerini insanmerkezci bir hukuk düzenine bırakacaktır; ta ki Batılı, hayvanların da ahlaki ilgiyi hak ettiklerini ve bunun, hukuken de korunması gerektiğini " keşfedene" kadar. Bu keşif; hiçbir dini korku, toplumsal ya da siyasal dayatmaya dayanmaması, sırf insan olmanın gereği ahlaki anlayış ve vicdani duygular kaynaklı olması yönünden etkileyicidir. Keşfinin altına imzasını atmakta gecikmeyen Batılı, bir önder edasıyla yaşamın ortaklığını, insanın, yaşayan tüm canlılara karşı var olan ahlaki yükümlülüklerini, dünyaya öğretecektir. Ve ne yazık ki ancak bundan sonra Türkiye, gecikmeli olarak, Avrupa Birliği' ne uyum sürecinde mevzuatına hayvanların korunmasına ilişkin göstermelik birkaç hüküm dahil edebilecektir.

Hukukun temel amacı, hukuk kuralları aracılığıyla adalet ve hakkaniyeti sağlamak suretiyle ahlaki amacı gerçekleştirmek ise; toplumun adalet anlayışı geliştikçe, o toplumdaki insan hakları anlayışı da değişecektir. Tarihte asırlar boyunca mülk statüsünde tutulmuş kadınlar ve kölelerden, bugün insan dışındaki canlı varlıklara da haklar tanıma noktasında dayanışma haklarına uzanan yol, bu sürecin aynasıdır. Eşitlik ideali, ilgi alanını sürekli genişletmektedir. Hayvan hakları, bu idealin son noktasıdır. Dayanışma Hakları, Hayvan Haklarının anayasal temelini oluşturmaktadır. Bu süreci, tezin birinci bölümünde vermeye çalıştık.

Hayvanların da ahlaki ilgiyi hak ettiği ve menfaatlerinin hukuken korunması gerektiği bugün hukukumuzca da kabul edilmekle birlikte, Carbonnier' nin ifadesiyle, Medeni Hukuk, hayvana eşya paltosunu atmış bulunmaktadır. Bugün itibariyle hayvanın hissedebilen canlı bir varlık olduğunu kabul eden hayvanları koruma mevzuatı- ve diğer bir çok Avrupa ülkesi ve Amerika bakımından ceza yasaları- ile hayvanın medeni hukukça reva görülmüş eşya statüsü çelişmektedir. Bu noktada hayvanların eşya statüsünden çıkartılması sorunu, hayvan hakları konusunun temelini oluşturmaktadır. Hayvan Haklarını savunan hukukçular, bu konuda hukuk sistemine uydurulan sosyal kişilerin hukuki durumu ile temyiz kudretinden yoksun kişilerin temsil sistemlerinden esinlenmektedirler. Bu konuda özellikle Avrupa ülkeleri yasalarındaki gelişme, son zamanlarda muazzam bir ivme kazanmıştır. Bir çok Avrupa ülkesinde hayvan, eşya statüsünden çıkartılmış olsa da, bu yasalarda kullanılan ifadeler son derece çekingendir; ancak şüphesiz ki bu yasalar bir başlangıç noktasını vermektedir. Tezin ikinci bölümünü, bu gelişmeler çerçevesinde kurgulamış bulunuyoruz. Bu doğrultuda her şeyden önce hak ehliyeti teorilerini açıkladık ve hak ehliyeti tanınmasındaki esas amacın, sahibinin, yani yararlanma sahibinin menfaatinin korunması olduğunu; iradenin ise, hakkın kullanımı aşamasında devreye gireceğini ve bu iradenin, temyiz kudretinden yoksun bulunanlar için temsilcileri tarafından yerine getirileceğini söyledik. O halde Demogue' un ifadeleriyle, " hakkın amacı menfaatlerin tatmini ve haz olduğuna göre, duygusal yetileri olan tüm canlı varlıklar -bilinçleri geçici veya sürekli olarak

kayıp da olsa- hakkın sahibi olmaya elverişlidir. Küçükler, tedavi edilebilir veya edilemez akıl hastaları hak sahibi olabilir, çünkü hissedebilirler; hatta, aynen bizler gibi yürek parçalayıcı ya da hayranlık uyandırıcı fiziksel tepkilere sahip olan hayvanlar bile”.

Yine tezin ikinci bölümünde, hayvan lehine ölüme bağlı tasarruf düzenlenmesi ve hayvanın uğradığı zararlardan ötürü manevi tazminat talep etme imkanını irdeledik. Hayvanlara hak ehliyeti tanınmamasının sonuçlarından biri de, hayvanların mirasçı ya da vasiyet alacaklısı olamamasıdır. Ölenin son arzularının yerine getirilmesi noktasında burada yükleme kurumu devreye girmektedir. Ancak bu kurum, pratik hayatta miras bırakanı, hayvanın nasibinden başkalarına da pay ayırmak zorunda bıraktığı için yetersiz görülmektedir.

Hayvanın uğradığı zararlardan ötürü manevi tazminat talebi konusunda her şeyden önce belirtmek gerekir ki manevi tazminatı talep etme hakkı, hayvanın uğradığı zarar yüzünden ruhi ve asabi çöküntü yaşayan hayvanın bakıcısına (sahibine, ilgilenenine) aittir. Manevi tazminat talep etme hakkı bakımından, savunduğumuz hayvana hak ehliyeti tanınması durumu, farklı bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Buna karşılık modern hukukta yeni gelişmekte olan, hayvanın uğradığı zararlardan ötürü sahibinin duyduğu manevi acının hukuken korunmaya değer bir kişisel değer olduğu inancının, hayvanın salt eşya statüsünden çıkartılması sonucu daha sağlam bir zemine oturacağı ve bu yöndeki çekingen uygulamalara son vereceği kuşkusuzdur.

Tezin son bölümünü, uygulamada sıkça karşılaşılan komşuluk hukuku ve kira hukuku bakımından taşınmazda hayvan besleme sorununa ayırmış bulunuyoruz. Bu sorun, hayvanları ve hayvan sahiplerini kötü niyetli kişiler karşısında sıkça mağdur etmesi, öte yandan sorumsuz hayvan sahiplerinin de komşularının hayatını neredeyse çekilmez kılması yönünden önem arz etmektedir.

Ev hayvanının; kendi mizacından, ya da besleyenin ihmalkarlığından ötürü taşkınlık teşkil edecek şekilde gürültü, pislik, koku, tehlike yaratması halinde komşuluk hukuku ihlal edilmiş olacaktır. Bu hallerde gerek TMK m. 737' nin, gerekse KMK m. 18/ 1' in uygulanmasında, rahatsızlığın giderilmesi için somut önlemlerin bulunup bulunmadığı bilirkişi kanalı ile soruşturulup, alınacak önlemlerle bu rahatsızlık giderilebiliyorsa, hakim, önlemlerin alınarak sakıncaların giderilmesine karar vermekle yetinmektedir. Eylemin tümünden durdurulması ya da engellenmesi söz konusu olmamaktadır. Yargısal inançların bulduğu ve şimdiye değin kökleşen bu çözümün, hayvan besleme olayları için de geçerli olacağı şüphesizdir.

Öte yandan Yargıtay, apartman yönetim planında, kat maliklerinin, kendi bağımsız bölümleri ile eklenti ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kurallarına uymaları, diğer kat maliklerini rahatsız edecek hareketlerden kaçınmaları gerektiği, bu esaslara uygun olarak kendi bağımsız bölümlerinde kedi, köpek, tavuk gibi hayvanları besleyemeyecekleri hükmü karşısında, hiçbir ayırım yapmadan, hatta maddede geçen rahatsız edicilik kavramı ile bağlantı kurmaya dahi gerek duymadan, hayvanın tahliyesi yönünde hüküm kurmaktadır. Bu uygulamayı birkaç yönden eleştirdik. Her şeyden önce yönetim planına konan bu hükmün kişilik hakları yönünden geçerliliğini sorguladık. Bu noktada hayvanların, besleyenlerinin manevi gelişimine, sağlık, huzur ve mutluluklarına katkılarından, Anayasanın 17' nci maddesi ile anayasal güvence altına alınan herkesin manevi varlığını geliştirme hakkından, ayrıca, değişen ve gelişen yaşam şartlarının, oluşan sosyal yapının, yeni kişisel değerleri oluşturmasının mümkün olması düşüncesi ile kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerin neler olduğunun- özel haller hariç- yasalarda teker teker belirtilmemiş olduğundan, burada hakimin bilgin bir kişi olarak derin hayat tecrübelerine dayanarak olayları analiz etmesi ve görevini, adil olana yönelmiş bir sanatçı gibi yerine getirmesi gereğinden bahsettik. Diğer yandan mevzuat incelendiğinde, yasa koyucunun amacının doğa ve hayvan sevgisini pekiştirmek olduğu, bu bakımdan da yönetim planındaki yasaklayıcı hükmün TMK m. 737' deki "

taşkınlık” ve KMK m. 18/ 1 ` deki “ rahatsızlık” koşulları ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğinin savunulduğunu belirttik. Yargıtay’ ın bu konudaki yerleşik içtihadını üçüncü olarak hüküm kurarken TMK m. 2’ yi göz önünde bulundurmaması yönünden eleştirdik. Hakim, önüne gelen her türlü ihtilafta, tarafların haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uyma zorunluluğunu görevinden ötürü göz önünde bulundurmalıdır; çünkü bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Bu konuda son olarak sözleşmenin kurulması ile ilgili genel hükümlere değindik; kat maliklerinin örtülü irade beyanı ile de yönetim planındaki hayvan beslemeyi yasaklayıcı hükmün değiştirilebileceğini belirttik. Bu doğrultuda bağımsız bölümde hayvan beslemenin sürekli olduğunu gören ve bilen kat maliklerinin uzun sayılabilecek bir zaman diliminde, bu durumu gördükleri ve bildikleri halde buna karşı koymamış olmalarının örtülü irade beyanı olduğunu, bu beyan ile hayvan beslemeyi onayladıklarını, yönetim planının bununla ilgili yasaklayıcı hükmünü değiştirmiş olduklarını ifade ettik.

Kira hukuku bakımından taşınmazda hayvan besleme konusunda da TMK m. 737’ deki komşuluk ödevlerine uyma ve kira konusu taşınmaza zarar verecek biçimde hayvan beslememe gereğinden; aksi halde, kiracının, kiralananı özenle kullanma borcuna aykırı düşeceğinden ve bunun yaptırımlarından bahsettik. Yine bu noktada sözleşmeye aykırılığın uzun süredir bilindiği, buna rağmen o kullanma tarzına ses çıkarılmadığı hallerde şartlara göre kiraya verenin o tarz kullanmaya zımnen izin verdiğinin kabul edileceğini, ve ayrıca 6570 sayılı Kanuna tabi kira sözleşmelerinde, kira bedelinin belirlenmesine yönelik konular dışında kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağını belirttik.

Hayvan Hakları meselesi, uzun zamanlar üzerinde durulmamış, düşünsel alanda ortaya atılan birkaç fikirden ibaret kalmış bir meseledir. Kimilerince, alışılmış olan her şey doğaldır. Hatta daha da ileri gidilerek ayrımcılığın, doğaya gönderme yapılarak meşru kılınma çabaları gözlenmektedir. Belki de bunlar içerisinde bazıları, hayvanlara insanlar

tarafından yeryüzündeyken yaşatılan cehenneme tüm algılarını kapatmayı, düşünmemeyi, ahlaki duygularını sorgulamamayı, ve üzülmemeyi, ve alışkanlıklarını terk etmemeyi seçmektedir. - Halbuki Molière' in ifade ettiği gibi, yalnız yapmış olduklarımızdan değil, yapmaktan kaçındığımız işten de sorumluyuz.- Bunun uğrunda, özgürleşmesinden ödün vermektedir. Oysa Aral' ın ifadesiyle, insan tarafından adaletin gerçekleştirilebilmesi, insanın doğa ve toplum karşısında bir özgürlük ve bağımsızlığa kavuşmuş olmasını zorunlu kılar. Adaletli bir hukuka inanç ve daha iyi bir dünyanın umut edilmesi, aynı zamanda yürürlükteki hukukun eleştirilmesi ancak bu dış dünyanın olaylarından ayrı bir iç, tinsel dünyanın algılanması, yüksek bir yargılama yeteneğinin uyanması ile ve uyandığı yerde olanaklıdır. Ve yine bu yüzden tinsel dünyanın, yüksek yargılama yeteneğinin ortaya çıkması da, ancak bireyselliğine ve onuruna bilinçlenmiş kişilikte görülebilir; yoksa, eski çağlarda ve tarihsiz kültürlerdeki gibi grup ruhu ile bağlanmış, grubun salt bir parçası olarak davranan yalınç (basit) ve safdil insanda görülemez. Oysa insan türünü, diğer türlerden ayıran bu bilinç ve akabinde ahlak ve adalet anlayışı ile vicdani duygulardır. Bu fark, onun diğer türlerle ortak yanı olan varlığını korumak ve geliştirmek dürtüsünü, diğerlerinkinden değerli kılma sonucunu doğurmaz. Bilakis, o, bu farklılığın sorumluluğunu yüklenerek, yetilerini geliştirmek ve özgürleştiği ölçüde de yaşamı adaletle örmek mecburiyetindedir. İnsan olmakla övünmek, bunu gerektirir.

Nitekim insan asırlarını, doğal olanı, adil olana çevirmek yolunda kıymetlendirmiştir. Molière' in yukarıdaki ifadesinden de okunduğu gibi, tarih boyunca süre gelen insanın kendisiyle ve toplumla giriştiği mücadelenin varolan ve gelecek nesillere yönelik bir sorumluluk almak olarak değerlendirilmesi gerekir. Hayvan Hakları bu maratonun son durağıdır, türçülük eşitlik ideali önündeki son engeldir.

Ulusal ve ulusal üstü yasalar, bu idealin sacayağını oluşturmaya başladılar. Öte yandan, tarihinde dünyaya örnek düzenleme ve uygulamalarındaki ortak yaşam bilinci ve merhamet duyguları ile birçok yabancının seyahatnamelerine dahi konu olan Türkiye, bugün itibarıyla

hayvanların korunması konusunda geri kalmış bir durumdadır. Amerika ve bir çok Avrupa ülkesinde hayvana zalimane muamele hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımına bağlanmışken⁴⁰⁸, ülkemizde bunun suç bile sayılmaması ve kabahatin yaptırımı olarak amaca uygun olmayan miktarlarda⁴⁰⁹ idari para cezalarının öngörülmesi, bunun en açık ve acı göstergesidir.

Adalet, hukukun temelini, idealini ve son amacını oluşturur dedik. Bu adalet hissidir ki insanoğlunun ihtiraslarına göre davranmasını, zayıfların ezilmesini, tek taraflı ve bencil davranışları hoş görmez, onları dışlar. Bu his bulunmadığı takdirde, insan kendisini hiçliğin içinde bulur. Zaten özgürleşememiş, özgürleşemediği için kültürel kimliğini kuramamış, kendine özgü duyma, düşünme yeteneğini kazanamamış insanların, ortak yaşam ve hayvan hakları sorunundan bahsedilemez. Bu halde insan onurunun gelişmesi ve korunması açısından iktidarlara topluluk içinde ve toplulukla birlikte insanın özgürleştirilmesi görevi verilmiştir. Bu durumda hukuk, değişime öncülük etmelidir. Zira hukuk, aydınlar sayesinde, toplumsal gelişmenin kendisinden önce gelen bağımsız bir gelişme çizgisi gibi bir özelliğe sahiptir. Portalis' in ifadeleriyle " kanunlar, yalnız kuvvetin ifadesi değildirler, fakat adalet, olgunluk ve akıl eseridirler". Aral' in işaret ettiği gibi hukukun burada dayandığı akıl, insanın ihtiyaçlarını gidererek, onu amacına

⁴⁰⁸ Örnek olarak bkz. hayvanlara kasıtlı kötü davranmak, onlarla ilgilenmemek, onları gereksiz zorlayıcı hareketlerde bulunmak ya da terk etmek yüzünden mahkum olanların bu eylemleri tekrar etmeleri halinde 4 yıl, 1' den çok hayvan söz konusu ise 5 yıl hapis cezası ve 20.000 İsviçre Frangı para cezasına çarptırılacaklarını öngören İsviçre Hayvanları Koruma Kanunu m. 29, hayvanlara kötü muamele edenler için 2 yıl hapis ve 200.000 Frank para cezası öngören Fransız Ceza Kanunu m. 521/1'i ağırlaştırıcı 6 Ocak 1999 tarihli Kanun.

⁴⁰⁹ Örnekte, hayvan dövüşürmenin cezası 2007 yılı için 1.645 YTL' dir. (Hayvanları Koruma Kanunu m. 28/ h). Bu fiilin tekrarlanması halinde ceza 1 ve 3 misli arttırılarak uygulanacaktır. (m. 30). Hayvan dövüşlerinden kazanılan paralar karşısında bu miktarda bir idari para cezasının hiçbir caydırıcı etkisi yoktur. Öyle ki hayvan dövüşüren, karşılığında öngörülen 1.645 YTL' yi adeta bir " haraç" gibi idareye ödeyerek, bu insanlık dışı fiile devam edebilecektir. Basına yansıdığı kadarıyla, pitbull köpeklerini dövüşüren, başarısız olanları da öldüren Amerikan futbolu yıldızı Michael Vick hakkında, bu eyleminden ötürü 5 yıla kadar hapis ve 250.000\$ para cezası öngörülüyor. Vick' in bu eyleminden dolayı spor hayatı da sona erme tehlikesinde. Oysa ülkemizde bu tür fiiller için, kapalı alanda sigara içmek ile aynı yaptırım türü öngörülüyor. Hal böyle olunca, hayvanlara tecavüz eden, ya da onlara zalimce davranan, onları yaralayan ya da sebepsiz yere öldüren kişinin bu eylemleri adli siciline de işleniyor.

eriştiren hukuk değildir; fakat eşyanın tabiatı hakkında hüküm veren, insanın fiillerini ölçen, insanı iyiye ve adile götüren ve bu hususta gerekli kararları ona aldirtan kudrettir. Yaşamını sürdürme güdüsü insanınki kadar güçlü, acısı insanınki kadar ızdıraplı, sevinci insanınki kadar gerçek bir canlı varlığın yaşamını, acısını, sevincini insanınkinden değersiz kılan nedir?

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKIN, İlhan F.: Kamu Hukuku, İÜHF Yayınları, 5. bası, İstanbul 1987.
- AKİPEK, G. Jale: Gayrimenkul Malikinın Mesuliyetinin Hukuki Neticeleri, İstanbul 1955 (*Gayrimenkul Maliki*).
- AKİPEK, Jale: Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme, BATİDER, 1969, S. 1 (Mülkiyet Kavramı).
- AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku, 2. Kitap, Mülkiyet, Ankara 1971 (*Eşya Hukuku*).
- AKİPEK, Jale G.: Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku, Birinci Cilt, İkinci Cüz, Başnur Matbaası.
- AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2006.
- ALİ, Necip: Kadın Hukuku, Hakimiyeti Milliye Matbaası, Ankara 1931.
- ARAL, Vecdi: Toplum Ve Adaletli Yaşam, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.
- ARPACI, Abdülkadir: Kat Mülkiyeti Kanunu, 2. Bası, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1987.
- ARCAK, Ali: Açıklamalı- İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 1976.
- ARPACI, Abdülkadir: Kira Hukuku ve Uygulaması, Temel Yayınları, İstanbul 2002.
- ATAAY, Aytekin: Şahıslar Hukuku, Fakülteler Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1978.
- AYİTER, Nuşin: Eşya Hukuku, Savaş Yayınları: 6, 2. Baskı, Ankara 1983.
- BİLGE, Necip: Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, 21. Bası, Ankara 2006.
- BOOKCHIN, Murray: Toplumsal Ekolojinin Felsefesi, çev: Rahmi G. Öğdül, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 1996.
- BÖRÜ, Mehmet Ali/ ÖZOK, Mithat/ ÖZER, Hikmet: Türk Kira Hukuku Ve Hususi Tahliye Hükümleri, Bozkurt Matbaası, Eskişehir 1961.

ÇÖRTOĞLU, İ. Sahir: Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki Ve Sonuçları (MK. 661), Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları: 202, Olgaç Matbaası- 1982.

DOMANIÇ, Hayri: Kadın Haklarının Gelişimi ve Sorunları, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2007.

DONNELLY, Jack: Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, çeviren: Mustafa Erdoğan- Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

DURAL, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1980.

DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku C.4 Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003.

EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979.

ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara 2005.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Beta, İstanbul 2006.

EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağlı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1975

ESENER, Turhan: Hukuk Başlangıcı, Alkım Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul 2004

GALTUNG, Johan: Bir Başka Açıdan İnsan Hakları, çev: Müge Sözen, Metis Yayınları, İstanbul 1999.

GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal,5. Bası, İstanbul 2005.

GÖZE, Ayferi: Liberal Marxiste Faşist Nasyonel Sosyalist ve Sosyal Devlet, Beta Yayınevi, 4. bası, İstanbul 2005.

GRIMALDI, Michel: Droit Civil, Successions, 5. baskı, Litec 1998, no: 31, Aktaran: GUEDJ, Valerie: Essai sur Le Regime Juridique des Fondations, Doktora tezi, 22 Kasım 1999, s. 3, <http://www.glose.org/th007-rtf.rtf> den ulaşılabilir.

GÜRİZ, Adnan: Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1969.

GÜRSOY, Kemal Tahir/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 476, 2. Baskı, Ankara 1984.

HATEMİ, Hüseyin: Gerçek Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005 (Gerçek Kişiler).

HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992 (Kişiler Hukuku Dersleri).

HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk' a Giriş, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2004 (Medeni Hukuk).

HATEMİ, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

HAYEK, Friedrich A.: Kanun Yasama Faaliyeti Ve Özgürlük, çeviri: Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları No: 345, Ankara 1995.

IHERING: L' Esprit du Droit Romain dans Les Diverses Phases de Son Developpement, C: 4, çev: MEULENAERE, A. Marescq, 2. baskı.

İMRE, Zahit: Medeni Hukuka Giriş, Fakülteler Matbaası, 3. bası, İstanbul 1980

İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, DER Yayınları, 6. Basım, İstanbul 2006.

JACOB, François: Canlının Mantığı, Payel Yayınları, İstanbul 1993.

KABOĞLU, İbrahim: Çevre Hakkı, İletişim Yayınları, İstanbul 1992.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: Dayanışma Hakları, Türkiye Ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara 1996 (*Dayanışma Hakları*).

KABOĞLU, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, 6. baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002 (*Özgürlükler Hukuku*).

KAPANİ, Münici: Kamu Hürriyetleri, A. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları No: 453, Ankara 1981.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Mülkiyet Ve Kat Mülkiyeti Hukuku 3, Beta, İstanbul 1999.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku, Beta, İstanbul 1996 (*Tazminat*).

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medeni Kanunu, Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul 2002.

- KELEŞ, Ruşen/ HAMAMCI, Can: Çevrebilim, İmge, 4. Baskı, Ankara 2002
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, ABD 1984.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1993.
- KILIÇOĞLU, Mustafa: Tazminat Hukuku, Legal Yayıncılık, 2. baskı, İstanbul Temmuz 2006.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul 1987.
- KUZU, Burhan: Sağlıklı Ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997.
- LLOYD, Genevieve: Erkek Akıl, çev: Muttalip Özcan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1996.
- MALAY, Hasan: Çağlar Boyu Kölelik, Gündoğan Yayınları, Ankara 1990.
- MARDİN, Ebül'ula: Kat Mülkiyeti, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1948.
- MEMİŞ, Emin: Çevre Ve Çevre İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- MORRIS, Desmond: Çıplak Maymun, çev: Nuran Yavuz, İnkılap Yayınevi, İstanbul 1990.
- NOMER, Haluk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta, İstanbul 1996.
- NUTTAL, John: Ahlak Üzerine Tartışmalar, çev: Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1997.
- OĞUZMAN: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 2006.
- OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, 13. Bası, Arıkan, İstanbul 2006.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 8. Baskı, İstanbul 2005.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 11. Bası, İstanbul 2006.

OST, François: La Nature Hors La Loi, La Découverte, Paris 2003.

ÖZDEK, Yasemin: İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, TODAİE Yayını, Doktora Tezi, İstanbul 1993.

ÖZTAN, Bilge: Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 1994.

ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1986.

REİSOĞLU, Sefa: Kat Mülkiyeti, Ankara 1967.

ROGUIN: La Science Juridique Pure, LGDJ 1923, cilt II.

ROUKAS, Marcella S.: Determining The Value Of Companion Animals in Wrongful Harm Or Death Claims: A Survey Of U.S. Decisions And An Argument For The Authorization To Recover For Loss Of Companionship In Such Cases, Michigan State University College of Law, 2007, http://animallaw.info/articles/ddus50statesurvey_companion_animals.htm den ulaşılabilir (05.04.2007).

ROUSSEAU, Jean Jacques: Toplum Sözleşmesi, çev: Vedat Günyol, Adam Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 1984.

SERRES, M: Doğayla Sözleşme, çev: Turhan Ilgaz, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1994.

SUNGURBEY, İsmet: Hayvan Hakları, İ. Ü. Basımevi Ve Film Merkezi, 2. Bası, İstanbul 1993 ve 1999 (*Hayvan Hakları, Hayvan Hakları 1999*).

TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 4. Bası, İstanbul 2005.

TANDOĞAN, Haluk: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, A. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1961 (*Mesuliyet*).

TANİLLİ, Server: Nasıl Bir Demokrasi İstiyoruz, Alkım Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2007.

TANÖR, Bülent: Türkiye' nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 3. Bası, İstanbul 1994.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. bası, İstanbul 1992.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1993.

TUNABOYLU, Müslim: Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, Seçkin, Ankara 2006.

TUNAYA, Tark Zafer: Siyasal Kurumlar Ve Anayasa Hukuku, İÜHF Yayını, 5. bası, İstanbul 1982.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. 1, 6. Bası, İstanbul 1976.

ULUSAN, İlhan: Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1977.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, C. 1, cüz 2, Şahsın Hukuku, Nurgök Matbaası, 6. Bası, İstanbul 1963.

YAYLA, Yıldızhan: Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975.

ZEVKLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Olgaç Matbaası, Ankara 1981.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 6. Baskı, İstanbul 2005.

Sürelî Yayınlar

ABADAN- UNAT, Nermin: " İnsan Hakları ve Kadın Hakları", İnsan Hakları Armağanı, Doğan Basımevi, Ankara 1978.

ACABEY, Beşir: " Hayvanların Çevreye Verdikleri Zararlardan Sorumluluk", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Seçkin, Ankara 2001.

AÇIMUZ, Bige/ PINTUS, Rossella: " Droits et Devoirs en Droits de l' Environnement", Yıldızhan Yayla' ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No: 4, İstanbul 2003.

BAKKAL, Ali: " İslam Hukukuna Göre Hakkın Menşei", Köprü, İnsan Hakları, Güz 2006,S:96,
<http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=803>' ten ulaşılabilir. (04.02.2007)

ATALAY, Özcan: " Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyetin) Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini", Yargıtay Dergisi, C. 5- 1975.

BAYGIN, Cem: " Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum", <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/CBaygin2.html>' den ulaşılabilir. (20.05.2007)

BEKTAŞOĞLU, Mustafa: " İslamiyet Ve Hayvanlar Yararına Vakıflar", Diyanet Aylık Dergi,Aralık1999,S:108,
<http://diyanet7.diyanet.gov.tr/turkish/sureliyayinoku.asp?sayfa=7&sayi=108>' den ulaşılabilir. (04.02.2007)

BYSZEWSKI, Elaine T: " Valuing Companion Animals In Wrongful Death Cases: A Survey Of Current Court And Legislative Action And A Suggestion For Valuing Pecuniary Loss Of Companionship", 9 Animal L. 215, 2003.

CHARLTON, Anna E./ COE, Sue/ FRANCIONE, Gary L.: " Sol Neden Hayvan Haklarını Desteklemeli", çeviren: Elçin Gen,Birikim Dergisi, Temmuz 2005, S. 195.

CİN, Halil: " Tarih Boyunca Kadının Hukuki Statüsü Açısından Türk Kadınının Durumuna Kısa Bir Bakış", Jale G. Akipek' e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya 1991.

COŞAR, Gaye: " Ben Kadın Değil miyim? ", Evrensel Kültür Dergisi, Mart 2004, S. 147.

DEMOGUE, R: " La Notion de Sujet de Droit- Caractères et Conséquences", Revue de Droit Civil 1909.

EPSTEIN, Richard A.: " The Next Rights Revolution?", 51 Natl. Rev., Nov. 8, 1999.

ERTAŞ, Şeref: " Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti", Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu' na Armağan, İstanbul 1990.

DİNÇKOL, Bihterin: " Kadın- Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık", İstanbul Ticaret Odası Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, S: 8, Güz 2005/ 2.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: " Komşuluk Hukuku Üzerinde Zarar Verici Taşkınlıklar- Açılan Pencereler Konusunda Tartışmalı Bir İnceleme", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı' ya Armağan' dan ayırbasım, İstanbul 1975.

FRANCIONE, Gary L.: " Taking Sentience Seriously", Journal of Animal Law & Ethics, Mayıs 2006, 1 J. Animal L. & Ethics 1, Westlaw.

GEN, Elçin: " İspanya' yı Karıştıran Tasarı: Zapatero Hükümeti' nden İnsansı Maymunlara Kişi Statüsü, Birikim, 13.05.2006, <http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=170>' den ulaşılabilir. (10.06.2007)

GOROVTSSEFF: " La Lutte Autour de la Notion de Sujet de Droit", Revue de Droit Civil,1926.

HACIKADİROĞLU, Vehbi: " Haklar Ve Ödevler", Argumentum, Ocak- Aralık 1996, Yıl: 6- 7, S: 50.

HAMAMCI, Can: " Çevre Hakkı Üzerine Düşünceler", İnsan Hakları Yıllığı, 1983- 1984, C. 5-6.

KABOĞLU, İbrahim: " İnsan Hakları Üzerinde Yeniden Düşünmek",Argumentum, Aralık 1991, Yıl: 2, S: 17 (*Düşünmek*).

KALELİ, Şakir: "Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu ", Yargıtay Dergisi 1979, sayı: 2 ve 3.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: " Kat Mülkiyeti Kanununda Düzenlenen Yönetim Planının Niteliği ve İşlevi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı: 1, Yıl: 2006.

KELEŞ, Ruşen: Çevre Sorunları ve Çevre Hakları, İnsan Hakları Armağanı XXX, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1978.

KILIÇOĞLU, Ahmet: " Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi?", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1983, S: 1.

KIRCA, Çiğdem: " Manevi Tazminatın Fonksiyonu Ve Niteliği", Yargıtay Dergisi, S. 3, Temmuz 1999.

KURTOĞLU, Serda: Türk Borçlar Hukukunda Hayvan Sahibinin Sorumluluğu, İstanbul 1980.

KUZU, Burhan: " Sağlıklı ve Dengeli Bir evrede Yaşama Hakkının Gelişim Süreci", Prof. Dr. İsmet Sungurbey' e Armağan, İstanbul 1996.

LÉTOURNEAU, Lyne: " De l'Animal-Objet à l'Animal-Sujet? : Regard Sur le Droit de la Protection Des Animaux En Occident", Lex Electronica, volume 10, no 2, numéro spécial, Automne 2005, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/letourneau.pdf> den ulaşılabilir. (04.01.2007)

NALBANT, Atilla: " Anayasa Başlangışlarının Hukuki Değeri", Argumentum, Kasım 1990, C. 1, S: 4.

ÖKÇESİZ, Hayrettin: " Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları", Yeni Türkiye, S: 21- 22, Mayıs- Haziran 1998, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayını, İstanbul 1998.

RIVERO, Jean: " Hukuk Bilimi Ve İnsan Hakları", ev: Ömer Anayurt, Liberal Düşünce, S: 12, Güz 1998.

ÖZDEMİR, İbrahim: " Barış, Kardeşlik Ve Hoşgörünün Esasları Üzerine,Köprü,Kış1997,S:57, <http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=315> ten ulaşılabilir. (04.02.2007)

REHBINDER, Manfred: " ađdař Toplumda Hukukun Gelişme Eğilimleri", eviren: Ömer Teoman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası, 1974.

SARI, Suat: Alıkoyma Hakkı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997.

SEROZAN, Rona: " Doğal evrenin Özel Hukukun Araçlarıyla Korunmasındaki Yetersizlikler", Prof. Dr. Selim Kaneti' ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul 1996.

SEROZAN, Rona: " Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Haluk Tandoğan' ın Hatırasına Armağan, Bankacılık Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990 (*Manevi Tazminat*).

SHELTON, Dinah: " Normative Hierarchy In International Law", The American Journal Of International Law, Volume 100, No: 2, Nisan 2006.

SCHWARTZ, Victor E./ LAIRD, Emily J.: " Non- Economic Damages In Pet Litigation: The Serious Need To Preserve A Rational Rule", Pepperdine Law Review, Volume 33, No: 2, 2006.

SOHM- BOURGEOIS, Anne- Marie: La Personnification de L' Animal: Une Tentation A Repousser, Chroniques, Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation, Dalloz 1990.

ŞENEL, Alaeddin: " Eşitlik Kavramı Ve Tarihsel Gelişmesi", Prof. Dr. Yavuz Abadan' a Armağan, Ankara 1969, s. 241.

ŞENPOLAT, Ahmet Kemal: " Evcil Hayvanlar Ve Hukuksal Sorunlar", İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2, 2007.

TAHİROĞLU, Bülent: " Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik", İÜHFM, C. XLV-XLVII, Atatürk' e Armağan' dan ayrı basım, İstanbul 1982.

TANDOĞAN, Haluk: " Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", AÜHFD, C.XX, 1963.

VILLERS, Robert: " Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar Kadının Hukuki Durumu", çeviren: Bülent Tahiroğlu, İÜHFM, 1974, C. XXXIX.

WAISMAN, Sonia: " Non- Economic Damages: Where Does It Get Us And How Do We Get There, Journal Of Animal Law, 2005, Volume 1.

YILMAZ, Halil: " Hayvan Haklarına Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 62, 2006.

YÜCE, Turhan Tufan: " Yargıtay Ticaret Dairesinin Manevi Tazminata İlişkin Bir Kararı Üzerine Tahlil Ve Tenkitler", Adalet Dergisi, Kasım 1966, S. 1.

ZEVKLİLER, Aydın: " Mülkiyetin Yapısı Ve Mülkiyetten Doğan Ödevler", Bülent Nuri Esen' e Armağan, Ankara 1977 (*Mülkiyet*).

Diğer Yayınlar

AKGÜNDÜZ, Ahmed: " Osmanlı Devletinde Ve Çağdaşı Olan Diğer Devletlerde İnsana Ve Hukuka Saygı", Osmanlı Araştırmaları Vakfı, <http://www.osmanli.org.tr/yazi-1-25.html>' den ulaşılabilir. (04.02.2007)

ANTOINE, Suzanne: " Rapport Sur Le Regime Juridique De L' Animal", 10 Mayıs 2005.

BERKTAY, Fatmagül: Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, Sivil Toplum Ve Demokrasi Konferans Yazıları No: 7, 2004 (http://stk.bilgi.edu.tr/docs/berktay_std_7.pdf' den ulaşılabilir).

CRANSTON, Maurice: İnsan Hakları Nedir?, çeviren: Atilla Yayla, Sosyal ve Siyasal Teori Seçme Yazılar, Siyasal Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1993.

Çevre Hukuk Dernekleri Dünya Toplantısı Limoges Bildirgesi 16 Kasım 1990, Argumentum, Mart 1991, C.1, S: 8.

ERTAN, Birol: " Canlı Hakları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 1998.

HATEMİ, Hüseyin: " Hayvanların Hak Ehliyeti Ve Sınırları", SUNGURBEY, İsmet: Hayvan Hakları, İ. Ü. Basımevi Ve Film Merkezi, 2. Bası, İstanbul 1993.

İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu, Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Uygulaması, Kazancı Otomasyon Sistemi. (01.02.2007)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: " Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, 1. Sempozyumu, Ankara 21- 22 Ekim 1977, İstanbul 1980.

ÖZDEMİR, İbrahim: " Osmanlı Toplumunda Çevre Anlayışı", <http://www.ibrahimozdemir.com/Makaleler/Osmanli%C4%B1ToplumundaCevre.pdf>' den ulaşılabilir. (05.05.2007)

SUNGURBEY, İsmet: " Hak nedir?", Çağdaş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yayınları 1, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997.

TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 106. Birleşim, 24 Haziran 2004, Perşembe.