

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: VI

Sayı: II

Genel Sayı: 12

Güz 2019



MEDİPOL
UNV-İSTANBUL
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

Sahibi

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

Yazı İşleri Müdürleri

Dr. Öğr. Üye. A. Ersin Bayra
Dr. Öğr. Üye. Sinan Seçkin

Yayın Kurulu

Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir
Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Serdar Kale
Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel
Dr. Öğr. Üye. A. Ersin Bayra
Dr. Öğr. Üye. Sinan Seçkin

Yazı İşleri Müdür Yardımcıları

Arş. Gör. Mustafa Çattık
Arş. Gör. Abdullah Eryiğit
Arş. Gör. Abdullah R. Gencer
Arş. Gör. M. Emre Hayyar

Adres

İstanbul Medipol Üniversitesi
Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad.
No: 40/16 34815 Beykoz/İSTANBUL
Tel: 0216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

Baskı

Karakuş İletişim Yapı San. ve Tic. Ltd Şti.
Ziya Gökalp Mahallesi Süleyman Demirel
Bulvarı, Sinpaş İş Modern A 17-18 İkitelli
İstanbul Tel: 0212 501 82 20

ISSN

2148-6883

e-ISSN

2687-6663

**İstanbul Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi****Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk
Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Nihat Bulut
Prof. Dr. Talat Canbolat
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Fethi Gedikli
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Prof. Dr. Serap Helvacı
Prof. Dr. Macit Kenanoğlu
Prof. Dr. Mahmut Koca
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu
Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir
Prof. Dr. İzzet Özgenç
Prof. Dr. Yücel Sayman
Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe
Dr. Öğr. Üye. A. Ersin Bayra
Dr. Öğr. Üye. Levent Korkut
Dr. Öğr. Üye. Sinan Seçkin

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi senede iki sayı
yayımlanan, hakemli bir dergidir.
Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca
ve Fransızca dillerinde makaleler
kabul edilmektedir.



İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Abdülkadir Akıl

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında İnanç Hürriyeti ve Tezahürlerinin Sınırlandırılması..... 5

ÖZEL HUKUK

Ali Cem Budak

Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi 33

Harun Demirbaş - Davut Armağan

İsviçre Medeni Kanunu'nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler..... 45

Sinem Taştekin

Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu..... 83

Cevdet Yavuz

Meslekten Satıcının Ayıptan Sorumluluğu 107

KAMU HUKUKU

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında İnanç Hürriyeti ve Tezahürlerinin Sınırlandırılması*

Religious Liberty and Limitation of its Expression under the
Jurisprudence of the European Court of Human Rights

Abdülkadir AKIL**

Öz

Dini özgürlüklerin tezahürlerinin sınırlanması hem tarihte hem de günümüz modern ulus-devletlerinde mühim bir mesele olmuştur. Bu çalışma, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) inanç hürriyeti konusuna nasıl yaklaştığını değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bunu yaparken müellif, dini hürriyetlerin Sözleşme Organları tarafından nasıl algılandığı ve taraf devletlerin hangi hallerde Sözleşme'ye aykırı hareket ettiklerine karar verildiğini izah etmektedir. İnanç hürriyeti ve tezahürlerinin sınırlanması İHAS'ın dokuzuncu maddesinde öngörülmüştür. Mezkur maddenin başlığı "kanaat (düşünce), vicdan ve din hürriyeti" ismini taşımaktadır. Bu çalışma yalnızca Sözleşme Organlarının inanç hürriyetine ilişkin tutumunu aktarmakla kalmıyor aynı zamanda bu tutuma ilişkin eleştirel bir bakış açısı da sunmaktadır. Başörtüsü takılması konusundaki tutumu ve Mahkeme'nin Alevi Cemaati'ne ilişkin son kararı, bu çalışma kapsamında eleştirilen yönlere örnek verilebilir. Aleviler İslam'ın Sufi yorumu içinde değerlendirilen bir dini tarikattir. Mahkeme, İzzettin Doğan ve Diğerleri'nin *inter alia* Alevi dini liderlerinin hukuken tanınması ve Alevi Cemaati'nin kültürel ve dini toplantılarının yapıldığı cemevlerine bedava elektrik verilmesi gibi talepleri içeren dilekçelerinin Hükümet tarafından reddedilmesi işlemini Türkiye'nin Sözleşme'ye aykırı hareket etmesi olarak değerlendirmiştir.

Anahtar kelimeler: inanç hürriyeti, inanç özgürlüğü, din ve vicdan hürriyeti, din vicdan ve kanaat (düşünce) hürriyeti, inanç hürriyetinin İHAS'a göre sınırlandırılması, Alevi Cemaati, Alevilik, cemevleri, İHAS madde 9.

* Makale gönderim tarihi: 03.06.2019. Makale kabul tarihi: 26.11.2019. Abdülkadir Akil, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında İnanç Hürriyeti ve Tezahürlerinin Sınırlandırılması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 5-32.

** Dr., Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı E. Müsteşar Yardımcısı,
İletişim: abduladirakil@yahoo.com

ABSTRACT

Limitation the expression of freedom of religion has been an important issue both in the history and in today's modern nation-States. This study purports to look at how the European Convention on Human Rights (ECHR) deals with the limitation of religious liberty. In doing that, the author explains how the right to freedom of religion has been perceived by the Convention Organs and in what situations the State parties has been found to be in violation of the Convention rights in terms of the religious freedom. Religious liberty and limitation of its expression have been prescribed by the article 9 of the ECHR. The chapeau of the article carries the name of "freedom of thought, conscience and religion". This study does more than reflecting the perspective of the Convention organs. It also criticizes the stance of the ECHR organs towards the religious liberty. The stance towards wearing of headscarf and recent decision of the Court in relation to Alevi Society can be referred to as the examples of the criticized jurisprudence of the Court for the purposes of this article. Alevis are considered to be a religious group under Sufi spiritual understanding of Islam. The Court, has found Turkey to have acted in violation of the Convention in rejecting the petition of İzzettin Doğan and Others which asked for *inter alia* official recognition of Alevi religious leaders and public benefits such as free electricity supply for cemevis where the Alevi Society practice cultural and religious ceremonies.

Keywords: religious liberty, freedom of thought, conscience and religion, limitation of religious liberty under ECHR, Alevi Society, Alevism, cemevis, ECHR article 9.

Giriş

Din hürriyeti herhangi bir dine inanan kişi veya zümrelerin o dinin emirlerini hiçbir engelle karşılaşmadan yerine getirebilme halidir. Din ve vicdan hürriyeti insana istediği dine inanma veya inanmama, o dinde ibadet etme veya etmeme ve din değiştirme hürriyetlerini de tanır¹. İnsan hürriyetleri içinde en önemli olan din hürriyetidir ve bu önem onun dayandığı kaynaktan gelir²

Din veya inanç hürriyetinin tezahürlerinin sınırlandırılması veya tahdidi, farklı dinlere mensup zümrelerden müteşekkil toplulukların aynı idare altında buldukları ilk zamanlardan beri mevcuttur. Mesela Osmanlı Devleti'nde gerginlik dönemlerinde, Hristiyan teb'anın ayinlerini çan çalarak değil tahtaya vurarak ilan etmelerine karar verilmesi³ inanç hürriyetinin tezahürlerinin tahdidine bir örnektir. Fakat belirtmeliyiz ki; din ve vicdan hürriyeti açısından Osmanlı tatbikatı oldukça istikrarlı olup gayrimüslimlerin ayin ve ibadetlerini serbestçe edebilme-

1 A. Kadir Çiçen, *İnsan Hakları*, MKM Yayıncılık, Bursa, 2011, s. 90.

2 Necati Öner, *İnsan Hürriyeti*, 5. Baskı, Vadi Yayınları, , Ankara, 2005, s. 89.

3 Bkz. Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 3, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1998, s. 376.

lerine elverir keyfiyettedir⁴. Günümüzde inanç hürriyetinin tezahürlerinin sınırlandırılması demokratik toplumdaki hayatın bir gereği olarak kabul edilmektedir.

Din ve vicdan hürriyetinin uluslararası hukukta korunması yirminci asrın ikinci yarısında önemli derecede ilerlemiştir⁵. İHAS da bu koruma sistemlerinden birini teşkil etmektedir. İHAS din mefhumunun tam bir tanımını yapmamıştır. Ancak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (bundan sonra Mahkeme), ihtilafa konu dinlerin gerçekten var olup olmadıklarını araştırmakta⁶ ve Sözleşme kapsamında korunup korunmadıklarına karar vermektedir.

Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında inanç hürriyeti hakkında genel bilgi verilmiş ve sınırlandırılma rejimi izah edilmeye çalışılmıştır. Ayrıca Sözleşmenin (İHAS) madde metnindeki kavramlara ve hakkın kapsamına, madde 9 ile diğer Sözleşme haklarının nasıl ilişkilendirilerek sonuca varıldığına ve genel olarak madde 9 davalarındaki Mahkeme içtihatlarına değinilmiştir.

Bu çerçevede, konunun Mahkeme içtihatları çerçevesinde değerlendirilerek ortaya konulmasının gerek uygulayıcılar gerekse bu konuda fikir üretenler açısından katkıda bulunacağı umulmaktadır.

I. Din ve Vicdanın Kapsamı (İç ve Dış Alanı)

Madde 9 haklarına ilişkin genel açıklama yaparken öncelikle Sözleşme metnindeki ifadeyi hatırlayarak başlayalım. Madde metni şöyle diyor:

“Herkes düşünce, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme hürriyet ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama hürriyetini de içerir. Din veya inancını açıklama hürriyeti, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir”.

4 Osmanlı Devleti’nde gayrimüslim teb’anın din ve vicdan hürriyeti hakkında bkz. Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2012, s. 312-315.; M. Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek*, 3. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2004, s. 284 vd. Din hürriyetinin diğer devletlerdeki tarihi hakkında bkz. David Schmidtz, Jason Brennan, *A Brief History of Liberty*, Wiley Blackwell Publication, 2010, s. 93-119.; Bayyiah G. Tazhib, *Freedom of Religion or Belief: Ensuring Effective International Legal Protection*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, s. 63 vd.; Ayrıca Avrupa Konseyinin hazırlık çalışmaları için bkz. Council of Europe, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, Cilt I- IV, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, , 1975-1977.

5 Javier Martinez-Torron, “The European Court of Human Rights and Religion”, *Law and Religion*, Ed.: Richard O’ dair, Andrew Lewis, Oxford University Press, Oxford, 2001, s. 185.

6 Enver Bozkurt, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 201.

Maddenin yazımından şu açıkça bellidir ki, mezkur hak, *inanca sahip olmayı içerdiği gibi bu inançları açığa vurma hürriyetini de içermektedir. Strazburg organları, dindarlığı iç ve dış olmak üzere iki boyutta ele almaktadır. Şahsi inanç ve itikatları içeren manevi boyuta iç alan (forum internum), bunun dışında kalan ve açığa vurularak tatbik edilen kısmına ise dışa alan (forum externum), denmektedir⁷. İnanç ve itikadın dışa vurulması ise ibadet hürriyetinin kullanılması olarak adlandırılmaktadır⁸.*

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun (bundan sonra Komisyon) da belirttiği gibi madde 9; öncelikle bireysel inanç alanını ve inanç sistemlerini, bazen de forum internum diye bilinen iç kısmı, korur. Ayrıca madde, bu davranışlara özellikle bağlı olan ve bir inanç yahut dinin genel olarak uygulanan şeklinin görünüm biçimleri olan tapınma veya ibadet yahut diğer dini hareketleri de korur⁹. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne göre, düşünce ve inançlar dışa vuruldukları zaman Sözleşme'nin onuncu maddesi kapsamına da girebilmektedirler. Ancak Mahkeme ve Komisyon genellikle böyle durumlarda hem dokuzuncu hem de onuncu madde kapsamında değerlendirme yapmış bir diğer deyişle konuyu birlikte ele almıştır. Dahası, ifade hürriyetine ilişkin onuncu madde ile dokuzuncu maddenin kapsam sınırını her bir somut olayda çizmek her zaman kolay olmayabilmektedir. Nihayet belirtilmelidir ki, İHAS madde 9 inanç hürriyeti için konmuş özel hüküm niteliğindedir¹⁰.

II. İHAM İçtihadında Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti

Din, düşünce, vicdan terimlerine ilişkin olarak tatmin edici bir tanım bulunmamaktadır. Davaların çoğunda Mahkeme, sözkonusu sorunun made 9' un kapsamına girdiğine ilişkin olarak açık bir saptama yapmamaktadır¹¹. Diğer davalarda sorgulamaksızın bir dinin var olduğunu kabul ediyor veya sözkonusu olayda gerçek bir dinin varlığını sorgulamaksızın dini bir inancın dışa vurumuna karşı karar veriyor¹². Komisyon, *Divine Light Zentrum*¹³, *Druidis*¹⁴ ve *Church of Scientology*¹⁵'nin birer din oldukları kanaatindedir. Buna karşın,

7 Bkz. *C v the United Kingdom*, ECtHR, App. 10358/833, 15/12/1983.

8 Reyhan Sunay. *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s. 10.

9 *Van den Dungen v Netherlands*, ECtHR, App. 22838/93, 22/02/1995.

10 Sunay, s. 30.

11 Mesela bkz. *X v Italy*, ECommHR, App. 6741/74, 5/12/1976.

12 *X and Church of Scientology v Sweden*, ECommHR, App. 7805/77, 05/05/1979.

13 *Swami Omkarananda and the Divine Light Zentrum v Switzerland*, ECommHR, App. 8118/77, 19/03/1981.

14 *Chappell v the United Kingdom*, ECommHR, App. 12587/86, 14/07/1987.

15 Bkz. *X and Church of Scientology v Sweden*, note 12.

açık ve belli bir yapıya veya inanç sistemine sahip olmayan dinler Sözleşme kapsamında korunmamıştır¹⁶.

Ayrıca madde 9 kapsamındaki düşünce hürriyeti; *savaş karşıtlığı ve veganizm*'e de şamildir¹⁷. Belirtmeliyiz ki, burada hangi tür düşünce yahut inanç türlerinin madde 9 kapsamı dışında tutuldukları belirgin değildir. Fakat bazı davalarda ise dine dayalı siyasi/politik kanaatlerin yahut kişisel kanaatlerin bulunduğu tesbitinde bulunulmaktadır: Sendika üyeliği, askerlik hizmetinde vicdani red, vergilerin ödenmemesi gibi...

Sözleşme bağlamında düşünce, vicdan ve din hürriyeti demokratik toplumun temellerinden biri olarak kabul edilir. Bu hürriyet; dini yönüyle inananların kimliğini ve yaşam anlayışlarını belirleyen hayati bir değer olmanın yanı sıra ateistler, agnostikler, septikler (aykırılar/sceptics) ve (dine) ilgisizler için de çok önemli bir değere sahiptir. Çoğulculuk, yüzyıllar boyunca birçok zorluklarla kazanılmış demokratik toplumun ayrılmaz bir parçasıdır ve ona dayanır. Bu hürriyet; diğerlerinin yanında dîni bir inanca sahip olma yahut olmama veya bir dini uygulama yahut uygulamama hürriyetini de içerir¹⁸.

Demokratik toplumlarda, aynı toplum içinde birden çok din birarada bulunabildiği için, çeşitli grupların çıkarlarını bağdaştırmak ve herkesin inancına saygı duyulmasını garanti etmek üzere, bu hürriyeti sınırlandırmak gerekebilir¹⁹.

Mahkeme, devletin rolünün “nötr” olduğunu ve onun çeşitli dinlerin, inançların ve dogmaların tatbikatının tarafsız organizatörü olduğunu sıklıkla vurguluyor ve ekliyor: Devletin bu rolü, demokratik bir toplumda kamu düzenini, dini uyumu ve hoşgörüyü sağlamaya daha elverişlidir... Ayrıca devletin tarafsızlık ödevinin dini inançların meşruiyetini ölçmek hususunda devlet nezdinde herhangi bir yetkiyle uyuşmadığını da dikkate alıyor²⁰ ve devletin karşıt gruplar arasındaki karşılıklı hoşgörüyü temin etme görevine işaret ediyor²¹. Mahkeme'nin yerleşik içtihadı da devletin bu ödevinin varlığını yineliyor. Buna

16 *X v the United Kingdom*, ECommHR, App. 7291/75, 04/10/1977.

17 *Arrowsmith v the United Kingdom* (1980) ECommHR, DR 5, s. 19 ve *X v the United Kingdom* (1993), App. 18187/91'den nakleden Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, 1998, s. 344.

18 *Kokkinakis v Greece*, ECtHR, App. 14307/88, 25/05/1993, para 31; *Buscarini and Others v San Marino*, ECtHR [GC], App: 24645/94, 18/02/1999, para 34.

19 *Kokkinakis v Greece*, note 19, para 33, daha fazla yorum için ayrıca bkz. Francisco Forrest Martin, Stephen J. Schnably, Richard Wilson, Jonathan Simon, Mark Tushnet, *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases and Analysis*, Cambridge University Press, New York, Cambridge, 2006, s. 747-751, özellikle s. 750.

20 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v France*, ECtHR, [GC], App. 27417/95, 27/06/2000, para 84.

21 *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v Moldova*, ECtHR, App. 45701/99, 13/12/2001, para 123.

göre, demokratik bir toplumda devlet, bir dinin açığa vurulması hürriyetini sınırlandırabilir. Nitekim Mahkeme; İslamî başörtüsünün, üçüncü kişilerin hak ve hürriyetlerinin korunması, kamu düzeni, kamu güvenliği sebepleriyle sınırlandırabileceği kararına varmıştır.²²

İnanç hürriyeti; ilk aşamada kişisel vicdanî bir meseleyken, aynı zamanda bir kişinin tek başına ve özel olarak yahut toplulukta diğer bireylerle veya kendisiyle aynı inancı taşıyanların dairesinde kalarak açığa vurabilmesini de zımnen içerir. Madde 9, inancın açığa vurulmasının bir dizi şeklini de sıralıyor. Mesela ibadet etmek, bir inancı öğretmek, bu inancı uygulamak, bu inancı gözetmek gibi... Fakat bu hürriyet, bir dinden yahut bir inançtan kaynaklanan yahut esinlenen her hareketi de korumaz²³.

Buna karşılık, Strazburg otoriteleri, bazı farklı Sözleşme hakkına ilişkin olan davaları ele alırken genellikle olaya madde 9 vechiyle yaklaşmamayı tercih etmektedirler: Mesela madde 12 kapsamında evlenme hakkına ilişkin sorulara işaret ederken²⁴ veya çocuğun velayeti ve eğitimine ilişkin nizalarda²⁵ madde 9 kapsamındaki şikayetler dikkate alınmamıştır. Bu yaklaşım, çeşitli haklar arasında adil bir denge kurma çabasının sonucu olarak görülebilir.

Dine hakaret konusunu içeren davalarda ise Mahkeme, eğer nüfusun çoğunluğunun mensup bulunduğu dine hakaret edilmişse ifade özgürlüğünün aleyhine olmak üzere dini hassasiyetlere öncelik vermektedir²⁶.

III. İnanç Hürriyetinin Tezahürlerinin Sınırlandırılması ve Sınırlamanın Sınırı

A. Genel Olarak

İnanç hürriyetinin sınırlandırma rejimine geçmeden önce bazı çeşitli hususlara bu başlık altında değinilecektir. Sözleşme kapsamında bazı haklar için sınırlamanın mübah olabileceği istisnai haller öngörülmemiştir. Doktrinde bu haklara ‘*mutlak haklar*’ denmekte; fakat bunların her hal ve şartta korunmayacağı da belirtilmektedir. Zira, Sözleşme kapsamında koruma gören bütün hakların, devletlerce ancak belli şartların varlığı halinde sınırlandırılması mümkündür. İnanç hürriyeti ise mutlak haklardan olmayıp hangi istisnai hallerde bu hakkın ihlal edilmiş sayılmayacağı Sözleşme’de belirtilmiştir.

²² *Dahlab v Switzerland*, ECtHR, App. 42393/98, 15/02/2001.

²³ *Kalaç v Turkey*, ECtHR, App. 20704/92, 01/07/1997, para 27.

²⁴ *Khan v the United Kingdom*, ECommHR, App. 11579/85, 07/07/1986.

²⁵ *Hoffman v Austria*, ECtHR, App. 12875/87, 23/06/1993.

²⁶ Esra Demir Gürsel, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları”, *Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 125.

İnanç hürriyetini tanzim eden Sözleşmenin dokuzuncu maddesinde sınırlandırmanın mübah sayılacağı istisnalar (meşru amaçlar) sınırlı sayıda olmak üzere sayılmış ve sınırlandırma demokratik toplumda gereklilik kavramıyla ilişkilendirilmiştir²⁷.

Sözleşme'nin dokuzuncu maddesinin tanzim edilme şekli incelendiğinde sınırlandırma hükmünün yalnızca din ve inancı dışı vurma hürriyetine yönelik olduğu görülür. Dolayısıyla, bir din ya da inanca sahip olma veya bunu değiştirme hürriyetinin devlet tarafından herhangi bir şekilde sınırlandırılması mümkün değildir. Bir diğer tabirle devlet Sözleşme'ye göre ancak ve ancak din ya da inancın tezahürlerini (mesela, bir dînî inanca göre ibadet etme, bu din ya da inancı öğretme, dînî ayin yapma gibi açığa vurma şekilleri) sınırlandırabilecektir²⁸.

B. Sınırlandırma Rejimi

İHAS'da din ve vicdan hürriyetinin takyid edilmesini düzenleyen madde 9(2) hükmü aşağıdaki gibidir:

“Din veya inancını açıklama hürriyeti, sadece kanunla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir”.

Bir kişinin dini inancını sergilemesi başkalarına da etki edebileceğinden, Sözleşmeyi kaleme alanlar, inanç hürriyetinin bu boyutunu 9. maddenin 2. paragrafında belirttiği şekilde şarta bağlamıştır. İkinci paragrafta *bir kişinin din ya da inancını sergileme hürriyetine konulacak herhangi bir kısıtlamanın kanunda öngörülmüş olması ve kanunda belirtilen meşru amaçlardan bir ya da daha fazlasını yerine getirme amacıyla demokratik bir toplumda gerekli olması gerektiği* öngörülmektedir²⁹. Belirtmeliyiz ki, yukarıdaki maddede öngörülen meşru amaçların (bir diğer tabirle istisnaların) kapsamının geniş yorumlanmaya müsait olması doktrinde eleştiri konusu olmaktadır³⁰.

Görüldüğü gibi, İHAS madde 9(2) hükmüyle inanç hürriyetine getirilebilecek sınırlamalar belirtilmiştir. Söz konusu hükmün tatbik edilebilmesi için ilk olarak sınırlama getirilecek faaliyetin İHAS madde 9(1) hükmünün kapsamına dahil olan bir faaliyet olması, bir diğer ifadeyle böyle bir faaliyetin sözleşme organlarınınca bir dînî inancın tezahürü (açığa vurulması) olarak kabul

27 Emre Öktem, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yayınları, Ankara, 2002, s. 356.

28 Bkz. Gürsel, s. 106.

29 *Eweida and Others v the United Kingdom*, App. 48420/10 36516/10 51671/10 59842/10; 15/01/2013, para 80.

30 Bkz. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Ed. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, Intersentia, Cambridge, 2018, s. 348.

edilmesi gerekmektedir. Bir din veya inancın tezahürü sayılmayan hususlar ise sözleşme kapsamında korunmamaktadır. Tezahür etmeyen ya da açığa vurulmayan dini tasavvurlar ise sınırlamaya tabi tutulmamaktadır. Bu bakımdan inanç hürriyetinin diğer hürriyetlere göre farklı bir konumu bulunmaktadır. Esasında İHAS'ın öngördüğü sınırlama rejimine göre inanç özgürlüğü, savaş veya toplumun/milletin varlığını tehdit eden umumi bir tehlike halinde askıya alınamayacak haklardan³¹ (*non-derogable rights*) değildir. İnanç hürriyetinin sınırlanmasında “sınırlamanın sınırı” belirlenirken sıkı bir denetim yapılmalıdır. Bu konuda yapılacak denetim üç esas üzerine bina edilmektedir. Bunlar:

- i) müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması,
- ii) sınırlamanın kanunen öngörülmüş olması,
- iii) müdahalenin meşru bir gayesinin bulunması olarak özetlenebilir³². Aşağıda ilgili başlıklarda bu hususlara değinilecektir.

Belirtmeliyiz ki, 1940'lı yılların şartlarında kaleme alınan İHAS, inanç özgürlüğü bakımından 1968 tarihinde kaleme alınan *Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*'ne (MSHS) göre daha alt düzeyde bir koruma çerçevesine işaret etmektedir. MSHS, din hürriyetini olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacak maddeler arasında saymıştır³³. Yine belirtmek gerekir ki, inanç özgürlüğü Avrupa ve Amerika'da farklı düzeyde koruma görmüştür. Bu anlamda ABD'de öngörülen korumanın daha ileri düzeyde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³⁴.

1. Müdahalenin Mevcudiyeti

Din ve vicdan hürriyetinin tahdid edilmesi, ancak devlet adına selahiyet kullanan mercilerce bir müdahalenin yapılmasıyla mümkün olur. Bu bakımdan öncelikle bir müdahalenin mevcut olup olmadığı tartışma konusu yapılarak incelenmelidir. Müdahalenin varlığı tesbit edildikten sonra müdahalenin eğer meşru amaçlarla tevیل edilebilip edilemediğine bakılmalıdır.

Mesela Mahkeme, tören alayına katılmayan bir memura verilen disiplin cezasının inanç hürriyetine müdahale teşkil etmediğine hükmetmiştir³⁵. Buna

31 İHAS madde 15(2) hükmüne göre askıya alınamayacak hak, hürriyet ve ilkeler şöyledir: Hayat Hakkı (Meşru savaş fiilleri kapsamında olan ölümler hariç), İşkence yasağı, kölelik ve angarya yasağı, suçta ve cezada kanunilik.

32 Vahit Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, *Liberal Düşünce*, Sayı 24, Güz 2001, s. 56.

33 Bkz. MSHS, madde 4.

34 Bu konuda bkz. Hilal Elver, *The Headscarf Controversy: Secularism and Freedom of Religion*, Oxford University Press, Oxford, 2012, passim.

35 Bkz. *Valsamis v Greece*, ECtHR, App. 21787/93, 18/12/1996, para, 37.

karşılık, belli dini cematların devlet tarafından tek bir idare altında toplanmaya çalışılması ve bir dini cemaatin iç örgütlenmesine müdahale eden tedbirler İHAS madde 9 kapsamında müdahale sayılmıştır³⁶.

2. Müdahalenin Kanunen Öngörülmesi

İHAS'ın 8-11 maddelerinde müştereken aranan 'kanunilik' ya da sınırlamanın 'kanunen öngörülmüş olması gereği', yürütme organının hak ve özgürlüklere yapacağı keyfi müdahaleleri bertaraf etme amacını taşımaktadır³⁷. Buradaki hukuk kuralı iç hukukta yer alan bir kanun veya norm olabileceği gibi bir uluslararası hukuk kuralı yahut bir supranasyonel örgütün kuralı da olabilir. Bu yönüyle iç hukuktaki, tüzük ve kararnameler de kanunen öngörülme kriterini sağlamak için yeterlidir. Kanunen öngörülmüş olma kriteri bakımından müdahale için ilgili makama selahiyet verilmiş olması aranır³⁸. Böyle bir kuralın kanunilik koşulunu yerine getirmiş sayılması için Mahkeme içtihadında kuralın, vatandaşlar tarafından *erişilebilir* durumda olması ve davranış tarzını bu kurala uyduran vatandaşların bu davranışlarının neticelerini *tahmin edebilmelerine* imkan sağlayacak belirlilikte (kesinlikte) olması da aranmaktadır³⁹. Kanunen öngörülme kriteri müdahalenin hukuka uygunluğu için gereklidir ancak hukuka uygunluğa karar verebilmek için tek başına yeterli değildir⁴⁰.

3. İstisnalar (Meşru Amaçlar)

İHAS'a göre din ve vicdan hürriyetinde sınırlamanın yönelebileceği meşru amaçlar:

- i) kamu güvenliğinin korunması,
- ii) kamu düzeninin korunması,
- iii) genel sağlık veya ahlakın korunması,
- iv) başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması şeklinde sayılmıştır.

Devlet/idare, din veya inancını açıklama hürriyetine müdahale yaparken bu amaçlardan hangisini ya da hangilerini gözettiğini belirtmelidir⁴¹.

a. Umumun Menfaatine Müteallik Amaçlar Sebebiyle Sınırlandırma

Meşru amaçlardan kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin korun-

36 Bkz. *Hassan and Tchaouch v Bulgaria*, note 68, para 75 et seq.

37 Bkz. İHAS madde 8(2), 9(2), 10(2), 11(2) hükümleri; Öktem, s. 343-344.

38 *Groppera Radio AG v Switzerland*, A 173(1990); 12 EHHR 321, paras 65-68'den nakleden David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, Carla Buckley, *The Law of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 344.

39 Bkz. *Sunday Times v the United Kingdom*, ECtHR, App. 6538/74, 26/04/1979, para 49.

40 Bkz. Öktem, s. 343.

41 Bkz. Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, s. 348.

ması, genel sağlık veya ahlakın korunması gerekçelerini umumun menfaatine müteallik amaçlar olmaları sebebiyle bir grupta ele almak uygun olacaktır.

Kamu düzeni istisnası, genellikle devletlerin düzenleyici işlemlerine geniş bir tevül imkanı sunmaktadır. Bu kapsamda dini açığa vurmaya ilişkin davalarda⁴², dine hakaretin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği davalarda, aile hayatına saygı hakkı kapsamında dini nikahın geçerliliğinin tartışıldığı davada⁴³, dini bir gündemi olduğu gerekçesiyle Refah Partisi'nin kapatılmasına dair davada kamu düzeni istisnasına sığınan Devlet haklı bulunmuştur⁴⁴. Yine, başörtüsü ile ilgili meseleler de genelde kamu düzeni istisnası ile ilişkilendirilmektedir. Bir dini liderin sınırdışı edilmesi olayında Komisyon, işlemin inancın kaynağını yok etmek anlamını taşımadığını ve amacın kamu düzenini korumak olduğunu belirtmiştir⁴⁵.

İbadethane açmak için gerekli izni almayan bu nedenle mahkum edilen Yehova şahitlerine ilişkin davada Mahkeme, müdahalenin *düzenin korunması* meşru amacına matuf olduğunu belirtmiştir⁴⁶.

Komisyon, Budist bir mahkumun hapisaneye sipariş ettiği dini kitaba, şavaş tekniklerine dair bir bölüm ihtiva etmesi sebebiyle, el konulmasını *kamu güvenliği* amacıyla uygun bulmuştur⁴⁷.

Mahkeme, dini usullerle hayvan kesmenin ilgili makamlarca denetlenmeye tabi tutulmasının din hürriyetine müdahale olmadığını, müdahale sayılsa bile bunun kamu sağlığını ve kamu düzenini koruma amaçlarına matuf olduğunu belirtmiştir⁴⁸.

b. Başkalarının Hak ve Hürriyetleri Amacıyla Sınırlandırma

İHAS 9(2) hükmünde öngörülen son istisna ise başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla hürriyetlerin sınırlandırılmasıdır. Bu başlık altında, Mahkeme içtihadlarında, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla hürriyetlerin sınırlandırılmasının din ve vicdan hürriyeti bakımından nasıl tatbik edildiği ele alınacaktır.

Başkası yahud üçüncü kişiler mefhumunun nereye vardığını anlatması bakımından *X v Switzerland* müracaatı aydınlatıcıdır. Söz konusu müracaatta

42 Bkz. *Dogru v France*, ECtHR, App. 27058/05, 04/12/2008, paras 36-37.

43 Şerife Yiğit v *Turkey*, ECtHR, [GC], App. 3976/05, 02/11/2010, para 67.

44 *Refah Partisi and Others v Turkey*, ECtHR, [GC], App. 41340/98 41342/98 41343/98 41344/98, 13/02/2003.

45 Bkz. *Swami Omkarananda and Divine Light Zentrum v Switzerland*.

46 *Manoussakis and Others v Greece*, ECtHR, App. 18748/91, 26/09/1996, para 40.

47 *X v the United Kingdom*, ECommHR, App. 6886/75, 18/05/1976.

48 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v France*, paras 77, 84.

Komisyona, ebeveynin kendi çocuklarına hiçbir sınır gözetmeksizin isim koymasının korunmayacağını belirtmiştir⁴⁹. Burada ebeveyne karşı çocuğun haklarının korunmasının da üçüncü kişilerin hakları kapsamında olduğu vuzuha kavuşmuştur.

Her türlü kazanın Tanrı'dan geldiğine inandığını belirten Kalvinist Kilisesine mensup bir müracaatçının zorunlu trafik sigortası sistemine kayıt yaptırılmayı reddetmiştir. Başvuruyu inceleyen Komisyon, zorunlu trafik sigortasının, trafik kazalarında mağdur olabilecek olan üçüncü kişilerin haklarının korunması kapsamında kabul edilmesi gereğinden bahisle müracaatı reddetmiştir⁵⁰.

X v Switzerland müracaatında Komisyon, ebeveynin, kendilerine göre dini bir mana taşısa dahi, kendi çocuklarına hiçbir sınır gözetmeksizin isim koymasının korunmayacağını belirtmiş çocuğun kendisine zarar vermeyecek bir isme sahip olma hakkının korunmasına vurgu yapmıştır. Olayda Musevi bir ebeveyn çocuklarına İbrani'de Emanuel'in mutlaka yükseleceği manasını ifade eden "Shalom Phaleshet İmanuel Beth Ya" koymuş fakat nüfus idaresi bunu kaydetmeyi reddetmiştir⁵¹.

Kokkinakis v Greece davası ise dini yayma hürriyetinin başkalarının hak ve özgürlükleri bakımından nasıl sınırlandırıldığını göstermektedir. Söz konusu davada Mahkeme; dini yayma filini yaparken üçüncü kişilere fiziksel ve ruhsal baskı tatbik edilmesinin Sözleşme kapsamında korunmayacağına işaret ederek; Yunan Hükümetinin tatbik ettiği tedbirin, Sözleşme kapsamında meşru bir amaca müteallik olduğunu teslim etmiştir⁵². Öte yandan Yunan Hükümeti yapılan sınırlandırmayı "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçlar" (*pressing social needs*) gerekçesine dayandırarak savunmaya çalışmıştır. Ancak Mahkeme, sınırlama tedbirinin neden zarurî olduğu hususunun Yunan Hükümetince açıklanamadığından hareketle Yunanistan'ı haksız bulmuştur. Bir diğer ifadeyle, Mahkeme, Yunan Hükümeti'nin uyguladığı sınırlama tedbirinin davacının Sözleşme'de yer alan madde 9 kapsamındaki haklarını ihlâl ettiğine hükmetmiştir⁵³.

Eweida ve Diğerleri Davasında, mesai saatlerinde haç takan bir havayolu çalışanının bu davranışının başkalarının menfaatlerine gerçek bir zarar verdiğinin sabit olmadığına hükmedilmiştir⁵⁴.

49 Bkz. Öktem, s. 354.

50 Bkz. *X v Holland* 1977, 2899/66 31 Mayıs 1967 Annex X, s. 472'den aktaran Malcolm D. Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, s. 331.

51 *X v Switzerland*, App. 7446/76, 05/10/1977, *Recueil*, s. 374' dan aktaran Öktem, s. 354.

52 Bkz. *Kokkinakis v Greece*, para 42.

53 Bkz. *Kokkinakis v Greece*, paras 45-50.

54 *Eweida and Others v the United Kingdom*, para 95.

Otto Prominger Institut Davasında ise müsadere edilen bir film sözkonusu olmakla birlikte ifade hürriyetinin ihlal edildiği öne sürülmüş fakat Mahkeme filmin muhtevasının vatandaşların dini duygularının hakarete uğratici nitelikte olduğundan hareketle, üçüncü kişilerin dini duygularının hakarete uğratılmamasını temin eden hükümet tedbirinin (filmin müsadere) meşru bir amaca yönelik olduğunu teslim etmiştir. Benzer bir vaka, *Wingrove v the United Kingdom* Davasına konu olmuş ve Mahkeme, müracaatçının “üçüncü kişilerin hakları mefhumunun gerçek ve somut haklara dair bir ifade olduğunu belli bir dine mensup kişilerin, kendi dinlerine hakaret içeren filmi, görmeleri olasılığının filmin dağıtımının yasaklanmasını haklı çıkarmayacağı” yönündeki savunmasından etkilenmemiş ve hükümetin aldığı tedbirin Sözleşmenin 10(2) hükmü bağlamında meşru olduğuna karar vermiştir⁵⁵.

Ahmet Arslan ve Diğerleri Davasında ise dinî kıyafetlerin kamusal alanda giyilmesine ilişkindir. Mahkeme, cemaat mensuplarının kamusal alanda giydikleri dinî kisvelerin (kıyafetlerin) kamu düzeni ve başkaları (üçüncü kişiler) üzerinde tehdit oluşturduğu hususunun sabit olmadığına karar vermiş, bu sebeple Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin *Ahmet Arslan ve Diğerleri* aleyhine olarak yaptığı müdahalenin, Sözleşmenin dokuzuncu maddesinin bir ihlali olduğuna hükmetmiştir⁵⁶.

Lucia Dahlab isimli bir ilkokul öğretmenin, dini inancı gereği başörtüsü takmasının milli eğitim kanunu dayanak gösterilerek engellenmesi vakasında Mahkeme, hükümet tedbirinin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacını taşıdığını zira öğrencilerin kendisinden kolaylıkla etkilenebilecek yaşta olduklarını belirtmiştir.

4. Müdahalenin Demokratik Bir Toplumda Mecburî ve Mütenasip Olması

İHAS'ın 8-11. maddelerinde öngörülen hakların sınırlanması demokratik toplumun gereklerine bağlanmıştır. Kamu düzeni ve hakların korunmasından müteşekkil olan paradoks Mahkeme içtihadında adil denge olarak tabir edilmektedir⁵⁷. Bir diğer ifadeyle Mahkeme, haklar ve toplumun umumi menfaatleri arasındaki çatışmayı bunlar arasında bir denge gözeterek aşmaya çalışmaktadır.

Devlet müdahalesi, demokratik toplumda mecburi ve mütenasip (ölçülü, proportionate) olmalıdır. İHAS madde 9(2) hükmünde yer alan demokratik toplumda zorunluluk, Sözleşme'nin 18. Maddesinde öngörülen ölçülülük kıs-

55 *Wingrove v the United Kingdom*, ECtHR, App. 17419/90, 25/11/1996.

56 *Ahmet Arslan and Others v Turkey*, ECtHR, App. 41135/98, 23/02/2010, paras 49-50.

57 Demir Gürsel, s. 93.

tasıyla tartılmaktadır⁵⁸. Böylece Strazburg otoriteleri devlet müdahalelerinin gerçekten demokratik toplumda elzem olduklarına karar verebilmektedirler. Bu manada milli hususiyetlerine göre devletlere bir takdir marjı da tanınmaktadır. Bu takdir marjı dahi Strazburg otoritelerinin sınırlamayla güdülen gayenin ve müdahalenin demokratik bir toplumda zorunluluğunun Sözleşmeye uygunluğunu denetlemesini bertaraf edemeyecektir.

Kokkinakis v Greece Davası'nda müraccatçının ne tür istismarcı yöntemlerle dinini yaymaya çalıştığını yeterince izah edemeyen Yunan hükümeti, Mahkemeyi alınan tedbirin meşru amaçla orantılı olmadığı ve dolayısıyla demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olmadığı neticesine sevk etmiştir⁵⁹.

Belirtmeliyiz ki, demokratik toplumda gereklilik denetimi, İHAM içtihadında meşruiyet denetiminin en karmaşık kısmını teşkil etmektedir ve bu denetim neticesinde varılan sonuçlar da bir o kadar belirsizdir⁶⁰. Mahkeme demokratik gereklilik denetimi yaparken buyurgan sosyal ihtiyaç (*pressing social need*), milli takdir marjı, 'müdahale' ile 'güdülen amaç' arasında ölçülüğün bulunması, Avrupa mutabakatı (*European Consensus*), çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve toplumsal bütünleşme gibi çok sayıda mefhumdan (kıstasından) istifade etmektedir. Bu çalışmada tüm bu denetim süreci ele alınmamıştır; zira bu, ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek genişliktedir⁶¹.

IV. İnanç Hürriyeti Bakımından Alevilik

Cemevlerine ibadethane statüsü talebi ve Alevilik yorumu, Mahkeme'nin çeşitli kararlarına konu olmuştur. *Cha'are Shalom Ve Tsedek v France* Davası, Türkiye'deki cemevlerine ibadethane statüsü tanınması talebi ve Aleviliğin başlıbaşına bir din olup olmadığı hususunu tartışmak için bir çıkış noktası olabilir. *Cha'are Shalom Ve Tsedek v France* Davasında Mahkeme, *devletin dinlerin meşruiyetine dair tesbit yapmama yükümlülüğü olduğu* esasını ifade ediyor. Bu esas şöyle açıklanmıştır: Devletin tarafsızlık ve nötrlük ödevi, dini inaçların meşruiyetini ölçmek hususunda devlet nezdinde herhangi bir yetkiyle örtüşmez⁶². Türkiye'deki bir kısım Aleviler, cemevlerinin de camiler gibi devletçe desteklenmesini istemektedirler. Ancak bu talep "Aleviler Müslümandır, İslam'a göre ise camiden başka mabed olamaz" gerekçesiyle T.C. Diyanet

58 Steven Greer, Les Exceptions aux articles 8-11...'den aktaran Öktem, s. 14.

59 *Kokkinakis v Greece*, note 19, paras 45-51.

60 Bkz. Demir Gürsel, s. 134.

61 Demokratik toplumda gereklilik hakkında kapsamlı bir çalışma için Demir Gürsel. Ayrıca bkz. Öktem, s. 356-368.

62 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v France*, para 84.

İşleri Başkanlığı tarafından reddedilmektedir⁶³. Nitekim Aleviliğin İslam'ın bir yorumu olduğu kendisinin Alevi olduğunu belirten müracaatçılar da kabul etmektedir. 22 Haziran 2005 tarihinde T. C. Başbakanlık'a sundukları dilekçede "Ben Türkiye Cumhuriyeti'nin Alevi (Alevi-Bektaşî-Mevlevî-Nusayrî) İslam inancını benimsemiş bir vatandaşım. Alevîlik Allah'ın teklîğini, Hz. Muhammed'in peygamberliğini, Kuran'ın Allah emri olduğunu... esas alan, ... akla aykırı olmayan,...İslam'ın tasavvufî yorum ve uygulamasıdır" ifadelerine yer verilmiştir⁶⁴.

İHAM'ın yukarıda zikredilen içtihadına göre ise devlet, kendisini dinlerin meşruiyetini sorgulayacak konumda görmemelidir⁶⁵. Mahkeme, hangi kanaatlerin din olduğuna ve böylece hangilerinin madde 9 kapsamında koruma göreceğine yahut görmeyeceğine⁶⁶ belirleme hususunda yetkili merci olarak Sözleşme organlarını zımnen işaret etmektedir. Mahkeme'ye göre, çok istisnai durumlar dışında, Sözleşme'nin ele aldığı şekliyle inanç hürriyeti, devletin dini inançların meşruluğu veya bu inançların dışa vurulma şekilleri hakkında yaptığı tüm değerlendirmeleri dışlamaktadır⁶⁷. Keza, Mahkeme, *Hasan ve Eylem Zengin v Türkiye* Davasında: Davanın taraflarının, Alevi inancının, kökleri Türk toplum ve tarihinde bulunan bir dini kanaat olduğu ve kendine özgü nitelikleri bulunduğu konusunda hemfikir olduklarını; Aleviliğin İslamiyetin okullarda öğretilen Sünnî anlayışından farklı olduğunu; Aleviliğin yeteri kadar ikna gücü, ciddiyet, uyum ve öneme ulaşmış bir mezhep ya da inanç olduğunu tesbit etmiştir. Netice olarak Mahkeme, Sözleşme'ye Ek 1 nolu Protokol'ün ikinci maddesinin ikinci cümlesi anlamında "dini kanaat" ifadesinin Alevilik hakkında da uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir.⁶⁸

Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v Türkiye Davasında müracaatçı (Vakıf), Türk makamlarının, (Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından sunulan bir görüşe dayanarak) halk arasında Yenibosna Cemevi denilen Yenibosna Kültür Merkezi'ne ibadethane statüsü verilmesine ilişkin talebin reddetmesinin, Sözleşme'nin 9. maddesi tarafından güvence altına alınan hakkı ihlal ettiği iddiasıyla davacı olmuştur⁶⁹. Mahkeme, oybirliğiyle, Sözleşme'nin

63 Ayşegül Kahvecioğlu, "Cemevi Diyanet'in kırmızı çizgisidir", *Milliyet*, 2 Ocak 2016, <http://www.milliyet.com.tr/cemevi-diyamet-in-kirmizi-siyaset-2172767/> (16.02.2019).

64 *İzzettin Doğan and Others v Turkey*, ECtHR, [GC], App. 62649/10, 26/04/2016, para 10.

65 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v France*, para 84.

66 *Swami Omkarananda and the Divine Light Zentrum v Switzerland*.

67 *Hassan and Tchaouch v Bulgaria*, ECtHR, [GC], App. 30985/96, 26/10/2000, para 78.

68 *Hasan and Eylem Zengin v Turkey*, ECtHR, App. 1448/04, 09/10/2007, para 66. Ayrıca bkz. *Sinan Işık v Türkiye*, ECtHR, App. 21924/05, 02/02/2010, para 46.

69 *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v Turkey*, ECtHR, App. 32093/10, 02/12/2014, para 53.

9. maddesiyle birlikte 14. maddesinin ihlal edildiğine ve bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 9. maddesi bağlamındaki şikâyetin ayrı olarak incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

Mansur Yalçın, Yüksel Polat ve Hasan Kılıç, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi müfredatını eleştirerek, bu dersin İslamiyet'in yalnızca Sünnî yorumuna göre okutulduğunu ve kendi bakış açılarına göre, Mahkeme içtihadında yer verildiği gibi, bu durumun devletin tarafsızlık yükümlülüğüyle bağdaşmadığını ileri sürmüştürler. Bu bağlamda, müracaatçılar Sözleşme'nin 9. Maddesine dayanmışlardır⁷⁰. Zikredilen Davada Mahkeme, davalı Türkiye Cumhuriyeti'nin eğitim sisteminin, Alevi ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için yeterli donanımına sahip olmadığına hükmetmiştir⁷¹. Mahkeme, üçe karşı dört oyla; Sözleşme'nin 9. maddesi, Sözleşme'nin 9. maddesiyle birlikte 14. maddesi ve Sözleşme'ye Ek 1 nolu Protokol'ün 2. maddesi bağlamındaki şikâyetlerde belirtilen hakların ihlal edilip edilmediğinin incelenmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir.

Bir Alevi Dedesi olan İzzettin Doğan ve diğerleri müracaatçıların Türkiye aleyhine açtıkları davada müracaatçıların,

- i) Alevi vatandaşlara din hizmetlerinin kamu hizmeti olarak sunulması,
- ii) Alevi inancındaki vatandaşların ibadet mekanları olan Cemevlerine ibadethane statüsü kazandırılması,
- iii) İnancın gereği olan ibadetin icrası için yeteri kadar, yetkin ve Alevilerce yetkin kabul edilen kişilerin kamu görevlisi olarak istihdam edilmesini,
- iv) Genel bütçeden bu konularda verilecek hizmetlerin karşılanması için ödenek ayrılmasının temin edilmesi, bu konuda gerekli çalışmalar yapılarak Bütçe Kanunu'nda ödenek ayrılmasının sağlanmasını talep ettikleri ve fakat bu taleplerinin T.C. Hükümetince karşılanamayacağına dair bir yazının Başbakanlık Halkla İlişkiler Daire Başkanlığı tarafından müracaatçılara gönderildiği belirtilmiştir⁷².

Mahkeme, *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye Davasında*, Alevilik ile ilgili meselelerde İslam ilahiyatı bağlamında ilmî ihtilafların bulunduğuna işaret etmiş ve fakat Alevilerin haklarının madde 9 bağlamında koruma görüp görmeyeceği noktasında bu ilmî tartışmaların kendi değerlendirmelerine esas olmayacağını ifade etmiştir⁷³. Bir diğer ifadeyle Mahkeme, İslam ilahiyatında Alevilik üzerine yapılan tartışmalar hakkında Mahkeme'nin görüş serdetme

70 *Mansur Yalçın and Others v Turkey*, ECtHR, App. 21163/11, 16/09/2014.

71 *Mansur Yalçın and Others v Turkey*, para 71.

72 *İzzettin Doğan and Others v Turkey*, paras 10-11.

73 *İzzettin Doğan and Others v Turkey*, para 69.

görevinin bulunmadığını belirtmiştir. Öyleyse Mahkeme, Aleviliğin İslam içinde nasıl bir yerde durduğuna ve hangi ihtilaflara konu olduğuna değinmeden ve bunlara bir mana atfetmeden Alevilik ve madde 9 bağlamında tesbit yapma yolunu tercih etmiştir. Mahkeme, tarafların Alevilik inancına ve tasavvufi hareketlerin İslam dinindeki yerine ilişkin çok sayıda belge ibraz ettiğini ancak görevinin ikincil niteliğini gözönünde bulundurarak davaya konu olaylara ilişkin değerlendirmesinde yerel mahkemelerin kararlarını ve Alevi Çalıştayları Nihai Raporunu temel almıştır⁷⁴. Benzer şekilde Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin Alevilerin inanç hürriyetini koruma konusunda ne gibi pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunduğu konusuna Mahkeme, muğlak bir biçimde eski kararlarına atıfla değinmiştir. Mahkeme, pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki ayrımın netleşmediğini belirtmiş ve mevcut davada Sözleşme'nin 9. maddesinin de Türk makamlarına pozitif yükümlülükler yükleyip yüklenmediğini daha fazla incelemenin gerekli olmadığı neticesine varmıştır⁷⁵. Bu değerlendirmeden sonra Mahkeme Türkiye Cumhuriyeti'nin idarî makamlarının Alevilerin taleplerine ilişkin olarak verdikleri dilekçenin reddedilmesi işlemi yukarıda “Din ve Vicdan Hürriyetinin Tezahürlerinin Sınırlandırılması” başlığı altında izah edilen sistematığe göre değerlendirmiştir⁷⁶. Ancak Alevilerin taleplerinin reddi işleminin; müdahalenin varlığı, müdahalenin hukuken öngörülmüş olması, meşru amaçlar, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması kriterlerine binaen ele alınmasından önce Mahkeme “Alevilik inancının dini mahiyetinin inkâr edilmesi anlamına gelen başvuruların taleplerinin reddinin, başvuruların Sözleşme'nin madde 9(1) hükmüyle korunan inanç hürriyetine yönelik bir müdahale teşkil ettiği kanaatinde” olduğunu peşinen belirtmiştir⁷⁷. Mahkeme'nin böyle bir yolu seçmesi, daha açık ifadeyle sınırlama rejimine ilişkin kriterleri dava konusu işleme tatbik etmeksizin bir peşin hüküm sahibi olması calib-i dikkat mahiyettedir.

İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye Davasında Mahkeme, Alevilerin taleplerinin reddedilmesi işleminin müdahalenin hukuken öngörülmesi kriterine uyduğunu teslim etmiştir⁷⁸. Bu yönüyle 633 ve 677 sayılı Kanunlar ve T.C. Anayasası'nın ilgili hükümlerine dayanılmıştır. 633 sayılı Kanun'un birinci maddesine göre Diyanet İşleri Başkanlığı, diğer görevleri arasında, “İslam dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmekle” sorumludur. Keza, 677 sayılı Kanun tekkelerin kapatılmasını öngörmüş, tarikatların ayınle-

74 *İzzettin Doğan and Others v Turkey*, para 70.

75 *İzzettin Doğan and Others v Turkey*, paras 96-97.

76 *İzzettin Doğan and Others v Turkey*, paras 98-136.

77 *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 95.

78 *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 101.

rinin yapılması için yer teminini suç saymıştır. Yine, söz konusu dini gruplarla bağlantılı belirli unvanların, örneğin dede unvanının kullanılmasını ve bu unvanlarla bağlantılı faaliyetlerin gerçekleştirilmesini yasaklanmıştır.

İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye Davasına konu olan müdahale bakımından Hükümetin gözettiği meşru amacın kamu düzenin korunması olduğu kabul edilmiştir⁷⁹. Mahkeme *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye* Davasına konu olan red işlemi müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı kriterine göre geniş bir biçimde değerlendirmiştir⁸⁰. Bu kriter çoğulculuk açık fikirlilik gibi diğer esasların yanında, Devletin Alevilik inancına karşı tarafsız olma yükümlülüğü ve Alevilerin inançlarını serbestçe yaşamaları başlıkları altında değerlendirilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, Alevi topluluğuna inancını yaşama konusunda T.C. Makamları tarafından tanınan özgürlüğün, Alevi Cemaati'nin Sözleşme'nin dokuzuncu maddesi kapsamındaki haklarını gereği gibi kullanmasına imkân vermediği neticesine ulaşmıştır⁸¹.

Mahkeme, hukuki tanınırlığın Türkiye'de dini mezhepler için önemli avantajlar sunduğunu ve böyle bir statüye sahip olmanın inanç hürriyeti hakkının kullanılmasını kolaylaştırdığını belirtmiştir⁸². Aleviliğin hukuken tanınmasının en önemli neticesi, Devlet tarafından sunulan mali sübvansiyonlardan yararlanma imkânına kavuşması olacaktır. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, Türkiye'de İslam dinine yönelik sunduğu kamu hizmetlerinin Devlet bütçesinden yapılan miktarlarda fon tahsisleriyle sürdürüldüğü ve dolayısıyla İslam Dininin Türkiye'de neredeyse tamamen Devlet tarafından sübvansiyonla edildiği Mahkeme'nin ulaştığı sonuçlar arasındadır. Bu kabullerden hareket eden Mahkeme, diğer Müslüman vatandaşlarla benzer durumda olmalarına karşın, inançlarının Devlet tarafından bir "tarikat" olarak tasnif edilmesi sebebiyle, Alevilerin hukuki tanınırlıktan birlikte elde edilen birçok menfaatten neredeyse tamamen yoksun bırakıldıkları neticesine ulaşmıştır⁸³.

Erenler Eğitim ve Kültür Vakfı tarafından İstanbul 6. İdare Mahkemesi'nde açılan davada, Aleviliğin ibadethane yeri olan cemevlerinin ibadethane olarak kabul edilmesi ve giderlerinin Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bütçesinden karşılanması talep edilmiştir. İstanbul 6. İdare Mahkemesi, Erenler Eğitim ve Kültür Vakfı'nın sözkonusu talebini yerinde bularak Cemevlerinde ibadet yapılmasından hareketle elektrik giderlerinin Diyanet bütçesinden karşılanmasına karar

79 *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 101.

80 *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, paras 103-136.

81 *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 101.

82 *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 171.

83 *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 172.

vermiştir. İstanbul 6. İdare Mahkemesi'nin kararını Esenyurt Kaymakamlığı "Aleviliğin İslam dini açısından bir zenginlik ve tasavvuf meselesi olduğu, farklı bir din olarak nitelendirilemeyeceği, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın cami ve mescit dışında bir yeri ibadethane olarak kabul etme yetkisinin bulunmadığı, bu sebeple elektrik giderlerinin karşılanamayacağı" gerekçesiyle kararın bozulması talebiyle meseleyi Danıştay'a taşımıştır. Dosyayı görüşen Danıştay 13. Dairesi, kaymakamlığın talebini reddederek, oy çokluğuyla yerel mahkeminin kararını onadı. Danıştay, kararında kararında şu ifadelere yer vermiştir:

"1982 Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile yüksek mahkeme kararları ve ilgili mevzuatın bir bütün olarak incelenmesinden: herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, herkesin düşünme, vicdan ve din hürriyetine sahip olduğu, bu hakkın, din veya kanaat değiştirme hürriyetini ve alenen veya hususi tarzda ibadet ve ayin veya öğretimini yapmak suretiyle Devlet organları ve idare makamlarının, bütün işlemlerinde, kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmesi gerektiğini, ayrımcılığın yasaklandığı, toplumun ibadetine açılmış ve ücretsiz girilen ibadethanelere ilişkin aydınlatma giderlerinin, Diyanet İşleri Başkanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanacağı sonucuna varıldığı, tesis edilen dava konusu 18.05.2015 tarih ve 2015/331 sayılı işlemde, hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir⁸⁴".

Yukarıda alıntılanan Danıştay Kararı, *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye* Davasında vurgulanan Devletin tarafsızlık yükümlülüğü ile uyumludur⁸⁵. Mezkur Danıştay Kararı Alevilere ait cemevlerinin camiler, kiliseler, havralar gibi birer ibadethane oldukları hususu kabul edilmiş olmaktadır. Yukarıda alıntılanan şekliyle "toplumun ibadetine açılmış ve ücretsiz girilen" tüm ibadethaneler herhangi bir din veya inanç sınırlaması olmaksızın aydınlatma giderlerini Diyanet İşleri Başkanlığı bütçesinden karşılayabilecektir. Nitekim, 2012'den bu yana T.C. Hükümetince atılan adımlar sayesinde kiliseler ve sinagogların aydınlatma giderleri Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bütçesinden karşılanmaktadır⁸⁶.

84 "Danıştay'dan tarihi Cemevi kararı", *Odatv*, 23 Temmuz 2017, <https://odatvcom/danistaydan-tarihi-cemevi-karari-2307171200.html> (18.05.2019).

85 Cf. Danıştay, 13. D., E. 2013/162 K. 2014/1650 T. 29.4.2014; Danıştay, 8. D., E. 2009/10610 K. 2010/4213 T. 13.7.2010.

86 Volkan Yanardağ, "Kilisenin elektrliğini Diyanet ödüyor", *Aksam*, 8 Nisan 2012, <https://www.aksam.com.tr/guncel/kilisenin-elektrigini-diyamet-oduyor--109292h/haber-109292> (18.05.2019)

Türkiye'deki Aleviliğin İslam'dan ayrı bir din olmayıp İslam tasavvufi bir yorumu olduğu kabul edilmektedir⁸⁷. İran Alevileri de Dünya'daki tüm Müslümanlar gibi, ibadethane olarak camileri kullanmaktadırlar. Alevilik Çalıştaylarında yer alan Sünni katılımcılara göre camiye cem eviyle eşitleme, hatta birbirleriyle kıyas ya da takas etme çabası hem Alevilik için hem de İslâm için yıkıcı bir taleptir⁸⁸. Dolayısıyla Türkiye Alevileri'nin cemevlerine ibadethane statüsü tanınmasını istemeleri bir cami çevresinde kümelenmiş dînî cemaatlere ait bina ve müştemilatın cami statüsüne konmasının istenmesine benzemektedir. Keza, T.C. Hükümeti de Aleviliğin pozisyonunun İslam Dini içindeki tarikatlarla benzer nitelikte olduğu kanaatinde⁸⁹. Alevilerin talepleri bütünüyle karşılandığı takdirde ise, Türkiye'deki tüm tarikatların veya dini cemaatlerin cami dışında çeşitli faaliyet, hizmet ve toplanma maksadıyla kullandıkları bina ve müştemilatların ibadethane statüsüne sokulmasının önünü açılacaktır. Oysa bu gibi dînî, sosyal ve kültürel merkezlere (gerekli şartları sağladıkları takdirde) ibadethane statüsü değil fakat kamuya yararlı dernek statüsü verilebilir⁹⁰. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye* Davasında T.C. Hükümeti, Alevilerin benzer durumdaki diğer Müslüman vatandaşlara (Kadirilik ve Mevlevilik tarikatlarının üyeleri veya tasavvufi ve mistik yorumları benimseyen diğer tarikatların takipçilerine) göre daha dezavantajlı bir konumda olmadıklarını belirtmiştir⁹¹. Dahası, Türk Anayasası ve mevzuatının, dergâh gibi tasavvufi veya mistik geleneği benimseyen müesseseleri ve sema veya cem gibi dini uygulamaları yasaklayan bir tedbir öngörmediğini T.C. Hükümeti ileri sürmüştür⁹².

Türk hukukuna göre Müslümanlar dışındaki diğer dini cemaatlerin kamu hukuku veya özel hukuk bağlamında özel statüye sahip olabileceği veya dini tarikatların tanınıp kayıt altına alınabileceği herhangi bir özel usul bulunmamaktadır. Lozan Antlaşması (özellikle Yunan, Ermeni ve Yahudi topluluklar) veya diğer uluslararası antlaşmalar (özellikle Bulgar Ortodoks topluluğu) uyarınca tanınan dini cemaatlerin hukuki statülerini haiz bulunanlar dışındaki diğer dini topluluklar yalnızca dernek veya vakıf olarak işlev görebilir⁹³.

87 *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye*, para 13.

88 T.C. Devlet Bakanlığı, *Alevi Çalıştayları Nihai Rapor*, Ankara, 2010, s. 174-175, <https://serdargunes.files.wordpress.com/2013/08/alevi-c3a7alc4b1c59ftaylarc4b1-nihai-rapor-2010.pdf> (17. 05.2019).

89 Bkz. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 91.

90 Ancak Alevilerin vakıf ve dernek kurmak suretiyle faaliyetlerini devam ettirmeleri ve ibadethane inşa etmelerinin önünde Türk Hukuku bakımından bazı engeller bulunmaktadır. Bkz. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 32, 130.

91 Bkz. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 147.

92 Cf. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 101.

93 Bkz. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 29.

Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanununun tatbik Suretini Gösterir Nizamnamenin üçüncü maddesi ise aşağıdaki ifadelere yer vermektedir:

“Mabetler her din ibadetine mahsus ve usule muvafık olarak teessüs etmiş olan kapalı mahallerdir”... Bu mekânların ibadethane sayılmasında belli bir dine bağlılık özellikle vurgulanmaktadır. Buna göre Kilise Hristiyanlığın, Sinagog Yahudiliğin, Cami ve mescitler de Müslümanlığın umumi ibadethaneleridir. Ancak insanlar özel olarak ibadetlerinin evde veya başka yerlerde de yapabilirler. Bu manada Alevi vatandaşlarımızın cemevlerinde dua, zikir ve semah yapmalarına bir engel ve yasaklama söz konusu değildir. Ancak İslam’a ait ve İslam’ın içindeki mezhep, görüş ve yorumlar için cami ve mescit dışında ayrı bir ibadethane tesisi cihetine gidilmesi dini açıdan doğru değildir. Öte yandan toplum içinde İslam inancını benimseyen vatandaşların mezhep, görüş ve yorumlarına göre ayrı ibadethane, din görevlisi, Diyanet İşleri Başkanlığında temsil ve bütçeden pay ayrılması şeklinde taleplerde bulunulmasının din alanında bir çözümsüzlük ve kaos meydana getirmesi de kaçınılmazdır... Nitekim tarihi sürece bakıldığında hiçbir zaman tekke, dergâh ve zaviyelerde cemaatle namaz kılınmadığı, bilakis tekke ve dergâhların yanında namaz kılmak için bir cami ve mescit yapılmış olduğu görülecektir...”

Yukarıda aktarılan Türk hukukunda ve Türkiye’nin taraf olduğu Lozan Antlaşması’nda ele alındığı şekliyle bir dini inancın tezahürlerinin sınırlanması Mahkeme içtihadında yalnızca müdahalenin (yahut sınırlandırmanın) hukuken öngörülmüş olup olmadığı kriterine ilişkin olarak incelenir ve bu kriter tek başına madde 9 bağlamında hak ihlali olup olmadığını belirleyici nitelikte değildir. Nitekim Mahkeme Alevilik İnancı ile ilgili olarak sınırlandırmayı tartıştığı en önemli davalardan biri olan *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye* Davası’nda müdahalenin hukuken öngörülmüş olduğunu kabul etmekle birlikte müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı kriterine göre müdahalenin haksız olduğu neticesine ulaşmıştır. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı kriteri içinde yaptığı değerlendirmelerde Mahkeme daha geniş bir hareket alanına sahip olmaktadır. Keza takdir marjı doktrini bakımından da durum aynıdır. Mahkeme mevcut içtihatlarına uymayan bir karar verecekse bunu ilgili Devlette bulunan bir özel durumla telif edebilmektedir. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye* Davası’nda Mahkeme, Aleviler’in de diğer tarikatlar gibi İslam dini içinde bir olduğu; tekke ve zaviyelerin Türkiye’nin devrim kanunlarıyla kapatıldığı ve Türkiye’nin laik bir devlet olduğu hususlarından hareketle takdir marjı (margin of appreciation) doktrininden hareketle Alevilerin taleplerini içeren dilekçenin İdarece ret işlemini Sözleşme’ye uygun bulabilirdi. Ancak, Mahkeme söz konusu davada T.C. Hükümetinin takdir marjını çok kısıtlı bir değerlendirmeye karara bağlamıştır. Mahkeme’ye göre:

“...davah Devletler çeşitli dini topluluklarla iş birliği biçimlerini seçme konusunda belirli bir takdir marjına sahiptir. Ancak mevcut davada T.C. Hükümeti çeşitli inançlarla iş birliği biçimlerini seçme konusunda takdir marjını açıkça aşmıştır⁹⁴”.

Mahkeme yine takdir marjıyla ilgili olarak Devletlere tanınan takdir marjının, Devletlerin mezhep kavramını, bir dinin geleneksel olmayan ve azınlık bir biçimini hukuki korumadan mahrum edecek şekilde sınırlı yorumlamasına izin vermediğini belirtmiştir. Ayrıca, Mahkeme, Devletlerin sahip oldukları takdir marjının, dini inançların ve bu inançların ifade edilme biçimlerinin meşruiyetini belirleme yetkisini Devletlere bahsetmediğini de vurgulamıştır⁹⁵. Kanaatimizce, Mahkeme, T.C. Hükümeti'nin Alevilere diğer İslamî tarikatlarla eşit muamele göstermediği kabulünden hareketle takdir marjı doktrini işletmemiş ve *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye Davası*'nda T.C. Hükümeti aleyhine karar vermiştir. Ancak mezkur kararda T.C. Hükümeti'nin diğer İslamî tarikatlara ne şekilde ve ne miktarda fon aktardığı ve Devletin tarafsızlık ödevini nasıl ve ne ölçüde ihlal ettiği açıklanamamıştır. Dahası, Mahkeme her ne kadar Aleviliğin İslam inancının bir yorumu olduğu konusunda müracaatçılar ve davalı Devlet arasında mutabakat olduğunu teslim etse de⁹⁶; fiili durumun doğal neticesi olarak Devletin Aleviliği bir İslam Dini içinde tarikat olarak tasnif etmesini uygun bulmamıştır. Mahkeme Alevilik için öngörülen tarikat tasnifini Devletin dini inançlar ve bu inançların ifade edilme biçimlerinin meşruiyetini belirleme konusunda karar verici olamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir⁹⁷. Benzer şekilde Mahkeme, Türkiye'de tek ve yeknesak bir Alevilik olmadığı hususuna da Kararında bir önem atfetmemiştir. Mahkeme, Alevi cemaati içinde Aleviliğin kurallarına ve Türkiye'deki Alevi cemaatinin taleplerine ilişkin bir mutabakatın bulunmayışının, Alevi topluluğunun Sözleşme'nin 9. maddesi tarafından korunan haklara sahip bir dini topluluk olduğu gerçeğini değiştirmedeğini vurgulamıştır⁹⁸.

Değerlendirme ve Sonuç

İnanç hürriyeti ve bunun nasıl tahdid edileceği meselesi, iç savaş, siyasi karışıklıklar ve iktisadi sorunlar nedeniyle göç eden insanların gittikleri ülkelerde ve farklı milletlerin ve kültürlerin bir arada yaşamak zorunda olduğu ülkelerde ve *bölünük ülke* olarak tabir edilen yerlerde giderek önem kazanan bir husus görünümündedir. Zira, inanç hürriyeti ve bunun nasıl tahdid edile-

94 *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 132.

95 Bkz. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 133.

96 Bkz. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 13.

97 Bkz. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 133.

98 Bkz. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Turkey*, para 134.

ceği meselesi, köklü demokrasi geleneğine sahip ülkelerden Birleşik Krallık'ta dahi tamamen hukuki mesnedlere dayanılarak çözülemeyecek bir sorun olarak gündeme getirilmiştir⁹⁹.

Kokkinakis v. Greece davasında Mahkeme, aynı nüfusun içinde birkaç farklı dinin birarada bulunabileceği demokratik toplumlarda, her bir grubun inancına saygı duyulmasını temin edebilmek ve farklı grupların çıkarlarını bağdaştırabilmek için bu özgürlüğe sınırlama getirmenin gerekli olabileceğini ifade ediyor¹⁰⁰. Bu ifadeden yola çıkıldığında, temel olarak, “her bir dinin İHAS tarafından öngörülecek koruma bakımından eşit değer ve öneme sahip oldukları ve aralarında bir ayrıcalıklı durumun bulunmadığını” kabul etmek gerekir¹⁰¹. Fakat Mahkeme, yine kendi içtihatlarıyla, bu kabule aykırı sonuçlara varmış, yukarıda belirtildiği gibi genel bir sistemi ve belli bir yapısı olmayan dinlere *farklı* muamele öngörmüştür. Bu farklı muamele ise Sözleşme'nin öngördüğü korumadan yararlanamama şeklinde açığa çıkmıştır.

Yine Mahkeme başörtüsü giymenin yasaklanmasında bir ihlal görmüyor ve bunun İslam Dininin vazgeçilmez bir uygulaması olmasına hatta ve hatta başörtüsü sıradan bir dinî simge değil fakat İslam Dininin bir gereği/farzi¹⁰² olmasına da bir sonuç bağlamıyor. Bu meyanda, bir Hristiyan'ın haç (*cross-necklace*) taşıması ile bir Müslüman'ın başörtüsü takması eşit muameleyle tabi tutularak aynı ölçüde sınırlandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Sınırlama yapılırken sözkonusu eylemin bir din için *sine qua non/olmazsa olmaz bir gereği* olup olmadığına bir sonuç bağlanmalı, bir değer atfedilmelidir. Aynı şekilde Mahkeme'nin, Yahudilerin hayvanlarını kendi dini inançlarının öngördüğü şekilde kesmelerinin yasaklanması halinde de bir ihlalin olmadığı sonucuna varması da dikkate şayandır. Burada yine bu durumun bir dinin vazgeçilmez uygulaması olması kriteri dikkate alınmalıdır. Burada haç takmanın, Hristiyan olmanın bir olmazsa olmaz bir gereği olmadığı ve bir Hristiyan'ın bunu takmadan da edebileceği aşıkardır. Ancak böyle bağlayıcılığı olmayan bir tercihin (haç takma) kamu güvenliği ve kamu düzeni gerekçesiyle sınırlanması mümkündür¹⁰³. Fakat bir dinin bağlayıcı bir kuralına sınırlama getirilirken daha dikkatli olunması gerekliliği akl-ı selimin gereğidir. Kanaatimizce burada önce-

99 Bkz. *Yearbook of European Convention on Human Rights*, 1958-1959, s. 496.

100 *Kalaç v Turkey*, para 33.

101 İHAS madde 9, belli bir yapı ve inanç sistemine sahip olmayan dinleri korumamaktadır, bkz. *X v the United Kingdom*.

102 Bkz. *Dahlab v Switzerland*.

103 Kanaatimize göre, dini sembollerin çeşitli alanlarda yasaklanması kamu düzeni gerekçesine dayanarak ve İHAM içtihadında izin verildiği sebebiyle kolayca gerçekleştirilmemelidir. Bir devlet kamu düzeni gerekçesini dini sembolleri yasaklamak maksadıyla kullanırken bazı olağanüstü şartların varlığını aramalı daha hassas davranmalıdır.

likle devletler, orantılı sınırlama yapma konusunda dikkatli davranmalıdırlar. Zira Mahkeme'nin içtihadı günümüz itibarıyla yukarıda izah edildiği gibidir.

Kokkinakis v. Greece Davasının 33. paragrafında Mahkeme, İHAS Madde 9 kapsamında korunan hakların temel karakterli oluşlarına vurgu yapıyor¹⁰⁴. Fakat bir inancı açığa vurma konusunda Mahkeme'nin tavrı, hakların temel karakterli oluşlarıyla uyumlu gözükmemektedir. Kanaatimizce, Mahkemenin mezkur tutumu inanç hürriyetini anlamsızlaştırır, bu hakkın altını oyar¹⁰⁵. Eğer bir hakkın uygulanması o hakkın açığa vurulması ile aynı anlama geliyorsa bu halde, bu hakkı açığa vurmanın kısıtlanması hakkın özüne dokunan bir ihlal anlamına gelecektir. Başörtüsü takmanın yasaklanması hali buna misal verilebilecek bir durumdur. Böyle durumlarda hakkın özüne ölçsüz ve gereksiz bir dokunma/*encroachment* vardır ki, bu da hakkı kullanılamaz hale getirmektedir.

*Dahlab v. Switzerland*¹⁰⁶ adlı kararında Mahkeme, inanç hürriyetinin açığa vurulmasının kamu düzeni, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması gibi bazı meşrulaştırıcı sebeplerle sınırlanabileceğine değiniyor ve bir de örnek veriyor: İslamî başörtüsü... Mahkemenin bu görüşü aynı zamanda Komisyonun Raporunda¹⁰⁷ da tekrarlanmıştır. Şöyle ki, “başörtüsü, İslam dininin mensubu olmayan yahut bu dinin uygulamaya yabancı olan diğer öğrencilere baskı oluşturduğu sebebiyle üniversitelerde yasaklanabilir” denmiştir. Burada Strazbourg organlarının, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması konusunda makul olmaktansa aktivist olmayı tercih ettikleri görülüyor. Böylece Mahkeme'nin bakış açısı, inanç hürriyetinin dışavurumu üzerine bir “önleyici vuruş/preemptive strike teşkil etmektedir. Bir başkasının hakkına bir ihlal oluşturmayan *vehme dayalı ihlal etme potansiyelini* temel göstererek bir davranışı yasaklamak hukuki olmaktan çok uzaktır. Nitekim demokratik bir toplumda böyle bir müdahalenin ‘zorunlu’ olmadığı aşikardır. Dolayısıyla Strazburg’un yaklaşımının makul ve yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira, başörtüsü takmayı herhangi bir sebeple tasvip etmeyenler, başörtüsü takanların tercihine (tercih hürriyetine) saygı göstermekle ödevlidirler. Kamu makamları ve devlet ise başörtüsü takan kişiyi engellemekle ve onu bu tercihinden dolayı mağdur etmemekle yükümlüdür¹⁰⁸.

104 Bkz. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Göleüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 352.

105 Esin Örcü, “The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits”, .) *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, Ed.: Tom Campbell et al., Blackwell, New York, 1986, s. 50.

106 *Dahlab v Switzerland*.

107 *Karaduman v Turkey*, ECommHR, App. 16278/90, 03/05/1993.

108 Bkz. Mustafa Erdoğan, *Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji*, Genişletilmiş 2. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2000, s. 174.

Yukarıda izah edilen başörtüsü konusunda Strazburg otoritelerinin vardığı içtihadın, 2010 yılında kamusal alanda dini kisvelerin giyilmesine dair Ahmet Arslan and Others v Turkey Davasıyla değiştirildiğini ileri sürmek mümkündür. Ahmet Arslan ve Diğerleri, bir dini gruba mensup kişiler olup sokakta dini kisve giymekten dolayı 1996 yılında haklarında yakalama tedbiri uygulanmıştır. 1997 yılında terörizm suçlamasıyla Milli Güvenlik Mahkemesi karşısında diğer suçların yanında türbanlarını çıkarmayı reddetmekten de yargılanmıştırlar. 1997 yılında Milli Güvenlik Mahkemesince mahkum edilen Ahmet Arslan ve Diğerleri'nin temyiz talepleri de reddolunmuştur. Mahkeme, Ahmet Arslan ve Diğerleri'nin herkese açık bir alanda dini kisve giymekten dolayı cezalandırıldıkları ve giydikleri kisvelerin çevredekilere herhangi bir tehdit oluşturmadığı hususlarından hareketle bire karşı altı oyla Sözleşme'nin dokuzuncu maddesinin T.C. Hükümeti tarafından ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁰⁹.

İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye Davası'nda Mahkeme, Alevilerin taleplerine ilişkin dilekçenin reddedilmesinin Alevi cemaatinin mensuplarının ve özellikle müracaatçıların inanç hürriyeti haklarını etkin bir şekilde kullanmalarına imkân verecek olan tanınmanın reddedilmesi ile eşdeğer olduğu neticesine ulaşmıştır. Mahkeme, İdarenin red işlemine için yeterli ve alakalı gerekçeler sunamamasından hareketle, davalı Devlet takdir marjını aştığına hükmetmiştir. Dolayısıyla red işleminin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır¹¹⁰. Mahkeme, Alevilerin maruz kaldıkları "farklı muamelenin" tarafsız ve makul bir gerekçesi bulunmadığını belirtmiş¹¹¹ ve beşe karşı on iki oyla T.C. Hükümetinin Sözleşme'nin 9. Maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bu Karar ile Mahkeme, Aleviliğin madde 9 kapsamında koruma görmeye layık bir inanç ya da kanaat olduğunu tespit etmenin dışında T.C. Hükümeti'ne "Aleviliğe hukuki statü tanımak" pozitif yükümlülüğünü getirmiştir. Bu kapsamda Alevi Dede'leri bir dini inancın liderleri olarak muamele görececek cemevleri; camiler, kiliseler ve havralar gibi ibadethane statüsünü alacaktır. Tüm bu gelişmelerin Aleviliği bir tarikat pozisyonundan alarak ayrı bir din statüsüne soktuğu ise Mahkeme'nin ilgilendiği bir mesele değildir. Ancak mezkur karardan sonra Alevilik, kendi dini liderler (dedeler) ve kendi ibadethaneleri (cemevleri) olan bağımsız bir din haline gelmiştir. Mahkeme, her ne kadar kararında Devletin inanç hürriyeti hakkının korunması konusundaki pozitif yükümlülüklerine yer vermese de kararın vardığı netice Devletin bir tarikatı bir din olarak tanımakla ve ona mâlî imtiyazlardan yararlandırmakla yükümlü olması şeklindedir. Bu bakımdan her ne kadar karar

109 Bkz. *Ahmet Arslan and Others v Turkey*.

110 Bkz. *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye*, para 135.

111 *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye*, para 185.

metninde yeterince zikredilmese de *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye Davası* Devletin inanç hürriyetini koruma noktasındaki pozitif yükümlülüklerine ilişkin önemli bir değer taşımaktadır.

İHAM'ın *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye Davası*'nda verdiği karar ve bu karara paralel olarak tesis edilen Türk Danıştay'ının kararı Alevilere ait dini ve kültürel toplanma yerleri olan cemevlerini ibadethane statüsünde değerlendirmiştir. Bu yönüyle mezkur kararlar Türkiye'deki tüm tarikatlara ait dini toplanma yerlerinin ücretsiz girilebilme esasına bağlı olarak ibadethane statüsünün getirdiği imkanlardan yararlanmasının önünü açmıştır. İHAM'ın Devlet'in tarafsızlık yükümlülüğünü ve takdir marjını aştığı yönündeki bu kararı T.C. Hükümeti'ne önemli pozitif yükümlülükler getirmiştir. Kanaatimize göre, *İzzettin Doğan ve Diğerleri v Türkiye Kararı*, İslam Dini'nin dini tarikatlara bölünmesini intaç edebilecek siyasî niteliği ağır basan endişe verici bir karardır. Mahkeme'nin amacının buna matuf olmadığı ileri sürülse bile kararın İslam Dini'nin çeşitli alt yorumlarına bağımsızlık verilmesi yönünde önemli bir adım olduğu tarafımızca değerlendirilmektedir. Söz konusu adımın Türkiye'de oluşturacağı idarî ve sosyolojik yansımaları önümüzdeki yıllarda görülecektir.

Bu çalışma kapsamında, İHAM'ın inanç hürriyeti konusundaki içtihatları müstakar bir nitelik taşımadığı neticesine varmak mümkündür. Mahkeme, önüne gelen davalarda içtihatlarını yenilemekte ve geliştirmektedir. Mahkeme'nin kararlarının tümüyle isabetli olduğunu savunmak ve bunu bir dini dogma gibi kabul etmek elbette bilimsel olmaktan uzaktır.

KAYNAKLAR

- Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 3, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1998.
- Bozkurt, Enver, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Council of Europe, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights*, Cilt I- IV, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1975-1977.
- Bıçak, Vahit, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", *Liberal Düşünce*, Sayı 24, Güz 2001.
- Çiğen, A. Kadir, *İnsan Hakları*, MKM Yayıncılık, Bursa, 2011.
- "Danıştay'dan tarihi Cemevi kararı", *Odatv*, 23 Temmuz 2017, <https://odativcom/danistaydan-tarihi-cemevi-karari-2307171200.html> (18.05.2019).
- Demir Gürsel, Esra, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları", *Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.
- Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2012.
- Elver, Hilal, *The Headscarf Controversy: Secularism and Freedom of Religion*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Erdoğan, Mustafa, *Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji*, Genişletilmiş 2. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2000.
- Evans, Malcolm D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- Gözübüyük, Şeref; Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Harris, David; O'Boyle, Michael; Bates, Edward; Buckley, Carla, *The Law of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Kahvecioğlu, Ayşegül, "Cemevi Diyanet'in kırmızı çizgisidir", *Milliyet*, 2 Ocak 2016, <http://www.milliyet.com.tr/cemevi-diyamet-in-kirmizi-siyaset-2172767/> (16.02.2019).
- Kenanoğlu, M. Macit, *Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek*, 3. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2004.
- Martin, Francisco Forrest; Schnably, Stephen J.; Wilson, Richard; Simon, Jonathan; Tushnet, Mark, *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases and Analysis*, Cambridge University Press, New York, Cambridge, 2006.
- Martinez-Torron, Javier, "The European Court of Human Rights and Religion", *Law and Religion*, Ed.: Richard O'dair, Andrew Lewis, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Öktem, Emre, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yayınları, Ankara, 2002.
- Öner, Necati, *İnsan Hürriyeti*, Beşinci Baskı, Vadi Yayınları, Ankara, 2005.
- Örüçü, Esin, "The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits", *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, Ed.: Tom Campell, Blackwell, New York, 1986.

- Reid, Karen, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, 1998.
- Schmidt, David; Brennan, Jason, *A Brief History of Liberty*, Wiley Blackwell Publication, 2010.
- Sunay, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberte Yayınları, Ankara, 2001.
- Tazhib, Bayyiah G., *Freedom of Religion or Belief: Ensuring Effective International Legal Protection*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.
- T.C. Devlet Bakanlığı, *Alevi Çalıştayları Nihai Rapor*, Ankara, 2010, <https://serdargunes.files.wordpress.com/2013/08/alevi-c3a7alc4b1c59ftaylar4b1-nihai-rapor-2010.pdf> (17. 05.2019).
- *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Ed.: Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, Intersentia, Cambridge, 2018.
- Yanardağ, Volkan, "Kilisenin elektriğini Diyanet ödüyor", *Akşam*, 8 Nisan 2012, <https://www.aksam.com.tr/guncel/kilisenin-elektrigini-diyamet-oduyor--109292h/haber-109292> (18.05.2019)
- *Yearbook of European Convention on Human Rights*, 1958-1959.

KARARLAR

- *Ahmet Arslan and Others v Turkey*, ECtHR, App. 41135/98, 23/02/2010.
- *Buscarini and Others v San Marino*, ECtHR [GC], App: 24645/94, 18/02/1999.
- *C v the United Kingdom*, ECtHR, App. 10358/83, 15/12/1983.
- *Cha'are Shalom Ve Tsedek v France*, ECtHR, [GC], App. 27417/95, 27/06/2000.
- *Chappell v the United Kingdom*, ECommHR, App. 12587/86, 14/07/1987.
- *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v Turkey*, ECtHR, App. 32093/10, 02/12/2014.
- *Dahlab v Switzerland*, ECtHR, App. 42393/98, 15/02/2001.
- *Dogru v France*, ECtHR, App. 27058/05, 04/12/2008.
- *Eweida and Others v the United Kingdom*, App. 48420/10 36516/10 51671/10 59842/10; 15/01/2013.
- *Hasan and Eylem Zengin v Turkey*, ECtHR, App. 1448/04, 09/10/2007.
- *Hassan and Tchaouch v Bulgaria*, ECtHR, [GC], App. 30985/96, 26/10/2000.
- *Hoffman v Austria*, ECtHR, App. 12875/87, 23/06/1993.
- *İzzettin Doğan and Others v Turkey*, ECtHR, [GC], App. 62649/10, 26/04/2016.
- *Kalaç v Turkey*, ECtHR, App. 20704/92, 01/07/1997.
- *Karaduman v Turkey*, ECommHR, App. 16278/90, 03/05/1993.
- *Khan v the United Kingdom*, ECommHR, App. 11579/85, 07/07/1986.
- *Kokkinakis v Greece*, ECtHR, App. 14307/88, 25/05/1993.
- *Manoussakis and Others v Greece*, ECtHR, App. 18748/91, 26/09/1996.
- *Mansur Yalçın and Others v Turkey*, ECtHR, App. 21163/11, 16/09/2014.
- *Refah Partisi and Others v Turkey*, ECtHR, [GC], App. 41340/98 41342/98 41343/98

41344/98, 13/02/2003.

- *Sinan Işık v Türkiye*, ECtHR, App. 21924/05, 02/02/2010.
- *Sunday Times v the United Kingdom*, ECtHR, App. 6538/74, 26/04/1979.
- *Swami Omkarananda and the Divine Light Zentrum v Switzerland*, ECommHR, App. 8118/77, 19/03/1981.
- *Şerife Yiğit v Turkey*, ECtHR, [GC], App. 3976/05, 02/11/2010.
- *Valsamis v Greece*, ECtHR, App. 21787/93, 18/12/1996.
- *Van den Dungen v Netherlands*, ECtHR, App. 22838/93, 22/02/1995.
- *Wingrove v the United Kingdom*, ECtHR, App. 17419/90, 25/11/1996.
- *X and Church of Scientology v Sweden*, ECommHR, App. 7805/77, 05/05/1979.
- *X v Italy*, ECommHR, App. 6741/74, 5/12/1976.
- *X v the United Kingdom*, ECommHR, App. 6886/75, 18/05/1976.
- *X v the United Kingdom*, ECommHR, App. 7291/75, 04/10/1977.
- *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v Moldova*, ECtHR, App. 45701/99, 13/12/2001.
- T.C. Danıştay, 13. D., E. 2013/162 K. 2014/1650 T. 29.4.2014.
- T.C. Danıştay, 8. D., E. 2009/10610 K. 2010/4213 T. 13.7.2010.

ÖZEL HUKUK

Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi*

The Aim of Civil Procedure in Alangoya's Writings
and Judge's Avoiding to seek The Truth

Ali Cem BUDAK*

Öz

Medenî usul hukukunun amacı ilmî içtihatları 19. yüzyıl sonundan beri meşgul etmiş bir konudur. Usul hukukunun amacını konusundan ve işlevinden ayırmak gerekir. Medenî usulün konusu maddî hukuka ilişkin uyumsuzlukların mahkemeler tarafından çözümlenmesi ve işlevi ise maddî hukuka ilişkin hakların himayesi olarak kabul edilebilir. Bu konudaki faaliyetin gerçekleştirilmesi veya mahkemelerin işlevlerini başarı şekilde icra edebilmesi için, yargılama süreci içinde ulaşılmaması gereken hedef, amaç ise gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Ancak usul hukuku, hak arama hürriyetinden daha önemli görülen bir değer korunması için ya da hukuk politikasına ait başka sebeplerle hakimin gerçeği aramaktan sarfinazar etmesini öngören bir dizi istisna da içermektedir. Kesim hüküm, hukuka aykırı yoldan elde edilen bulguların delil olarak dikkate alınmaması, kişinin kendisi hakkında suçlayıcı beyanlarda bulanmaktan kaçınmak hakkı, senetle ispat mecburiyeti bunlardan bazılarıdır. Usulün amacı gerçeği ortaya çıkarmak olduğu için, tereddüt halinde bu istisna müessesesi ve kuralların dar yorumlanması, gerçeğin ortaya çıkartılması amacına öncelik verilmesi gerekir.

Anahtar kelimeler: medenî usul hukuku, usulün amacı, hak arama hürriyeti, kesin hüküm, senetle ispat mecburiyeti.

ABSTRACT

One important topic of discussion among the scholars of civil procedure is the aim of civil procedure. The aim of civil procedure is to be distinguished from the “sub-

* Makale gönderim tarihi: 02.10.2019. Makale kabul tarihi: 17.11.2019. Ali Cem Budak, “Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 33-43.

12 Mart 2018 tarihinde Koç Üniversitesi'nde düzenlenen “Farklı Hukuk Disiplinlerinin Gözüyle Usul Hukuku: Yargılamanın Amacı ve Etkisi” konulu Prof. Dr. Yavuz Alangoya'yı Anma Konferansı'nda sunulan tebliğin metnidir.

** Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: acbudak@ticaret.edu.tr.

ject matter” and “function” of the civil procedure. The subject matter of civil procedure is resolving private law disputes and the function of it is to protect rights and interests of individuals and businesses in the area of private law. The aim of civil procedure, which has to be considered for effective functioning of the judge in his/her duty is however to discover the truth, that is to say, to reconstruct the true story of the case. Yet there are numerous cases where the law requires the judge to avoid seeking to discover the truth due to the need for protection of a more valuable interest or as a result of legal policy choices of the law-maker. A few examples may be the estoppel by record, self-incrimination clause, in some civilian systems inadmissibility of non-documentary evidence for avoiding perjury, etc. As the aim of civil procedure is to discover the truth all these exceptional rules and principles must be constructed restrictively.

Keywords: civil procedure, aim of civil procedure, due process, res judicata, documentary evidence

I. “Medenî Usulün Amacı: Gerçek”

Maddî hukuk alanında medenî hukukun amacının ne olduğu sorusunun temel bir tartışma konusu teşkil ettiği görülmüyor. Medenî hukukçular bu türlü cevaplanması zor ve belki teknik hukuk meselelerinin çözümü ile yakından ilgili olmayan soruların cevabını hukuk felsefecilerine ve hukuk sosyologlarına bırakmış görünüyorlar.

Özel hukukun usul hukukuna ilişkin tarafında ise “yargılamanın amacı” konusu 19. yüzyılın son çeyreğinden beri medenî usul hukukçularını meşgul etmiş bir konudur. Yargılamanın amacına olan bu ilgi 1970’li yıllarda güncellik kazanmış ve Alangoya’nın 1979 yılında yayımlanan “Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler” başlıklı monografisinden beri Türkiye’de de yankılar bulmuştur. Bu bağlamda Almanca konuşulan ülkelerde Hans Friedhelm Gaul’ün 1968 tarihli “Medenî Usulün Amacı Sorunu Üzerine” başlıklı makalesinin¹ ve Türkiye’de Alangoya’nın anılan monografisinin konuya güncellik kazandıran ve daha sonraki tartışmaların yolunu açan birer merhale teşkil ettiği söylenebilir.

Yargılamanın amacının ne olduğu konusundaki görüşler çeşitlilik göstermektedir. Yargılamanın amacının maddî hukuka ilişkin hakların himayesi olduğu söylendiği gibi, adaletin sağlanması, taraflar arasındaki uyumsuzluğun ortadan kaldırılması, hukukî barışın sağlanması, hukuk güvenliği ve kesinliği-

1 Hans Friedhelm Gaul, “Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Cilt 168, Sayı 1, 1968, s. 27 vd. bu makalenin 2001 yılı itibarıyla güncelleştirilmiş bir hali Nevhis Deren Yıldırım’ın tercümesiyle Türkiye’de de yayımlanmıştır: Hans Friedhelm Gaul, *Yargılamanın Amacı - Güncelliğini Koruyan Bir Konu, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, Çev.: Nevhis Deren-Yıldırım, 3. Baskı, İstanbul, 2002, s. 82 vd. s. 72-103.

nin gerçekleştirilmesi, maddî gerçeğe ulaşılması gibi amaçlar da yargılamanın amacı olarak görülebilmektedir.

Şu var ki yargılamanın amacı ile ilgili görüşlerde karşımıza çıkan bu çeşitlilik gerçek görüş ayrılıklarına dayanmaktan çok “yargılamanın amacı nedir?” sorusuna farklı anlamlar verilmesinden kaynaklanmaktadır. Bazı müellifler bu soruyu yargılama hukukunun tüm dallarına teşmil ederek yargılama hukukunun müşterek bir problemi olarak görürken bazı müellifler ise soruyu “medenî usulün amacı” veya “medenî usul hukukunun amacı” şeklinde medenî usul hukukuna özgü bir mesele olarak değerlendirmektedirler. Yine medenî usul hukukunun amacı araştırılırken varılacak sonuç, derece mahkemeleri önündeki yargılamanın mı, yoksa temyiz aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın bütün aşamalarının mı dikkate alınacağı; hatta bir adım daha ileri giderek geniş anlamda medenî usul hukukunun kapsamına giren cebrî icranın da hesaba katılıp katılmayacağına göre farklılık gösterebilecektir.

Her halükarda medenî usul hukukuna ait sistematik eserler ve şerhler dikkate alındığında yargılamanın amacı ile ilgili en yaygın görüşün “maddî hukuka ilişkin hakların himayesi” olduğu söylenebilir. Bir asrı aşan süredir literatürde benzer ifadelerle kaleme alınan bu görüş Wach’ın “Alman Medenî Usul Hukuku El Kitabı”nın 1885 yılında yapılan baskısında aşağıdaki gibi yer almakta idi:

“Hukuk usulü, diğer adıyla medenî usul, devletin özel hukuku himayesinin kanunla düzenlenmiş olan şeklidir. Devletin bu konuda işlev gören organları hukuk mahkemeleridir. Özel hukuk himayesi özel hukuka ilişkin hakların bu mahkemeler aracılığıyla korunmasıdır. Buna göre medenî usul, maddî hukukun özel hukuka ait menfaatlerin korunması amacıyla hayat olaylarına uygulanması yoluyla mahkemeler tarafından gerçekleştirilmesinin şeklidir. (...) Hukukun sadece mevcut olmakla kalmayıp geçerli de olabilmesi için yargılama usulüne ihtiyaç vardır. (...) Kendi hakkını korumak için kuvvet kullanmanın özel hukuk alanından kural olarak çıkartılması, bu konuda devletin yardımıyla, yani tehlikeye uğrayan özel hukuk menfaatlerinin hukukî himayesinin yargısal yoldan sağlanmasıyla el ele gitmektedir. (...) Usulün amacı tek ve hep aynıdır: Adaletin mahkemeler yoluyla sağlanması. (...)”²

Türk medenî usul doktrinin öncülerinden Ahmed Ziya Bey ise 1913 yılında kaleme aldığı usul kanunu şerhinde aşağıdaki satırlara yer vermektedir:

“Malumdur ki cemiyet-i beşeriyeyi teşkil eden efraddan her biri kendi hakkını bizzat istihsal ve istifaya selahiyettar değildir. Eğer böyle olsa ahenk ve nizam-ı alem muhtel olur. Onun için milel-i mütemeddinenin kâffesi ihkak-

2 Adolf Wach, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, Leibzig, 1885, s. 3 – 5.

hak ve ibtal-i batıl vazifesiyle mükellef mahkemeler teşkil etmiş ve bunları bir takım nev'i ve derecata taksim etmiştir.”³

Yaygın görüşün bugün yayımlanan eserlerde yer alan ifade şekli bir asır öncesinden farklı değildir. Alman medenî usul kanunu ile ilgili 2016 tarihli bir şerhte Rauscher medenî usulün amacını aşağıdaki gibi açıklıyor:

“Talebin ve sübjektif hakların merkezinde yer aldığı bir özel hukuk düzeninde medenî usul hukuku, objektif hukuk düzeninin gerçekleştirilmesini değil, öncelikle sübjektif hakların tespiti, icrası ve inşasını amaçlar. Devlet zor kullanma yetkisini tekelinde bulundurduğu ve bireyin kendi hakkını korumak için kuvvet kullanmasına az sayıda istisnai durumda cevaz verildiği içindir ki devlet mahkemelerinin yardımıyla hukukun gerçekleştirilmesi imkânı olmasa idi sübjektif haklar değersiz hale gelirdi.”⁴

Alangoya bu hâkim görüşe katılmamakta ve yargılamanın amacının “gerçeğe ulaşmak” olduğunu ifade etmektedir. Alangoya yargılamanın amacıyla ilgili görüşünü açıklarken “usulün amacının bugün yürürlükte olan hukuk çerçevesinde tespit edilebileceği”ni ifade etmekle söze başlıyor:

“Burada ilk önce ‘hak’ları ihtiva eden bir maddî hukukun yürüdüğü ve bu maddî hukukun taleplerinin soyut unsurların tespit ettiği ve hâkimin bir atlama yaptığı hukuk düzeni çerçevesinde usulün amacını inceliyoruz. (...) Hâkimin bu fonksiyonu itibarıyla bir ‘atlama makinası’ (Subsumtionsmaschine) haline getirildiği yolundaki iddiaya katılmak mümkün değildir. Bugün hâkim hukuk yaratan, amaçsal yorum yapan kanununu tanıdığı takdir hakkını kullanan kişidir. (...) Bu satırların yazarı burada, hâkimin amaçsal yorum kurallarını kullanarak atlama (Subsumtion) yaptığı ve maddî hukuk normlarını olaya uyguladığı bir yargılama faaliyetini kabul etmekte olduğunu söylemekle yetinecektir.”⁵

Alangoya bu tespiti yaptıktan sonra yargılamanın amacıyla ilgili görüşünü, “Medenî usulün amacı: Gerçek” başlığı altında şu ifadelerle açıklamaktadır:

“Maddî hukuk kurallarının unsurlarını karşılayacak maddî vakıaları tespit ve uygun olan normu olaya uygulama şeklindeki yargılama faaliyetine dayanan her usul sisteminde, bu maddî vakıaların gerçekten vukubulup bulmadıklarını

3 Ahmed Ziya, *Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi ve Zeyli*, 2. Bası, İstanbul, 1329 (1913), s. 6.

4 Thomas Rauscher, *Münchener Kommentar zur ZPO*, Einleitung, 5. Auflage, München, 2016. Rauscher bu açıklamalardan sonra medenî usulün “objektif” amacı ve “hukukun geliştirilmesi” amacı başlıkları altında hukukî barışın sağlanması, topluluk davası yoluyla kolektif hukukî himaye ve hukukun ülke sathında yeknesak uygulanması şeklinde ifade edilen amaçlara da yer vermektedir.

5 Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 84-85.

tespit ve böylece doğru hüküm verebilme amaçtır. (...) Burada söz konusu edilen gerçek ‘19. yüzyılın’ şekli gerçek’i değildir. Hiçbir usul, kendisinin ‘maddî gerçek’ ile ilgilenmediğini sadece ‘şeklî gerçek’i yeterli gördüğü iddia edemez. (...) Gerçeğin bulunması amacı açısından, medenî usul ile ceza usulü arasında bir fark yoktur ve bir usul hukukunda hâkime dava malzemesi açısından bir diğerine nispetle daha fazla yetki tanınması bu amacı değiştirmez. (...) Medenî usulde dava malzemesinin toplanmasında taraflara ağırlık tanınmasının sebebi bunun gerçeğe götürme ihtimali daha fazla olan yol olmasıdır; yoksa medenî usulde ‘şeklî hakikat’ ile yetinileceği değil.” (...) Tarafların feragati, kabulü, sulh olmaları gibi işlemleri yargılamaya son verir ve amaca ulaşması gereği ortadan kalkar. Ancak ‘amacın takibi gereğinin ortadan kalkması amacın kendisini kuşku duruma getirmez.’”⁶

Türk medenî usul hukuku doktrininde Alangoya’nın yargılamanın amacının “gerçeğe ulaşmak” olduğu şeklindeki görüşüne katılanlar olduğu gibi⁷ bu görüşe katılmayan ve eleştirenler de vardır⁸. Alangoya’nın görüşünü eleştirenlerin dayandıkları iki nokta (1) gerçeğin bulunması faaliyetinin yargılamanın sadece tahkikat aşamasını ilgilendirdiği ve hukukun olaya uygulanması faaliyetini içeren muhakeme aşamasını dikkate almadığı iddiası ile (2) Türk hukukunda hâkimin kural olarak tarafların getirdiği dava malzemesiyle yetinmesini, ikrarla bağlı olmasını ve yargılamanın davaya son veren taraf işlemleri ile sona erdirebilmesini kabul eden, yani taraf iradelerine üstünlük tanyan usul hükümleri ile tanıkla ispat yasağını getiren kanunî delil sisteminin yargılamanın amacının “gerçeğe ulaşmak” olarak görülmesini imkânsız kıldığı görüşüdür.

Bu eleştiri noktalarından ikincisi için istisnaların ve olması gereken hukuk bakımından isabeti tartışılabilecek düzenlemelerin temel bir mesele olan “yargılamanın amacı nedir?” sorusuna cevap vermek bakımından belirleyici olamayacağı söylenmelidir. İlk eleştiri noktası ise gerçek bir görüş ayrılığını ifade etmekten ziyade “amaç” sözcüğüne verilen farklı anlamlardan kaynaklanmaktadır. Gerçekten yargılamanın amacını “maddî hukuka ilişkin hakların himayesi” olarak gören müellifler “amaç” sözcüğünü “konu” veya “işlev” anlamında değerlendirmektedirler. Bu gözle bakılınca yargılamanın konusu veya işlevinin “maddî hukuka ilişkin hakların korunması” olduğu, yargılamanın – deyim yerinde ise – “bu işe yaradığı” şüphesizdir. Fakat “yargılamanın amacı” Alangoya’nın kul-

6 Alangoya, s. 86-89.

7 Sîha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, Cilt 1, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi Ankara, 2018, s. 126 vd.; Meral Sungurtekin Özkan, *Türk Yargılama Hukuku*, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir, 2013, s. 1-2; bkz. Ali Cem Budak, s. 5.

8 Hepsi için bkz. Sema Taşpınar (Ayvaz), “Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, *Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı*, s. 766-772.

landığı bağlamda “konu” veya “işlev” demek değildir; Alangoya'ya göre:

“Bugün medenî usulün amacı konusunda en sık rastlanan görüş, özel hukukun tanıdığı hakların korunmasının usulün amacını teşkil ettiği'dir. Burada bir hususa dikkat edilmesi gerekir. Medenî usul, hak sahiplerinin hakkına kavuşmasının bir vasıtası olan bizzat ihkaki hakkı ortadan kaldırmak için ortaya çıkmıştır. Hakkına kavuşmak isteyen bu araca başvuracaktır. Ancak problem bu aracın kendi içi yapısının hangi amaca göre inşa edileceğidir. Hakkın korunması nasıl gerçekleştirilecektir? (...) Yargılama, olaya hukuk normunun uygulanması olduğuna göre, olayın saptanması temel meseledir. Olay altlandığı normu karşılamıyorsa dava reddedilecek, karşılıyorsa lehte hüküm verilecektir. İşte hakka kavuşmayı sağlayacak veya hak mevcut olmadığı için davanın reddi şeklinde ortaya çıkacak hükmün doğruluğu, dayandığı olayı oluşturan vakıaların gerçekliğine bağlı olacaktır. Görüldüğü gibi, bizim, usulün amacı olarak kabul ettiğimiz ‘gerçek’, hakların korunması, haklara kavuşulması ile ters düşmez. Ancak medenî usul haklara kavuşmanın bir aracıdır. ‘Gerçek’ olmadan ‘haklara kavuşma’, medenî usulün yapısını oluşturacak bir amaç niteliğinde değildir.”

Amaç kelimesinin sözlük anlamı Alangoya'nın kullanım şeklini destekler. Kökeninin Farsça mı yoksa Türkçe mi olduğu tartışmalı olan “amaç” kelimesi 11. yüzyılda kalem alınmış olan Divânü Lugâti't Türk'te karşımıza çıkmaktadır. Kaşgarlı Mahmud'un eserinde verilen örnek cümle “*Er quşug amaçladı*” (Adam kuşa nişan aldı.) şeklindedir. Türk Dil Kurumu Tarama Sözlüğünde bulunan en eski örnek ise “13. – 14. yüzyıllara tarihlenen Sultan Velet Divanı'ndan alınan şu beyittir: “*Kaşlarun ya'dur gözün oklar atar - Gönlüm ol oklar için oldu amaç*”. Görüldüğü üzere amaç kelimesinin ilk anlamı “hedef” veya “nişangâh”tır. 1895 tarihinde basılan Kamus-ı Osmanî de ise bu kelimenin “maddîyat ve maneviyatta” kullanıldığı belirtilmektedir. Divanü Lugati't Türk'teki örneğe dönülecek olursa avcının ava çıkmasının sebebi veya avcılık faaliyetinin işlevi gıda maddesi temin etmek veya spor yapıp hoşça vakit geçirmek olabilir. Ama “amaç” kelimesi avcılık faaliyetinin işlev veya konusuna ilişkin bu hususları değil, avcının hangi kuşa nişan aldığını ifade etmek için kullanılıyor.

Güncel sözlüklerde de amaç kelimesinin anlamı “ulaşılmak istenen hedef” olarak gösterilmekte ve bu kelimenin “gaye” ve “maksat” kelimelerine eş anlamlı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, sözlük anlamı bakımından da “yargılamanın amacı” teriminin yargılamanın konusu veya işlevini ifade etmek için kullanılmaması daha doğrudur. Yargılamanın konusu veya işlevi maddî hukuka ilişkin hakların himayesi olabilir fakat yargılama faaliyetini yürüten

9 Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 5.

hâkimin bu işlevi yerine getirirken ulaşmak istediği ve ulaşmak zorunda olduğu gaye öncelikle gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır.

Bu bağlamda “gerçeğin” amaç olarak değeri Alangoya’nın bir öğrencisi tarafından da aşağıdaki gibi ifade olunmuştur:

“Maddî hukuka ilişkin hakların himayesine yönelik yargılama faaliyetinin en önemli unsuru gerçeğin ortaya çıkartılması, hakikate ulaşılmasıdır. Yargılama faaliyeti maddî hukuk kurallarının bağımsız hâkimler tarafından somut olaya uygulanarak sonuç çıkartılmasından ibaret bulunduğu göre, somut olayın ne olduğunun ortaya çıkartılması maddî hukuka ilişkin hakların himayesi için zorunludur. Bu sebeptir ki usul hukukunun düzenlenmesi ve uygulanmasında gerçeğin ortaya çıkartılması başlıca gereklilik olarak dikkate alınmalı; yargılamaya ilişkin kurallar konular ve uygulanırken gerçeğin ortaya çıkartılmasına en elverişli yol ve yöntemler benimsenmelidir.¹⁰”

Hâkimin yargılamanın gerçeğe ulaşmak şeklindeki amacına bağlı kalması ve bu yönde çaba göstermesi sağlıklı bir yargılama sürecinin yaşanması ve yargılama sonunda doğru bir karar verilebilmesi bakımından bir gerekliliktir. Bu sebeptir ki yargılamada gerçeğin aranması Anayasanın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini 6. maddesinde teminat altına alınmış olan hak arama hürriyetinin de bir gereğidir.

II. Usulün Amacı Olan Gerçek

Hukuk tarihi bakımından Kıta Avrupası medenî usul hukuku sistemlerinin 1806 tarihli eski Fransız medenî usul kanunu ile temsil edilen liberal usul hukuku anlayışı ile 1895 tarihli Avusturya medenî usul kanunu tarafından temsil edilen ve hâkimin aktifliği ilkesini benimseyen sosyal medenî usul hukuku anlayışı arasında şekillendiği söylenebilir. Liberal medenî usul hukuku anlayışı tarafların eşitliği ve taraf hâkimiyeti ilkelerini benimsemekte; tarafların “kartlarını oyunun başında açmalarını” öngören teksif ilkesini reddetmekte ve hâkime aktif olmayan bir rol biçmektedir. 19. yüzyılın katı liberalizminin uzantısı olan bu anlayış yüzyılın sonlarında sosyal medenî usul anlayışını temsil eden müellifler tarafından şiddetle eleştirilmiştir. Avusturya medenî usul kanunu müellifi Franz Klein’in çok atıf yapılan bir makalesinde liberal usul hukuku anlayışı hakkında şunlar söylenmektedir:

“Gençler zor durumda kalan düşmana da yardım elini uzatmak gerektiği konusundaki ahlakî ilke ile yetiştirilirler. Dava bakımından ise durum bambaşkadır. Dava öyle bir savaştır ki taraflar birbirlerini amansız nefret edilen, yekdiğerini yere sermek için her türlü vasıttan yararlanan -ve buna hakları da

10 Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 5.

olan- düşmanlar olarak görürler. Bu savaş mesela düello gibi fazilet ve asaletle donatılmış, küçük fırsatları rakip aleyhine kötüye kullanmanın ayıplandığı bir silahlı mücadele değildir. Aksine zafer uğruna her türlü değer fedâ edildiği, bütün asil duyguların susturulabildiği, neredeyse hukukî veya ahlakî hiçbir yardımlaşma yükümlülüğü olmaksızın, rakip denilen tarafı kanlar içinde yere sermeyi sağlayacak her şeyin mubah olduğu bir kavga, açıkçası Kızılhaç'ın bulunmadığı bir savaştır.¹¹

Alangoya yargılamanın amacının gerçeğe ulaşmak olarak gören usul hukuku anlayışının bir gereği olarak Klein'in eleştirisi oklarına hedef olan liberal medenî usul hukuku anlayışını değil, onun karşısında yer alan sosyal medenî usul hukuku anlayışını benimsemiştir. Bu anlayış davanın taraflarının doğruyu söyleme ve vakıaların tespitinde işbirliği yapma yükümlülüğü, yazılı hazırlık aşamasını takip eden sözlü yargılama aşaması ve hâkimin aktifliği ilkesini benimsemesiyle liberal medenî usul hukuku anlayışından ayrılır.

III. Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi

Medenî usul hukukunun amacı gerçeğe ulaşmaktır. Ama hâkimin gerçeği aramaktan vazgeçtiği, sarfınazar ettiği haller de mevcuttur. Hâkimin gerçeği aramaktan vazgeçmesi mahkemelerin aşırı iş yükü sebebiyle ortaya çıkmış olan -bilirkişi raporlarının yeterince incelenmeden sonuçlarına itibar edilmesi gibi- sakıncalı meslekî alışkanlıklar, hâkimin bağımsızlığının zedelendiği haller ve hatta ceza hukukunun uygulama alanına giren olaylarda olduğu gibi, deyim yerindeyse marazî, patolojik bir hadise olarak karşımıza çıkabilir.

Şu var ki hâkimin gerçeği aramaktan vazgeçtiği haller bu marazî hallerden ibaret değildir. Hâkim bazen meşru sebeplerle gerçeği aramaktan vazgeçer. Bu meşru sebepler kamu hukuku bakımından af ve özel hukuk bakımından zamanaşımı gibi, cezaî veya hukukî sorumluluğu ortadan kaldıran ve yargılama bakımından gerçeği aramayı gereksiz hale getiren maddî hukuk kurallarından kaynaklanabilir. Fakat bundan daha sık olmak üzere usul hukuku kuralları arasında hâkimin gerçeği aramaktan vazgeçmesini öngören düzenlemelere tesadüf edilir. Bu gibi düzenlemelerin bulunduğu hallerde gerçeğe ulaşmaktan daha yüksek bir değer ya da daha önemli bir menfaat hâkimin gerçeği aramaktan vazgeçmesini haklı ve hatta gerekli kılar.

Mevzu hukukumuzda bu anlayışa göre hâkimin gerçeği aramaktan vazgeçmesini öngören kurallara örnek olarak aşağıdaki hükümler sayılabilir:

- Kesin hükme bağlanmış olan bir uyuşmazlığın, kararın hatalı olduğu or-

11 Franz Klein, *Pro Futuro: Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Österreich*, Leibzig u. Wien, 1891, s. 39.

taya çıksa bile, ikinci defa dava konusu yapılamaması ve hatalı kararın cebri icraya dahi elverişli olması (HMK m. 303),

- Gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olacak olsa bile, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı (Anayasa m. 38),

- Hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin mahkeme tarafından dikkate alınmaması (Anayasa m.38, HMK m. 189/2),

- Tanıklığın izne bağlı olduğu ve tanıklıktan çekilme hakkını bulunduğu halde, bir kimsenin gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olacak olsa bile tanık olarak dinlenememesi (HMK m. 242, 247-250),

- Hakaret davalarında sanığın kural olarak hakaret teşkil eden iddiaları ispat etmek için delil gösteremeyeceği (Anayasa m. 39),

- Malvarlığına ilişkin hukukî işlemlerin kural olarak ancak senetle ispat olunabilmesi, gerçeği ortaya çıkmasına yardımcı olacak olsa bile, tanık dinlenememesi (HMK m. 200-201).

Önemle belirtiyim ki hâkimin gerçeği aramaktan vazgeçmesine ilişkin bu kuralların hepsi, mahkemeler bakımından yargılamanın amacı ve ilgililer bakımından da hak arama hürriyetinin bir unsuru olan “hâkimin gerçeği araması” gerekliliğinin birer istisnasıdır. Bu kurallar birer istisna hükmü olmaları dolayısıyla “istisnalar mevrudine hasrolunur” ilkesine tabi olup, dar yorumlanmalıdır.

Yine önemle işaret edeyim ki bazıları belki usul hukukunun değişmez, geleneksel hükümleri gibi görünen bu düzenlemelerin her biri bakımından, ilgili düzenlemenin temel hak ve hürriyetlerden olan hak arama hürriyetine uygunluğu tartışılabilir. Bu düzenlemelerin anayasaya uygunluğu hak arama hürriyetini Anayasa'nın 13. maddesi anlamında meşru sayılabilecek ölçü içinde sınırlandırılmalarına bağlıdır. Yani hâkimin gerçeği aramaktan vazgeçmesi ancak hak arama hürriyetinin özüne dokunulmaksızın, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle ve kanun hükmüyle öngörülebilir; bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin, laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında birkaç örnek üzerinde durmak gerekirse aşağıdaki sonuçlara varmak mümkündür:

- Kesin hüküm bakımından Türk yargı içtihatlarının kesin hükmün konu itibarıyla kapsamını, “her eda davası içinde bir tespit talebi de saklıdır” klişesini kullanarak, hükmün gerekçelerine de teşmil eden uygulaması, HMK'nın gerçeğin aranmasını ve bu sebeple hak arama hürriyetini sınırlaması bakımından bir istisna hükmü olan 303. maddesini haklı sayılamayacak bir şekilde geniş

yorumlamaktadır¹².

- Anayasaya uygunluğu tartışılabilecek olan malvarlığına ilişkin hukukî işlemlere senetle ispatı mecburiyeti hakkındaki HMK m. 200 ve 201 hükümlerinin dar; bu istisna hükümlerinin istisnasını teşkil eden yani delil serbestliği şeklindeki genel kurala dönüşü sağlayan delil başlangıcı hakkındaki HMK m. 202 ve senetle ispat zorunluluğunun istisnalarını düzenleyen HMK m. 203 ise geniş yorumlanmalıdır¹³.

- Hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin hiçbir ayırma tabi tutulmadan, özellikle ceza yargılamasında sanığın savunmasını mı yoksa iddia makamının iddialarını mı ispata yarayacağı konusunda; hukuk yargılamasında ise gerçeğin ortaya çıkması ile korunacak olan menfaat ile delilin elde edilmesi sırasında ihlal edilen kuralın koruduğu menfaat arasında hiçbir ayırım yapmadan, “**zehirli ağacın meyvesi yenmez**” klişesiyle kabul edilen delil yasağı yargılamada gerçeğe ulaşılmasını ve dolayısıyla hak arama hürriyetini ölçüsüz şekilde sınırlamaktadır. Örneğin bir boşanma davasında veya velayetin kaldırılmasına ilişkin çekişmesiz yargı işinde velev hukuka aykırı yollarla kaydedilmiş görüntülerle olsun çocuğun veya eşin vücut dokunulmazlığına karşı suçlar işlendiği belgelenirse, hâkimin ortaya çıkan gerçeği dikkate almaktan vazgeçmesi meşru sayılamaz.

Bu örnekler ve buna benzer meselelerde nazarî veya vicdanî bir tereddüt yaşadığı zaman adalet terazisinin gerçeğin yüklü olduğu kefesini ağır basmalıdır.

12 Ali Cem Budak, “Res Judicata in Civil Proceedings in Common Law and Civilian Systems with Special Reference to Turkish and English Law”, *Civil Justice Quarterly*, Cilt 11, Sayı 3, 1992, s. 261-282. Bu sebeple kanımızca aşağıdaki Yargıtay kararında benimsenen görüşe katılmak imkânı yoktur: “Silvan Sulh Hukuk Mahkemesinin 18.12.2003 gün, 2003/16-281 sayılı kararında davaya konu edilen 2002 yılı Mayıs, Haziran, Temmuz, Ağustos, Eylül, Ekim, Kasım, Aralık ayları kiralaları olup bunlardan Mayıs, Haziran, Temmuz, Ağustos ayları kirası toplamı 200.000.000.-TL'nin otuz gün süreli ihtarname tebliğine rağmen süresinde ödenmediği ve bu nedenle temerrüdün gerçekleştiğinden dolayı kiralananın tahliyesine, kira alacağına ilişkin olarak da talep edilen Eylül, Ekim, Kasım, Aralık ayları kiralalarının tahsili isteminin ihtara konu edilmemesi nedeniyle reddine karar verilmiş ve bu karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. [...] Silvan Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2003/16-281 sayılı kararında aylık kiranın 50.000.000.- TL olduğu kabul edilmiş ve bu husus kesinleşmiş olduğuna göre bu davaya konu olan aylar için de aylık kiranın 50.000.000.- TL olduğunun kabulü gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekir.” 6. HD 22.3.2005, 993/2579, Kazancı.

13 Senetle ispat mecburiyetinin, ikrarın bölünemeyeceği yönündeki Yargıtay içtihadıyla birleşince, teslim ettiği küçükbaş hayvanlar için teslim-tesellüm belgesi düzenlemeyi hatırdan geçirmeyen bir köylünün içine düştüğü durum şu Yargıtay kararında görülmektedir: “Davacı, küçükbaş hayvan alım ve satımı adı ortaklığından ötürü davalıya vermiş bulunduğu 60.000 lira sermayenin geri alınmasını istemiştir. - Davalı; 60.000 liraya karşılık ortağı davacıya 104 adet keçi teslim ettiğini savunmuştur. - Mahkemece; davalının dinlettiği tanıkların sözleri esas alınarak davanın reddine karar verilmiştir. -Davalı parayı aldığı kabul ettiğine göre ödeme def'ini kanunî delillerle ispatlaması gerekir.- Davalı 60 bin lira karşılığında keçi vermek suretile borcunu ödediği yolundaki savunmasını ispat için tanık dinlenmiştir. Oysa tanık dinlenmesi konusunda usulün 289. maddesi hükmünde açık bir muvafakat yoktur. O halde alacak tutarı 500 lirayı geçtiğine göre olayda tanık dinlenmesine Usulün 288. maddesi hükmü engeldir. Mahkemece bu yön gözetilmeden tanık sözlerine dayanılarak davanın reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirir.” 13. HD 06.04.1978, 1405/1583, Kazancı.

KAYNAKLAR

- Ahmed Ziya, *Usul-i Muhakeme-i Hukukîye Kanunu Şerhi ve Zeyli*, 2. Bası, İstanbul, 1329 (1913).
- Alangoya, Yavuz, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Alangoya, Yavuz; Yıldırım, M. Kamil; Deren Yıldırım, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009. Budak, Ali Cem, “Res Judicata in Civil Proceedings in Common Law and Civilian Systems with Special Reference to Turkish and English Law”, *Civil Justice Quarterly*, Cilt 11, Sayı 3, 1992, s. 261-282.
- Budak, Ali Cem; Karaaslan, Varol, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Gaul, Hans Friedhelm, “Zur Frage Nach Dem Zweck Des Zivilprozesses.” *Archiv für die Civilistische Praxis*, Vol. 168, No. 1, 1968(27–62).
- Gaul, Hans Friedhelm, *Yargılamanın Amacı - Güncelliğini Koruyan Bir Konu, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2002, Çeviren: Nevhis Deren- Yıldırım.
- Klein, Franz, Pro Futuro. *Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Österreich, Leibzig u. Wien*, 1891.
- Rauscher, Thomas, *Münchener Kommentar zur ZPO*, Einleitung, 5. Auflage, München 2016.
- Sungurtekin Özkan, Meral, *Türk Yargılama Hukuku*, 1. Baskı, Fakülteler Barış Kitabevi, İzmir 2013.
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usul Hukuku Cilt 1*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Taşpınar Ayvaz, Sema, “Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, *Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı*, TBB Yayınları, Ankara 1999, s. 759-787.
- Wach, Adolf, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, Leibzig 1885.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- www.kazancı.com

İsviçre Medeni Kanunu'nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler*

Amendments of the Provisions Regarding
Adoption in Swiss Civil Code

Harun DEMİRBAŞ** - Davut ARMAĞAN***

Öz

İsviçre Medeni Kanununda evlat edinmeye ilişkin düzenlemelerde değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikler ile sadece Kanunda bulunan bazı maddelerde değişiklik yapılmakla kalmamış, aynı zamanda kanunda bulunmayan yeni hükümler de eklenmiştir. Evlat edinme talebinde bulunabilecek kişilerin çevresi genişletilmesi, birlikte evlat edinenlerin ortak hayat sürmeleri, evlat edinebilmek için gerekli olan yaş farkının düşürülmesi, evlat edinebilmek için bir azami yaş farkının getirilmesi, yaş farkına dair sınırların çocuğun yararına olması durumunda göz ardı edilebilmesi, öz anne ve babaya çocukla onların kişilik hakkı gerekçesi ile çocukla kişisel ilişki kurulmasından ve bilgi paylaşımından kaçınma hakkı getirilmesi, yapılan başlıca değişikliklerdir. Bunun yanı sıra evlat edinmeye ilişkin olarak kullanılan kavramlarda da bazı değişikliklere gidilmiştir. İsviçre hukukunda yapılan bu değişikliklerden bazıları Türk hukukunda da yapılabilecek olası değişiklikler bakımından dikkate değer olup, bazıları ise Türk toplum ve aile yapısı ile bağdaşmamaktadır.

Anahtar kelimeler: İsviçre Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu, evlat edinme, evlat edinen kişi, evlat edinmenin şartları ve sonuçları.

ABSTRACT

Some amendments was made in Swiss Civil Code regarding adoption and these amendments came into force since 1 January 2018. With these amendments not only some articles of Swiss Civil Code were amended but also some new provisions

* Makale gönderim tarihi: 20.11.2019. Makale kabul tarihi: 26.11.2019. Harun Demirbaş, Davut Armağan "İsviçre Medeni Kanunu'nda Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerde Yapılan Değişiklikler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 45-82.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 Beykoz 34815 İstanbul.

*** Ar. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 Beykoz 34815 İstanbul.

were added which were not in Swiss Civil Code before. Widening the the sphere of the persons who wants adoption, maintaining a common life of the adoptive parents, reducing of minimum age difference which is necessary for adoption, providing a maximum age difference between adopted person and adoptive person, overlooking of the age difference restrictions when the situation is child's welfare, providing a right of avoidance to biologic parents from establishing a personal relationship and information share based on their personality rights, are the main amendments. Moreover some amendments also was made about the concepts regarding to adoption. Some of these amendment that was made in Swiss law can be considered with respect to possible future amendments in Turkish law. But some of these amendments do not accord with the Turkish society and family structure.

Keywords: Swiss Civil Code, Turkish Civil Code, adoption, adoptive person, conditions and results of adoption.

Giriş

İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) evlat edinmeye ilişkin hükümleri hakkında değişikliğe ilişkin Tasarı 17 Haziran 2016 tarihinde kabul edilmiş ve bu hükümler 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Değişikliğe esas Tasarı metninde İsviçre'de evlat edinme hukukuna ilişkin hükümlerin 1970'li yıllarda geniş kapsamlı olarak revizyona tabi tutulduğu; ancak o günlerden bu yana sosyal hayatta yaşanan gelişmeler kapsamında özellikle evlilik dışı yaşam birlikteliklerinin sosyal hayatın bir gerçeği olduğu ve giderek bunların sayısının arttığı; eşcinsel çiftlerin birlikteliklerini tescil edebildikleri¹; karşılıklı hak ve yükümlülüklerle birbirlerine karşı bunların bağlı oldukları ve bu sebeple bazı açılardan evli çiftlerle bir tutulmayı hak ettikleri; buna karşılık evlat edinmeye ilişkin mevcut hükümlerin -evlilik dışı birliktelikleri dışlamak suretiyle- yalnızca evlilik içinde yaşamak üzere evlat edinmeye izin verdiği; ancak son yıllardaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları göz önüne alındığında evlat edinmeye ilişkin mevcut hükümlerin bu konudaki güncel taleplere karşılık veremediği ve bu sebeple evlat edinmeye ilişkin hükümlerde yeni bir revizyona ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiştir².

Bu çalışmada, sözü edilen maksatla hazırlanan teklif ve bu teklifin kabul edilmesi sonucunda meydana gelen değişikliklerin neler olduğu ve bu değişikliklerde kanunkoyucunun iradesinin ne olduğu ortaya konulmaya çalışıla-

1 18 Haziran 2004'de İsviçre'de yürürlüğe giren "Eşcinsel Çiftlerin Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Federal Kanun" (*Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare*) (*Partnerschaftsgesetz, PartG*). İlgili kanun hakkında bir inceleme için bkz. Mustafa Dural, "İsviçre'de Eşcinsel Hayat Ortaklıklarının Düzenlenişi", *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2013, Cilt 8, s. 927-936.

2 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption), (Botschaft), s. 878. Tasarı metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf> (19.11.2019)

cak; aynı zamanda söz konusu değişiklik ile getirilen hükümlerin mevcut Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümleri ile karşılaştırılmak suretiyle hukukumuz açısından yapılabilecek olası bir değişikliğe kaynaklık etmesinin gerekli olup olmadığı hususu tartışılacaktır.

Yapılan kanun değişikliği ile sadece ZGB'nin evlat edinmeye ilişkin maddi hükümlerinin yanı sıra bunların uygulanma ve intibak hükümleri de değişikliğe uğramış; ayrıca Eşcinsel Çiftlerin Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Kanun, İsviçre Medeni Usul Kanunu³ ve Mesleki Yaşlılık, Mirasçılar ve Maluliyet Sigortasına İlişkin Kanun⁴ gibi başkaca kanunlarda da evlat edinmeye ilişkin hükümlerde de değişiklikler gerçekleşmiştir. Çalışmamızda İsviçre Medeni Kanunu kapsamında yapılan evlat edinmenin şartları ve sonuçlarına ilişkin değişiklikler ele alınmış olup sözü edilen diğer değişiklikler bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. Genel Olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda Getirilen Düzenlemelerin Yapısı

1 Ocak 2018 itibarıyla yürürlüğe giren hükümler ile evlat edinme kurumuna ilişkin hüküm sayısı 19'dan 28'e yükselmiştir. Değişiklik ile birlikte evlat edinme hükümlerinin üst başlıkları yapılan bir ekleme dışında aynı kalmıştır⁵.

Birlikte evlat edinebilmek için evli olma şartını öngören Art. 264 hükmünde yapılan değişiklikle “eşler” terimi yerine “evlat edinmek isteyenler” ifadesi kullanılmak suretiyle çerçeve genişletilmiş; tek başına evlat edinmeyi düzenleyen 264b'ye fıkra eklenmek suretiyle kayıtlı birliktelik mensuplarının da şartları olduğu takdirde evlat edinmesine imkân tanınmış ve nihayet diğer eşin çocuğunu evlat edinmeyi düzenleyen Art. 264a/3 ayrı bir maddede (Art. 264c) düzenlenerek evli olduğu eşinin (*verheiratet ist*) yanı sıra kayıtlı partnerinin (*in eingetragener Partnerschaft lebt*) ve fiili yaşam ortağının (*eine faktische Lebensgemeinschaft führt*) çocuğunu da evlat edinmek mümkün hale getirilmiştir.

3 19 Aralık 2008 tarihli *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*.

4 25 Haziran 1982 tarihli *Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG)*.

5 Buna göre; A. Küçüklerin evlat edinilmesi (*Adoption Minderjähriger*), B. Ergin kişinin evlat edinilmesi (*Adoption einer volljährigen Person*), C. Hükümleri (*Wirkungen*), D. Usul (*Verfahren*), D^{bis}, Evlat edinme sırları (*Adoptionsgeheimnis*), D^{ter}, Evlat Edinme, Öz Anne Baba Ve Altsoyu Hakkında Bilgi (*Auskunft über die Adoption und die leiblichen Eltern und deren Nachkommen*), D^{quater}, Kantonal Bilgi Mercii ve Arama Hizmeti (*Kantonale Auskunftsstelle und Suchdienste*), E. İptal (*Anfechtung*) ve F. Çocukların Evlat Edinilmesinde Aracılık (*Adoptivkindervermittlung*), hem değişiklik öncesinde hem de değişiklik sonrasında aynı kalan üst başlıklar olmuştur. Buna karşılık D^{quinqies}, Öz Anne Baba İle İlişki (*Persönlicher Verkehr mit den leiblichen Eltern*) ise değişiklikten önce İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almayan yeni bir madde başlığıdır.

Tasarıda ZGB'de evlat edinmeye ilişkin hükümlerde yapılan değişiklikler ile mevcut düzenlemelerde belirli bir somut olayın şartlarının takdiri ve özellikle çocuk menfaati ilkesinin gözetilmek suretiyle somut olayda uygun bir çözüm üretilmesine ilişkin takdir alanı bırakılmaması dolayısıyla söz konusu olan “esnekliğin bulunmaması” nedeniyle bazı evlat edinme şartlarının esnekleştirildiği belirtilmiştir⁶. Yapılan değişiklikler ile çocuğun menfaatinin de evlat edinme kararının merkezine alındığı ifade edilmiştir⁷. Sözü edilen “esneklik yokluğu”nun giderilerek somut olayda evlat edinmeye ilişkin değerlendirmede takdire alan açılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu mülahaza ile kanun hükümlerinin evlat edinmeye için öngörülen asgari şartların (asgari yaş, taraflar arasındaki yaş farkı vb.) karine niteliğinde olduğu, çocuk yararı gerekçesiyle istisnaen sözü edilen asgari şartlardan somut olayda ayrılmaya imkân verildiği ifade edilmiştir⁸. Bu kanuni şartların yerine getirilmesi gerekliliği çocuk yararının sağlanması için kural olarak gerekli olup istisnaen kanuni şartları taşımayan belirli bir somut olayda, esas çocuk yararı sözü edilen kanuni şartların gerçekleşmediğinin göz ardı edilmesini gerektiriyorsa, bu şartların aranmasından vazgeçilerek çocuk yararının gerektirdiği gibi evlat edinmeye izin verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁹. Bunun dışında yapılan değişiklik ile belirli kişi veya kişi gruplarının (*evlilik dışı birliktelikler*) kural olarak evlat edinmeden mahrum bırakılmadığı da vurgulanmıştır¹⁰.

II. Evlat Edinmeye İlişkin İsviçre Medeni Kanunu Hükümleri

A. Küçüklerin Evlat Edinilmesi

1. Genel Olarak

Küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu'nun değişiklikten önceki hükümleri Art. 264 - Art. 266 arasında sekiz madde halinde yer almakta iken değişiklikten sonra bu konuya ilişkin hükümlerin sayısı ona çıkmıştır. ZGB Art. 264c ve Art. 267b yapılan değişiklik ile kanuna eklenmiştir. Üvey çocuğun evlat edinilmesi başlıklı Art. 264c ile bir kişinin, evli olduğu eşinin ya da kayıtlı partnerinin veya fiili yaşam ortağının çocuğunu evlat edinebileceği hüküm altına alınmıştır. Art. 267b'de ise çocuğun vatandaşlığına yer verilmiştir. Ayrıca değişiklikten önceki düzenlemede mevcut olan maddelerden bazılarında yeni fıkralar da eklenmiştir. Söz konusu fıkralara ilgili hüküm incelenirken değinilecektir.

6 Botschaft, s. 899.

7 Botschaft, s. 900.

8 Botschaft, s. 900.

9 Botschaft, s. 900-901.

10 Botschaft, s. 900.

2. Genel Şartlar

Küçüklerin evlat edilmesinin genel şartları ZGB Art. 264¹¹ hükmünde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında evlat edinmek isteyen kişilerin evlat edinmek istedikleri çocuk üzerinde bakım ve terbiye gerekliliği ve bunun süresi düzenlenmiştir. Yeni eklenen ikinci fıkrada ise evlat edinmek isteyen kişilerin, çocuğun bakım ve gözetimini onun ergin olmasına kadar sürdürebilecekleri konusunda olumlu kanaatin varlığı aranmıştır.

Art. 264 hükmünde göze çarpan ilk değişiklik terimler konusunda olmuştur. Değişiklikten önceki “çocuk/Kind” terimi yerine “ergin olmayan çocuk/minderjähriges Kind” terimi kullanılmıştır. Bunun yanı sıra, evlat edinmek isteyen kişileri belirtmek üzere değişiklikten önce “müstakbel evlat edinen anne baba/künftigen Adoptiveltern” ibaresinin kullanılmış olmasına karşın değişiklik ile evlat edinmek isteyen kişiler/adoptionswilligen Personen” ibaresi getirilmiştir. Bu noktada değişiklik ile evlat edinme prosedüründe yer alan kişilere ilişkin olarak ZGB’de yer alan terimlerin neye tekabül ettiğini belirtmek yerine olur. Evlat edinme hukuki kurumu bakımından esaslı görmediğimiz bu değişiklik ile “evlat edinilen çocuk (Adoptivkind)” ve “Evlat edinen ana baba (Adoptiveltern) terimlerinin evlat edinmenin gerçekleşmesinden sonraki aşamada söz konusu kişileri ifade ettiği açıklığa kavuşturulmuştur. Evlat edinmeden önce durumu daha açık ifade etmek üzere “evlat edinmek isteyen kişi(ler) (adoptionswillige Personen) veya evlat edinen kişi(ler) (adoptierende Personen) kavramlarının getirildiği ifade edilmiştir. Böylece İsviçre kanunkoyucusunun iradesinin, evlat edinme hukuki ilişkisinin kurulmasından önce ilgili kişilerin bu kurumun sunduğu yetki ve sorumluluğu hükmün ifade etmeye başlamasıyla elde edebilecekleri yönünde olduğu söylenebilir. Aynı terim değişikliği yetişkinlerin evlat edinilmesine de yansımıştır. Yetişkin bir kişinin evlat edinilmesi açısından ise “evlat edinilen kişi (zu adoptierende Person)” deyimini kullanılmıştır¹². Türk Medeni Kanunu’nun evlat edinmeye ilişkin m. 305 vd. maddelerine bakıldığında evlat edinmek isteyen kişi için “evlat edinen” evlat edinilmek istenen kişi için ise “evlat edinilen” deyimlerinin kullanıldığı görülmektedir.

11 ZGB Art. 264:

1 Ein minderjähriges Kind darf adoptiert werden, wenn die adoptionswilligen Personen während mindestens eines Jahres für Pflege und Erziehung des Kindes gesorgt haben und nach den gesamten Umständen zu erwarten ist, die Begründung eines Kindesverhältnisses diene seinem Wohl, ohne andere Kinder dieser Personen in unbilliger Weise zurückzusetzen.

2 Eine Adoption ist nur möglich, wenn die adoptionswilligen Personen aufgrund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse für das Kind voraussichtlich bis zu dessen Volljährigkeit sorgen können.

12 Botschaft, s. 923.

Bu bakımdan TMK düzenlemesi evlat edinme hukuki kurumunun ilgililerini tavsif ederken ZGB'nin aksine evlat edinmenin hüküm ifade etmesinden önceki veya sonraki dönem olarak bir ayrıma gitmediği; her iki zaman bakımından aynı deyimleri kullandığı görülmektedir. Esasen evlat edinme hukuki kurumunun hüküm ifade etmesi bu hususta hâkimin karar vermesine bağlıdır. Kanuni şartların oluştuğunun tespitini yapıp mahkemece evlat edinmeye karar verilmesiyle ilgili kişiler hukuken “evlatlık” veya “evlat edinen” sıfatını taşıyabilmektedir. Hal böyle olunca henüz evlat edinmeye yönelik davanın açılmasıyla birlikte başlayan süreçte dahi, evlat edinme ile aralarında soybağı kurulacak kişileri ifade etmek üzere bu terimlerin kullanılmasında hukuki nitelikleme olarak bir sakınca bulunmamaktadır.

ZGB Art. 264/2 ise değişiklik ile birlikte Kanuna eklenen yeni bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca evlat edinmek isteyen kişilerin yaşı ve kişisel durumu göz önüne alındığında çocuğun bakım ve gözetiminin onun erginliğine kadar sürdürebileceklerinin anlaşılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla artık bir çocuğun evlat edinilmesinde çocuğun en az bir yıl boyunca evlat edinen tarafından bakılmış olması yeterli görülmemiştir. Bu şarta ek bir şart daha aranmaktadır. Evlat edinenlerin zaten en az bir yıl boyunca baktıkları çocuğa sundukları bakım ve gözetimi onun erginliğine kadar sürdürmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Evlat edinmeye karar verilebilmesi için bu konuda evlat edinenler yaşları ve kişisel ilişkileri bakımından değerlendirilmeli ve sayılan hususlar çocuğun yararına olacak biçimde söz konusu bakım ve gözetimin onun erginliğine kadar devam edeceği konusunda olumlu kanaatin oluşması beklenmektedir¹³.

ZGB Art. 264/2 hükmünün TMK'da bir karşılığı bulunmamaktadır. Ancak Kanunda böyle bir hükmün bulunmaması kanaatimizce bir söz konusu sistem açısından bir eksiklik meydana getirmemektedir. Zira evlat edinmeye ilişkin olarak yapılacak değerlendirmenin kapsamına başvuru öncesi en az bir yıl boyunca bakım ve gözetimin gerçekleştirilmiş olup olmadığını tesbitinin yanı sıra evlat edinmek isteyen kişi veya kişilerin küçüğün bakımını ve eğitimini ileride de gerçekleştirebilecek durumda olup olmadıkları da dâhildir¹⁴. Yoksa hâkimin

13 Bu düzenlemenin kaynağını FMedG (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) Art. 3/2 bent b. oluşturmaktadır. Bu hükümde üreme metotlarının çiftlerde kullanılması için, bu kişilerin yaşı ve kişisel durumu göz önüne alındığında çocuğun erginliğine kadar bakıp gözetilmesinin mümkün olması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Botschaft, s. 924.

14 Esasen 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un m. 5 uyarınca aile mahkemesi hâkimi gerekli gördüğü hallerde uzmanlardan yararlanır. Bu hallerden biri de evlat edinmenin çocuk yararına olup olmadığının tespitidir. Bu kapsamda sosyal hizmet uzmanları tarafından ilgili taraflarla görüşülerek sosyal inceleme raporu hazırlanarak mahkemeye sunulmaktadır. Sosyal hizmet uzmanın yaptığı incelemeler sonucunda uygulamada evlat edinenin yaşı, sağlığı, ailesi ve çevresi ile ilişkileri gibi kişisel incelemeler

sadece TMK m. 305/1 uyarınca bakım ve gözetimin gerçekleşmesini yeterli görmesi söz konusu olmaz. Kaldı ki ZGB Art. 264/2'deki husus hukukumuz açısından TMK m. 305/2 gereğince evlat edinmenin küçüğün yararına olması gerekliliği kapsamında değerlendirilebilir.

3. Birlikte Evlat Edinme

Eşlerin birlikte evlat edinmesi ZGB Art. 264a¹⁵ hükmünde düzenlemiştir. Değişiklikten önce hüküm üç fıkradan oluşmakta iken değişiklik sonucunda iki fıkraya düşmüştür. Değişiklikten önceki 1. ve 2. fıkraların içeriği değişiklikten sonra maddenin ilk fıkrasında tek fıkra halinde düzenlenmiş, önceki hükmün üçüncü fıkrası ise maddeden ayrılmış ve ZGB Art. 264c olarak ayrı bir madde de düzenlenmiştir. Bunun dışında değişiklik ile Kanuna eklenen Art. 264/2 ise yeni bir düzenlemedir.

Değişiklikten önceki düzenlemede eşlerin birlikte evlat edinebilecekleri ve bu birlikte evlat edinmenin ancak evli eşlere mahsus olduğu hükme bağlanmıştı. Bunun yanı sıra eşlerin 5 yıldır evli olmaları ya da 35 yaşlarını doldurmalarının zorunlu olduğu kabul edilmişti. Değişiklik sonucunda ZGB Art. 264a/1 uyarınca eşlerin yine birlikte evlat edinebilecekleri düzenlenmiştir. Bunun için eşlerin en az üç yıl boyunca ortak bir evde yaşaması ve eşlerin her ikisinin 28 yaşında olması yeterli görülmüştür.

ZGB Art. 264/1'de gerçekleşen değişiklikler ele alındığında birlikte evlat edinmenin şartı olarak eski düzenlemede yer alan “evli olma/*verheiratet sein*” yerine “aynı evde ortak hayatı sürdürmek/*gemeinsamen Haushalt führen*” ibaresi getirilmiştir.

ZGB Art. 264a/1'de yapılan diğer bir değişiklik fıkra gereği tamamlanması gereken süreler ve aranan yaş şartı açısındandır. Değişiklikten önceki hükümde eşlerin birlikte evlat edinebilmesi için beş yıl evli olma şartı aranmakta iken değişiklik ile birlikte bu süre kısaltılarak üç yıla indirilmiştir. Bunun yanı sıra değişiklikten önce eşler açısından 30 yaşın doldurulması şartı aranırken değişiklik ile birlikte eşlerin 28 yaşında olması yeterli görülmüştür. Yaş şartında yapılan değişikliklerin gerekçesine bakıldığında, değişiklikten önceki yaş şartının diğer ülke hukuklarına nazaran çok katı olduğu ve birçok evlat edinmek

yapılmakta; ilgilinin sosyal ve ekonomik koşullarının çocuğun ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli olup olmadığı hususu özellikle değerlendirilmektedir.

15 ZGB Art. 264a:

1 *Ehegatten dürfen ein Kind gemeinschaftlich adoptieren, wenn sie seit mindestens drei Jahren einen gemeinsamen Haushalt führen und beide mindestens 28 Jahre alt sind.*

2 *Vom Mindestalter kann abgewichen werden, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Die Ehegatten haben die Abweichung zu begründen.*

isteyen çifte bu yolu kapattığı ifade edilmiştir¹⁶.

ZGB Art. 264a/1'in getirdiği önemli bir değişiklik de değişiklikten önce hükümde aranan şartların birbirine alternatif olarak gerçekleşmesi mümkün ve yeterli iken değişiklikten sonra bu durum ortadan kalkmıştır. Artık fıkrada yer alan bu şartların beraber bulunması aranacaktır¹⁷. Değişiklikten önce eşlerin beş yıldır evli olması veya otuz beş yaşını doldurmasının (*5 Jahre verheiratet sein oder das 35. Altesjahr zurückgelegt haben*) herhangi birinin gerçekleşmesi yeterli iken değişiklikten sonra eşlerin en az üç yıldır ortak bir evde yaşamak ve her ikisinin en az yirmi sekiz yaşında olması (*wenn sie seit mindestens drei Jahren gemeinsamen Haushalt führen und beide mindestens 28 Jahre alt sind.*) gerekmektedir.

Birlikte evlat edinmenin şartları hakkında ZGB'de yapılan bu değişiklik ile -esasen TMK'dan kısmen farklı olan- eski ZGB düzenlemesinde yeni farklar da meydana gelmiştir. TMK m. 306 uyarınca eşlerin ancak birlikte evlat edinebilecekleri; bunun için de eşlerin en beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları gerektiği hükme bağlanmıştır. ZGB'nin değişiklikten önceki düzenlemesinde eşlerin ancak birlikte evlat edinebilecekleri ve bunun için beş yıl evli olmaları veya otuz beş yaşlarını doldurmaları gerektiği belirtilmişti. Görüldüğü üzere ZGB'de yapılan değişiklikten önce TMK düzenlemesi ile farklılaştığı tek nokta, birlikte evlat edinmenin seçimlik şartlarından birini teşkil eden yaş şartı açısından TMK'nın beş yaş daha düşük bir yaş şartı aramasıdır.

Değişiklik ile birlikte ZGB düzenlemesi uyarınca evli olma yerine ortak evde yaşama kavramı getirilmiştir¹⁸. Bunun yanında bunun süresi de kısaltılmıştır.

16 Botschaft, s. 903. Kanunun değiştirilmesi çalışmaları esnasında gelecekte halen bir asgari yaş kuralının olması gerekip gerekmediği ve bütün ergin kişiler için evlat edinmenin mümkün kılınıp kılınmaması ele alınmış ve olası bir dışlamanın somut olayda sadece çocuğun menfaatinin yetersiz olarak korunmasının söz konusu gerekip gerekmediği soruları ortaya çıkmıştır. Federal Konsey ise çeşitli sebeplerle bu asgari yaş şartının önceden olduğu gibi bulunmasının yerinde olacağını ifade etmiştir. Bu sebeplerden biri, çocuğun bakımının belirli bir istikrarı gerektirmesi ve buna yaşı büyük kişilerin küçüklere nazaran daha uygun olmasıdır. Diğer bir sebep, çocuğun evlat edinilmesinde, evlat edinen ana babanın özel zorluklarla karşılaşması ve bununla tecrübeli kişilerin gençlere göre daha iyi başa çıkabilmesidir. Söz konusu sebeplere binaen Federal Konsey birlikte evlat edinmede ve tek başına evlat edinmede 28 yaş asgari yaş olarak önermiş ve bu yaşın kural olarak gerekli kişisel olgunluğu sağlayacağını belirtmiştir. Ayrıca ağır mağduriyet durumlarından kaçınabilmek için çocuğun menfaati sebebiyle öngörülen yaş şartının somut olayda düşürülebileceğini de ifade etmiştir. Bkz. Botschaft, s. 904.

17 Botschaft, s. 924.

18 Söz konusu hükümden evli olmayanların da birlikte evlat edinebileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Zira ZGB 264a/1'de evli eşlerin birlikte evlat edinmelerine izin verildiği (*dürfen*) ifade edilmiştir. Esasen Art. 264a fıkrası 1 ve fıkrası 2'de "eşler/*Ehegatten*" terimi kullanılmaktadır. Her ne ad altında ve formda olsun diğer birtelilik çeşitlerine bu şekilde verilmiş bir imkân bulunmamaktadır.

TMK'da evli olarak tamamlanması gereken süre beş yıl iken ZGB uyarınca evli olarak ortak evde üç yıl yaşama yeterli olacaktır. Ayrıca değişiklik sonucunda eşler açısından ZGB'de aranan yaş şartının yirmi sekize düşmesi ile birlikte daha önce TMK düzenlemesinden daha yüksek olan yaş şartı, TMK düzenlemesinden daha düşük bir seviyeye çekilmiştir. Bunun dışında TMK düzenlemesinden farklılaşan bir husus da ZGB düzenlemesinde artık Art. 264a/1'de aranan şartların bir arada bulunması gerekliliğidir.

Evlat edinmeye ilişkin evlilik/ortak evde yaşama süresi veya evlat edinme yaşı gibi şartlarda aranan süre kanun koyucuların tercihi olup bir hukuk politikası sorunudur. Her ülkede sosyal yapı göz önünde bulundurularak farklı bir yaş benimsenebilir. Ancak ZGB'nin ortak evde yaşamaya ilişkin getirmiş olduğu kural hukukumuz açısından da kanaatimizce dikkate değerdir. Zira TMK'nın mevcut hükmünde evliliğin üzerinden beş yıl geçmiş olması TMK m. 306'da aranan şartın gerçekleşmesi için yeterlidir. Bu süre boyunca eşler hiç beraber yaşamamış veya kısa bir süre birlikte yaşamış olsalar bile maddede aranan 5 yıl devam eden evlilik şartı yerine getirmiş olabilirler. Örneğin beş yıl boyunca evli olan çift sadece bir yıl boyunca birlikte yaşamış ve çocuğun bakımı ve gözetimi ile sadece bu süre içinde ilgilenmiş olabilirler. Ancak eşler bunun sonrasında fiilen ayrı yaşamış ve fakat beş yıl dolduktan sonra tekrar bir araya gelmiş ve evlat edinmek istemiş olabilirler. Bakıldığında kanuni süre şartını yerine getirmiş de olsalar esasen fiilen aynı evde ortak hayatı sürdürmemiş olmaları dolayısıyla tereddüt meydana gelmektedir¹⁹. Kanaatimizce bu ve benzeri tereddüt konusu haller evlilik süresini evlat edinmenin bir şartı olarak belirleyen kanun koyucunun süre öngören iradesinin altında yatan amaca da ters düşer. Söz konusu ortak evde yaşama şartının getirilmesi kanaatimizce gelecekte evlat edinilen kişi açısından da içerisine dâhil olacağı aile ortamının sıhhati için zorunluluktur. Bu açıdan bakıldığında Türk Medeni Kanunumuzda bu yönde bir değişikliğin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

ZGB Art. 264a/2 ise değişiklik ile getirilmiş yeni bir düzenlemedir. Bu hüküm ile ZGB Art. 264a/1'de aranan yaş şartına bir istisna getirilmiştir. Buna göre çocuğun menfaatinin korunması için zorunlu olması halinde aranan asgari yaş şartından ayrılmak mümkündür. Bu konuda ispat yükü evlat edinmek isteyen eşlerin üzerindedir. Bu düzenleme uyarınca eşlerin ZGB Art. 264a/1 gereği söz konusu birlikte yaşama süresi ve yaş şartını karşılamadığı bazı du-

19 Eşlerin ortak hayat sürdürmüyor, fiilen ayrı yaşıyor oluşları esasen birlikte evlat edinmeye de manidir. Ancak birlikte yaşayan çiftlerin birlikte evlat edinmeleri mümkün ve olağandır. Bu ve benzeri sakıncalı görülebilecek haller esasen sosyal inceleme raporu başta olmak üzere mahkeme tarafından kolluk marifetiyle yaptırılan incelemelerde ortaya çıkması muhtemel hallerdir.

rumlarda çocuğun menfaatinin yine de evlat edinme yönünde olduğu ispat edilebilirse, evlat edinmenin diğer koşullarının da gerçekleşmesi halinde evlat edinmeye karar verilmesi mümkün olabilir. Ancak ZGB Art. 264a/2 açısından ana kuraldan ayrılabilmek için bunun için gösterilen sebebin bu ayrılmayı zorunlu kılması gerekir. Çocuk ile önceden kurulmuş sıkı bir bağ buna bir örnek olarak gösterilebilir. Evlat edinmek isteyen kişilerin bu zorunluluğu yeterli biçimde gerekçelendirmeleri ve bu ayrılmanın somut olayda neden çocuğun menfaatine olduğunu açıklamaları gerekir²⁰.

ZGB Art. 264a/2 açısından belirtilmesi gereken bir diğer husus ise asgari yaş şartına ilişkin olarak ana kuraldan ayrılmanın, ilk fıkrada belirtilen çocuk ile evlat edinmek isteyen kişiler arasındaki ilişki süresini etkilememesidir²¹. Diğer bir deyişle yaş şartı ile ilgili istisna uygulanabilir olsa bile yine de üç yıllık ortak evde yaşama gerçekleşmedikçe evlat edinme mümkün olmaz. Zira eşlerin birlikte evlat edinebilmeleri için hem asgari yaş şartını taşımaları hem de aynı evde ortak hayatı sürdürmeleri gerekmektedir. Bununla birlikte bu ve benzeri istisnai durumlarda ilgili şartın gerçekleşmemesi evlat edinmeyi tamamen olanaksız kılmayıp aslında sadece ertelemiş olur²².

4. Tek Başına Evlat Edinme

Tek başına evlat edinme ZGB Art. 264b²³ hükmü ile düzenlenmiştir. Değişiklikten önce ZGB Art. 264b hükmü iki fıkradan oluşmakta iken değişiklikten sonra fıkra sayısı dörde çıkmıştır.

Değişiklikten önce ZGB Art. 264b/1 hükmünde evli olmayan bir kişinin evlat edinmesi için aranan şart belirtilmişti. Buna göre evli olmayan kişinin tek başına evlat edinebilmesi için aranan şart otuz beş yaşının tamamlanması idi. Değişiklik sonucunda evli olmayan ve kayıtlı birliktelik yaşamayan bir kişinin

20 Botschaft, s. 924.

21 Botschaft, s. 924.

22 Botschaft, s. 924.

23 ZGB Art. 264b:

1 Eine Person, die nicht verheiratet ist und nicht in eingetragener Partnerschaft lebt, darf ein Kind allein adoptieren, wenn sie mindestens 28 Jahre alt ist.

2 Eine verheiratete Person, die mindestens 28 Jahre alt ist, darf ein Kind allein adoptieren, wenn der Ehegatte dauernd urteilsunfähig oder seit mehr als zwei Jahren mit unbekanntem Aufenthalt abwesend ist oder wenn die Ehe seit mehr als drei Jahren gerichtlich getrennt ist.

3 Eine in eingetragener Partnerschaft lebende Person, die mindestens 28 Jahre alt ist, darf ein Kind allein adoptieren, wenn ihre eingetragene Partnerin oder ihr eingetragener Partner dauernd urteilsunfähig oder seit mehr als zwei Jahren mit unbekanntem Aufenthalt abwesend ist.

4 Vom Mindestalter kann abgewichen werden, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Die adoptionswillige Person hat die Abweichung zu begründen.

en az yirmi sekiz yaşında olması halinde tek başına evlat edinebileceği hükme bağlanmıştır. Art. 264b/1 hükmüne göre evli olmayan ve kayıtlı birliktelik halinde bulunmayan bir kimse dahi esasen tek başına evlat edinme hakkına sahiptir. Bununla birlikte evli yahut kayıtlı birliktelik halinde yaşamasına rağmen yine de tek başına evlat edinme hükmün 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir.

Art. 264b/2 hükmünde düzenlenen evlilerin tek başına evlat edinebilmesi için eşinin sürekli biçimde ayırt etme gücünü kaybetmesi ya da iki yıldan daha uzun süredir nerede olduğunun bilinmemesi veya eşlerin mahkeme kararıyla üç yıldan daha uzun süredir ayrı yaşıyor olması gerekmektedir. Tek başına evlat edinmek isteyen kişinin tamamlaması gereken yaş yirmi sekize çekilmiştir. Buna karşılık değişiklik öncesinde Art. 264b/2 hükmünde yer alan “birlikte evlat edinmenin imkânsız olduğunun ispatlanması/*die gemeinschaftliche Adoption als unmöglich erweist*” ibaresinin çıkarılmasıdır. Böylece evli kişilerin tek başına evlat edinmelerinin ancak hangi hallerde mümkün olduğu açıkça belirlenmiş bulunmaktadır.

ZGB Art. 264b/3 değişiklikten önce maddede yer almayan yeni bir hükümdür. Bu maddede kayıtlı birlikteliklerde tek başına evlat edinme şartları düzenlenmiştir. Buna göre kayıtlı birliktelik mensubu bir kişi en az yirmi sekiz yaşını doldurması ve partnerinin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması veya iki yıldan uzun süredir nerede olduğunun bilinmemesi halinde bir çocuğu tek başına evlat edinebilir. Söz konusu değişiklik ile revizyonun amacına uygun şekilde, evlat edinme hakkına sahip olanların evli kişilerden ibaret olan kapsamı bu hükümde de genişletilmiş bulunmaktadır²⁴.

ZGB Art. 264b/4 de değişiklik ile ZGB'ye eklenmiş bir hükümdür. Bu hüküm de tıpkı ZGB Art. 264a/2'de getirilmiş olan düzenleme gibi, evlat edinme için aranan yaş şartına istisna getiren bir hükümdür. Bu hükme göre de çocuğun menfaatinin korunması için zorunlu olması halinde aranan asgari yaş şartından ayrılmak mümkündür. Bunun ispatını ise evlat edinmek isteyen kişi yapmak zorundadır. Buna göre başvuran, her ne kadar asgari yaş şartını taşımasa da evlat edinmenin çocuğun yararına olduğunu ispat etmelidir. Bu istisna getiren hüküm açısından; tek başına evlat edinmenin, birlikte evlat edinmeden farkı ve daha az esnek bir biçimde düzenlenmesini gerektiren bir sebebin bulunmadığı ifade edilmiştir²⁵.

Birlikte evlat edinme Türk Medeni Kanunu'nun 307. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, evli olmayan bir kişi otuz yaşını doldurmuş ise tek başına evlat edinebilir. ZGB 264b ile TMK m. 307 arasında hüküm farklılığı aranan asgari

24 Bu bakımdan yeni düzenleme ile tek başına evlat edinmenin çocuğa tek ebeveyn sağlayan istisnai karakterinin güçlendirildiği ifade edilmiştir. Bkz. Botschaft, s. 925.

25 Botschaft, s. 925

yaş bakımındandır. Değişiklik sonrasında evlat edinme başvurusu için İsviçre Hukuku'nda yirmi sekiz; Türk Hukuku'nda ise otuz yaşın ikmali gerekmektedir.

5. Üvey Çocuğun Evlat Edinilmesi

Üvey çocuğun evlat edinilmesi konusuna değişiklikten önce eşlerin birlikte evlat edinmelerine ilişkin olan ZGB Art. 264a'nın 3. fıkrasında yer verilmişti. Bu hükümde bir kişinin, eşinin çocuğunu evlat edinebilmesi eşlerin en az beş yıldır evli olmaları şartına bağlı kılınmıştı. Değişiklikten sonra üvey çocuğun evlat edinilmesi ZGB Art. 264c²⁶ olarak ayrı bir maddede üç fıkra halinde düzenlenmiştir. Ayrı bir maddede düzenlemenin gerekçesi olarak; üvey çocuğun evlat edinilmesine ilişkin eski hükmün birlikte evlat edinmeye ilişkin hükümde yer almasının altında yatan sebep olan, üvey çocuğun evlat edinilmesinin evlilikten kaynaklanan ortak bir soybağı meydana getirdiği yönündeki gerekçenin, bugünün bakış açısıyla ikna edici olmaktan uzak olması olduğu gösterilmiştir²⁷.

ZGB Art. 264c'de bir yaş limiti öngörülmemiştir. Bunun sebebi olarak üvey çocuğun evlat edinilmesinin birbirine yabancı kişiler arasında soybağı ilişkisini meydana getirmemesi aksine yaşayan bir gerçeklik olarak üvey çocukların zaten bir parçası olduğu ailelerin hukuken korunması olduğu ifade edilmiştir. Bir diğer gerekçe olarak bu evlat edinme türünde çocuğun baştan beri üvey ana baba ile birlikte yaşaması ve birlikte evlat edinmedeki gibi bir ilişkiye veya tek başına evlat edinmede olduğu gibi bir kişiye “dışarıdan” gelmemesi gösterilmiştir²⁸. Elbette üvey çocuğun evlat edinilmesinin de çocuğun menfaatine olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır²⁹.

Değişiklikle beraber Art. 264c hükmünün ilk fıkrasında evlat edinmek isteyen kişinin evlat edinmek istediği çocuğun ana babası ile hangi statüde bir ilişkisinin mevcut olması gerektiği, ikinci fıkrada zorunlu birlikte yaşama süresi, üçüncü fıkrada ise farazi yaşam ortaklıklarına ilişkin özel bir durum düzenlenmiştir.

ZGB Art. 264c/1 hükmüne göre bir kimsenin, evlat edinmek istediği çocu-

26 ZGB Art. 264c:

1 Eine Person darf das Kind adoptieren, mit dessen Mutter oder Vater sie:

1. verheiratet ist;

2. in eingetragener Partnerschaft lebt;

3. eine faktische Lebensgemeinschaft führt.

2 Das Paar muss seit mindestens drei Jahren einen gemeinsamen Haushalt führen.

3 Personen in einer faktischen Lebensgemeinschaft dürfen weder verheiratet noch durch eine eingetragene Partnerschaft gebunden sein.

27 Botschaft, s. 925.

28 Botschaft, s. 904.

29 Botschaft, s. 925.

ğün annesi veya babası ile evli olması, kayıtlı birliktelik ilişkisi içinde yaşaması veya fiili yaşam ortaklığı sürdürmesi durumunda bu çocuğu evlat edinebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere getirilen değişiklik ile sadece evli olanlar açısından diğer eşin çocuğunun evlat edinmesi değil bunun yanında evlilik dışı birlikteliklerde de partnerin çocuğunun evlat edinilmesinin önü açılmıştır.

ZGB Art. 264c/2'de 1. fıkrada sayılan çiftlerin üç yıl boyunca aynı evde ortak hayatı sürdürmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere değişiklikten önceki hükümde beş yıl evli olmak şartı varken burada hem bu süre üç yıla indirilmiş hem de yeni düzenlemede evlilik dışı birlikte yaşama olgularına da evlat edinme imkânı tanındığı için üç yıllık bu sürenin geçirilmesi evli olmaya değil aynı evde ortak hayatın sürdürülmesine bağlanmıştır. Fıkra da çiftin aynı evde ortak hayatı üç yıl boyunca sürdürmek suretiyle ilişkilerinin belirli bir istikrar arz ettiğini ispatlamak zorunda olduğu ifade edilmiştir³⁰.

ZGB Art. 264c/3 değişiklik ile getirilmiş olan yeni bir hükümdür. Bu hükme göre fiili yaşam ortaklığı sürdüren kişilerin evli ve kayıtlı birliktelik altında olmamaları gerektiği düzenlenmiştir. Bu durum hem evlat edinmek isteyen kişi hem de öz ana baba açısından geçerlidir³¹. Böylece esasen sağlıklı bir aile ilişkisi içinde dünyaya gelmiş olmasına karşılık bir şekilde anne veya babasından birinin o ilişkiden ayrılması sonrasında onun yerinin, ailede kalan ebeveynin fiili yaşam birlikteliği içinde olduğu kişi tarafından doldurulması anlamına gelecek evlat edinme ilişkisinin kurulmasının mantığı olmadığı gibi çocuk yararına da olmayacağı ifade edilmiştir³².

Diğer eşin çocuğunun evlat edinilmesi TMK. m.306/3'te düzenlenmiştir. Hükme göre eşlerin en az iki yıldan beri evli olmaları veya evlat edinecek eş otuz yaşını tamamlamış ise diğer eşin çocuğunu evlat edinebilir. Diğer eşin çocuğunun evlat edinilmesi konusunda İsviçre ve Türk Medeni Kanun'larında farklılık evlilik süresi bakımındandır. İsviçre'de üç yıl olan bu süre Türk Hukuku bakımından iki yıldır. Diğer taraftan TMK m. 306/3 düzenlemesi eşlerin evli olmalarını yeterli görmekte iken değişiklik ile birlikte ZGB Art. 264c/2 eşlerin sadece evli olmaları değil asgari üç yıllık süreyi aynı evde birlikte yaşamak suretiyle tamamlamaları gerekmektedir.

6. Yaş Farkı

Çocuk ve onu evlat edinmek isteyen kişi arasındaki yaş farkı kanun değişikliğinden önce ZGB Art. 265/1'de düzenlenmişti. İlgili hüküm uyarınca çocuğun

30 Botschaft, s. 926.

31 Botschaft, s. 926.

32 Botschaft, s. 926.

evlat edinen ana babadan en az on altı yaş daha genç olması gerekiyordu. Değişiklik ile birlikte yaş farkı ayrı bir madde olarak ZGB Art. 264d³³ hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün ilk fıkrasında evlat edinmek isteyen ve evlat edinilmek istenen kişi arasında olması gereken asgari ve azami yaş farkları belirtilmiş, ikinci fıkrada ise buna bir istisna getirilmiştir. Evlat edinmenin bütününe yaygın olan kapsam genişletilmesi düşüncesi bu hükme de yansımış; değişiklik ihtiyacı yönünde, önceki hükümde “evlat edinen ana baba (*Adoptiveltern*)” tabiri kullanılmış iken yeni hükümde “evlat edinmek isteyen kişiler (*adoptionwilligen Personen*)” ibaresine yer verilmiştir.

Yaş farkı ile ilgili olarak getirilen önemli değişiklik değişiklikten önceki düzenlemede sadece yaş farkının asgari sınırı belirtilmiş iken yeni düzenlemede buna bir de azami sınır getirilmesi olmuştur. ZGB Art. 264d/1 hükmüne göre çocuk ve evlat edinmek isteyen kişiler arasındaki yaş farkı on altı yaştan az ve kırk beş yaştan fazla olamaz. Değişiklik gerekçesinde evlat edinilen çocuk ve evlat edinen ana baba arasındaki yaş farkı belirlenirken çocuğun yaşına odaklanılacağı, diğer bir ifade ile evlat edinmek isteyen ana babanın yaşının çocuğun yaşına göre belirleneceği ifade edilmiştir³⁴. Diğer yandan hâlihazırda ebeveyninden en azından birini kaybetmiş bir çocuğa mümkün olduğu uzun sürecek bir aile ortamı sunulması; hiç değilse evlat edinme ile kurulacak yeni aile ilişkisinin çocuğun erginlik yaşına kadar sürerek bu süre için her bir ebeveyn tarafından gerekli bakım ve gözetimin gerçekleşmesi esas alınmıştır³⁵.

Evlat edinen ile evlatlık arasındaki yaş farkının belirli bir sınırdan tutulmasının evlat edinen kişiler ile evlat edinilen çocuk arasında doğal bir soybağı benzeri durumun meydana getirilmesini güvence altına aldığı vurgulanmıştır³⁶. Diğer yandan yaş farkı açısından üst sınır konulması açısından gösterilebilecek bir gerekçe, mümkün oldukça evlat edinilen çocuğun ergin olmasından önce onu evlat edinen kişinin ölmemesini güvence altına almaktır³⁷. Yaş farkı arttıkça ilişkinin büyük anne büyükbaba-torun ilişkisine döneceği ve çocuk ergin olmadan evlat edinen ana babanın ölüm tehlikesinin artacağı da vurgulanmıştır³⁸.

33 ZGB Art. 264d:

1 Der Altersunterschied zwischen dem Kind und den adoptionwilligen Personen darf nicht weniger als 16 Jahre und nicht mehr als 45 Jahre betragen.

2 Davon kann abgewichen werden, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Die adoptionwilligen Personen haben die Abweichung zu begründen.

34 Botschaft, s. 905.

35 Botschaft, s. 906.

36 Botschaft, s. 926-927

37 Botschaft, s. 927.

38 Botschaft, s. 927.

ZGB Art. 264d/2 ise değişiklik ile birlikte getirilmiş olan yeni bir hükümdür. “Esnelik yokluğu”nu ortadan kaldırarak ilgili makama takdir hakkı tanımak suretiyle çocuk yararının gerçekleştirilmesi amacını taşıyan bu hükümde de yukarıda belirtilen ve yaş şartına ilişkin olan diğer hükümlerde olduğu gibi söz konusu yaş şartının göz ardı edilebilmesini sağlayabilecek istisna hükmüne yer verilmiştir. Buna göre çocuğun menfaatinin korunması için zorunlu olması halinde aranan asgari yaş şartından ayrılmanın mümkün olduğu ve bunun ispatının ise evlat edinmek isteyen kişi tarafından yapılmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Bu duruma örnek olarak üvey çocuğun evlat edinilmesinde; birden fazla çocuğun evlat edilmek istenmesi halinde çocuklardan birinin evlat edinmek isteyen kişi ile aralarında on altı yaştan az veya kırk beş yaştan fazla fark olabileceği, böyle bir durumda yaş farkından vazgeçilmesinin çocuğun yeni ailesine entegre olabilmesini ve üvey ana babasından olan kardeşlerine uyum sağlayabilmesi durumu gösterilmiştir³⁹.

Evlat edinen ile evlatlık arasındaki yaş farkı TMK m. 308’de düzenlenmiştir. Buna göre evlatlığın evlat edinenden en az on sekiz yaş küçük olması gerekmektedir. Bu süre ZGB’de on altı yıldır. Bununla birlikte İsviçre Hukukunda taraflar arasında en fazla 45 yıl fark bulunması gerekirken Medeni Kanunumuz azami süre öngörmüş değildir. Azami süre, taraflar arasında sağlıklı bir ana baba-çocuk ilişkisi kurulmasını hedeflemektedir. Bir hukuk politikası konusu olan bu durum hakkında kanunumuzda bu yönde bir değişiklik yapılmasına kanaatimizce gerek bulunmamaktadır. Esasen sağlıklı bir ana baba-çocuk ilişkisi kurulabilmesi konusunda kanunumuzdaki asgari süre yeterlidir. Yaş farkının kırk beş yıldan fazla olduğu hallerde sakıncalı sonuçları bertaraf etmek için azami süreye zorunlu olarak bir ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hususta çocuk yararı ilkesinden yararlanmak mümkündür.

7. Çocuğun ve Çocuk Koruma Dairesi’nin Muvafakati

Evlat edinmede çocuğun ve Çocuğu Koruma Dairesi’nin muvafakati değişiklikten önce “Yaş ve Çocuğun Muvafakati (*Alter und Zustimmung des Kindes*)” başlığı altında ZGB Art. 265/2 ve Art. 265/3 ‘te düzenlenmişti. Değişiklikten önce ZGB Art. 265/2’de çocuğun evlat edinmeye rızası düzenlenmiş, ZGB Art. 265/3’te ise Çocuk Koruma Dairesi’nin muvafakatinin arandığı hal düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere ZGB Art. 265/3’te Çocuk Koruma Dairesi’nin muvafakatinin arandığı hal de düzenlenmesine rağmen madde başlığında bu hususa yer verilmemişti. Söz konusu eksiklik değişiklik ile yeniden düzenlenen madde başlığında düzeltilmiştir. Yeni madde başlığı “Çocuğun ve Çocuk Koru-

39 Botschaft, s. 926. Ayrıca bkz. Botschaft, s. 904.

ma Dairesi'nin Muvafakati (*Zustimmung des Kindes und der Kindesschutzbehörde*)" olarak yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede çocuğun rızası ZGB Art. 265/1'de⁴⁰, Çocuk Koruma Dairesi'nin muvafakati ise ZGB Art. 265/2'de⁴¹ hükme bağlanmıştır.

Değişiklikten önceki ZGB Art. 265/3 hükmüne göre çocuk vesayet altında ise ayırt etme gücüne sahip olsa bile evlat edinmenin ancak Çocuk Koruma Dairesi'nin muvafakati ile gerçekleşeceği düzenlenmişti. Değişiklik ile birlikte söz konusu hükmün kapsamına vesayet altında bulunan ve kendisine kayyım atanmış kişiler de alınmıştır. Böylece önceki ZGB Art. 265/3 hükmünü karşılayan yeni ZGB Art. 265/2 hükmüne göre çocuk vesayet veya kayyım altında ise ayırt etme gücüne sahip olsa bile evlat edinme ancak Çocuk Koruma Dairesi'nin muvafakati ile gerçekleşecektir.

Evlat edinmeye çocuğun rızası TMK m. 308/1'de düzenlenmiştir. Buna göre ayırt etme gücüne sahip olan küçük, rızası olmadıkça evlat edinilemez. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, kendi geleceğini bu derece yakından ilgilendiren bir konuda karar verme yetkisine de sahip olmalıdır. Bununla birlikte vesayet altında bulunan çocukların evlat edinilmesinde, onların ayırt etme gücüne sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın vesayet dairelerinin de izni gerekmektedir (m. 308/3).

8. Ana Babanın Muvafakati

a. Muvafakatin Şekli

ZGB Art. 265a⁴² evlat edinmenin evlat edinilmek istenen çocuğun ana babasının muvafakatini gerektirdiğini ve bu muvafakatin nerede ve hangi usulde verilmesi gerektiğini düzenlemiş, ayrıca evlat edinmek isteyen kişilerin belirli olmadığı veya adlarının belirtilmediği durumlarda dahi verilen muvafakatin geçerli olacağı hüküm altına almıştır.

Söz konusu hükümde yapılan tek değişiklik yukarıda da belirtildiği üzere

40 ZGB Art. 265/1:

Ist das Kind urteilsfähig, so bedarf die Adoption seiner Zustimmung.

41 ZGB Art. 265/2:

Ist es bevormundet oder verbeiständet, so kann, auch wenn es urteilsfähig ist, die Adoption nur mit Zustimmung der Kindesschutzbehörde erfolgen.

42 ZGB Art. 265a:

1 Die Adoption bedarf der Zustimmung des Vaters und der Mutter des Kindes.

2 Die Zustimmung ist bei der Kindesschutzbehörde am Wohnsitz oder Aufenthaltsort der Eltern oder des Kindes mündlich oder schriftlich zu erklären und im Protokoll vorzumerken.

3 Sie ist gültig, selbst wenn die adoptionswilligen Personen nicht genannt oder noch nicht bestimmt sind.

evlat edinen kişilere ilişkin olarak “müstakbel evlat edinen anne baba/*künftigen Adoptiveltern*” ibaresi yerine değişiklik ile evlat edinmek isteyen kişiler/*adoptionswilligen Personen*” ibaresinin getirilmesidir.

b. Muvafakatin Zamanı

Muvafakatin zamanına ilişkin ZGB Art. 265b⁴³ hükmünde muvafakatin ne zaman verilebileceği, hangi süre içerisinde geri alınabileceği ve geri almadan sonra gösterilen muvafakatin kesin olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükmünde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

c. Muvafakatin Aranmaması

i. Şartları

Evlat edinmede evlat edinmek istenen çocuğun ana babasının rızasının hangi durumlarda aranmayacağı ZGB Art. 265c⁴⁴ hükmünde düzenlenmiştir. Değişiklikten önceki ZGB Art. 265c düzenlemesinde iki bent halinde düzenlenen hüküm değişiklikten sonra tek fıkra halinde düzenlenmiştir. Değişiklikten önceki düzenlemeye göre ana babadan birinin kim olduğunun bilinmemesi ya da uzun süredir nerede olduğunun bilinmemesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda veya çocukla ciddi biçimde ilgilenmemesi halinde söz konusu ana babanın muvafakati aranmamakta idi.

Değişiklik ile çocuk ile ciddi biçimde ilgilenmeyen ana babanın rızasının aranmamasına ilişkin hüküm ZGB’den çıkarılmıştır. Bunun dışında eski hüküm aynı şekilde muhafaza edilmiştir. Kanundan çıkarılan hükmün çıkarılma gerekçesi olarak çocuk ile ilgilenmemenin çoğu zaman çocuk ile olan ilişkiden değil, ana ile baba arasındaki ilişkiden kaynaklandığı; bunun yanı sıra velayete ilişkin olarak getirilen yeni hükümler ve bununla bağlantılı olarak birlikte velayet, ayrılık veya boşanma sonrasında çocuk ile ana babasının yabancılaştırmasının önüne geçileceği düşüncesi ile artık söz konusu hükmün dayanaktan yoksun hale geldiği ifade edilmiştir⁴⁵.

43 ZGB Art 265b:

1 Die Zustimmung darf nicht vor Ablauf von sechs Wochen seit der Geburt des Kindes erteilt werden.

2 Sie kann binnen sechs Wochen seit ihrer Entgegennahme widerrufen werden.

3 Wird sie nach einem Widerruf erneuert, so ist sie endgültig.

44 ZGB Art. 265c:

Von der Zustimmung eines Elternteils kann abgesehen werden, wenn er unbekannt, mit unbekanntem Aufenthalt länger abwesend oder dauernd urteilsunfähig ist.

45 Botschaft, s. 927.

ii. Karar

ZGB Art. 265d⁴⁶, ileride evlat edinmek üzere kendisine bir çocuğun bırakıldığı kişilerce bu çocuğun evlat edinilmesi halinde ana babanın rızasının aranmayabileceği hüküm altına alınmıştır. Hüküm, belirtilen kişilerin talebi halinde Çocuk Koruma Dairesi'nin söz konusu rızanın aranıp aranmamasına karar verebileceğini düzenlemektedir. Değişiklikten önceki ZGB Art. 265d/1 düzenlemesine göre çocuk eğer sonradan evlat edinilmesi amacıyla belirli bir kişinin yanına yerleştirilirse ve somut olayda evlat edinme işlemleri sırasında çocuğun ana babasından birinin muvafakati mevcut değilse; evlat edinmeye aracılık yapan merciin veya evlat edinmek isteyen ana babanın talebi üzerine çocuğun yerleştirmeden önceki yerleşim yerindeki Çocuk Koruma Dairesi bu rızanın aranıp aranmayacağına karar vermeye yetkili idi. Değişen ZGB Art. 265d/1'e göre ileride evlat edinme amacıyla bu kişilere bırakılmış bir çocuğun ana babasından birinin muvafakati mevcut değilse vasi veya kayyım olarak görevlendirilmiş kişinin ya da evlat edinmeye aracılık yapan merciin veya evlat edinmek isteyen kişilerin talebi üzerine, çocuğun yerleşim yerindeki Çocuk Koruma Dairesi kural olarak önceden (evlat edinme başvurusundan önce) ana baba rızasının aranıp aranmayacağına karar verir.

Yapılan Kanun değişikliğinde ZGB Art. 265d/1'de başkaca değişiklikler göze çarpmaktadır. İlk olarak değişiklikten önce fıkrada çocuğun yerleştirilmesinden (*untergebracht*) bahsedilirken, değişiklik ile bu husus çocuğun evlat edinmeyi isteyen kişilere bırakılması (*adoptionswilligen Personen...anvertraut*) şeklinde düzenlenmiştir. Bu noktada çocuğun doğrudan evlat edinmek isteyen kişilere bırakılması hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Bunun gerekçesi olarak da yerleştirme (*Unterbringung*) kavramının daha ziyade ZGB Art. 426 vd. düzenlenen bakım amaçlı yerleştirme (*Fürsorgerische Unterbringung*) ile ilgili olması gösterilmiştir⁴⁷.

İlk fıkrada yapılan diğer bir değişiklik vasi veya kayyım olarak görevlendirilmiş kişinin de Çocuk Koruma Dairesi'nden talepte bulunabilmesidir. Bu değişikliğin de ZGB'de yapılan Yetişkinlerin Korunması hükümlerinin evlat

46 ZGB Art. 265d:

1 Wird das Kind adoptionswilligen Personen zum Zweck der späteren Adoption anvertraut und fehlt die Zustimmung eines Elternteils, so entscheidet die Kinderschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes auf Gesuch der mit der Vormundschaft oder Beistandschaft betrauten Person, einer Vermittlungsstelle oder der adoptionswilligen Personen und in der Regel vorgängig, ob von dieser Zustimmung abgesehen werden kann.

2 In den andern Fällen ist hierüber anlässlich der Adoption zu entscheiden.

3 ...

47 Botschaft s. 927-928.

edinme kurumuna bir yansıması olduğu kabul edilebilir.

Bunun yanı sıra değişiklikten önce muvafakatin aranıp aranmamasına ilişkin kararın yerleştirmenin başlangıcından önce (*vor Beginn der Unterbringung*) verilmesi söz konusu iken, değişiklikten sonra önceden/bırakılmadan önce (*vorgängig*) verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

ZGB Art. 265d/2 hükmünde diğer durumlarda rızanın aranıp aranmamasına ilişkin kararın evlat edinme esnasında verileceği ifade edilmiştir. Bu hükmünde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Değişiklik ile birlikte ZGB Art. 265d/3 hükmü kaldırılmıştır. Söz konusu hükümde çocuk ile ciddi biçimde ilgilenmemesi sebebiyle ana babanın rızasının aranmamasına ilişkin bir karar verilmesi halinde bunun yazılı olarak tebliğ edileceği ifade edilmişti. Çocuk ile ciddi biçimde ilgilenmemenin rızanın aranmamasına sebep olmasına ilişkin hüküm ZGB Art. 265'ten çıkarılmış olduğu için bununla bağlantılı olarak da ZGB Art. 265d/3 hükmü de yürürlükten kaldırılmıştır.

B. Ergin Kişinin Evlat Edinilmesi

Ergin bir kişinin evlat edinilmesi ZGB Art. 266⁴⁸ ile düzenlenmiştir. Değişiklikten önce üç fıkradan oluşan madde değişiklik ile birlikte iki fıkraya indirilmiştir.

ZGB Art. 266/1 hükmünde üç bent halinde ergin bir kişinin evlat edinilebilmesi için hangi koşulların gerçekleşmesi gerektiği belirtilmektedir. Değişiklikten önce üç bent halinde sayılan ve seçimlik olan bu şartların gerçekleşmesinin yanı sıra aranan bir diğer koşul evlat edinilmek istenen kişinin altsoyunun bulunmamasıydı. Ancak yapılan değişiklik ile bu şart kaldırılmıştır. Bunun sonucunda artık altsoyu bulunan bir ergin kişinin de evlat edinilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Burada da artık küçüklerin evlat edinilmesinde söz konusu olan evlat edinenin diğer çocuklarının menfaatlerinin hakkaniyete aykırı olarak olumsuz etkilenmemesine ilişkin hükmün geçerli olacağı ifade edilmiştir⁴⁹. Söz konusu hükmün kaldırılmasının yerini doldurmak için ise evlat edinme-

48 ZGB Art. 266:

1 Eine volljährige Person darf adoptiert werden, wenn:

1. sie aus körperlichen, geistigen oder psychischen Gründen dauernd hilfsbedürftig ist und die adoptionswilligen Personen ihr während mindestens eines Jahres Pflege erwiesen haben;

2. die adoptionswilligen Personen ihr während ihrer Minderjährigkeit mindestens ein Jahr lang Pflege und Erziehung erwiesen haben; oder

3. andere wichtige Gründe vorliegen und sie während mindestens eines Jahres mit den adoptionswilligen Personen im gleichen Haushalt gelebt hat.

2 Im Übrigen sind die Bestimmungen über die Adoption Minderjähriger sinngemäss anwendbar; ausgenommen davon ist die Bestimmung über die Zustimmung der Eltern.

49 Botschaft, s. 912.

den etkilenen kişilerin, evlat edinmenin gerçekleşmesinden önce tutumlarının değerlendirileceği ifade edilmiştir⁵⁰.

Diğer yandan değişiklikten önceki ZGB Art. 266/1, bent 1 hükmüne göre erginlerin evlat edinilebilmesi için aranan seçimlik şartlardan ilki ergin evlat edinilmek istenen kişinin bedensel veya zihinsel sakatlığı sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç durumda olması ve buna ek olarak evlat edinme isteyen ana babanın da bu kişiye en az beş yıl boyunca bakmış olduğunun sabit olması gerekmektedir. Değişiklik sonucunda ise ergin bir kişinin bedensel, zihinsel veya psikolojik sebeplerle sürekli olarak yardıma muhtaç durumda olması yerini korurken buna ek olarak evlat edinmek isteyen kişilerin bu kişiye en az bir yıl süre ile bakmış olduğunun sabit olması gerekmektedir.

ZGB Art. 266/1, bent 1 hükmündeki göze çarpan bir değişiklik de yardıma muhtaç olma kaynağı olarak “psikolojik (*psychischen*)” sebeplerin de eklenmiş olmasıdır. Bunun yanında diğer dikkati çeken husus, “sakatlık (*Gebrechen*)” kavramının Kanundan çıkarılmış olmasıdır. Bunun yerine değişiklik ile yardıma muhtaç olmanın kaynağını belirtmek üzere “sebepler (*Gründen*)” kavramı kullanılmıştır.

ZGB Art. 266/1, bent 2'nin değişiklikten önceki haline göre, ergin bir kişinin evlat edinilebilmesi için evlat edinmek isteyen ana babanın bu kişiye küçük iken en az beş yıl boyunca baktığı ve eğittiği sabit olmalı idi. Değişiklik ile getirilen hüküm uyarınca ise evlat edinmek isteyen kişilerin bu kişiye en az bir yıl boyunca baktığı ve eğittiği sabit olmalıdır. Söz konusu bentte yapılan değişikliklerden ilki evlat edinmek isteyen ana baba ibaresi yerine evlat edinmek isteyen kişiler ibaresinin getirilmesidir. Bentteki diğer değişiklik ise beş yıllık bakım ve eğitim süresinin bir yıla düşürülmüş olmasıdır.

ZGB Art. 266/1, Bent 3'ün değişiklikten önceki haline göre ergin bir kişinin evlat edinilebilmesi için başka önemli sebeplerin varlığı halinde ve en az beş yıl süre ile evlat edinmek isteyen ana baba ile aynı evde yaşaması gerekmektedir. Değişiklikten sonraki düzenlemeye göre ise diğer önemli sebeplerin varlığı halinde ve aynı evde en az bir yıl yaşaması yeterli görülmektedir. Bentteki yapılan değişikliklerden biri, “evlat edinmek isteyen ana baba” ibaresinin yerine yukarıda zikrettiğimiz gibi değişiklik amacına uygun biçimde “evlat edinmek isteyen kişiler” ibaresinin getirilmesidir. Bir diğer değişiklik, birlikte yaşama süresinin beş yıldan bir yıla indirilmiş olmasıdır. Değişikliklerden bir başkası ise bir arada yaşamayı ifade etmek üzere değişiklikten önce kullanılan “ev topluluğunda (*Hausgemeinschaft*)” kavramı yerine “aynı evde (*im gleichen Haus-*

50 Botschaft, s. 912.

halt)” ibaresinin getirilmesidir.

Görüldüğü üzere ZGB Art. 266’nın her üç bendinde de beş yıl olan süreler bir yıla düşürülmüştür. Bunun gerekçesi olarak da söz konusu sürelerin küçüklerin evlat edinilmesindeki sürelerden beş kat daha fazla olmasının bir sebebin bulunmaması gösterilmiştir⁵¹.

Değişiklikten önceki ZGB Art. 266/2 hükmü, değişiklik ile birlikte Kanun’dan çıkarılmıştır. Söz konusu hüküm evli bir kişinin ancak eşinin muvafakati ile evlat edinilebileceğini düzenlemekteydi. Söz konusu hükmün evlat edinilmek istenen kişinin kişilik hakkına aşırı müdahalede bulunduğu ifade edilmiştir⁵². Ayrıca evlat edinilen ve evlat edinmek isteyen kişilerin yakın çevresindeki kişilerin tutumlarının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵³. Gerçekten ZGB Art. 268a^{quater}’de bu çevredeki kişilerinin evlat edinmeye ilişkin fikirlerinin alınması hususu düzenlenmiştir.

Değişiklikten önceki ZGB Art. 266/3 hükmü ise değişikliklere uğramak suretiyle ZGB Art. 266/2 olarak yeniden düzenlenmiştir. Değişiklikten önceki hükme göre, erginlerin evlat edinilmesine ilişkin olarak diğer hususlarda küçüklerin evlat edinmesine ilişkin hükümlerin bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı hükme bağlanmıştı. Değişiklik ile birlikte küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümlerin yine bünyesine uygun düştüğü ölçüde ve fakat ana babanın rızasına ilişkin hükümler hariç olmak üzere uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere hükümde getirilen yenilik ana babanın rızasına ilişkin hükümlerin istisna tutulmasından ibarettir⁵⁴.

C. Evlat Edinmenin Hükümleri

1. Genel Olarak

Evlat edinmenin genel sonuçları ZGB Art. 267⁵⁵’de düzenlenmiştir. Değişik-

51 Botschaft, s. 928. Ayrıca bkz. Botschaft, s. 912.

52 Botschaft, s. 928.

53 Botschaft, s. 928.

54 Söz konusu hükmün istisna tutulmasının İsviçre Federal Mahkemesi’nin konu ile ilgili görüşünün ZGB’ye yansımaları olduğuna ve söz konusu Federal Mahkeme görüşünün eleştirilmesine dair bkz. Andreas Büchler/Zeno Raveane, “Die Volljährigen Adoption nach Rediviertem Recht”, *Aktuelle Juristische Praxis*, Yıl 27, Sayı 2018/6, s. 691.

55 ZGB Art. 267:

1 *Das Adoptivkind erhält die Rechtsstellung eines Kindes der adoptierenden Personen.*

2 *Das bisherige Kindesverhältnis erlischt.*

3 *Das Kindesverhältnis erlischt nicht zum Elternteil, der mit der adoptierenden Person:*

1. *verheiratet ist;*

2. *in eingetragener Partnerschaft lebt;*

3. *eine faktische Lebensgemeinschaft führt.*

likten önce maddenin ilk fıkrasında evlat edinilenin hukuki statüsüne, ikinci fıkrasında çocuğun öz ana babası ile arasında bulunan soybağının akıbetine, üçüncü fıkrada ise çocuğun adına ilişkin bir hüküm bulunmaktaydı. Değişiklik ile birlikte bu yapı değiştirilmiştir. İlk fıkra içeriğindeki değişiklik ile beraber konu olarak aynı kalmıştır. Değişiklikten önceki çocuğun soybağına ilişkin ikinci fıkra, değişiklik ile birlikte aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları olarak iki ayrı fıkra haline getirilmiştir. Değişiklikten önceki evlat edinilen kişinin adına ilişkin üçüncü fıkra ise ZGB Art. 267a olarak ayrı bir maddede düzenlenmiştir.

Evlat edinilen çocuğun kimin hukuki statüsünü alacağına ilişkin olan ZGB Art. 267/1 hükmünde yapılan tek değişiklik, değişiklikten önce “evlat edinen ana baba”nın çocuğunun statüsünü alacağının belirtilmesine karşılık; değişiklik ile “evlat edinen kişiler”in çocuğunun hukuki statüsünü alacağının belirtilmesidir.

ZGB Art. 267/2 hükmünde evlat edinilen kişinin soybağı durumu düzenlenmiştir. Değişiklikten önceki ZGB Art. 267/2 evlat edinilenin şimdiye kadar olan soybağının sona ereceğini ve evlat edinilen kişinin ana babasından birinin evlat edinen kişi ile evlenmesi halinin saklı olduğunu hükme bağlamıştı. Yapılan değişiklik sonucunda söz konusu hükümler ZGB Art. 267/2 ve Art. 267/3'te düzenlenmiştir. ZGB Art. 267/2'de evlat edinilenin şimdiye kadar olan soybağının sona ereceğini düzenlemiştir. Görüldüğü üzere değişiklikten sonraki hüküm eski hüküm ile aynıdır. Değişiklikten sonra, ZGB Art. 267/3 hükmüne göre evlat edinilen kişinin ana veya babasından evlat edinen ile evli olan, kayıtlı birliktelik yaşayan veya fiili yaşam ortaklığı sürdüren ile arasında soybağının sona ermeyeceği hükme bağlanmıştır. Hükümün getirmiş olduğu değişikliklerden biri de düzenlemenin ifade tarzıdır. Değişiklikten önce bu istisna durumu “saklı kalma (*vorbehalten bleibt*)” şeklinde ifade edilmiş, değişiklik ile getirilen düzenlemede ise bu durum “soybağının sona ermeyeceği (*Das Kindesverhältnis erlischt nicht*)” biçiminde yer almıştır. Diğer bir değişiklik ise soybağının devam etmesini mümkün kılacak haller kapsamına evli olmanın yanı sıra evlilik dışı birliktelikler de katılmıştır.

2. Evlat Edinilenin Adı

Evlat edinme sonucunda evlat edinilenin adının akıbetine ilişkin hüküm değişiklikten önce evlat edinmenin genel sonuçlarını düzenleyen ZGB Art. 267'de üçüncü fıkra olarak düzenlenmişti. Değişiklik ile evlat edinilenin adı ayrı bir madde olarak ZGB Art. 267a⁵⁶ da düzenlenmiştir.

56 ZGB Art. 267a:

1 Bei der gemeinschaftlichen Adoption und bei der Einzeladoption kann dem minderjährigen

Değişiklikten önceki ZGB Art. 267/3'e göre evlat edinme ile çocuğa yeni bir ad verilebilmekteydi. Değişiklikten sonra ZGB Art. 267a hükmü ile evlat edinilenin adı hususu dört fıkra halinde düzenlenmiştir. ZGB Art. 267a/1 hükmünün ilk cümlesine göre, birlikte evlat edinmede ve tek başına evlat edinmede önemli sebeplerin varlığı halinde küçük çocuğa yeni bir ad verilebilir. Fıkranın ikinci cümlesine göre yeni bir ad verilmesinin öncesinde ise çocuğun yaşı veya diğer önemli sebepler aksini göstermedikçe çocuk yetkili makam (Çocuk Koruma Dairesi) ya da görevlendirilmiş bir üçüncü kişi vasıtasıyla uygun biçimde kişisel olarak dinlenir. Fıkranın üçüncü cümlesine göre ise çocuk eğer en az on iki yaşında ise değişiklik onun muvafakatini gerektirmektedir. ZGB Art. 267a'da ZGB Art. 270b'ye uygun olarak, on iki yaşını doldurmuş olan çocuğun adının değiştirilmesinde rızasının olması gerektiği gibi ayrıca on iki yaşında olan çocuğun da rızasının aranacağı ifade edilmiştir⁵⁷. Bunun yanı sıra ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun da en azından dinlenmesi gerektiği vurgulanmıştır⁵⁸.

ZGB Art. 267a/2 fıkrasının ilk cümlesine göre çocuğun soyadı soybağının hükümleri uyarınca belirleneceği; ikinci cümlede ise bu hükümlerin çocuğun ana veya babasının kayıtlı birliktelik yaşadığı kişiler hakkında da uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir olduğu ifade edilmiştir.

ZGB Art. 267a/3 hükmünde yetkili makâmın (Çocuk Koruma Dairesi) evlat edinilen ergin kişiye önemli sebeplerin varlığı halinde şimdiye kadarki soyadını kullanmaya devam etmesine izin verebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün, isim ve kişilik hakkı arasında sıkı bağlantı gören ve bu anlamda ZGB Art. 30/1'deki önemli sebep kavramını karşılayan ve evlat edinmeden sonra mevcut adın kullanılmasına devam edilmesine ilişkin Federal Mahkeme kararları ile uyumlu olduğu vurgulanmıştır⁵⁹.

ZGB Art. 267a/4 hükmünde ise evlat edinilen ergin kişinin adının değişme-

Kind ein neuer Vorname gegeben werden, wenn achtenswerte Gründe vorliegen. Vorher wird das Kind durch die zuständige Behörde oder eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Ist das Kind mindestens zwölf Jahre alt, so bedarf die Änderung seiner Zustimmung.

2 Der Name des Kindes bestimmt sich nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses. Diese gelten bei der Adoption des Kindes durch die eingetragene Partnerin seiner Mutter oder den eingetragenen Partner seines Vaters sinngemäss.

3 Die zuständige Behörde kann einer zu adoptierenden volljährigen Person die Weiterführung des bisherigen Namens bewilligen, wenn achtenswerte Gründe vorliegen.

4 Die Namensänderung einer zu adoptierenden volljährigen Person hat keine Auswirkungen auf die Namensführung von Personen, deren Name sich aus dem bisherigen Namen der zu adoptierenden Person ableitet, es sei denn, diese stimmen einer Namensänderung ausdrücklich zu.

57 Botschaft, s. 929.

58 Botschaft, s. 929.

59 Botschaft, s. 929.

sinin, adlarının evlat edinilen kişinin mevcut adından geldiği kişilerin adlarını kullanmalarına -bu kişilerin açık bir rızası olmadıkça- bir etkisinin olmayacağına yer verilmiştir. Diğer bir ifade ile bu hükme göre, evlat edinilen kişinin adının değişmesinin kural olarak evlat edinilen kişi ile olan ilişkisi nedeniyle (örneğin altsoyu) aynı adı taşıyan kişilere bir etkisi olmayacak, onlar yine mevcut adlarını taşıyabilecektir. Ancak bu kişiler evlat edinilen kişinin soyadının değişmesi sonucunda kendi soyadlarının da açıkça değişmesine muvafakatlarını beyan ederler ise bu durumda bu kişilerin de soyadı değişecektir.

3. Evlat Edinilenin Vatandaşlığı

Evlat edinilenin vatandaşlığı değişiklikten önce ZGB Art. 267/a'da iki fıkra halinde düzenlenmiş iken değişiklik ile ZGB Art. 267b⁶⁰ olarak tek fıkra halinde düzenlenmiştir.

Değişiklikten önceki ZGB Art. 267a/1 uyarınca küçük çocuğun şimdiye kadar ki kanton ve belediye vatandaşlığı yerine adını taşıdığı evlat edinen ana veya babanın kanton ve belediye vatandaşlığını alacağı belirtilmişti. ZGB Art. 267a/2 hükmünde ise eşlerden birinin diğerinin küçük çocuğunu evlat edinmiş ise adını taşıdığı ana babanın kanton ve belediye vatandaşlığına sahip olacağı ifade edilmişti. Değişiklikten sonraki ZGB Art. 267b hükmünde ise küçük çocuğun vatandaşlığının soybağının hükümleri uyarınca belirleneceği ifade edilmiştir. Buna göre söz konusu duruma ZGB Art. 271 hükmü uygulanacaktır.

D. Evlat Edinme Usulü

1. Genel Olarak

Evlat edinmenin usulüne ilişkin olan ZGB Art. 268⁶¹ hükmü değişiklikten önce üç fıkradan oluşurken değişiklik ile birlikte bu sayı beşe çıkmıştır.

Değişiklikten etkilenmeyen ZGB Art. 268/1 hükmünde evlat edinmeye, ev-

60 ZGB Art. 267b:

Das Bürgerrecht des minderjährigen Kindes bestimmt sich nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses.

61 ZGB Art. 268:

1 Die Adoption wird von der zuständigen kantonalen Behörde am Wohnsitz der Adoptiveltern ausgesprochen.

2 Die Adoptionsvoraussetzungen müssen bereits bei der Einreichung des Gesuchs erfüllt sein.

3 Ist das Gesuch eingereicht, so hindert Tod oder Eintritt der Urteilsunfähigkeit der adoptierenden Person die Adoption nicht, sofern die anderen Voraussetzungen weiterhin erfüllt sind.

4 Wird das Kind nach Einreichung des Gesuchs volljährig, so bleiben die Bestimmungen über die Adoption Minderjähriger anwendbar, wenn deren Voraussetzungen vorher erfüllt waren.

5 Der Adoptionsentscheid enthält alle für die Eintragung in das Personenstandsregister erforderlichen Angaben betreffend den Vornamen, den Namen und das Bürgerrecht der adoptierten Person.

lat edinmek isteyen ana babanın yerleşim yerindeki yetkili kantonal makamın karar vereceği düzenlenmiştir⁶². Bu resmi makamın hangi makam olduğu kanton hukukuna bırakılmıştır⁶³.

Değişiklikten sonraki ZGB Art. 268/2'ye göre evlat edinme şartlarının başvuru sırasında bulunulduğu esnada yerine getirilmiş olmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm yapılan değişiklik ile ZGB'ye eklenmiş olan yeni bir hükümdür. Söz konusu hükmün uygulamada henüz başvuru aşamasında başvuru şartları gerçekleşmemiş olsa bile özellikle bakım ve gözetim süresinin başvuru tarafından evlat edinme prosedürü devam ederken tamamlamayı tercih ettikleri dikkate alınarak getirildiği ifade edilmiştir⁶⁴.

Değişiklik ile ZGB Art. 268/3 olarak Kanunda yer alan ve içerik olarak aynı kalan önceki ZGB Art. 268/2 hükmünde başvurunun yapılmış olmasından sonra evlat edinen kişinin ölümünün veya ayırt etme gücünü kaybetmiş olmasının, diğer şartlar gerçekleşmiş ise evlat edinmeye engel olmayacağı kabul edilmiştir.

Benzer şekilde değişiklikten sonra ZGB Art. 268/4 olarak Kanun'da yer alan ve içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmayan eski ZGB Art. 268/3 hükmünde, evlat edinme talebinde bulunulmasından sonra çocuğun ergin olması halinde küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin kanuni şartların yerine getirilmiş olması şartıyla küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümlerin uygulanmaya devam edeceği belirtilmektedir.

ZGB Art. 268/5 hükmü ise değişiklik ile Kanuna eklenen bir hükümdür. Bu hüküm evlat edinme kararının içeriğine ilişkindir. Söz konusu fıkra uyarınca, evlat edinme kararının kişisel durum siciline kayıt için evlat edinilen kişinin ön adı, soy adı ve vatandaşlığı ile ilgili gerekli bütün bilgileri içereceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükmün getirilmesine sebep olarak, belirtilen hususların tamamına uygulamada evlat edinme kararlarında çoğunlukla yer verilmediği ve bunun da kişisel durum siciline kayıta belirsizlikler ve uyuşmazlıklar oluşturduğu gösterilmiştir⁶⁵.

62 29 Haziran 2011 tarihli Evlat Edinme Tüzüğü, *Verordnung über die Adoption (Adoptionsverordnung, AdoV)*, Art. 2/2 evlat edinmede kantonal makamların görev ve yetkilerini düzenlemiştir. Bunlar; 1. Evlat Edinme ve Uluslararası Evlat Edinmede Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemlere Dair Haag Andlaşması m.3'te sayılan görevleri yerine getirmek; 2. Çocukların evlat edinilmesinde onay sürecini yürütmek; 3. Evlat edinme sürecinin tamamlanmasına kadar refakat, gözetim ve bakım görevini yerine getirmek; 4. Bakanlığa bilgi ver görüş sunmak; evlat edinme konusunda aracılık mercii, istatistiksel veriler ve masraf konusunda karar vermek.

63 Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Vierte Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2010, s. 277.

64 Botschaft, s. 930.

65 Botschaft, s. 930.

Evlat edinmeye karar vermeye yetkili makam konusunda İsviçre ve Türk Hukuklarında farklılık mevcuttur. TMK m. 315/1 hükmüne göre, evlatlık ilişkisi mahkeme kararı ile kurulmuş sayılır. Buna karşılık 1972 yılında yapılan değişiklikten bu yana İsviçre'de bu yetki kanton hukuklarında belirtilen idari makamlardadır.

2. Araştırma

ZGB Art. 268a⁶⁶ hükmü değişiklikten önce üç fıkradan oluşmakta iken yeni düzenlemede bu madde eski ZGB Art. 268a/3'ün Kanun'dan çıkarılması ile iki fıkradan ibaret kalmıştır. Maddenin değişiklik yapılmayan ilk ve ikinci fıkralarında evlat edinme konusunda yapılacak araştırma ve bu araştırmada dikkat edilmesi gereken hususların neler olduğu düzenlenmiştir.

Değişiklikten önceki ZGB Art. 268a/3'teki hükme ZGB Art. 268a^{quater}/1'de yer verilmiştir. Bu hüküm aşağıda ele alınacaktır. Söz konusu hükümde, evlat edinen ana babanın alt soyunun bulunması halinde bu kişilerin evlat edinmeye dair görüşünün alınacağı ifade edilmiştir.

3. Çocuğun Dinlenmesi

Çocuğun dinlenmesine ilişkin ZGB Art. 268a^{bis67}, değişiklikle gelen yeni bir maddedir. ZGB Art. 268a^{bis}/1 hükmünde çocuğun, yaşı veya diğer önemli sebepler aksini göstermedikçe, evlat edinme prosedüründe yetkili kantonal makam tarafından veya görevlendirilmiş bir üçüncü kişi tarafından uygun biçimde kişisel olarak dinleneceği düzenlenmiştir. Bu hükümle çocuk evlat edinme bakımından ayırt etme gücüne sahip olmasa ve bundan dolayı öngörülen usulde rızasını açıklayamasa bile dinlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır⁶⁸.

ZGB Art. 268a^{bis}/2'de çocuğun dinlenmesi ile ilgili olarak tutanak tutulacağı ifade edilmiştir.

66 ZGB Art. 268a:

1 Die Adoption darf erst nach umfassender Untersuchung aller wesentlichen Umstände, nötigenfalls unter Beizug von Sachverständigen, ausgesprochen werden.

2 Namentlich sind die Persönlichkeit und die Gesundheit der adoptionswilligen Personen und des Kindes, ihre gegenseitige Beziehung, die erzieherische Eignung, die wirtschaftliche Lage, die Beweggründe und die Familienverhältnisse der adoptionswilligen Personen sowie die Entwicklung des Pflegeverhältnisses abzuklären.

3 ... (Aufgehoben)

67 ZGB 268a^{bis}:

1 Das Kind wird durch die für das Adoptionsverfahren zuständige kantonale Behörde oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen.

2 Über die Anhörung ist Protokoll zu führen.

3 Das urteilsfähige Kind kann die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde anfechten.

68 Botschaft, s. 930.

ZGB Art. 268a^{bis}/3'te ise ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun dinlemeden kaçınma kararına itiraz edebileceği düzenlenmiştir.

4. Çocuğun Temsili

Evlad edinme prosedüründe çocuğun temsili hususu yapılan kanun değişikliğinde getirilen yeni bir düzenleme olan ZGB Art. 268a^{ter}69 maddesinde düzenlenmiştir. Madde üç fıkradan müteşekkil olup, ilk fıkrasında evlat edinme prosedüründe yetkili kantonal makamın gerekli olması halinde çocuğun temsiline karar vereceğini ve bakım ve hukuki konularda tecrübeli bir kişiyi tayin etmesini düzenlemiştir. Söz konusu hükümde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Konvansiyonu Art. 12'ye uygun olarak gerekli görüldüğünde çocuğun temsil edileceği (kayım ataması) düzenlenmiştir⁷⁰. Bu durumun üvey çocuğun evlat edinilmesinde çocuğun menfaatlerinin ana veya babası tarafından yeterli şekilde korunmadığı durumlarda da geçerli olabileceği ifade edilmiştir⁷¹. Bunun gibi üvey çocukların evlat edinilmesinde de öz ana baba arasında önemli anlaşmazlık ve baskı durumları bulunabileceği; bu nedenle de çocuğa bir temsilci (kayım) atanmasının doğru olacağı ifade edilmiştir⁷².

Art. 268a^{ter}/2'de ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun temsili için talepte bulunması durumunda buna karar verilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

Art. 268a^{ter}/3'te ise ayırt etme gücüne sahip küçüğün temsilci (kayım) atanmamasına karar verilmemesi halinde bu karara itirazda bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

5. Aile Üyelerinin Görüşünün Alınması

Evlad edinme ilişkisinin taraflarının yakınlarının evlat edinme konusundaki görüşünün alınması ZGB Art. 268a^{quater}73'de üç madde halinde düzenlenmiştir.

69 ZGB Art. 268a^{ter}:

1 Die für das Adoptionsverfahren zuständige kantonale Behörde ordnet wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Vertretung eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person.

2 Stellt das urteilsfähige Kind Antrag auf eine Vertretung, so ist diese anzuordnen.

3 Das urteilsfähige Kind kann die Nichtanordnung mit Beschwerde anfechten.

70 Botschaft, s. 931. Ayrıca bkz. Botschaft, s. 912.

71 Botschaft, s. 931.

72 Botschaft, s. 912.

73 ZGB Art. 268a^{quater}:

1 Haben die adoptionswilligen Personen Nachkommen, so ist deren Einstellung zur Adoption zu würdigen.

2 Vor der Adoption einer volljährigen Person zusätzlich zu würdigen ist die Einstellung:

1. des Ehegatten oder der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners der zu adoptierenden Person;

Maddenin ilk fıkrasında kısmen değişiklik yapılmıştır. Bunun dışında getirilen düzenlemeler yenidir.

ZGB Art. 268a^{quater}/1 hükmünde evlat edinmek isteyen kişilerin alt soynun bulunması halinde bu kişilerin evlat edinmeye dair görüşünün alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu fıkra değişiklikten önce ZGB Art. 268a/3 olarak ZGB'de yer almaktaydı. Bu fıkrada yapılan değişiklik, amaca uygun biçimde “evlat edinen ana baba (*Adoptiveltern*)” ibaresi yerine “evlat edinmek isteyen kişiler (*adoptionswilligen Personen*)” ibaresinin kullanılması olmuştur.

ZGB Art. 268a^{quater}/2'de ise evlat edinilen kişinin ergin bir kişi olması durumunda ZGB Art. 268a^{quater}/1'e ek olarak evlat edinmeden önce görüşünün alınması gereken kişilerin kimler olduğu düzenlenmiştir. Fıkrada bu kişilerin kimler olduğu üç bent halinde belirtilmiştir.

ZGB Art. 268a^{quater}/2 bent 1 uyarınca evlat edilecek kişinin eşi veya kayıtlı birliktelik yaşadığı kişinin; ZGB Art. 268a^{quater}/2 bent 2 uyarınca evlat edinilen kişinin öz ana babasının; ZGB Art. 268a^{quater}/2 bent 3 uyarınca ise yaşları veya diğer önemli sebepler aksini göstermedikçe evlat edinilen kişinin altsoyunun evlat edinme konundaki görüşü alınması gereklidir.

Görüşünün alınması gereken kişiler açısından dikkat çeken bir husus, ergin bir kişinin altsoyunun varlığını Kanun koyucunun bir evlat edinme engeli olmaktan çıkarıp, altsoyunu sadece görüşü alınacak kişiler konumuna getirmiş olmasıdır. Zira değişiklikten önce ZGB Art. 266 uyarınca evlat edinenin alt soynun bulunmaması evlat edinmenin bir şartını oluşturmaktaydı. Kanun koyucu evlat edinme şartı olmaktan çıkarması sebebiyle ergin kişinin evlat edilmesini kolaylaştırmış, buna karşılık ergin kişinin altsoyunun da görüşünün alınmasına yeni düzenlemede yer vermek suretiyle bu kişileri tamamen etkisiz hale getirmekten de kaçındığı görülmektedir.

ZGB Art. 268a^{quater}/3 hükmünde ise evlat edinme kararının mümkün ise maddede sayılan ve fikirleri alınması gereken kişilerle paylaşılması düzenlenmiştir. Küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin prosedürün tamamlanmış bulunduğundan öz ana babanın haberdar olmayabileceği; bu durumun miras hukuku bakımından önem arz sebebiyle evlat edinme kararının ilgililere bildirilmesinde menfaatleri bulunduğu ifade edilmiştir⁷⁴.

2. der leiblichen Eltern der zu adoptierenden Person; und

3. der Nachkommen der zu adoptierenden Person, sofern nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen.

3 Der Adoptionsentscheid ist diesen Personen, sofern möglich, mitzuteilen.

74 Botschaft, s. 931.

E. Evlat Edinmenin Gizliliği

Evlat edinmenin gizliliği ZGB Art. 268b⁷⁵'de düzenlenmiştir. Değişiklikten önce evlat edinmenin gizliliği tek fıkrada düzenlenmiş iken değişiklik ile üç fıkrada ve daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Değişiklikten önceki maddede evlat edinen ana babanın muvafakati olmaksızın bu kişilerin, çocuğun öz ana babasına açıklanamayacağı düzenlenmişti. Bu hükmün geçmişte 1972 revizyonunda, tam evlat edinmeye (*volladoption*) dair yeniliğe destek olmak ve öz ana babanın çocuk ve evlat edinen ana baba arasındaki ilişkiye müdahalesine engel olmak için kabul edildiği ifade edilmiştir⁷⁶. Yakın zamanlarda ise tam evlat edinmenin mutlak yapısının ve bununla aynı zamanda evlat edinmenin gizliliğinin kaldırılması veya en azından yumuşatılması üzerindeki tartışmalar artmıştır⁷⁷. Bu kapsamda evlat edinme durumunda bile öz ana baba ile veya diğer eski akrabalar ile irtibatın çocuğun menfaatine olabileceği ifade edilmiştir⁷⁸.

Değişiklikten sonraki ZGB Art. 268b/1 uyarınca evlat edinilen çocuğun ve evlat edinen ana babanın evlat edinmenin gizliliğinin korunmasını talep etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu, değişiklik ile birlikte getirilmiş yeni bir hükümdür. Bu fıkra ile evlat edinmenin gizliliğine ilişkin kanuni kuralın, içerik ve kapsama ilişkin temel bir hüküm ile tamamlandığı ifade edilmiştir⁷⁹.

Değişiklikten sonraki ZGB Art. 268b/2 hükmü, değişiklikten önceki hüküm gibi çocuğun öz ana babasına bilgi verilmesini ele almakla beraber, yeni hüküm çok daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre küçük çocuğun ve onun evlat edineni olan ana babanın kimliğini belirtici bilgiler, ancak çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması ve hem evlat edinen ana babanın hem de çocuğun açıklamaya rıza göstermesi halinde öz ana babaya açıklanabilir. Görüldüğü üzere eski hükümde sadece evlat edinen ana babanın açıklanması ve bunun için sadece onların rızasının gerekmesi söz konusuydu. Yeni düzenlemede bu kapsama çocuk hakkında bilgiler ve ayırt etme gücüne sahip olması durumunda onun

75 ZGB Art. 268b:

1 *Das Adoptivkind und die Adoptiveltern haben Anspruch auf Wahrung des Adoptionsgeheimnisses.*

2 *Identifizierende Informationen über das minderjährige Kind oder über seine Adoptiveltern dürfen den leiblichen Eltern nur bekannt gegeben werden, wenn das Kind urteilsfähig ist und die Adoptiveltern sowie das Kind der Bekanntgabe zugestimmt haben.*

3 *Identifizierende Informationen über das volljährige Kind dürfen den leiblichen Eltern sowie deren direkten Nachkommen bekannt gegeben werden, wenn das Kind der Bekanntgabe zugestimmt hat.*

76 Botschaft, s. 913.

77 Botschaft, s. 913.

78 Botschaft, s. 913.

79 Botschaft, s. 932.

da rızasının aranması da dahil olmuştur. Çocuk ayırt etme gücüne sahip olmadan bilgi verilmesi mümkün değildir⁸⁰. Ayrıca verilecek bilgiler “kimliği belirtici bilgiler (*identifizierende Informationen*)” şeklinde düzenlenerek, kapsayıcı bir korumanın sağlanmasının amaçlandığı görülmektedir. Bu kavramdan anlaşılması gerekenin, hakkında bilgi sorulan kişiye dair doğrudan çıkarsama yapılacak bilgiler olduğu ifade edilmiştir⁸¹. Söz konusu bilgi kişinin açık kimliği olabileceği gibi kişinin onun vasıtasıyla kolaylıkla bulunabileceği bilgiler de olabilir⁸². Gerekçede bu son duruma örnek olarak, bir köyde doktorluk yapan evlat edinilen babanın yaşadığı köyün ve mesleğinin bilgisinin verilmesi gösterilmiştir⁸³.

ZGB Art. 268b/3 hükmünde ise ergin bir çocuk hakkında bilginin verilmesi hususu düzenlenmiştir. Buna göre, ergin çocuğun kimliğini belirtici bilgiler çocuğun açıklamaya rıza göstermesi halinde hem öz ana babasına hem de doğrudan altsoyuna açıklanabilir. Görüldüğü üzere kanun koyucu ergin bir evlat edinilenin varlığı halinde onu evlat edinilen kişilerin rızasını aramamış, sadece evlat edinilenin rızasının varlığını yeterli görmüştür. Altsoyuna açıklanmasının gerekçesi olarak uygulamanın, kişilerin evlat edinilmesine izin verilen kardeşleri üzerinde ve nerede buldukları hakkında bilgi sahibi olmalarında menfaatlerinin bulunduğunu gösterdiği; öz ana babanın ölmesi halinde bu kişilerin talepte bulunanların ortak ana babalarını bulmaları veya onlar hakkında bilgi almalarına dair hukuki bir talep ve dolayısıyla şansları kalmadığı vurgulanmıştır⁸⁴.

F. Evlat Edinme, Öz Ana Baba ve Altsoy Hakkında Bilgi

ZGB Art. 268c⁸⁵ maddesinde evlat edinme konusunda bilgi verilmesi hususu düzenlenmiştir. Değişiklikten önceki gibi üç fıkradan oluşan maddenin başlığında ve içeriğinde değişiklikler yapılmıştır. Değişiklikten önce “Öz Ana Ba-

80 Botschaft, s. 932.

81 Botschaft, s. 932.

82 Botschaft, s. 932.

83 Botschaft, s. 932.

84 Botschaft, s. 914.

85 ZGB Art. 268c:

1 Die Adoptiveltern haben das Kind entsprechend seinem Alter und seiner Reife über die Tatsache seiner Adoption in Kenntnis zu setzen.

2 Das minderjährige Kind hat Anspruch auf Auskunft über seine leiblichen Eltern, soweit dadurch keine Rückschlüsse auf deren Identität möglich sind. Identifizierende Informationen erhält es nur, wenn es ein schutzwürdiges Interesse nachweisen kann.

3 Das volljährige Kind kann jederzeit verlangen, dass ihm die Personalien seiner leiblichen Eltern und weitere Informationen über diese bekannt gegeben werden. Ausserdem kann es verlangen, dass ihm Informationen über direkte Nachkommen seiner leiblichen Eltern bekannt gegeben werden, wenn die Nachkommen volljährig sind und der Bekanntgabe zugestimmt haben.

banın Kimlik Bilgileri Hakkında Bilgi” olan madde başlığı, “Evlat Edinme, Öz Ana Baba ve Altsoyu Hakkında Bilgi” şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklikten sonra maddenin ilk fıkrasında evlat edinenlerin çocuğa bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Değişiklikten önceki ilk fıkra değişiklikten sonraki ikinci ve üçüncü fıkra olarak ve daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Değişiklikten önceki maddenin ikinci fıkrası değişiklik ile Kanundan çıkarılmış, üçüncü fıkra ise başka bir maddeye aktarılmıştır.

ZGB’den çıkarılan, değişiklikten önceki ZGB Art. 268c/2’de kendisi hakkında bilgi verilmesi talep edilen ana babanın konu hakkında bilgilendirilmesi ve onların evlatlık verdikleri çocukları ile irtibat kurmayı reddetmeleri halinde ne şekilde hareket edileceği düzenlenmişti. Değişiklikten önceki ZGB Art. 268c/2’nin birinci cümlesinde talep edilen bilgiye sahip olan makamın veya merciinin bilgiyi paylaşmadan önce öz ana babaya mümkün olduğu ölçüde bilgi vermesi gerektiği düzenlenmişti. Fıkranın ikinci cümlesinde ise bu kişilerin kişisel irtibatı reddetmeleri halinde, çocuğa buna dair bilgi verilmesinin ve öz ana babanın kişilik hakkına çocuğun dikkatinin çekilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmişti. Değişiklikten sonra söz konusu hüküm ZGB Art. 268d/3 olarak düzenlenmiştir.

Değişiklikten önceki ZGB Art. 268c/3 ise ZGB Art. 268d/4 olarak yeniden düzenlenmiştir.

Değişiklikten önceki ZGB Art. 268c/1 hükmü, çocuğun on sekiz yaşını doldurması halinde öz ana babasının kimlik bilgilerini her zaman talep edebileceğini; korunmaya değer menfaatinin bulunması halinde ise daha önce de bilgi talep edebileceğini düzenlenmişti. Yukarıda da belirtildiği üzere bu hüküm değişiklikten sonra ZGB Art. 268c/2 ve ZGB Art. 268c/3 olarak iki farklı hükümde düzenlenmiştir.

Değişiklik ile getirilmiş yeni bir hüküm olan ZGB Art. 268c/1 çocuğun evlat edinme hakkında bilgilendirilmesine ilişkin olarak onu evlat edinenlere getirilen bir yükümlülüğü düzenlemiştir. Bu hükme göre evlat edinen ana babanın çocuğa yaşına ve olgunluğuna uygun olarak evlat edinme olayı hakkında bilgi vermek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere değişiklikten önce evlat edinme hakkında bilginin talep edilmesi halinde verilmesinin düzenlemesine karşın, değişiklikten sonra bu husus bir zorunluluk haline getirilmiştir. Ayrıca çocuğun talebi bir şart olmaksızın çıkarılmıştır. Söz konusu talebin İsviçre Federal Anayasası Art. 10 uyarınca kişinin kökenini bilme hakkının bir parçası olduğu ifade edilmiştir⁸⁶. Madde

86 Botschaft, s. 932.

gerekçesinde söz konusu bilgi vermenin ne zaman ve ne şekilde olacağını evlat edinen ana babanın serbestçe seçebilecekleri vurgulanmıştır⁸⁷. Bunun dışında evlat edinen ana babanın bu konudaki ihmeline hükümde bir sonucun bağlanmadığına da işaret edilmiştir⁸⁸. Diğer yandan ZGB Art. 268c hükmünde ergin çocuğun kökenini bilmeye ilişkin mutlak bir hakkı olmasına karşın öz ana babanın çocuğun kimliğini bilmeye ilişkin sınırlı bir talep hakkı bulunduğu belirtilmiştir⁸⁹. Söz konusu farklılığın gerekçeleri olarak çocuğun menfaatinin üstünlüğü ve öz ana babanın irtibata geçebilme için gerekli bilgileri öğrenmelerine ilişkin anayasal bir hakkın bulunmaması gösterilmiştir⁹⁰.

Değişiklikten sonraki ZGB Art. 268c/2'nin ilk cümlesinde küçük çocuğun, kimlikleri hakkında bir sonuca varamaması halinde, öz ana babasına dair bilgi talebinde bulunma hakkının bulunduğu ifade edilmiştir. Fıkranın ikinci cümlesinde ise kimlik belirtici bilgilerin ancak korunmaya değer menfaatin ispatlanması durumunda alınabileceği düzenlenmiştir.

Değişiklikten sonraki ZGB Art. 268c/3'ün ilk cümlesinde ergin bir çocuğun, öz anne babasının kimlik bilgilerinin ve onlar hakkındaki diğer bilgilerin kendisine açıklanmasını isteyebileceği belirtilmiştir. Fıkranın ikinci cümlesinde ise bu kişiye öz ana babasının doğrudan mirasçılarının, bu kişiler ergin ise ve rızaları bulunmakta ise, açıklanmasının talep edilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu fıkranın ergin çocuğun öz ana babasının kimlik bilgilerine ilişkin mutlak talebini içerdiği ifade edilmiştir⁹¹. İlgili makamın, kimlik bilgilerinin açıklanmasından önce mümkün olması halinde öz ana baba ile irtibata geçeceği ve öz ana babanın kendileri ile temas kurulmasını istememesi halinde kimlik bilgilerinin açıklanmasını reddetme hakkının kişilik hakkı kapsamında mevcut olduğu gerekçede vurgulanmıştır⁹².

Görüldüğü üzere İsviçre Medeni Kanunu'nun evlatlığın öz ana babası arasındaki ilişkinin sonradan kurulmasında iki tarafın da hak ve menfaatlerini dikkate alan yaklaşımı söz konusudur. Bir taraftan çocuğun kökenini bilme anayasal hakkının korunması temin edilmiş diğer taraftan bu ilişkiyi kurmaktan kaçınmak istemeleri halinde ana babanın kişilik hakları gerekçe gösterilerek çocuğun talebine sınırlama getirilmiştir. Türk Medeni Kanunu ise İsviçre düzenlemesinden farklı olarak çocuğun öz ana babası ile soybağı ilişkisini bü-

87 Botschaft, s. 932.

88 Botschaft, s. 932.

89 Botschaft, s. 914.

90 Botschaft, s. 914.

91 Botschaft, s. 933.

92 Botschaft, s. 933.

tünüyle koparmamıştır. TMK m. 314/5 gereğince miras veya başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için nüfus sicilinde naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinmenin aile kütüğüne evlat edinme bilgisi düşülmek suretiyle her türlü bağın kurulmasına imkân tanınmıştır. Çocuğun kökenini öğrenme hakkı kişisel ilişki kurulmasından kaçınmak isteyen ana babanın kişilik hakkından yeğ tutulmuştur. Kanaatimizce kanunumuzun sistemi çocuk yararı ilkesini daha isabetli biçimde korumaktadır.

G. Kantonal Bilgi Mercii ve Arama Hizmeti

Değişiklik ile ZGB'ye eklenen Art. 268d⁹³ maddesinde evlat edinme ilişkisinin tarafları olan kişiler hakkında bilgi paylaşımı, bunun hangi makamlar tarafından yapılacağı ve hangi koşullarla yapılabileceği düzenlenmiştir.

ZGB Art. 268d/1 hükmü öz ana baba, bunların alt soyu ve çocuk hakkında bilginin evlat edinme sürecinde yetkili kantonal makam tarafından verileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde bir makamın görevlendirilmesinin gerekçesi olarak, araştıran kişilerin evlat edinme hakkında bilgi sahibi olmasının kolaylaştırılması olduğu ifade edilmiştir⁹⁴. Söz konusu görev için en elverişli olanın ise evlat edinme sürecinde yetkili olan kurum olduğu ifade edilmiştir⁹⁵.

ZGB Art. 278d/2 hükmü uyarınca ise ilgili makamın, bilgi talebinden etkilenen kişiyi bilgilendireceği ve gerekli olması halinde talepte bulunan kişi ile irtibata geçmek konusunda rızasını alacağı ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kantonal makamın bu görevi özel bir arama servisine devredebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm bir bilgi talebinde bulunulması halinde ne şekilde hareket edileceğini düzenlemektedir⁹⁶.

ZGB Art. 268d/3 hükmü değişiklikten önce ZGB Art. 268c/2'de düzenlenmişti. Değişik ile getirilen mevcut hükme göre, bilgi talebinden etkilenen kişinin kişisel irtibatı reddetmesi halinde, kantonal makamın veya arama servisinin ta-

93 ZGB Art. 268d:

1 Auskunft über die leiblichen Eltern, über deren direkte Nachkommen sowie über das Kind erteilt die für das Adoptionsverfahren zuständige kantonale Behörde.

2 Die Behörde informiert die vom Auskunfts-gesuch betroffene Person über das Gesuch und holt, wo nötig, deren Zustimmung zur Kontaktaufnahme mit der gesuchstellenden Person ein. Sie kann diese Aufgaben an einen spezialisierten Suchdienst übertragen.

3 Lehnt die vom Auskunfts-gesuch betroffene Person den persönlichen Kontakt ab, so informiert die Behörde oder der beauftragte Suchdienst die gesuchstellende Person darüber und macht diese auf die Persönlichkeitsrechte der vom Auskunfts-gesuch betroffenen Person aufmerksam.

4 Die Kantone bezeichnen eine Stelle, welche die leiblichen Eltern, deren direkte Nachkommen sowie das Kind auf Wunsch beratend unterstützt.

94 Botschaft, s. 933.

95 Botschaft, s. 933.

96 Botschaft, s. 933.

lepte bulunan kişiyi bu hususta bilgilendireceğini ve ayrıca o kişinin dikkatini, söz konusu hususun bilgi talebinden etkilenen kişinin kişilik hakkına ilişkin olduğuna çekeceği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde öz ana babanın çocukla irtibatı reddetmesi halinde bile çocuğun, ana babasının kendi doğumu esnasındaki kimlik bilgilerini alma hakkının bulunduğu, çocuğunun kökenini bilme hakkı vurgulanarak ifade edilmiştir⁹⁷. Çocuğun kimlik belirtici bilgilerin açıklanmasını reddetmesi durumunda ise herhangi bir bilginin verilmeyeceği belirtilmiştir⁹⁸.

Değişiklikten önce ZGB Art. 268c/3'te yer verilmiş olan ZGB Art. 268d/4'te ise kantonların öz ana babanın, onların altsoyunun veya çocuğun isteği üzerine onlara, bilgi edinmek konusunda yönlendirerek gerekli desteği sağlayacak bir merciin tayin edilmesini düzenlenmiştir.

H. Öz Ana Baba ile Kişisel İlişki

Küçük çocuk ile öz ana baba arasında kişisel ilişkinin kurulması ve düzenlenmesine ilişkin ZGB Art. 268e⁹⁹ değişiklikten önce ZGB'de yer almayan yeni bir hükümdür.

ZGB Art. 268e/1'de kişisel ilişkinin kurulmasının koşulları belirtilmiştir. Fıkranın ilk cümlesinde, evlat edinen ana baba ve öz ana babanın, küçük çocuk ile öz ana baba arasında uygun kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin bir talep hakkının tanınmasını kararlaştırabileceği düzenlemiştir.

Fıkranın ikinci cümlesinde, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin anlaşmanın veya bunda yapılan değişikliğin çocuğun yerleşim yerindeki Çocuk Koruma Dairesi'nin onayına sunulması gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu anlaşmanın tek taraflı olarak değiştirilmesi veya sona erdirilmesi mümkün değildir¹⁰⁰. Söz konusu anlaşmanın büyük uyumsuzluk potansiyeli içeren karmaşık durumlara ilişkin olması sebebiyle, kişilerin farkında olmaksızın evlat edinmeden beklentilerinin sapma

97 Botschaft, s. 934.

98 Botschaft, s. 934.

99 ZGB Art. 268e:

1 Die Adoptiveltern und die leiblichen Eltern können vereinbaren, dass den leiblichen Eltern ein Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem minderjährigen Kind eingeräumt wird. Diese Vereinbarung sowie ihre Änderung sind der Kinderschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes zur Genehmigung zu unterbreiten. Die Kinderschutzbehörde oder eine beauftragte Drittperson hört das Kind vor dem Entscheid in geeigneter Weise persönlich an, sofern dessen Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Ist das Kind urteilsfähig, so bedarf die Vereinbarung seiner Zustimmung.

2 Ist das Kindeswohl gefährdet oder besteht Uneinigkeit über die Umsetzung der Vereinbarung, so entscheidet die Kinderschutzbehörde.

3 Das Kind kann den Kontakt zu den leiblichen Eltern jederzeit verweigern. Gegen seinen Willen dürfen die Adoptiveltern auch keine Informationen an die leiblichen Eltern weitergeben.

100 Botschaft, s. 934.

ihtimali bulunduğundan, Daire'nin anlaşmayı veya değişikliği onaylamadan önce ilgili kişilerin söz konusu anlaşma hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı sonuçların bilincinde olduklarını teyit etmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰¹.

Fıkranın üçüncü cümlesinde, karardan önce, Çocuk Koruma Dairesi'nin veya görevlendirilmiş bir üçüncü kişi tarafından, çocuğun yaşı veya diğer önemli sebepler aksini belirtmedikçe, uygun bir biçimde kişisel olarak dinlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Fıkranın son cümlesinde ise çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması durumunda kişisel ilişkinin onunu muvafakatini gerektireceği ifade edilmiştir.

ZGB Art. 268e/2'de çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesi veya anlaşmanın uygulanması hakkında taraflar arasında anlaşmazlık ortaya çıkması halinde Çocuk Koruma Dairesi'nin konu hakkında karar vereceği düzenlenmiştir. Evlat edinen ana babanın, öz ana baba ile kişisel irtibatının çocuğun menfaatinin zedelemesi durumunda veya tam tersine öz ana babanın, evlat edinen ana babanın anlaşmaya uymaması veya yanlış uygulaması halinde Daire'yi bu konuda bilgilendirmek zorunda olduğu belirtilmiştir¹⁰². Bu durumda Daire'nin çocuğun menfaatinin göz önüne alarak anlaşma hükümlerinin devam edip etmeyeceğine veya hangi biçimde devam edeceğine karar vereceği ifade edilmiştir¹⁰³.

ZGB Art. 268e/3'ün ilk cümlesine göre çocuğun öz ana babası ile irtibattan her zaman kaçınabileceği düzenlenmiştir. Fıkranın ikinci cümlesinde ise evlat edinen ana babanın, çocuğun isteği hilafına öz ana babasına bilgi vermeye devam edemeyecekleri ifade edilmiştir. Söz konusu fıkra ile söz konusu anlaşmanın varlığına rağmen çocuğun bu noktada bir yükümlülük altında olmadığı vurgulanmıştır¹⁰⁴. Ayrıca çocuğun iradesi hilafına, evlat edinen ana babanın öz ana babaya çocuğun karnesi, kişisel fotoğrafları gibi bilgileri de vermeye devam edemeyeceği ifade edilmiştir¹⁰⁵.

I. Evlat Edinmenin İptali

1. İptal Sebepleri

Evlat edinmenin iptali sebepleri iki madde halinde ZGB Art. 269 ve Art. 269a'da düzenlenmiştir. Kanun koyucu rızanın eksikliğini ve diğer eksiklikleri ayrı ayrı maddeler olarak düzenlenmiştir. İptal sebepleri yapılan değişiklikten etkilenmemiş mevcut halini muhafaza etmiştir.

101 Botschaft, s. 934.

102 Botschaft, s. 934.

103 Botschaft, s. 934.

104 Botschaft, s. 934.

105 Botschaft, s. 934.

2. Dava Açma Süresi

Dava açma süresine ilişkin olan ZGB Art. 269b'de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

J. Çocukların Evlat Edinilmesine Aracılık

Çocukların evlat edinilmesinde aracılık edilmesini düzenleyen ZGB Art. 269c herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.

Sonuç

İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler özetle şu başlıklarda toplanabilir: a. Evlat edinme talebinde bulunabilecek kişilerin çerçevesi genişletilmiştir. b. Birlikte evlat edinenlerin ortak hayat sürmeleri şartı getirilmiştir. c. Evlat edinme talebinde bulunanlarda aranan asgari yaş düşürülmüş; azami yaş öngörülmüş; asgari yaş ile beraber evlat edinenle evlatlık arasında bulunması gereken asgari yaş sınırlaması çocuk yararı gözetilerek göz ardı edilmesine imkân tanınmıştır. d. Öz ana babaya kişilik hakkı gerekçesiyle evlatlık verdikleri çocukla kişisel ilişki kurulmasından ve bilgi paylaşımından kaçınma hakkı verilmiştir.

İlk olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları doğrultusunda temel insan haklarını sağlamak gerekçesiyle eşcinsel birlikteliklerin ve evlilik benzeri birlikteliklerin de evlat edinmelerine izin verilmesi yerinde olmamıştır. Aile düşüncesinin batı toplumlarında uğradığı erozyon etkisiyle eşcinsel birlikteliklerin ve evlilik benzeri hayat ortaklıklarının, ancak bir ailenin sahip olması gereken hukuki statüye kavuşturulması bir çocuğun ruhsal gelişimi açısından sakıncalıdır. Toplumumuz bakımından çekirdek aile olarak tarif edilen ve anne, baba ve çocuklardan oluşan aile yerine yapay olarak ikame edilen ve aynı çatı altında bir arada, "aile gibi" yaşamaları beklenen bu yapı içerisinde sağlıklı nesillerin gelişmesi mümkün değildir. Yetişkinler bir yana özellikle çocukların kanaatimuzce insan tabiatına aykırı bir hayat tarzı sürdüren kişilerin yanında yetişmesine izin vermek esasen doğrudan çocuk yararı ilkesine aykırılık teşkil eder.

Birlikte evlat edinenlerin evli olmalarının yeterli görülmeyip bunların ortak hayatı aynı çatı altında sürdürmelerinin kanuni düzenlemeye konu olması önem arz etmektedir. Çalışmamızda da belirttiğimiz gibi, çocuk yararı gözetilerek gerek sosyal inceleme raporunda uzmanlar tarafından gerekse hukukumuz bakımından evlat edinmeye karar verecek hâkim tarafından bu husus uygulamada dikkate alınmakla beraber bu konuda bir değişiklik yapılması ve birlikte evlat edinenlerin fiilen aynı evde ortak hayatı sürdürüyor olmalarının zorunlu tutulması yararlıdır. Düzenli ve kesintisiz bir ortak aile hayatı içinde büyümenin çocuk yararına olacağı kanaatindeyiz.

Diğer yandan yaş konusunda yapılan değişikliklerle beraber asgari yaşta her iki ülke hukukları yakın sınırlar öngörmüş bulunmaktadır. Bu bakımdan hukukumuzdaki evlat edinende aranan asgari otuz yaş ve evlat edinenle evlatlık arasındaki asgari on sekiz yaş sınırının daha aşağı çekilmesinde dikkate değer bir yararın bulunmadığı kanaatindeyiz. Ancak hukukumuzda mevcut olmayan evlat edinenle evlatlık arasında bulunması gereken azami yaş olarak kırk beş yılın kanaatimizce İsviçre’de olduğu gibi bizim hukukumuzda da öngörülmesinde ana baba - çocuk ilişkisi kurulması bakımından yararlı olur. Bununla beraber İsviçre’deki “esneklik yokluğu”nu gidermek üzere; çocuk yararı göz önüne alınarak yaş ile ilgili sınırlamaların göz ardı edilmesine imkân tanınması da somut olay şartları çerçevesinde hakkaniyetli sonuçlar ortaya çıkmasına elverişli olduğu; bu sebeple benzer bir düzenlemeye hukukumuzda da gidilmesinde yarar olduğu kanaatindeyiz.

Nihayet kökenini öğrenme hakkı çerçevesinde öz ana babasına, onlara ait bilgilere ulaşmak isteyen çocuğa karşı öz ana babanın kişilik hakkının korunması gerekçesiyle bundan kaçınma, sınırlı bilgi verilmesini isteme yönündeki değişiklikler çocuk yararı ilkesi ile bağdaşmadığı, kişinin kökenini öğrenme, akrabalarını tanıma ve ilişki kurma hakkını ihlâl etmektedir. Kanunumuzun mevcut, evlat edinilmiş çocuğun geldiği aile kütüğü ve evlat edinenle kurmuş olduğu aile kütüğü arasındaki rabitanın kurulması konusundaki yaklaşımı devam ettirilmeli; evlatlık olduğunu öğrenen çocuğun öz ana babasını tanıma ve onlarla kişisel ilişki kurma yönündeki talebinin önünde hiçbir hukuki engel mevcut olmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption), (Botschaft), <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf> (19.11.2019).
- Büchler, Andreas/ Raveane, Zeno, “Die Volljährigen Adoption nach Rediviertem Recht”, *Aktuelle Juristische Praxis*, Yıl 27, Sayı 2018/6, s. 689-699.
- Dural, Mustafa, “İsviçre’de Eşcinsel Hayat Ortaklıklarının Düzenlenişi”, *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2013, Cilt 8, s. 927-936.
- Hausheer, Heinz; Geiser, Thomas; Aebi-Müller, Regina E., *Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Vierte Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2010.

Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu*

Agent's Duty of Care Based on Agency Contract

Sinem TAŞTEKİN**

ÖZ

İş görme sözleşmelerinden biri olan vekalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 502-514. maddeleri arasında düzenlenmiştir, bu nedenle tipik bir sözleşme türüdür ve uygulamada da sıklıkla kullanılmaktadır. Vekil ile vekalet veren arasında düzenlenen vekalet sözleşmesinde, vekil vekalet verenin, sözleşmenin şartlarına uygun olarak belirli bir işini yürütmeyi veya belirli hizmetleri sağlamayı üstlenmektedir. Bununla birlikte, ücret sözleşmenin esaslı unsurlarından olmayıp, taraflar vekilin hizmetleri için bir ücret tayin edip-etmeme seçeneğine sahiptirler. Bu çerçevede ücret alsın ya da almasın, vekilin her zaman birtakım borçları söz konusudur ve bu borçlarından birini de özen borcu teşkil etmektedir. Vekilin özen borcunun kapsamının ve özen borcuna aykırı hareket etmesinin hukuki sonuçlarının belirlenmesindeki genel unsur ve hususlar bu makalenin temel konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler: özen borcu, vekalet sözleşmesi, vekil, vekalet veren, borç.

ABSTRACT

Agency contract is one of the transaction contracts which is regulated under articles 502-514 of the Turkish Code of Obligation, therefore it is a typical contract type and also that is used in practice often. It takes place between agent and principal and the agent, undertakes to conduct principal's certain business or provide certain services in accordance with the terms of the contract. Besides, fee is not an essential subject of this contract, so parties can determine a fee for the agent's service, it is optional. In this circumstances whether get paid by principal or not, agent always have some obligations due to the agency contract and one of the them is, duty of care. General principles and aspects about indicating agent's duty of care and the legal consequences of its breach constitutes main scope of this article.

Keywords: duty of care, agency contract, agent, principal, obligation.

* Makale Gönderim Tarihi: 03.05.2019. Makale Kabul Tarihi: 20.11.2019. . Sinem Taştekin, "Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 83-105.

** Arş. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı; İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul

Giriş

İş görme sözleşmelerinden biri olan vekalet sözleşmesinin temeli Roma Hukuku'na dayanmaktadır ve bu nedenle, o dönemden günümüze kadar başka bir ifadeyle “yüzyıllardır” uygulanan bir sözleşme türü olduğunu belirtmek mümkündür. Türk Hukuk Sistemi içerisinde ise 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu döneminde de düzenlemesi bulunan vekalet sözleşmesi, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise, 502-514. maddeler arasında düzenlenmiş olup, bu nedenle de “tipik” bir sözleşme niteliği taşımaktadır.

Türk Borçlar Kanunu madde 502 fıkra 2'de yer aldığı üzere “*vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de*” uygulanmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca vekaletle ilişkin hükümlerin atipik sözleşmelere de uygulandığını belirtmek mümkündür. Avukatın müvekkili ile arasındaki sözleşme, hekimin hastası ile arasındaki sözleşme, mimarın iş sahibi ile arasındaki sözleşme, genellikle vekalet sözleşmesi olarak belirlenmekte ve dolayısıyla vekaletle ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

Vekalet sözleşmesinin uygulamada sıklıkla kullanılması nedeniyle, unsurlarının incelenmesi de büyük önem arz etmektedir. Nitekim özellikle vekil ve müvekkilin borçlarının belirlenmesi, söz konusu bu borçlara aykırı durumların ortaya çıkması halinde, bazı sorunların bertaraf edilmesi veya uyuşmazlıkların çözüme ulaştırılması bakımından gereklilik teşkil etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'ndaki vekaletle ilişkin düzenlemede vekilin borçları ile birlikte vekalet verenin borçları da düzenlenmiştir. Fakat vekalet sözleşmesinin, güvene dayalı bir sözleşme olduğu kabul edildiği üzere, söz konusu düzenlemede, güven unsurunun daha yoğun olduğu taraf konumunda olan vekilin borçlarına çok daha kapsamlı bir şekilde yer verildiği görülmektedir. Çalışmamızda ise öncelikle vekalet sözleşmesinden ve vekilin borçlarından genel itibarıyla bahsedilerek, vekilin, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından biri olan “özen borcu” hususunda bir inceleme yapılacaktır.

I. Genel Olarak Vekalet Sözleşmesi ve Vekilin Borçları

A. Genel Olarak Vekalet Sözleşmesi

Vekalet sözleşmesinin tanımı, Türk Borçlar Kanunu'nun “*vekalet ilişkileri*” başlığında birinci kısım olarak belirlenen “*vekalet sözleşmeleri*” alt başlığı altında yer alan 502 maddenin I. fıkrasında, “*vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde yapılmıştır. Bu tanımla birlikte, anılan maddenin 2. fıkrasında yer alan, “*vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır*” şeklindeki hükümden yola çı-

karak, vekalet sözleşmesinin iş görme borcu doğuran bir sözleşme türü olarak kabul edildiğini belirtmek mümkündür. Söz konusu bu hükümler dolayısıyla vekalet sözleşmesi uygulamada sıklıkla kullanılmaktadır. Örneğin, avukat, mimar ve hekimlerle yapılan sözleşmeler genel itibarıyla vekalet sözleşmesi olarak belirlenmektedir¹. Anılan maddenin 3. fıkrasında ise, “sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır” hükmü yer almaktadır². Buna göre, her ne kadar ilke olarak, -kanaatimizce de- vekalet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olsa da³ vekilin ücret almasının söz konusu olduğu hallerde ise vekalet

- 1 Teoman Akınal, “İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1973 Tarihli Kararı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), İstanbul, 1974, Cilt 40, Sayı 1-4, s. 701-707; Hayrünisa Özdemir, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 80-81; Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku’nda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 228, (Özen).
- 2 Roma Hukuku’nda bir şeref hizmeti ya da bir dostluk ve hatıra görevi olarak görülen vekalet ilişkisinden dayanağı alan bu hükmün, günümüz uygulamasında Roma Hukuku uygulamasından farklılık gösterdiğini belirtmek mümkündür. Nitekim Roma Hukuku’nda vekiller şeref hizmeti (onur hizmeti) olarak görülen hizmetleri için dava edilebilir nitelikte bir ücret alacağına sahip bulunmamaktayken, müvekkilin kendi kararı ile bir onur parası (honorarium) belirleyip bunu vekile vermesi halinde ise söz konusu parayı geri alması da mümkün olmamaktaydı. Günümüzde ise, vekalet sözleşmelerinde, vekile çoklukla bir ücret ödenmesi kararlaştırılmakta ve söz konusu ücret ödenmediği takdirde ise müvekkilin dava edilmesi söz konusu olmaktadır. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, s. 415-416; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, II. Cilt, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 364; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 716, (Özel); Veysel Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 78; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 438; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 790-793; Şebnem Akipek, *Alt Vekalet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 39; Gümüş, Özen, s.38. Nitekim, Roma Hukuku’nda müvekkilin vekile vaat ettiği “honorarium”u vermemesi halinde vekilin, İmparatorluk dönemine kadar *cognitio extra ordinem* yani sistem dışı yargılama yoluna başvurulması mümkünken Son İmparatorluk döneminde ise sistem dışı yargılama, normal yargılama usulü olarak kabul edilmiştir. Zimmermann, s. 416; Haluk Emiroğlu, “Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, *AÜHF*, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s. 105-106; Suat Sarı, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004, dn. s. 23. Augustus döneminde ise “salarium” adı verilen bir tür ücret öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zimmermann s. 416-418, Emiroğlu, s. 105-106. Ayrıca bkz. Bengi Korkmaz Sayın, *Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 29. Bununla birlikte Türk Hukuk sisteminde tarafların aralarında ücret kararlaştırmadıkları durumlarda vekile ücret verilmesinin teamülden olduğu durumlar olmakla (hekimlere, mimarlara, özel öğretmenlere olduğu gibi) vekile ücret ödenmesinin gerektiği hususu ile ilgili özel düzenlemeler mevcuttur. Örneğin; Avukatlık K. m. 163-164, Noterlik K. m. 112. Bkz. Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 634-637; Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 188; Tandoğan, s. 366; Aydoğdu, Kahveci, s. 793. Ayrıca vekalet sözleşmesinde ücrete ilişkin detaylı bilgi için bkz. Türker Yalçınduran, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- 3 Eren, s. 706; Aral, Ayrancı, s. 435; Aydoğdu, Kahveci, s. 790; Akipek, s. 43. Vekalet sözleşmesinin ilke olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu ileri süren görüş için bkz. Yavuz, Acar, Özen, s. 638; Erzurumluoğlu, s. 188. Vekalet sözleşmesinin ilke olarak iki tarafa borç yükleyen bir sözleş-

sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği kazanmaktadır⁴. Rızai bir sözleşme türü olan vekalet sözleşmesi vekilin iş görme edimine bağlı olarak ani edimli veya sürekli edimli bir sözleşme olarak belirlenebilmektedir⁵.

B. Vekilin Borçları

Çalışmamızın konusunu, “vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcu”nun teşkil etmesi ve özen borcunun vekilin, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından biri olması sebebiyle, vekilin borçlarına da genel itibarıyla kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

Vekalet sözleşmesinin kaynağını oluşturan Roma Hukuku’ndaki vekalet ilişkisinde, tarafların birbirlerine olan güven unsuru büyük önem taşımaktadır. Nitekim doğruluk, dürüstlük, sadakat, güven, verilen söze itibar etmek gibi manalar taşıyan “fides” kavramının vekalet sözleşmesindeki etkisi yoğun olarak görülmektedir. Öyle ki Romalılar, vekalet sözleşmesinden doğan borçların ifa edilmemesi nedeniyle mahkumiyetin söz konusu olması halinde, mahkum edilen kişileri “infamis” (şerefsiz) olarak kabul ederek hak ehliyetlerini kısıtlamaktaydılar⁶. Vekalet sözleşmesinde güven unsurunun bu denli önem taşıdığı bir hukuk sistemini temel alan özel hukuk sistemimizde de söz konusu bu unsurun yansımaları görülmektedir. Nitekim TBK’da vekalet ilişkisinin düzenlendiği hükümlere göre de vekalet sözleşmesi geniş ölçüde sözleşmenin taraflarının birbirlerine karşı olan güvenlerine dayanmaktadır⁷ ve vekilin borçları da genellikle söz konusu güven unsuru dolayısıyla, kendisinin vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranışta bulunma yükümlülüğünden doğmaktadır⁸.

TBK’da vekalet sözleşmesinin hükümlerinin yer aldığı başlık altında “vekilin borçları” da 505-509 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu bu maddelerde vekilin borçları; talimata uygun ifa, şahsen ifa, sadakat ve özen

me olup, vekilin ücret almaksızın bir iş veya hizmetin görülmesini borçlandığı durumlarda eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olacağını belirten görüş için bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 410-411, (*Borçlar*).

- 4 Yavuz, Acar, Özen, s. 638; Eren, s. 706; Aral, Ayrançı, s. 435; Aydoğdu, Kahveci, s. 790.
- 5 Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, *Fakülteler Matbaası*, İstanbul, 1977, s. 27; Akipek, s. 44; Yalçınduran, s. 64; ayrıca vekalet sözleşmesinin “her zaman” sürekli edimli sözleşme olduğu görüşü için bkz. Gümüş, Özen, s. 123.
- 6 Şahin Akıncı, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s. 1; Zimmermann, s. 424-426.
- 7 “... Vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının önemli bölümü bu güven unsurundan kaynaklanır”. Yarg. 13. HD, 03.10.1995 T, 6697 E, 8336 K, Başpınar, dn. s. 143, kararın tamamı için bkz. www.kazanci.com, (21.09.2019).
- 8 Tandoğan, s. 407; Akipek, s. 53; Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Erzurumluoğlu, s. 188; Sarı, s. 28; Gümüş, Özen, s. 34-35. Ayrıca “bir kimsenin özen göstereceğine güven olgusu (anvertrauen) ve güven sorumluluğu” için bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 249-251.

gösterme, hesap verme ve edinilen hakların vekalet verene geçişi olarak belirtilmiştir. Vekilin özen borcu ise vekilin borçlarından biri olarak sayılmakla birlikte esasen vekilin diğer borçları üzerinde görünümü bulunmaktadır. Nitekim, vekilin diğer borçlarını ifa ederken de özenli bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir.

II. Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Borçlarından Biri Olan Özen Borcu

A. Genel Olarak

İş görme sözleşmelerinde özen borcu esasen vekilin diğer borçlarının ifasında da rol oynamaktadır, bu nedenle vekilin özen borcunun diğer borçlarına nazaran özel bir yeri ve önemi haiz olduğunu belirtmek mümkündür⁹.

TDK'da özen kelimesinin “*bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina, ihtimam*” gibi birden fazla anlamı taşıdığı belirtilmektedir¹⁰. Beşeri bir davranış ölçütü olan “özen kavramı”nın iki yönü bulunmaktadır. Bir yönü ile dışsal bir oluş olarak “uygun bir davranış” anlamı taşıırken, diğer yönüyle de içsel nitelikte olup, zihinsel ve manevi bir süreci ifade etmektedir¹¹. Günümüzde ise “özen kavramı” hem sözleşme ihlalinin hem de kusurun tespit edilmesinde rol oynamakta olup; bu nedenle iki amaca hizmet etmektedir ve dolayısıyla iki işlevi bulunmaktadır¹².

“Özen”in tanımı öğretilerde özetle, “somut bir amaca, belirli bir sonuca erişmek için akıl ve iradenin kullanılması” şeklinde yapılmaktadır. Bu tanımla beraber, vekilin özen borcunun ise, güven unsurunun son derece etkili olduğu vekalet sözleşmesi kapsamında yüklendiği işi, vekalet verenin menfaatine olacak şekilde yürütmesi ve zarara neden olacak her türlü eylemden kaçınmasını kapsamaktadır¹³.

Tüm bunlarla birlikte “özen” kavramının tanımı mevzuatımızda yapılmamıştır. Nitekim sosyal, teknolojik gelişmelerin gerçekleşmesi ve zamanın değişmesiyle bazı kavramların da bu gelişmelerden ve değişimlerden etkilen-

9 Başpınar, s. 143.

10 <http://www.tdk.gov.tr>, (21.09.2019). Bununla birlikte Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü'nde de özen kelimesinin “ihtimâm, itinâ” anlamlarına geldiği belirtilmektedir. İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1966, s. 16, 20.

11 Akipek, s. 54.

12 Gümüş, *Borçlar*, s. 441; Gümüş, *Özen*, s. 47.

13 Akipek, s. 55; Tamer İnal, *Borca Aykırılık Dönme ve Fesih*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 395- 396; Akipek, s. 55. Yargıtay ise özen borcunu “*vekilin iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması*” şeklinde tanımlamıştır. Yarg. 3. HD, 1985/2552 E, 1985/5380 K, 09.09.1985 K, Akipek, s. 55.

mesi söz konusu olabilmektedir¹⁴. Kanun metninde doğrudan bir tanımının yapılması halinde bahsedilen değişim ve gelişimlere göre kavramın anlamı ve muhtevasının değişmesi ise kanun metninin de sürekli değiştirilmesi zorunluluğuna yol açabilecektir¹⁵. Dolayısıyla kanun koyucu bu şekilde bir durumu önlemek için özen kavramının tanımını özellikle belirtmemiştir ve böylelikle özen kavramının anlamı ve muhtevası yorum suretiyle belirlenebilmektedir¹⁶.

Vekalet sözleşmesi bakımından özen borcu hususu TBK m. 506/II'de, “*vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*” hükmü ile belirtilmiştir. Söz konusu hükümde yer alan “özen kavramı” aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan hükümden bağımsız ve sözleşme ile bağlantılı bir hüküm niteliğinde olup, vekilin asli edimini kötü ifa etmeme yükümünü ifade etmektedir. Anılan maddenin 2. fıkrasında sözleşme ihlali ile ilgili olan “özen borcundan” bahsedilirken, kusur bakış açısı altındaki 3. fıkrada ise “gerekli özenden” bahsedilmektedir¹⁷.

B. Özen Borcunun Hukuki Niteliği

Öncelikle belirtmek gerekir ki her ne kadar TBK'da vekilin “borçları” arasında sayılmakla, uygulamada, doktrinde ve dolayısıyla çalışmamızda da yerleşmiş kavram olarak vekilin özen borcu olarak kullanmakta ise de vekilin özen borcu yerine özen yükümü¹⁸ ve özen yükümlülüğü¹⁹ olarak anılmasının daha doğru olduğunu ileri süren görüşler de bulunduğunu belirtmek gerekir. Nitekim bununla birlikte vekilin özen borcunun hukuki niteliği ile ilgili birtakım farklı tartışmalar ortaya atılmış olsa da bu tartışmalarla ilgili en önemli ayrımın özen borcunun asli edim yükümlülüğü mü yoksa yan edim yükümlülüğü mü veyahut yan yüküm mü olduğu konusunda yapıldığı görülmektedir²⁰.

Klasik öğretilerde bahsedildiği üzere “özen borcu” olarak ifade edilen vekilin ifa sırasında kendisinden beklenilmesi muhtemel olan özenle davranma yükümü genel itibarıyla kaynağını TMK m. 2'deki “dürüstlük kuralı”ndan alan bir “yan yüküm” olarak kabul edilmekte olup, Yargıtay'ın görüşü de bu

14 Akipek, s. 54; Yalçınduran, s. 75.

15 Başpınar, s. 122-123.

16 Başpınar, 123.

17 Gümüş, *Borçlar*, s. 441.

18 Gümüş, *Özen*, s. 130.

19 Başpınar, s. 57-58.

20 Gümüş, *Özen*, s. 116 vd., Başpınar, s. 147.

yöndedir^{21,22}. Vekilin özen borcunun asli nitelikte bir edim yükümlülüğü olduğunu kabul eden görüşe göre ise de vekilin özen borcu, edim yükümlülüğünün yanında bulunan, kişisel özenli davranışla ilgili özel bir yükümlülük olarak değil, bizzat edim yükümlülüğünün içinde yer alan bir vasıf olduğu belirtilmektedir²³. Bu ayırım üzerinde özellikle durulmasının sebebini de esasen bu nokta oluşturmaktadır. Nitekim yan yükümler alacaklıya ifa davası açma imkânı vermemekte yalnızca tazminat davası açma imkanı vermektedir²⁴. Dolayısıyla yan yükümler bağlı buldukları edim yükümlülükleri hiç veya gereği gibi ifa edilmediği veya bu edim yükümlülüklerine uygun olarak davranılmadığı halde ancak tazminat davasına konu olabilmektedir²⁵. Bu bakımdan bu ayırımdaki amaç özen borcuna aykırı hareket edilmesi halinde dava edilebilirliğin tespit edilmesi ile alakalıdır^{26,27}.

C. Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Derecesinin Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Hususlar

Vekalet sözleşmelerinin temelini oluşturan hukuk sistemi olan Roma Hukuku'nda vekilin göstermesi gereken özen ölçütü, "iyi bir aile babası gibi gerekli önlemleri alma ve iyi bir aile babasının özeniyle hareket etme" olarak belirlenmekteydi²⁸. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin olan TBK m. 506/III'te ise bu husus, "*vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*" şeklinde hüküm altına alınmıştır.

21 Eren, Özel, s. 731. Ayrıca konu ile ilgili olarak bkz. M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt.1*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 5; Akipek, s. 57. Yarg. 15. HD, 23.01.1996 T, 1995/17217 E, 1996/285 K; Yarg. 13. HD, 05.04.1993 T, 1993/131 E, 1993/2741 K; Yarg. 15. HD, 24.01.1991 T, 1990/2793 E, 1991/148 K, Gümüş, Özen, s. 133. Ayrıca özen borcunun hukuki niteliğine ilişkin diğer görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Özen, s. 116 vd..

22 Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar tarafından yan yüküm; yan borç, bağımlı yan yükümlülükler, koruma yükümlülükleri veya diğer davranış yükümlülükleri olarak da anılmaktadır. Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1*, 7. Baskı, İstanbul, 2017, s.12; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, 2018, s. 37, *Genel*, s. 37; Oğuzman, Öz, s. 5.

23 Murat Yılmaz, *Vekilin Özen Borcu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 1997, s. 19-20.

24 Kocayusufpaşaoğlu, s. 14; Eren, *Genel*, s. 37.

25 Kocayusufpaşaoğlu, s. 14, Eren, *Genel*, s. 37; Gümüş, Özen, s. 118.

26 Gümüş, Özen, s. 116.

27 Ayrıca, "bir borç ilişkisi söz konusu olduğunda konusu baştan belirlenmiş yapma, yapmama ve verme borçları dışında yükümlülüklerin de mevcut olduğunu kabul eden görüşe göre, söz konusu bu bağımsız borçlardan birini de özen borcu teşkil ettiği üzere, bu borçları "edim yükümü içermeyen borç" olarak kabul ederek bu tür borçlarda herhangi bir edimin ifa edilmesinden de bahsedilemeyeceği için, temerrüde düşmek, imkansızlığa uğramak, ifasını talep etmek veya ifaya zorlamanın da mümkün olmayacağı" ileri sürülmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, s. 5.

28 Korkmaz Sayın, s. 113.

Fakat belirtmek gerekir ki, TBK'daki söz konusu bu düzenleme EBK'da yer alan vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesi hususundaki düzenleme ile farklılık göstermektedir²⁹.

TBK ve EBK'daki düzenlemelerde farklılık olması nedeniyle vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesi sürecinin aydınlatılması bakımından TBK'daki düzenlemeyi incelemeyi önce 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeden de bahsetmekte yarar görmekteyiz.

1. EBK'daki Düzenlemeye Göre Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu

EBK m. 390/I'de, hizmet sözleşmesinde işçinin göstermesi gereken özene atf yapılmıştır. Söz konusu madde hükmü, “*vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir*” şeklindedir. Ayrıca yine EBK m. 356/I'de “*müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir*” şeklindeki düzenleme ile eser sözleşmesinde yüklenicinin özen yükümlülüğü de aynı doğrultuda belirlenmiştir. Her iki sözleşmede de (vekalet sözleşmesi ve eser sözleşmesi) özen yükümlülüğünün ölçüsü “*ihdimam mecburiyeti*” başlıklı anılan madde hükmü ile (EBK m. 326), “*işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur. Kasıt veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için mukata olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetebilir*” şeklinde ifade edilmiştir³⁰. Dolayısıyla EBK yürürlükte olduğu dönemde yer alan hükümlere göre vekilin göstermesi gereken özenin belirlenmesinde “objektif kıstas” ve “sübjektif kıstas” olmak üzere iki kıstasa göre değerlendirme yapılması gerekmektedir³¹.

a. Objektif Kıstas'a Göre Özen Sorumluluğu

Bu kıstasa göre yapılan değerlendirmede, sözleşmeye uygun halde görülecek işin türü, zorluk derecesi ve söz konusu görülecek işin gerektirdiği öğrenim ve bilgi düzeyi gibi hususlar incelenmiştir. Bu kıstasa göre, yapılan işin mahiyeti

29 Yavuz, s. 648; İnal, s. 396. Ayrıca bkz. Gümüş, Özen, s. 59 vd., 310 vd..

30 “...Sözleşme hükümlerine uyulması, hukukta temel ilke olan “ahde vefa” kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. İş sahibi de işin ifayla sonuçlanması için sözleşmeyle kendisine yüklenilen edimleri zamanında ifa etmeyle yükümlüdür. Tarafların kendilerine düşen yükümlülükleri objektif iyi niyet kuralları içinde yerine getirmeleri gereklidir (BK.81.md ve TMK.2. md).”

31 (Yarg. 15. HD, 15.05.2014 T, 2014/118 E, 2014/3380 K), Ali Avcı, “Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2015, Sayı 119, s. 369.

Yavuz, s. 648; Tandoğan, s. 410; Yalçınduran, s. 76; Akıncı, s. 17.

ne kadar zor veya müvekkil için önemi ne kadar büyük ise vekilin göstermesi gereken özenin de o ölçüde fazla olması gerekir. Yapılan işin daha kolay olması ya da müvekkil için çok büyük önem arz etmemesi halinde vekilin göstermesi gereken özenin ölçüsünün de o oranda belirlenebileceği öngörülmüştür^{32,33}.

Bununla beraber ayrıca öğretide, vekilin vekalet edimini ücretsiz veya daha düşük bir ücretle ifa edeceğinin belirlendiği hallerde özen borcunun da daha hafif olabileceği, aksi halin hakkaniyete uygun düşmeyeceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre vekilin yapılan işten fayda sağlaması söz konusu olmayacağından sorumluluğunun da daha az şiddetle belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁴. Bununla birlikte ücretsiz vekalet sözleşmesinin mevcut olduğu ve sözleşme kapsamında görülecek işin borçlu bakımından bir yarar arz etmediği hallerde sorumluluğun “daha az şiddetle takdir olunması” gereğinin yalnızca belli bir esneklik içerisinde düşünülebileceğini ileri süren görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, TBK m. 114/1’de yer alan, “*borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir*” hükmünün uygulanması çekimser davranarak ve somut olayın ayrıntıları incelenerek, durum gerektiriyorsa gerçekleştirilmelidir³⁵.

Bizim katıldığımız bir diğer görüşe³⁶ göre ise de vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması ya da düşük bir ücret üzerinden belirlenmesi, vekil tarafından gösterilecek özenin derecesine değil ancak tazminatın miktarının belirlenmesine etki etmelidir. Nitekim vekalet sözleşmesi güvene dayalı bir sözleşme olduğu üzere, sözleşmenin ücretsiz ya da daha düşük bir miktarda belirlenmesinin vekilden beklenecek özen derecesinin ücretli vekalet sözleşmesine kıyasen daha az olmasına yol açması, vekalet sözleşmesinin ruhu ile bağdaşmayacaktır³⁷.

32 Yavuz, s. 649; Tandoğan, s. 410-411; Yalçınduran, s. 77; Akipek, s. 56; İnal, s. 398.

33 Örnek olarak, “*başın arka yüzeyinde yer alan hafif bir yaraya yapılacak iki dikiş ile, karmaşık bir beyin ameliyatının gerektirdiği özen derecesinin farklı olması. Nitekim özel bir uzmanlık gerektiren durumlarda, vekil ya konu hakkında uzmanlığı olan birine danışmalı veya işi hiç almayıp müvekkili bir uzmana yönlendirmelidir.*” Bkz. Tandoğan, s. 411.

“*Bir hastanenin temizlik işlerini üstlenen bir şirketin, hastane talimatnamesinde, hijyen gereksinimlerine göre şart koşulan ayrıntılı ve özenli temizliği yapmaktan sorumlu olduğu açıktır.*” Bkz. İnal, s. 397.

“*Hassas makinelerin bulunduğu bir yerin temizlenmesinde ve ayrıca bu makinelerin kullanılmasında da normalin üzerinde bir özen derecesinin şart konulduğu sözleşmelerin yapılması mümkündür.*” Bkz. İnal, s. 397.

34 Akıncı, s. 18.

35 Tandoğan, s. 411; İnal, s. 399.

36 Yalçınduran, s. 77; Aral, Ayrancı, s. 449-450; Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Özkaya, s. 495-496; Gümüş, Borçlar, s. 445; Gümüş, Özen, s. 339.

37 Nitekim konu ile ilgili olarak Yavuz; EBK yürürlükte olduğu dönemde m. 98’in (TBK m. 114/1)

b. Sübjektif Kıstas'a Göre Özen Sorumluluğu

Sübjektif kıstasa göre yapılan değerlendirmede ise, işçinin iş sahibi tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi düzeyi, yetenekleri ve diğer nitelikleri esas alınmıştır³⁸. EBK'da her ne kadar vekilin özen borcundan doğan sorumluluğu işçinin özen borcundan doğan sorumluluğuna ilişkin olan hükümlere tabi tutulmuş ise de vekilin ve işçinin sorumlulukları her zaman ve her noktada benzerlik arz etmemektedir. Nitekim hizmet sözleşmesinde iş sahibinin verdiği talimatları yerine getirme hususunda işçinin kendi bilgi ve yetenekleri göz önüne alınmaksızın kendisini daha ağır bir sorumluluk içinde görmesi olağan olacağından, sübjektif kıstasın hizmet sözleşmesine uygulanması yerinde bir uygulamayı teşkil etmiştir³⁹.

Vekalet sözleşmesinde vekilin genellikle uzman bir kişi olması ve yine genellikle vekalet verenin de vekil ile bu uzmanlığı dolayısıyla güven duyarak vekalet sözleşmesi akdetmesi söz konusu olmaktadır⁴⁰. Uzmanlık gerektiren işlerde, vekil, uzmanlığının tescillendiği bir belgeye dayanarak (örneğin, resmi bir sınav sonucu) mesleğini icra edebilmektedir⁴¹. Vekilin sahip olmaya hak kazandığı söz konusu belge ayrıca vekalet verenin vekile karşı duyduğu güvene de dayanak oluşturmaktadır. Bu nedenlerle de vekilin mesleki olarak yetersiz olduğunu ileri sürerek ya da vekalet verenin verdiği işte uzman olmadığını belirterek sorumluluktan kurtulabilmesi söz konusu olamayacağından vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde sübjektif kıstasın uygulanması pek mümkün olmamıştır⁴².

2. TBK'daki Düzenlemeye Göre Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu

TBK'daki vekilin özen borcundan doğan sorumluluğuna ilişkin düzenlemede, EBK'dan farklı olarak hizmet sözleşmesine herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Nitekim hizmet sözleşmesine yapılan atfa yönelik EBK'nın yürürlükte olduğu dönemde birçok eleştiri yapılmıştır. Vekil ile vekalet veren arasındaki hukuki ilişkinin işçi ile işveren arasındaki ilişkiden büyük oranda farklılık arz

uygulanmasından çıkan sonucun her daim somut olayın özelliklerine uygun olmayabileceğini, vekaletin taraflar arasında mevcut güvene dayanması nedeniyle ücretsiz vekalette de vekilin hafif kusurundan dahi sorumlu olabileceği durumlarda sık sık karşılaşılabilceğinin söylendiğini belirtmektedir. Yavuz, s. 649.

38 Yavuz, s. 650; Tandoğan, s. 411; Akipek 56; Akıncı, s. 17; Yalçınduran, s. 76; Başpınar, 177-178.

39 Yavuz, s. 648-650.

40 Yavuz, s. 648; Yalçınduran, s. 76; Akıncı, 18; Akipek, 56; Başpınar, s. 178-179.

41 "Devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı şartlara, özel hukukta bir garanti niteliği vermek mümkündür". Yavuz s. 650.

42 Yavuz, s. 650; Tandoğan, s. 412; Yalçınduran, s. 77; Akipek, s. 56; Akıncı, s. 18.

ettiği ileri sürülmüş ve söz konusu farklılığın ise özellikle iş görme hususunda, işverene bağımlılıkta ve iş görmenin ücretli olup-olmamasının sorumluluğa etkisinde ortaya çıktığını nitekim, işçiye oranla vekilden daha fazla özen beklentisi bulunduğu belirtilmiştir⁴³.

Dolayısıyla konu ile ilgili olarak yalnızca objektif kıstasın uygulanması ön-görölmüştür; vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun kapsamı belirlenirken -çalışmamızda önceden de değinildiği üzere-, “*vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış*”ın esas alınacağı belirtilmiştir ve bu davranışa uyulmaması halinde ise vekilin özen borcuna aykırılığı söz konusu olmaktadır⁴⁴. Söz konusu madde hükmü ışığında yeni düzenlemeyle vekilin özen borcunun EBK’daki düzenlemeye nazaran daha fazla ağırlaştırıldığı belirtilebilmektedir⁴⁵. Nitekim vekalet verenin vekalet sözleşmesinin akdedilmesi esnasında vekilin kişisel ölçütlerinin vekalet sözleşmesine konu iş için uygunluğunun tespiti için araştırma yapıp-yapmadığı veya bu uygunluğu bilip-bilmediği göz önüne alınmamaktadır. Başka bir ifade ile söz konusu madde hükmüne göre, vekilin üstlendiği işin gerektirdiği donanımına sahip olduğu kabul edilmektedir ve vekalet sözleşmesi bakımından kusurunun bulunup-bulunmadığının her somut olaya göre değerlendirilmesi öngörülmüştür⁴⁶. Görüleceği üzere, madde hükmü ile vekilin göstermesi gereken özen ölçütü yükseltilmiş ve eski düzenlemeye nispeten çok daha fazla objektifleştirilmiştir⁴⁷. Bu nedenle, vekilin göstermesi gereken özenin belirlenmesinde, mesleğin gerektirdiği ortalama akıl, fiziksel ve manevi yeteneklere sahip ve ayrıca kaçınılabilmesi mümkün olan hiçbir hatayı işlemeyen insan modelinin esas alındığını ifade etmek mümkündür⁴⁸. Söz konusu bu model ise mesleğe özgü ortalama davranış ölçü alınarak belirlenmektedir, dolayısıyla her mesleğe göre farklılık göstermesi söz konusu olabilmektedir⁴⁹.

Tüm bunlarla birlikte, vekilden beklenen özen vekilin mensup olduğu alana özgü ortalama bir vekilden beklenecek hareket tarzı olarak her ne kadar objektifleştirilmiş olursa olsun, somut olaya göre vekilin, alanı ile ilgili olarak özel

43 Özkaya, s. 495.

44 Yavuz, s. 648.

45 Mete Duman, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Uygulayıcı Gözüyle Vekalet Sözleşmesi”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011*, Ankara Barosu Başkanlığı, 2012, s. 21-22.

46 Duman, s. 22.

47 Gümüş, *Borçlar*, s. 443.

48 Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Aral, Ayrancı, s. 449.

49 Aral, Ayrancı, s. 449. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Gümüş, *Borçlar*, s. 443 vd.; Özkaya, s. 495.

bir uzmanlığı, yeteneği veya niteliği olması durumunda, vekalet veren vekili bu özellikleri nedeniyle tercih ediyorsa vekilden, ortalama bir vekile oranla sahip olduğu özellikler ölçüsünde daha fazla bir özen talep edilebilmektedir⁵⁰. Ayrıca özellikle belirtmek gerekir ki vekilin yalnızca tedbirli olması yeterli olmayıp, öngörülmesi mümkün olan tüm olasılıkları dikkate alması; dolayısıyla da hafif kusurundan dahi sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır⁵¹.

Yukarıda bahsedilen mahiyette bir kıtas belirlendiği için vekil, fiziksel ya da manevi olarak yetersiz olduğunu, bilgi ve deneyim bakımından eksik olduğunu, mesleki alandaki yenilikleri takip edemediğini ve bu yeniliklerden haberdar olmadığını, işlerinin yoğunluğunu, iş yerinde kendisine verilen iş yükü nedeniyle şartlarının zorluğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır⁵². Nitekim TBK m. 503'te yer alan "*kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır*" hükmü uyarınca söz konusu durumların mevcut olması halinde sorumluluğunun doğmasını önlemek üzere vekilin vekaleti hiç kabul etmemesi veya derhal reddetmesi gerekmektedir^{53, 54}.

D. Vekilin Sonucun Gerçekleşmemesinden Sorumlu Tutulmaması Durumu

Öncelikle belirtmek gerekir ki, vekilin sorumluluğu, sözleşme kapsamında görmeyi yüklediği işle ilgili faaliyetleri özenle yürütmediği takdirde söz konusu olmaktadır⁵⁵. Bununla birlikte vekil işi gördüğü sırada özenle hareket etmesine rağmen, yöneldiği sonucun gerçekleşmemesi nedeniyle sorumlu tutulmamakta-

50 Gümüş, *Borçlar*, s. 444.

51 Özkaya, s. 495; Yalçınduran, s. 77.

52 Eren, Özel, s. 731; Aral, Ayrancı, s. 449; Yalçınduran, s. 77; Başpınar, s. 179; Özkaya, s. 495 Nitekim, örneğin, vekilin bir hukuk adamı olması halinde, mahkeme karar ve içtihatlarını bilmemesi bir özürlü teşkil etmemektedir. İnal. s. 399.

53 Eren, Özel, s. 731; Aral, Ayrancı, s. 449; Yalçınduran, s. 77; Özkaya, 495.

54 "*Aksi halde vekil bilerek "kabul ya da üstlenim kusuru (Übernahmeverschulden) işlemiş olur. Üstlenim kusuru yalnız kusur düzeyinde önem arz etmekle kalmaz aynı zamanda sözleşmenin ihlali düzeyinde de özen yükümlülüğüne aykırılık eşkil eder.*" Bkz. Eren, Özel, s. 731.

55 "*Bir avukatın mahkeme kararlarını gerektiğince izlememesi sonunda vekâlet verenin davasını kaybetmesi durumunda özen gösterme ödevini yerine getirmediği için sorumlu olacağını İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kabul etmiştir.*" Nureddin Demir, *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2008, s. 30. Ayrıca konu ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Cenk Akil, "Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2012, s. 11-26.

dır⁵⁶. Başka bir ifade ile vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında kendisine verilen iş ile ilgili olarak ulaşılmak istenen sonucun başarılı bir şekilde gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine ve işin gereklerine uygun faaliyetlerde bulunması ve söz konusu başarılı sonuca ulaşılmasına engel teşkil edebilecek faaliyetlerden de kaçınması halinde, -vekalet veren tarafından sözleşmenin yapılması ile- amaçlanan sonuç gerçekleşirse dahi (hekimin yaptığı ameliyatın başarılı olmaması, avukatın yürüttüğü davanın müvekkili lehine sonuçlanmaması gibi)⁵⁷ bu durumda artık -vekilin- sorumluluğundan bahsedilemeyecektir⁵⁸.

E. Özen Borcunda İspat Yükü

Özen borcunun yerine getirilmediğini ispat yükü “vekalet veren” dedir⁵⁹. Vekalet verenin, vekalet sözleşmesinin konusu olan sonucun başarı ile gerçekleşmediğinin ispatı ile ayrıca “benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış”ın vekil tarafından gösterilmediğini ve vekilin göstermesi gerekenden uzak davranışlar sergilemesinin başarılı sonuca ulaşılmasında etkili olduğunu da ispat etmesi gerekmektedir^{60, 61}. Ve-

56 “Vekil, müvekkile karşı vekaleti “sadakat ve özen ile” ifa etmekle yükümlüdür (BK m. 390/2). Vekilin iş görme ile amaç tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması özen borcunun kapsamını oluşturur. Vekil iş görürken amaçlanan sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmesinden sorumludur. İş sadakat ve özenle görülmüşse yönelinen sonuca erişilmemiş olsa bile gereği gibi ifa vardır. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen, sonucun elde edilememesinin rizikosu vekile yüklenemez.” (Yarg. 13. HD, 1990/7902 E, 1991/1070, 05.02.1991 T), Akipek, dn. s. 55.

Nitekim vekalet sözleşmesinin eser sözleşmesinde ayırmaya yarayan bir unsur olarak işin görülmesinden doğan sonucun rizikosunun vekile ait olmamasını (müvekkile ait olması) belirtmek mümkündür. İnal, s. 395.

57 Tandoğan, s. 432.

58 Özkaya, s. 495; Yavuz, s. 648; Tandoğan, s. 410; Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Aral, Ayrancı, s. 448; Akıncı, s. 16; Akipek, s. 55, 56; Yalçınduran, s. 75; İnal 395; Özkaya, s. 494.

59 Yavuz, s. 649-650; Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Akipek, s. 56; Yalçınduran, s. 77; Özkaya, s. 497.

60 Yavuz, s. 649-650; Aydoğdu, Kahveci, s. 798; Yalçınduran, s. 77.

61 Örnek olarak, hekimin hastaya konulan teşhisin gerektirdiği bütün inceleme, tetkik ve muayeneyi yapmadan tedaviye başlaması, tıp biliminin öngördüğü tedavi metodları arasında tercihte bulunurken hastanın özel durumu var ise, bu hususu dikkate almaması tedavide en emin yolu takip etmeyip, hastaya gerekli açıklamada (aydınlatmada) bulunmadan tedaviye başlaması, verilebilmektedir. Bkz. Özkaya, s. 496.

Bununla birlikte önceden bahsedildiği üzere özen borcu kendisini vekilin diğer borçlarında göstermektedir. Nitekim örneğin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 18.09.2008 gün, 4519/10750 sayılı ilamında, aydınlatma yükümlülüğünü de hekimin vekâlet sözleşmesi kapsamındaki özen borcu içerisinde değerlendirmiştir. Söz konusu kararda, “davacı, yüzündeki kırışıkların giderilmesi için davalı doktorun yaptığı müdahalenin özensiz ve kusurlu olması nedeniyle kalıcı zararlara yol açtığı iddiası ile manevi tazminat istemiştir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390) Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur.”

kalet verenin söz konusu ispat yükünü yerine getirmesi halinde ise, vekil ancak kusursuz olduğunu ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir^{62, 63, 64}.

F. Vekalet Sözleşmesinde Özen Borcu Bakımından Sorumsuzluk Anlaşması

Vekalet sözleşmesi bakımından TBK m. 115/III⁶⁵ ve TBK m. 116/II kapsamında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği hususu öğretilerde tartışmalı olmakla beraber, bu tür anlaşmaların geçerli olmaması gerektiği yönündeki görüş giderek yaygınlaşmaktadır⁶⁶. Öğretilerde hakim olan ve bizim de katıldığımız bu görüşe göre, vekalet sözleşmesinde “özen”in, sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olması ve vekalet sözleşmesinin mahiyet olarak güvene dayalı bir sözleşme olması nedeniyle⁶⁷, vekalet verenin vekilden, işini son derece özenle görmesini beklemekte haklı olduğu belirtilmektedir⁶⁸. Nitekim bu tür bir özen göstermemekle vekilin, vekalet sözleşmesinde görmeyi yüklediği işi gereği gibi yerine getirmemiş sayılacağı ve ayrıca vekilin kendisinin hafif kusurdan, yardımcılarının ise her türlü kusurdan sorumlu olmamasına ya da sadece ağır kusurlarından sorumlu olmasına yönelik şartları kapsayan bir söz-

şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. Bkz. Mine Kaya, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2012, Sayı 100, dn. s. 56.

62 Örnek olarak, hekimin kusuru bulunmaksızın ameliyat anında aniden baygınlık geçirmesi, rutin olarak kullanılan standart bir iğnenin malzeme bozukluğundan kırılması, hastanın kullanması gereken belirli bir ilacı derhal tedarik edilmesinin imkansız olması, müvekkilin vekili bağlayıcı nitelikte herhangi bir talimatının bulunmaması, belirtilebilmektedir. Bkz. Tandoğan, s. 432.

63 Yavuz, s. 650; Akipek, s. 56.

64 İspatın nasıl yapılacağı ile ilgili olarak, “... hal böyle olunca, mahkemece uzman bilirkişiler aracılığı ile inceleme yaptırılmalı, davalının kendisine duyulan güvene uygun olarak ve müvekkili davacının menfaatlerini sözleşme ile güdülen amaç çerçevesinde koruyup korumadığının, özen ve sadakat borcunun ifasında kendisine atfı mümkün bir kusurun bulunup bulunmadığını ispat edilmesi hakkında...”, Topuz, s. dn. 167.

65 Bu halde mesleği avukat, hekim, bankacı, eczacı olan vekillere, vekillik yetkisi Kanun ile veya yetkili makamın izni ile verildiği için bu kişiler hafif ihmal ile ilgili olarak dahi sorumsuzluk anlaşması yapamamaktadır. Bkz. Eren, Özel, s. 732-733.

66 Yavuz, s. 650, Akipek, s. 56-57; Yalçınduran, s. 78.

67 Vekalet sözleşmesinde karşılıklı güven hissinin egemen olması nedeniyle özen kavramının özel bir yer tutması söz konusudur. Konu ile ilgili olarak bkz. (Yarg. HGK, 2007/13751 E, 2007/756 K, 21.10.2007 T), Erzurumluoğlu, dn. s. 191. Ayrıca, “vekaletname sözleşmesi büyük ölçüde, vekil ile vekil edenin güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu da bu güven unsurundan doğar.” (Yarg. HGK, 1993/1-79 E, 1993/195 K, 05.05.1993 T), Özkaya, s. 511-512.

68 Yalçınduran, s. 78. Ayrıca, “... Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, TBK.nun 510/1. maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.” (Yarg. 13. HD, 2014/19545 E, 2014/22576 K, 02.07.2014 T), Aral, Ayrancı, dn. s. 449.

leşmenin de vekaletin içeriğiyle örtüşmeyeceği kabul edilmektedir⁶⁹.

Özellikle hekimlerle ilgili olarak örneğin, hastanın ölümü ile sonuçlanan müdahalelerde, sözleşme dışı sorumlulukları kapsamında kendilerine (hekimlere) sorumluluktan kurtulma imkanı tanınmazken -örneğin TBK m. 527/I'de, “*vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir*” şeklinde hüküm bulunmaktadır⁷⁰, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluk dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olması hakkaniyete aykırı bir ikiliği teşkil edeceği belirtilmektedir⁷¹.

G. Vekilin Başkasına Vekâlet Verdiği Durumlarda Göstermesi Gereken Özen

Çalışmamızda TBK'nın 506. maddesinin II. ve III. fıkralarından önceden bahsedilmiştir. Bununla birlikte anılan maddenin I. fıkrası ise, “*vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir*” şeklindedir. Dolayısıyla söz konusu bu fıkrayı m. 506'dan sonra devam eden madde 507 ile birlikte incelemek gerekmektedir. Nitekim “*işin üçüncü kişiye gördürülmesi hâlinde*” kenar başlıklı 507. madde ise “*vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun filinden kendisi yapmış gibi sorumludur. Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı uleri sürebilir*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere kural olarak esasen vekil, vekalet sözleşmesine konu işi bizzat yapmakla yükümlüdür. Fakat vekilin bazı durumlarda bazı işleri yardımcı bir kişiye bırakması da mümkündür. Ancak işin görülmesi hususunda yardımcı kişilerin hizmetinden yararlanmak ile işi başkasına gördürmek fiillerinin birbirleriyle karıştırılmaması gerekmektedir. Nitekim vekilin yardımcı kişilerin hizmetinden faydalanmasının söz konusu olduğu haller TBK'nın 506/I ve 507. maddeleri kapsamında değil “*yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*” kenar başlıklı 116. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir⁷².

69 Yavuz, s. 650; Yalçınduran, s. 78; Gümüş, *Borçlar*, s. 433.

70 Ancak söz konusu hükmün özellikle hekimler bakımından uygulanması tartışmalı olmakla birlikte konu ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler için bkz. Sera Yüksel Reyhani, “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, İstanbul, 2015, s. 800 vd..

71 Konu ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Gümüş, *Borçlar*, s. 433-434.

72 Başpınar, s. 196; Gümüş, *Özen*, s. 169.

507. madde kapsamında yapılacak değerlendirmede ise EBK döneminde vekilin yerine başkasını koymasının caiz olmadığı haller olarak belirtilen, vekilin yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürmesi söz konusu ise özen borcunun gereği gibi yerine getirilip-getirilmediği hususu belirlenirken vekilin yerine geçen kişinin (alt vekil veya kaim vekil) kişinin özellikleri kıstas olarak alınmalıdır, burada vekilin kişiliği ve niteliği göz önünde bulundurulmalıdır⁷³. Bu durumda vekilin kendi yerine koyduğu kişinin özen borcuna aykırı fiilinden sorumluluğunun doğması için kendisinin kusurlu olması şartı aranmamaktadır. Bununla birlikte vekilin başkasına vekalet vermeye yetkili olduğu durumlarda yani caiz olan hallerde ise vekilin sorumluluğu daha hafif belirlenmiştir. Nitekim bu halde, TBK m. 507/II uyarınca vekilin yalnızca vekalet verdiği kişiyi seçmede ve talimat vermede kusurunun bulunmadığını ispat etmesiyle sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür⁷⁴.

II. Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcuna Aykırılığın Sonuçları

Vekilin vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılığı sebebiyle sorumluluğundan söz edebilmek için öncelikle “özen borcuna aykırı bir davranışın varlığı” aranmaktadır. Özen borcuna aykırı bir davranışın varlığı, özen borcuna aykırı olan bu davranıştan zararın doğması⁷⁵, zarar ile borca aykırı davranış arasında uygun nedensellik bağı bulunması⁷⁶ ve zarara neden olan davranışta kusurunun olması halinde⁷⁷, vekilin, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılığı sebebiyle sorumluluğu doğmaktadır⁷⁸. Bu durumda vekalet veren tazminat talebinde bulunabilmekte ve vekil de bu zararı gidermekle yükümlü hale gelmektedir; nitekim bu zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kardan oluşan müspet zarardır⁷⁹.

73 Başpınar, s. 197; Gümüş, Özen, s. 172.

74 Başpınar, s. 200; Ayrıca bkz. Akipek, s. 162 vd..

75 “Çek bedelinin tahsili için verilen vekalet görevinin özen borcuna uygun yürütülmemesi tazminat için yeterli görülmemeli, zarar hususunun da kanıtlanması aranmalıdır.” Yarg. HGK, 13-642 E / 704 K, 03.10.2007 T, kararın tamamı için bkz. Eraslan Özkaya, *Vekalet Sözleşmesi ve Vekaletin Kötüye Kullanılması*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 502-506.

76 “... Şayet davalı kurşunu derhal arayıp bulmuş ve kan kaybından hastanın ağırlaşmasından önce operasyonla veya diğer yollarla mevcut imkanlarla yaralının kurtulmasını sağlayacak idi ise, zararlı eylem arasında uygun ilişki var sayılır; aksi halde davanın reddi gerekir.” Yarg. 4. HD, 14685 E, 1160 K, 02.03.1965 T; Yarg. 13. HD 1990/7902 E, 1991/1070 K, 05.02.1991 T; Seçkin Topuz, *Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2001, s. dn. 170.

77 “Vekilin özen borcuna aykırılık nedeniyle sorumluluğunun söz konusu olması için davranışında kusurunun olduğunun ispatlanması gerekmektedir.” Konu ile ilgili olarak bkz. Topuz, s. dn. 167.

78 Başpınar, s. 194 vd.; Topuz, s. 130 vd..

79 Eren, Özel, s. 732.

Vekilin özen borcuna aykırı davranması sözleşmeye aykırılık sonucunu da doğurabilmektedir. Vekilin özen borcuna aykırı davranışı aynı zamanda bir haksız fiili de teşkil ediyorsa, vekalet veren vekile yönelik olarak sözleşmeden doğan sorumluluğa ya da haksız fiil sorumluluğuna dayanarak başvurabilir. Bu halde sebeplerin yarışması söz konusu olmaktadır ve taleple bağlılık ilkesi gereği eğer davacı borç kaynağını belirtmemiş ve talebini buna göre oluşturmamış ise TBK m. 60 uyarınca hakim, en iyi tazmin imkanı olan sebebi gözeterek karar verebilmektedir⁸⁰. Bununla birlikte vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması ya da düşük bir ücret üzerinden belirlenmesi hususu, tazminatın hesaplanmasında bir indirim sebebi olarak belirlenebilmektedir⁸¹. Vekalet sözleşmesinde özen borcunun ihlalinden kaynaklanan tazminat talebi ise 5 yıllık bir zamanaşımı süresine tabi olmaktadır^{82, 83}.

Vekalet sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği kazandığı durumlarda vekilin, görmeyi üstlendiği edimin ifasını hiç yerine getirmemesi halinde TBK m. 125'te yer alan borçlu temerrüde ilişkin seçimlik hakların uygulanabilirliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte, hakim görüş uygulanabileceği yönündedir⁸⁴. Vekalet verenin aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etme, borcun ifasından vazgeçerek müspet zararın tazmini isteme ve sözleşmeden dönme hakları bulunmaktadır⁸⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki, vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında vekaleti geri alabilmesi (azil hakkı) ise her zaman mümkün olmaktadır. Fakat uygun olmayan bir zamanda vekalet sözleşmesini tek taraflı sona erdiren taraf bundan dolayı zarara uğrayan tarafın zararını tazmin etmekle yükümlü hale gelmektedir.

Vekalet verenin, vekilden aynen ifayı talep etmesi, "ifa imkansızlaşmamış ise"⁸⁶, geciken ifanın gerçekleştirilmesi esas alınmak suretiyle mümkündür.

80 Eren, Özel, s. 732.

81 Erkan s. 459-460. Ayrıca vekalet sözleşmesine konu işin vekil için çok yüksek risk teşkil etmesi ve bu durumun vekalet veren tarafından bilinmesi hali de tazminat hesaplamasında bir indirim sebebi olarak sayılabilmektedir. Eren, Özel, s. 732.

82 Başpınar, s. 278 vd.. TBK'nın 147. maddesinde "aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır" şeklinde belirtilerek, vekalet sözleşmesinden doğan davalarla ilgili 5 yıllık sürenin öngörülmesi hususu, anılan maddenin 5. fıkrasında "vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar" olarak hüküm altına alınmıştır.

83 Bununla birlikte özen borcunun ihlalinden doğan tazminat talebinde zamanaşımı süresi ile ilgili olarak Eren, "özen borcunun ihlalinden doğan tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi, bu talep sözleşmeden doğan bir talep olduğu için 10 yıldır" şeklinde görüş belirtmiştir. Özel, s. 732.

84 Karşı görüş ve konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Gümüş, Özen, s. 196.

85 Başpınar, s. 247.

86 Örneğin, davayı süresinde açmayan bir avukattan süre geçtikten sonra dava açması beklene-memektedir. Bkz. Başpınar, s. 250.

Vekilin ifayı yerine getirmede gecikmiş olmasına rağmen vekalet verenin aynen ifayı talep etmesi halinde, vekalet veren, aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı da talep edebilmektedir ve söz konusu bu tazminat vekil ifada gecikme idi, uğranılmayacak olan zararları kapsamaktadır⁸⁷.

Vekalet sözleşmesinin büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanan bir sözleşme olması nedeniyle, vekilin özen borcuna aykırı davranmak suretiyle ifayı hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi durumu, vekalet verenin tam ve doğru ifanın gerçekleşmesi yönündeki talebini engelleyebilmektedir; nitekim vekilin ifayı hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi, vekalet verenin güveninin sarsılmasına yol açabilmektedir⁸⁸. Bu nedenle vekalet sözleşmesi bakımından vekilin özen borcuna aykırı hareket etmesi durumunda aynen ifa talep edilmesi çok sınırlı durumlarda söz konusu olmaktadır⁸⁹.

Öğretide vekalet sözleşmesi bakımından borca aykırılık nedeniyle aynen ifa talebinin mümkün olmayacağını ileri süren görüşe göre ise, vekilin üstlendiği edimi hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde vekilin borcunun tazmin borcuna dönüşmesi gerektiği ve vekalet verenin vekilden ancak tazminat talep edebilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁹⁰.

Nitekim biz de vekile karşı olan güvenini kaybeden vekalet verenin ifayı beklemeye devam etmesinin hayatın doğal akışında daha az karşılaşılan bir durum olduğunu düşünmekteyiz. Fakat her ne kadar aynen ifa talebinin daha az karşılaşılan bir durum olabileceğini değerlendiresek de bu talebin doğrudan tazmin borcuna dönüşmesi gerektiğini savunan görüşe katılmadığımızı, çünkü eğer vekalet verenin ifanın “her halükarda” gerçekleştirilmesine yönelik bir arzusu söz konusu ise, aynen ifa talebinde bulunabilmesinin de mümkün olması gerektiğini belirtmek isteriz.

Vekalet sözleşmesinde aynen ifanın talep edilebilmesi konusunda dava ve icra edilebilirlik hususları da tartışmalıdır. Nitekim bir görüşe göre, vekilin yüklendiği iş veya hizmeti sözleşmeye göre görme borcu dolayısıyla vekalet verenin alacağı dava ve icra edilebilir nitelikte olduğu ve dolayısıyla aynen ifa da talep edilebileceğini kabul edilmekle birlikte, diğer bir görüşe göre, “kimse icra yoluyla bir şey yapmaya zorlanamaz” düşüncesiyle aynen ifanın dava ve icra edilmesi mümkün görülmemektedir⁹¹.

Son olarak, vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcuna aykırı davranışı ne-

87 Başpınar, s. 251.

88 Başpınar, s. 247, 250.

89 Topuz, s. 158.

90 Akıncı, s. 249; Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. Gümüş, Özen, s. 184 vd..

91 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Özen, s. 144 vd., 196 vd..

deniyle borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının aynen ifa ve tazminat talebi haklarının yanında sözleşmeden dönme imkanı da bulunmaktadır⁹².

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde sözleşmeden dönme, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdiren, önceden yerine getirilmiş edimleri- ise iade borcunu doğuran, varması gerekli ve şekle bağlı olmayan yenilik doğuran bir hak niteliğindedir⁹³. Bu durumda alacaklının (konumuz itibarıyla vekalet verenin) sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile birlikte eğer vekil edimin gereği gibi ifasında kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat edemezse özen borcuna aykırı davranışı nedeniyle doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Buradaki söz konusu zararın menfi zarar olduğu belirtilmekle birlikte⁹⁴, öğretide hakkaniyetin gerektirmesi halinde müspet zararın da tazmin edilebileceği görüşü bulunmaktadır⁹⁵. Tüm bunlarla beraber, sözleşmeden dönülmesi halinde, özellikle maddi edimlere ilişkin vekalet ilişkisi söz konusu ise, hekimin yaptığı ameliyatı, avukatın yürüttüğü davayı, geri almasının mümkün olmaması nedeniyle, vekalet sözleşmesi çerçevesindeki bu sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili değil ancak ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir⁹⁶.

Sonuç

Vekalet sözleşmesine, TBK'da yer alan vekaletle ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Dolayısıyla tipik bir sözleşme niteliği taşımakla birlikte, yine TBK m. 502/2 uyarınca atipik sözleşmelere de vekaletle ilişkin söz konusu hükümler uygulanmaktadır. Uygulamada sıklıkla kullanılan vekaletle ilişkin hükümlerin de ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ve kapsamlarının belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır. Vekilin özen borcu ise, vekilin borçlarından biri olarak sayılmakla birlikte esasen vekilin diğer borçları üzerinde de görünümü bulunmaktadır. Nitekim, vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında diğer borçlarını ifa ederken de özenli bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte özen borcu doktrinde genel itibarıyla bir "yan yüküm" olarak kabul edilmektedir.

Vekilden beklenen özenin ölçütü ise TBK'da, EBK'da yer alan düzenlemeyle farklılık göstermektedir. Bu ölçütü tespit etmek üzere hizmet sözleşmesinde işçinin göstermesi gereken özene atıfta bulunan hüküm ve dolayısıyla uygulamada da subjektif kıstas ölçütü terkedilmiş, vekilin göstermesi gereken özenin

92 Topuz, s. 161; Başpınar, s. 253.

93 Topuz, s. 161; Başpınar, s. 253.

94 Topuz, s. 161.

95 Bkz. Başpınar, s. 253.

96 Başpınar, s.254-255; Topuz, s. 162, 163.

ölçütü son derece objektifleştirilmiştir. Bunun yanı sıra da özenin ölçütü her somut olayda göre ayrı ayrı incelenebilmekte hatta ve hatta vekalet verenin vekili, alanı ile ilgili olarak özel bir niteliğe sahip olması nedeniyle tercih etmesi söz konusuysa ortalama bir vekile oranla sahip olduğu özellikler ölçüsünden daha fazla bir özen talep edilebileceği de kabul edilmektedir.

Vekilden beklenen özen borcuna aykırı hareket etmesi ise bahsedildiği üzere vekilin sorumluluğuna yol açmaktadır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, öğretide giderek yaygınlaşan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise, herhangi bir sorumsuzluk anlaşması ile vekilin sorumluluğunun bertaraf edilmesinin söz konusu olmaması gerekmektedir. Nitekim güven temeline dayanan vekalet sözleşmesinde vekalet verenin, vekilin titizlikle hareket etmesini beklemesi vekalet ilişkisinin muhtevasının en doğal sonuçlarından birini teşkil etmektedir. Bununla birlikte özen borcunun yerine getirmediğinin ispat yükü vekalet verende olup, vekil ise ancak kusursuz olduğunu ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilmektedir. Vekilin başkasına vekalet verdiği durumlarda alt vekil veya kaim vekilin göstermesi gereken özen ise vekalet vermede yetkili olduğu ve yetki dışına çıktığı durumlarda ayrı ayrı belirlenmiştir. Nitekim yetkisi dışına çıktığı durumlarda alt vekil veya kaim vekilin kusurundan kendisi yapmış gibi sorumlu olması söz konusuysa, vekalet verenin yetki vermesi söz konusu ise yalnızca seçmede ve talimat vermede özen gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür.

Vekilin vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılığı, vekilin sözleşmeden doğan sorumluluğuna yol açacağı gibi aynı zamanda vekilin davranışı haksız fiil de teşkil ediyorsa sebeplerin yarışması söz konusu olur. Bu durumda ise eğer davacı borç kaynağını belirtmemiş ve talebini buna göre oluşturmamış ise hakim en iyi tazmin imkanı olan sebebi gözeterek karar verebilmektedir. Bununla beraber öğretideki, vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması veya yüksek risk teşkil etmesi hallerinin tazminatın hesaplanmasında indirim sebebi olabileceği görüşüne katılmakla birlikte, vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması veya yüksek risk teşkil etmesi hallerinin vekilin göstermesi gereken özenin derecesine etki edebileceğini savunan bir diğer görüşe ise katılmadığımızı belirtmek isteriz. Vekalet verenin söz konusu tazminat talebi hususunda ise 5 yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülse de öğretide bu talebin sözleşmeden doğan bir talep olması nedeniyle 10 yıllık zamanaşımına tabi olması gerektiğini ileri süren bir görüş de bulunmaktadır.

Vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında vekaleti geri alabilmesi ise “zamanın uygun olması şartıyla” her zaman mümkündür. Tüm bunlarla birlikte vekilin özen borcuna aykırı davranmak suretiyle vekalet sözleşmesi kapsamında üstlendiği –ifası mümkün olan- edimin ifasını yerine getirmemesi söz konusu ise,

vekalet verenin, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurması hususu öğretide tartışmalı olmakla birlikte, hakim görüşe göre başvurabileceği kabul edilmektedir. Aynen ifa talebi ise eğer ifa imkansızlaşmamış ise söz konusu olabilmektedir. Eğer vekalet veren vekilin ifayı yerine getirmede gecikmiş olmasına rağmen aynen ifayı talep ediyorsa, vekilin ifada gecikmiş olması nedeniyle gecikme tazminatı da talep edebilmektedir ve söz konusu gecikme tazminatı vekil ifada gecikmese idi, uğranılmayacak olan zararları kapsamaktadır. Bununla birlikte öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, vekalet verenin aynen ifa talebinde bulunabilmesinin mümkün olduğunu fakat bunun çok kısıtlı bir kullanım alanı olduğu, nitekim vekilin ifayı yerine getirmemesi durumunun vekalet sözleşmesinin güvene dayalı bir sözleşme olması nedeniyle vekalet verenin güvenini sarsacağı kabul edilmektedir. Bir diğer görüşe göre ise, aynen ifa talebinin mümkün olmaması ve hiç veya gereği gibi ifa etmeme halinde vekilin borcunun doğrudan tazmin borcuna dönüşmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Vekalet verenin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasında ise, eğer vekil kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceği ispat edemezse, doğan zararı tazmin etmekle yükümlü hale gelmektedir; buradaki söz konusu zararın menfi zarar olduğu belirtilmekle birlikte, öğretide hakkaniyetin gerektirmesi halinde müspet zararın da tazmin edilebileceği görüşü bulunmaktadır. Tüm bunlarla birlikte, vekalet sözleşmeleri kapsamında sözleşmeden dönmenin, özellikle de maddi bir edime yönelik bir vekalet sözleşmesi mevcutsa vekilin edimi geri alması söz konusu olamayacağından, ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Şahin, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Sayram Yayınları, Konya, 2004.
- Akil, Cenk, “Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2012, s. 11-26.
- Akipek, Şebnem, *Alt Vekalet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Aküinal, Teoman, “İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1973 Tarihli Kararı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD)*, İstanbul, 1974, Cilt 40, Sayı 1-4, s. 701-707.
- Aral, Fahrettin; Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Avcı, Ali, “Türk Borçlar Kanunu’nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2015, Sayı 119, s. 367-394.
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Başpınar, Veysel, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Demir, Nureddin, *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2008.
- Duman, Mete, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Uygulayıcı Gözüyle Vekalet Sözleşmesi”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011*, Ankara Barosu Başkanlığı, 2012, s. 15-41.
- Emiroğlu, Haluk, “Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, *AÜHFMD*, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s. 101-111.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, 2018, (Genel).
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, (Özel).
- Erzurumluoğlu, Erzan, *Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler II. Cilt*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, (Borçlar).
- Gümüş, Mustafa Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku’nda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, (Özen).
- İnal, Tamer, *Borca Aykırılık Dönme ve Fesih*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Kaya, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2012, S 100, s. 45-82.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 7. Baskı, İstanbul, 2017.
- Korkmaz Sayın, Bengi, *Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

- Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Özdemir, Hayrünnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Özkaya, Eraslan, *Vekalet Sözleşmesi ve Vekaletin Kötüye Kullanılması*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Sarı, Suat, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Seliçi, Özer, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1966.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri II. Cilt*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Topuz, Seçkin, *Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2001.
- Yalçınduran, Türker, *Vekalet Sözleşmesinde Ücret*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Yılmaz, Murat, *Vekilin Özen Borcu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 1997.
- Yüksel Reyhani, Sera, “Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 21, Say 2, İstanbul, 2015, s. 793-804.
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996.

İNTERNET KAYNAKLARI

- www.kazanci.com
- www.tdk.gov.tr

Meslekten Satıcının Ayıptan Sorumluluğu*

Professional Seller's Responsibility for Defects

Cevdet YAVUZ**

ÖZ

Türk Borçlar Kanunu ayıptan doğan sorumluluk rejiminde satıcının ağır kusurlu olmasına üç önemli hukuki sonuç bağlamıştır. Buna göre ağır kusurlu satıcı, ayıpların süresinde ihbar edilmediğini ileri süremez, ayıptan doğan haklar için kanunda öngörülen kısa zamanaşımı süresinden faydalanamaz, sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak sorumlu olmadığını iddia edemez. Ayıptan sorumluluk rejimi içerisinde böylesine önemli hukuki sonuçlar bağlanan ağır kusurun varlığına ilişkin olarak TBK.m.225/II'de meslekten satıcılar bakımından ağır kusur varsayımı kabul edilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan hüküm, ulusal ve uluslararası alanda elde edilen kazanımlar sonucunda tarafımızca 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde tezimizde savunulmuş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yasallaşmıştır. TBK.m.225/II'de yer alan ağır kusur varsayımı, hukuki ilişkilere egemen dürüstlük kuralı ışığında, kanunen gerçekleştirilen bir değerlendirmedir. İşbu kural, hayatın olağan akışının kurallaştırılması niteliğinde değil, hayata yön veren bir hukuk politikası özelliğine sahiptir. TBK.m.225/II ayıptan doğan sorumluluk rejiminde satıcının ağır kusurlu olmasına sonuç bağlanan tüm konularda uygulama alanına sahiptir. TBK.m.225/II eşliğinde hem TBK.m.225/I hem de TBK.m.221 hükümleri tacirler arası satışlarda da uygulanacaktır.

Anahtar kelimeler: meslekten satıcı, ağır kusur kavramı, ağır kusur varsayımı, ayıptan sorumluluk, sorumsuzluk anlaşması, bilinmesi gereken ayıplar, ticari satışlar, ihbar külfeti.

ABSTRACT

The Turkish Code of Obligations (TBK., TCO) has brought three major legal consequences to the seller's severe flaws in the shame responsibility regime. Accordingly, the severely flawed seller cannot claim that the defect has not been reported, cannot benefit from the short period of time prescribed by law for the rights arising from the defect, and cannot claim that he is not responsible on the basis

* Makale gönderim tarihi: 25.11.2019. Makale kabul tarihi: 23.12.2019. Cevdet Yavuz, "Meslekten Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 107-132.

** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Göztepe Mah. Atatürk Cad. No.40/16 Beykoz 34815 İstanbul.

of the irresponsibility agreement. With regard to the existence of a serious defect with such significant legal consequences within the liability responsibility regime, the assumption of a heavy defect in terms of professional sellers was accepted in TBK.m.225/II (TCO.art.225/II). As a result of national and international gains, the provision which is not included in the Law of Obligations no. 818 was defended in our thesis during the Law of Obligations no. 818 and legalized by the Law of Obligations no. The hypothesis of severe flaw in TBK.m.225/II (TCO.art.225/II) is an assessment made by law in the light of the rule of honesty prevailing in legal relations. This rule is not a rule for the normal course of life, but a legal policy that shapes life. TBK.m.225/II (TCO.art.225/II) has the scope of application in all matters which result in the seller's severe defect under the liability regime arising from the shame. The provisions of TBK.m.225/I (TCO.art.225/I) and TBK.m.221 (TCO. art.221) shall also apply to sales between merchants.

Keywords: layman, heavy defect concept, assumption of heavy defect, responsibility for shame, irresponsibility agreement, defects that need to be known, commercial sales, notice burden.

Giriş

Türk Borçlar Kanunu, taşınır satışına ilişkin hükümleri içerisinde m. 219-231 olmak üzere tam 13 maddeyi, satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğu konusuna tahsis etmiştir. Taşınır satışına ilişkin bu hükümler, m. 246 gereğince taşınmaz satışları hakkında da kıyas yoluyla uygulanır. Satıcının satılanın ayıplarından sorumluluğuna ilişkin kanuni rejim kusursuz sorumluluğunu öngörmektedir. Satıcının ayıplı ifa bakımından kendisine atfedilebilir hiçbir kusurun bulunmadığını ortaya koyması onu sorumluluktan kurtarmaz. Ne var ki kusursuz satıcının sorumluluğu rejiminin devreye girmesi için gerçekleşmesi gerekli bir dizi özel kurallar vardır. Ancak kusursuz dahi olsa sorumlu tutulan satıcının ayrıca ağır kusurunun varlığı, onun satıcının ayıptan sorumluluğu rejimindeki konumunu ağırlaştırmaktadır. Gerçekten de Türk Borçlar Kanunu'nda, satıcının ağır kusurlu olmasına, ayıptan sorumluluk rejimi içerisinde üç farklı hukuki sonuç bağlanmıştır:

1- TBK. m. 221 uyarınca satıcının ağır kusurlu olması halinde sorumsuzluk anlaşmaları kesin olarak hükümsüzdür.

2- TBK. m. 225/I uyarınca satıcının ağır kusurlu olması halinde ihbar külfetinin yerine getirilmediği ileri sürülemez.

3- TBK. m. 231/II uyarınca satıcının ağır kusurlu olması halinde iki yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaz.

Görülmektedir ki satıcının ağır kusurlu olması halinde ayıptan sorumluluk rejimi satıcı aleyhine değişik boyutlarda ağırlaşmaktadır. Satıcının satılanın ayıplarından dolayı kanuni sorumluluk rejimi, genel olarak kötü ifanın satış

sözleşmeleri nezdinde özel olarak düzenlenmiş halidir. Ayıplı mal teslimi olgusu üzerinden özel olarak yapılandırılan ayıptan sorumluluk düzeni, sözleşme adaletini sağlayabilecek enstrümanlarla donatılmıştır. Satıcı ve alıcı arasında çatışan menfaatler dengesi nimete göre külfet prensibine duyarlı kalınarak biçimlendirilmiştir. Satıcının ağır kusuruna böylesi sonuçlar bağlanması, esasen satıcıların ağır kusurlu davranışlarının gerçekleşmesini önlemeye dönüktür. Satıcının ağır kusurlu olması durumuna bağlanan bu sonuçların somut olaylarda uygulanabilmesi için ağır kusurun varlığı ispatlanmalıdır. İspat yükü alıcının üzerindedir. Bu noktada da ağır kusur kavramının anlam içeriğinin nasıl ortaya konulacağı problemiyle karşılaşmaktadır. Zira kusurluluk değer yargısına varılmasına dönük bilgiler satıcının hakimiyet sahasındadır. Alıcının bu bilgilere ulaşımı oldukça zordur. İşte TBK.m.225/II bu konuda belirli kriterler öngörmekte, böylelikle ağır kusur kavramının uygulamada etkin hale gelmesini sağlamaktadır. Çalışmamızda, öncelikle TBK.m.225/II hükmünün kanunda yer alma sebebinin açıklayacağız. İkinci olarak TBK.m.225/II hükmünün niteliğini ve anlam içeriğini izah edeceğiz. Üçüncü olarak ise TBK.m.225/II hükmü ile ağır kusura farklı hukuki sonuçlar bağlayan diğer hükümler arasındaki ilişkiyi ele alacak, TBK.m.225/II hükmünün tacirler arasındaki ilişkilerde de uygulanma durumunu değerlendireceğiz.

I. TBK. m. 225/II Hükmünün Ratio Legisi

Türk Borçlar Kanunu m.225/II hükmü şöyledir: **“Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir”**. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndan önce 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde TBK. m.225/II’nin muadili bir hüküm hukuk düzenimizde satış sözleşmesi alanında düzenlenmemiştir. Sadece TBK.m.225/I’in karşılığı olarak EBK.m.200 hükmü bulunmaktaydı ve söz konusu EBK.m.200 hükmünün içeriği aynen şöyleydi: **“Alıcıyı iffal etmiş olan satıcı, ayıbın kendisine vaktinde ihbar edilmemiş olduğunu ileri sürerek mesuliyetten kurtulamaz”**. Esasen 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği yıllarda, kanun yapma çalışmaları sırasında bu tarz bir sorunun ele alınmadığı görülmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yapılandırılmasında söz sahibi olan ratioları göz önünde tuttuğumuzda, 818 sayılı Borçlar Kanunu kanun koyucusunun bu konuyu öngörmediği ve konu hakkında hüküm getirme ihtiyacı hissetmediği anlaşılmaktadır. Ne var ki 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlük döneminde hem ulusal hem de uluslararası alanda kazanılan tecrübeler böyle bir hükme ihtiyaç duyulduğunu ortaya koymuştur. Biz 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kaleme aldığımız **“Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu”** isimli doçentlik tez çalışmamızda bu konuyu gündeme getirmiştik ve

sorumsuzluk anlaşmalarıyla bağlantısını da açıklayıcı tarzda bir çözüm şekli sunmuştuk. Anılan monografi çalışmamızın 100-102. sayfa aralığında bu konuyu şöyle açıklamıştık: “Burada karşımıza şu sorun çıkmaktadır: Acaba BK. m. 196, BK. m. 99’a ilişkin gerçek bir istisna mıdır, yani satıcının hilesi dışındaki tüm durumlarda geçerli olarak ayıba karşı tekeffülden sorumsuzluk anlaşması yapılabilecek midir? Örneğin satıcı, satılanın muayenesine özen göstermez ve deposundaki diğer kimyasal maddelerin yanında uzun süre bıraktığı ve bozulmasına sebep olduğu hayvan yemlerini satar ve bu suretle alıcının hayvanları zehirlenerek telef olursa, satıcının ağır ihmali söz konusudur. Aynı şekilde en küçük bir kontrolden geçirilmeden satılan bisikletin frenleri patlar ve alıcı bir yere çarpıp yaralanırsa, bu zararın meydana gelmesinde yine satıcının ağır kusuru mevcuttur. Çünkü satıcının BK. m. 196 anlamında hilesinin söz konusu olabilmesi için <<muayyen niteliklerin varlığını veya ayıpların yokluğunu beyan ve teyit etmek ya da bu hususlarda alıcının zihninde susmak suretiyle bir hata uyandırmak veya bu hatayı devam ettirmek>> ve <<bunları sözleşmenin yapılması hakkında karar verirken veya bu sözleşmeyi şu veya bu kayıtlı yaparken veya malı kabul ya da ayıplarını ihbar ederken alıcının gerçek fiili durumu nazara almasını engelleme kastı ile yapmak>> unsurlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir. Elbette böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde satıcı, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan anlaşmayı ileri süremeyecektir. Ancak yukarıda verilen örneklerde satıcının bu şekilde satılanın ayıplarını hile ile gizlemesi (ya da mehas metnin ifadesiyle <<satıcının alıcıya karşı tekeffül ile yükümlü olduğu ayıplar hakkında susması>>, OR. Art.199) durumu yoktur; sadece onun (satıcının) ayıpların varlığı konusunda alıcıya bilgi vermemesine yönelik ağır kusurunun bulunduğundan söz edilebilecektir. O halde satıcının ağır kusurunun bulunduğu durumlarda da tekeffül sorumluluğunu kaldıran anlaşmaların geçersiz olduğunun kabul edilmesi lazımdır. Zaten kanun koyucu, BK. m.196’da <<hile ile>> (OR. Art. 199’da <<frauduleusement: arglistig>>) sözcüğünü tesadüfi olarak kullanmıştır, yoksa burada kast (hatta nitelikli kast) ya da ağır kusur şeklinde bir kusur derecelemesi yapma amacı güdülmemiştir. Eğer satıcı, alıcıya karşı, kasten vermediği bütün zararlardan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırabilseydi, satıcının durumu alıcı karşısında önemli ölçüde güçlendirilmiş olurdu; bunu gerektirecek hiçbir haklı hukuki gerekçe de yoktur. O halde ayıp sonucu meydana gelen zararlarda satıcı, BK. m.99’daki emredici hüküm ile bağlıdır ve ancak hafif kusura iliş-

1 Cevdet Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 100-102.

kin sorumsuzluk anlaşması hukuken geçerli olabilir. Bu konuya ilişkin olarak Akman'ın şu satırlarını ilginç olması ve vardığımız sonucu desteklemesi bakımından aynen alıyoruz: <<Diğer taraftan yukarıdaki örneklerde borçlunun, bozulmuş yemleri veya bisikleti satmayıp başışladığımız farzedersenek, yapılan sorumsuzluk anlaşması ağır ihmal nedeni şile geçersiz olacak idi. Başışlamada, sözleşmenin tek taraf yararına olması nedeniyle, borçlu sorumluluğunun yasakoyucu tarafından daha yumuşak takdir edilmesine (BK. m.243) rağmen sorumsuzluk anlaşması geçersiz sayılırken; aynı olayı tekeffüle ilişkin hükümlerinde genel olarak kusur aranmayan satım sözleşmesi olarak ele alınca, sorumsuzluk anlaşmasını geçerli saymak çelişkili olur ve kabul edilemez. Bu nedenlerle, m.196'nın BK. m.99'a nazaran özel hüküm olduğu ve öncelikle uygulanması gerektiği yolunda bir itiraz, ayıp sonucu doğan zararlar bakımından ileri sürülemez. Aksi halde borçlar hukukunun temelinde yatan değer hükümlerinin ihlaline göz yumulmuş olurdu>>.

Böylece BK.m.196'nın satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan sözleşme kayıtlarının geçersizliğine ilişkin hükmünü, sadece onun (satıcının) satılana ilişkin bildiği ayıpları gizlemesi durumunda değil satıldandaki ayıpları bilmemesinin ağır kusuruna dayandığı durumda da uygulanabileceği görüşünü benimsemiş olmaktadır. Ancak satıcının satılanın ayıbını bilmemesinin onun (kendisinin) ağır kusuru sonucu olması, sadece yukarıda verilen abartmalı örneklerde olduğu gibi gerçekleşmez. O halde şimdi de satıcının ne zaman ağır kusur işlemiş sayılacağı sorununa çözüm araştırılması gereği vardır.

Fransız hukukunda satılanın ayıplarını bilen satıcının sorumluluğunun, satılanın ayıplarını bilmeyen satıcıya göre daha ağırlaştırıldığını görmekteyiz. Örneğin CCF. art. 1645'e göre satılanın ayıplarını bilen satıcı <<almış olduğu satım parasının geri verilmesinden başka, alıcının uğradığı tüm zararlardan sorumludur>>. CCF. Art. 1646'ya göre ise şeyin ayıplarını bilmeyen satıcı, <<sadece satım parasını geri vermekle ve satımla sebep olunan masrafları alıcıya ödemekle yükümlüdür>>. Aynı şekilde CCF. Art. 1646'ya göre, satıcının satılana ilişkin ayıpları bilmesi durumunda, ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu sınırlayan sözleşme hükümleri geçersizdir. İşte bu hükümlerde sözü edilen <<satılanın ayıplarını bilen satıcı>> kavramı Fransız doktrinde ve uygulamasında, meslekten satıcıları (vendeurs professionnels) ve yapımcıları (imalatçıları; fabricateurs) kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Böylece meslekten satıcıların ve imalatçıların, satılana ilişkin kendi meslek ve imalatları ile ilgili ayıpları bilmediğini iddia etmeleri mümkün görülmemektedir. Burada özellikle iş görme sözleşmelerinde iş gören kişi durumunda olan sözleşme tarafının, sözleşmeye aykırı davranışında kusurlu bulunup

bulunmadığının tespitinde, o kişinin mensup olduğu meslek kurallarının göz önünde tutulması durumunda olduğu gibi; meslekten satıcının ve imalatçının, satılardaki mesleği gereği bilmesi gereken ayıpları bilmediği iddiası dinlenmeyecektir. Bu şekilde gerek meslekten satıcının gerekse imalatçının satılana ilişkin ayıpları bildiğinin varsayılması söz konusu olmakta ve bu kişilerin bu konudaki bilgisizliği ağır kusur olarak değerlendirilmektedir.

Bilindiği gibi ağır kusurda hukuka aykırı sonuç bilinmemekte istenmemekte; ancak bu sonuç, anlayışlı ve normal dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında alınmasını gerekli göreceği en ilkel (iptidai) tedbirlerin alınmaması, en basit özenin gösterilememesi yüzünden gerçekleşmektedir. O halde meslek ve imalat kurallarına uymayan davranışları sebebiyle, meslekten satıcının ve imalatçı-satıcının ağır kusur işlediğinin hukuken kabul edilmesi mümkün olacaktır. BK. m. 196'nın satıcının ağır kusurunun söz konusu olduğu durumlarda uygulanabileceğini kabul ettiğimize göre, meslekten satıcının ve imalatçı-satıcının satılanın ayıplarını bilmemesi, ayıplardan sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olmasını engelleyecektir. Bu yorum, ticari hayatın karmaşıklığı karşısında çağdaş hukuk düşüncelerinin ve bu düşüncelerin ürünü olan pozitif düzenlemelerin tüketiciyi koruma temayülüne uygun bir çözümün kabul edilmesine yol açacak ve bu suretle bu yüzyılın başında bu düşüncelerden uzak olarak hazırlanmış olan Borçlar Kanunumuzun bu düzenlemesinin zamanımızın ihtiyaçlarına göre yorumlanması durumu söz konusu olacaktır”.

Tezimizde ortaya koyduğumuz çözüm şekli, TBK.m.225/II'de bu şekilde kanun hükmü haline gelmiştir. Yukarıda ortaya konulan düşüncelerden de okunabildiği üzere, TBK. m.225/II, satıcının ağır kusurunun tespiti bakımından kanunen kabul edilmiş bir varsayımı ortaya koymaktadır. Yine yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, TBK.m.225/II'de yer alan varsayım TBK. m. 225/I'e hasredilecek şekilde değerlendirilmemelidir. TBK. m. 225/II'nin varlık gayesi, ayıptan sorumluluk rejimi içinde etkili olan satıcının ağır kusurunun tespiti ve ispatı sorununa bazı özelliklere sahip satıcılar bakımından çözüm üretmektir. Ayıptan sorumluluk rejiminde ağır kusurun etkili olduğu konularda TBK.m.225/II hükmü de uygulama alanı bulabilecektir. TBK.m.225/II hükmünde öngörülen ağır kusur varsayımının geçerliliği, satıcının meslekten satıcı olması unsuruna ve ortaya çıkan ayıbın da meslekten satıcının bilmesi gereken bir ayıp olması unsuruna bağlanmış durumdadır. Kanunkoyucu söz konusu bu iki özelliği dürüstlük kuralı ışığında değerlendirerek böyle bir varsayımı kabul etme yoluna gitmiştir. İki unsurun varlığının ortaya konulduğu bir yargılamada artık satıcının ağır kusurlu olduğu sabit hale gelmiş bir vakıa olacaktır ve bunun aksinin iddia edilmesi de gündeme gelmeyecektir.

II. Ağır Kusur Kavramı ve Ağır Kusur Varsayımı

Satıcının ayıptan sorumluluk rejimi bakımından ağır kusur kavramı iki yönlüdür. Biri satıcının hileli davranışını, diğeri ise satılanın ayıplı bir şekilde devrinde satıcının ağır ihmal halini kastetmektedir. Hileden söz edilebilmesi için, satıcının belli vasıfların varlığını veya eksikliklerin yokluğunu söylemesi veya susmasıyla bu hususta bir yanılma uyandırması ya da mevcut yanılmayı güçlendirmesi, bu suretle alıcıyı sözleşmeyi yapmaya veya sözleşmede kararlaştırılan şartlar altında yapmaya sevk etmek kastının bulunması gerekir. Ağır ihmal halinde ise hukuka aykırı sonuç bilinmemekte, istenmemekte; ancak bu sonuç, anlayışlı ve normal dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında alınmasını gerekli göreceği en ilkel (iptidai) tedbirlerin alınmaması, en basit özenin gösterilememesi yüzünden gerçekleşmektedir². Burada sunulan tanımlar karşısında, satıcılığı meslek edinen satıcıların dürüstlük kuralına göre sahip olmaları beklenen mesleki bilgi ve donanımları gereğince bilmeleri gereken ayıplardan doğan sorumluluklarında ağır kusurlu oldukları varsayılacaktır.

TBK. m.225/II'de düzenlenen ağır kusur varsayımı, **kanun koyucu tarafından, dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılan bir değerlendirmedir**³. Kanun koyucu bu değerlendirmeyi güven ilkesi temelinde yer alan düşünceler ışığında gerçekleştirmiştir. Satıcılığı meslek edinen bir satıcının, satılanı mesleği gereğince bilmesi gereken ayıplardan arı bir şekilde teslim etmesi beklenir. Aksi davranış hukuki ilişkilerdeki güven ilkesine ters düşer. Satıcı ile alıcı arasındaki menfaat çatışmasını çözüme bağlayan güven ilkesine göre, bilmesi gerektiği ayıplar bakımından meslekten satıcının ağır kusurlarının sonuçlarını alıcının sırtına yüklemesi kabul edilemez. Satıcının bu tavrı dürüstlük ilkesine göre desteklenemez. Alıcının satılanın ayıpsız ifa edileceğine yönelik beklentisi makul bir beklentidir. Alıcının meslekten satıcının uzmanlığına güven duyması, satın almış olduğu malın ayıpsız çıkmasını beklemesi, meslekten satıcının uzmanlığı karşısında haklı bir beklentidir. Buna göre satıcılığı meslek edinmiş kişiler satış sözleşmelerine ilişkin faaliyetlerinde, kendilerinden beklenen davranışları sergilemeli ve güven sunmalıdır.

Kusur unsuru hakkında kanun koyucu tarafından bu şekilde bir tavır alınmış olması yadırganmamalıdır. Bu şekildeki bir tutum hukuk düzenimize ya-

2 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, s. 102; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 135.

3 Dürüstlük kuralına göre değerlendirme yapılacağı yönünde görüşler için bkz. Nilgün Başalp, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 361.; İpek Yücer Aktürk, *Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 230.

bancı değildir. Sözleşme hukukunda esasen borçlunun sorumluluğu hakkında kusur karinesi kabul edilmiştir. Kusur karinesini kabul eden anlayış, aynı gerekler uğrunda daha karmaşık yapıya sahip ayıplı ifadan sorumluluk bahsi için meslekten satıcılar hakkında ağır kusur varsayımını kabul etmiştir.

Burada bir karine değil varsayım bulunmaktadır⁴. Karineler hayatın olağan akışımı dikkate alarak konulan hükümlerdir. Karinelerde kural olarak aksi bir iddiaya kapı aralanabilir. Başka bir ifadeyle, karine olarak kabul edilen düzenlemeler, aksi öngörülmedikçe geçerli olan kurallardır. Fakat varsayım olarak nitelendirilen hükümlerde aksi bir iddia ortaya konulamaz. Varsayımlar hayatın olağan akış seyrindeki bir durumu açıklayan kurallar değildir, böyle bir amaçları da olmaz. Varsayımlar açıklayan değil yön veren hukuk kurallarıdır. Varsayımlar bir hukuk politikasının ürünleridir. Varsayım teşkil eden hükmün aksini ortaya koyan bir iddiaya hukuk düzeninin tahammülü yoktur. Örneğin dürüstlük kuralı bir varsayımdır. Kişiler hukuki ilişkilerini istedikleri gibi düzenleyebilirler. Ancak hukuk düzeninin sınırları içinde kalmak mecburiyetindedirler. Kimse hukuk alanında dürüstlük kuralına aykırı bir iddianın dinlenmesini bekleyemez. Bunun gibi, TMK.m.1020/3'e uyarınca, tapu sicili kayıtlarının bilinmediği iddia edilemez. Burada da bir varsayım söz konusudur. Herkesin tapu sicilindeki kayıtları bildiği varsayılr.

Ağır kusur varsayımının kabul edilmiş olması, satıcının ağır kusurlu olduğunun diğer yollarla ispatlanmasını engellemez. Ağır kusur varsayımı bağlamından koparılmamalıdır. Hükmün bağlamı, kanunda öngörülen kriterlerin varlığı halinde ağır kusurun varsayılmasıdır. Alıcının, satıcının meslekten satıcı olması ve ayıbın da satıcının mesleği gereğince bilmesi gerekli ayıp olması kıstasları dışında, diğer verilerle de somut olaydaki satıcının ağır kusurlu olduğunu ortaya koyabilmesi mümkündür. Bu durumlarda ortaya konulan verilerin satıcının ağır kusurunu gösterip göstermediğini hakim takdir edecektir. Ağır kusur varsayımına dayanıldığı durumlarda ise, ağır kusurun bulunup bulunmadığı noktasında hakimin bir değerlendirme-takdir yetkisi yoktur. Ağır kusur varsayımının üzerine oturduğu her iki kriterin varlığının ortaya konulması üzerine satıcının ağır kusurluluğu sabit bir vakıa halini alacaktır.

Yukarıdaki varsayım örneklerinde olduğu gibi, TBK. m. 225/II'de de satıcılığı meslek edinen kişilerin bilmesi gereken ayıpları bakımından ağır kusurlu olduklarına dair kanuni bir hüküm verilmiştir. Kanuni bir varsayım ortaya ko-

4 Karine ile varsayım arasındaki fark için bkz. Gökçen Topuz, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 63.; Kemal M. Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 341-342.; Gökhan O. Antalya, Murat Topuz, *Medeni Hukuk*, Cilt I, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 612.

nulmaktadır. Söz konusu varsayım, hukuk politikasının bir gereğidir. Temelinde güven prensibi vardır. Kişiler satış sözleşmesi yaparken meslekten satıcıların bilmeleri gereken ayıplar bakımından onlara güven duymak isterler. Satış sözleşmesine konu olan bir mal ayıplı ise bu konuda alıcıya bilgi verilmesi gereklidir. Satış ilişkisi içine giren kişilerin birbirlerine doğru bilgi verme gereklilikleri dürüstlük kuralına dayanır. Meslekten satıcı olarak tanınan kişiler tarafından satılan malların alıcılar nezdinde ayıptan arı vaziyette bulunduğu düşüncesiyle kabul edilmesi, makul ve haklı bir beklentiye, güvene dayanır. İşte, TBK. m. 225/II ile, hukuki ilişkilerde bu güveni aşılacak için meslekten satıcıların bilmeleri gereken ayıplar bakımından her türlü ihmalleri ağır kusur olarak hükme bağlanmıştır. Böylelikle meslekten satıcılar alıcıların güvenlerini ihlal etmemek için her türlü tedbiri alacaklardır. Satılarda satıcı tarafından bilinmesi gereken bir ayıbın ortaya çıkmasının sonuçlarına, güven duyan alıcı değil, kendisine güvenilen satıcı katlanacaktır. Böyle bir satıcı artık ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluk sisteminin kendisine sunduğu olanaklardan istifade edemeyecektir. Ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluk sisteminde ihbar külfetlerine, zamanaşımına, sorumsuzluk kayıtlarına yaslanabilen satıcı, ağır kusurlu olmayan satıcıdır. Ağır kusurlu satıcı ise bu ayrıcalıklardan faydalanamaz.

Ashında TBK. m.225/II olmasaydı da meslekten satıcının mesleği gereğince göstermesi gereken tüm özeni göstermemiş olması yine ağır kusur olarak değerlendirilecekti. TBK. m.225/II hükmü olmadığında da hakim tarafından kusur tespitinin bu şekilde gerçekleştirilmesi gerekliydi. Meslekten satıcının mesleği gereğince bilmesi gereken ayıpları bilmemesi ağır kusur olarak değerlendirilir⁵. Bu bağlamda TBK. m. 225/II'nin katkısı ise şöyle anlaşılabilir: Türk Borçlar Kanunu'muzun sözleşmeye dayalı sorumluluk sisteminde kusur karanesi geçerlidir⁶. Buna göre, borca aykırı davrandığı belli olan borçlunun zarardan sorumlu tutulması için alacaklı tarafından kusurunun varlığının ispat edilmesi gerekli değildir. Karine olarak varlığı kabul edilir. Ne var ki, kusurun varlığı karine olarak kabul edilse de kusurun derecesi itibarıyla ağır kusur olduğunun ispatlanması alacaklıya düşmektedir⁷. Bu husus ise zor bir

5 Ayrıca bkz. Mathilde Cayot, "Le non-professionnel", *RR (Revue de la Recherche juridique-Droit perspectif)*, (N.XLIII-172), 2018/2, s.663-706.

6 Eren'e göre sözleşmesel sorumlulukta kusuru ispat yükünün alacaklıya değil de kusursuzluğu ispat yükünün borçluya yükletilmiş olmasının sebebi, "her şeyden önce borçlunun edimin ifasını imkansız hale getiren olay ve durumları, faaliyet ve işletmesi üzerindeki bilgi ve hakimiyet sahibi olduğu için alacaklıya oranla daha iyi bilecek durumda bulunması fikrine dayanır". Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 1195.

7 Silvia Venturi, Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, *Commentaire Romand:- Code des obligations I*, Ed.: Luc Thévenoz, Frans Werro, Bale, 2003, Art. 203, No. 1.; Ash Makaracı Başak, "Türk Borçlar Kanunu

meseledir. Zira ayıplı ifanın gerçekleşmesinde ağır kusurun ispatını sağlayacak deliller alacaklının değil borçlunun hakimiyet alanındadır. Borçlunun bilgi düzeyi, mesleki yeterliliği vs. şeklinde ifade edilebilen ve ağır kusurun varlığının göstergeleri olarak dikkate alınan bilgilere alacaklının vakıf olması zordur. Bu zorluktan ağır kusurlu satıcı faydalanmaktadır. Satıcının ağır kusurlu olduğunun ortaya çıkması mümkün olmamaktadır. Bunun sonucunda da ağır kusurlu olduğu ispatlanamayan meslekten satıcılar, satıcının ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluk sisteminin ayrıcalıklarından faydalanmaktadır. Nihayet te ise, kimsenin kendi kusurunun sonuçlarını başkasının hukuk alanına yükleyememesi hakkındaki temel prensibin hiçbir esprisi kalmamaktadır. İşte TBK.m.225/II ile artık bu durum aşılmıştır. Meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplar bakımından sorumluluğu konusunda ağır kusurlu olduğu varsayılmıştır. Böylelikle her türlü özenin gösterilmesi gerektiği konusunda satıcılar teşvik ve tahrik edilmiş olmaktadır⁸.

Satıcılığı meslek edinen kişiler genellikle tacirlerdir. Ancak Türk Borçlar Kanunu nezdinde satıcılığı meslek edinen kişi konumunun varlığı için, Türk Ticaret Kanunu'nun anlayışına göre tacir olmak zorunluluğu yoktur. Esnaf faaliyeti sınırlarında hukuki ilişkilere giren kişiler de satıcılığı meslek edinen kişi olarak nitelendirilebilirler. Öte yandan, sözleşmenin satıcı tarafının tacir olması da başka hiçbir husus araştırılmadan doğrudan doğruya satıcının satıcılığı meslek edinmiş kişi olarak değerlendirilmesini sağlamaz⁹. Hukukta kavramlar hangi alanda işgörüyorsanız, ancak o alanın anlam ve amacına duyarlı bir içerik kaza-

Madde 225/II Hükümünün Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, III. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 1922.

- 8 Yüce TBK.m.225/II hükümünün uygulanmasından duyduğu kaygılarını şöyle ifade etmektedir: “Hâl böyle olunca, kanımızca kiracıyı, işçiyi koruma konusunda kanuni düzenlemeleri “kraldan çok kralcı” bir şekilde değerlendiren mahkemeler, bu düzenlemeyi de kanun koyucunun yeni eğilimine uygun olarak alıcıdan yana değerlendirecek ve işi meslek edinmiş kişilerin sattığı mallarda çıkan ayıpların büyük bir çoğunluğunu satıcıların bilmeleri gerektiği yönünde karar verecek; buna bağlı olarak da bu tür satımlarda bildirim külfetini fiili olarak uygulamadan kaldıracaklardır. Bu düzenleme, satıcıların sorumluluğunu kanımızca arzu edilenden daha ağırlaştırarak bir özelliğe sahip görünmektedir. Kanaatimizce mahkemeler, bu maddenin uygulanmasında biraz daha hassas davranarak, satıcının her durumda bilmesi gerektiğini ileri sürerek alıcının bildirim külfetini yerine getirmemiş olmasını göz ardı etmemelidir. Ayrıca alıcı açısından bildirim yapılmamış olmasının ileri sürülmesinin, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı hâllerin de göz ardı edilmemesi gerekir.” Melek Bilgin Yüce, “Satış Sözleşmesinde Ayrıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, 2012, s. 392.

- 9 Benzer görüşte, Makaracı Başak, s. 1924. Ne var ki Makaracı Başak, TTK.m.19'daki ticari iş karinesinden hareketle tüzel kişi tacirin gerçekleştirdiği her satımın ticari işi ile ilgili olduğu sonucuna varılabileceğini ve TBK.m.225/II hükümünün uygulaması gerekeceğini salık vermektedir. Makaracı Başak, s. 1924.

nır. Keza satıcılığı meslek edinen kişiler gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Bu bağlamda hem özel hukuk tüzel kişileri hem de kamu hukuku tüzel kişileri satıcılığı meslek edinen kişi konumunda bir satış sözleşmesinde yer alabilirler. Önemli olan somut olaydaki satış sözleşmesinin satıcılık faaliyetinin meslek olarak yerine getirilmesi kapsamında kurulmuş olmasıdır.

TBK. m. 225/II hükmünü değerlendiren doktrine göre, satıcılığı meslek edinen kişilerin bilmeleri gereken ayıplar bakımından **her türlü kusurları ağır kusur** addedilmektedir¹⁰. Başka bir ifadeyle, satıcılığı meslek edinen kişiler bilmeleri gereken ayıplarla yüklü bir şekilde gerçekleşen ifada varsayım olarak ağır kusurludurlar. Ağır kusur değerlendirmesi burada kanun koyucu tarafından yapılmıştır. Buna göre, ayıptan sorumluluk rejiminde ağır kusura hangi sonuçlar bağlanmışsa, satıcılığı meslek edinen kişiler için de aynı hukuki sonuçlar doğacaktır. Bu konuda yapılan sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüz olacaktır. Satıcılığı meslek edinen kişilerin meslekleri itibarıyla bilmeleri gereken ayıpları bakımından her türlü kusuru ağır kusur olarak nitelendirilecektir. Satıcılığı meslek edinen kişiler ayıplı mal tesliminde ağır kusurlu satıcı muamelesi görecektir.

TBK. m. 225/II hükmü emredicidir. Şu halde, genel olarak satılanın ayıplarından dolayı satıcının sorumluluğu konusu bakımından hafif ayıplardan sorumluluğun ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağı noktasında ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Satıcılığı meslek edinmeyen, yani tesadüfi satıcılar bakımından hafif kusurlu bir şekilde ayıplı ifadan kaynaklanan sorumluluğun kaldırılması mümkün iken, satıcılığı meslek edinen kişilerin bilmeleri gereken ayıplar bakımından her türlü sorumluluğunun ortadan kaldırılması geçersizdir.

III. TBK. m. 225/II Hükmünün Sorumsuzluk Anlaşmaları Hakkında Uygulanması

Doktrinde bir görüş, TBK. m. 225/II hükmünün sorumsuzluk anlaşmalarına sınırlama getiren TBK. m. 221 hakkında uygulanmayacağı düşüncesindedir. Bu görüşe göre, sözleşme özgürlüğünün kural sınırlandırmanın istisna olması karşısında, TBK.m.225/II hükmünün sorumsuzluk anlaşmalarında geçerli olduğundan bahsedebilmek için, gerekçede değil kanun metninde bu yönde bir açıklık bulunmalıdır. Bu düşünceye göre, TBK. m. 225/II, sadece, alıcının bildirim külfetini yerine getirmemesi bakımından uygulanacak, sorumsuzluk an-

10 Ayrıntılı açıklama için bkz. Nevzat Koç, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Mülkiyetin Devri Amacıyla Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler" *Ali Naim İnan'a Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 466-467.; Makaracı Başak, s. 1925; Başalp, s. 362-363.; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 163.

laşmasının geçersiz kılınması bakımından etkili olmayacaktır¹¹. Bu düşünceye katılmamaktayız. Her şeyden önce TBK.m.225/II'nin yukarıda tespit ettiğimiz anlamı karşısında, TBK.m.225/II'nin TBK.m.221 hakkında da uygulanacağını kabul etmek, sözleşme özgürlüğüne yeni bir sınırlama getirmek anlamına gelmez. Kaldı ki sözleşme özgürlüğünün kural, sınırlandırmanın istisna olması anlayışı, bir argüman olarak, temelinde dürüstlük kuralı bulunan normların uygulama sahasını biçimlendirmede tek başına söz sahibi olmaz. Sözleşme özgürlüğü dürüstlük kuralını değil, dürüstlük kuralı sözleşme özgürlüğünü yorumlar. Nihayet, bu düşüncenin isabetli olabilmesi için, sorumsuzluk anlaşmalarının sınırlandırılması hakkındaki kanuni düzenlemelerin ratiolarının TBK. m. 225/II'nin uygulanmasını engellemesi, TBK. m. 225/II'ye **yüklenen düşünceleri dışlayıcı bir anlayış sunması gereklidir. Halbuki TBK. m. 221 hükmü hakkında geçerli düşünceler TBK. m. 225/II'nin uygulanmasını dışlamamakta, aksine kabul etmektedir. Şöyle ki;**

A. Sorumsuzluk Anlaşmalarının Kanunen Sınırlandırılmasının Ratio Legisi

Hukukumuzda sorumsuzluk anlaşmaları tamamen serbest bırakılmamıştır. Ne var ki, sorumsuzluk anlaşmalarının yapılma olanağı tamamen de ortadan kaldırılmamıştır. Hukuk düzenimizde sorumsuzluk anlaşmalarının yapılması mümkün görülmekte, ne var ki birtakım sınırlamalar da öngörülmektedir. Bu anlayış, ayıptan doğan sorumluluğu ortadan kaldıran sorumsuzluk anlaşmaları hakkında da geçerlidir. İfade edilmelidir ki, ayıptan doğan sorumluluğun yapısına uygun bir denge inşa edilmiştir. Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun ortadan kaldırılmasına yönelik sorumsuzluk anlaşması ve sınırları TBK. m.221'de şu şekilde kaleme alınmıştır: **“Satıcı satılanı ayıptan devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”**.

Sorumsuzluk anlaşmaları hakkında kanunda öngörülen sınırlamaların ratio legisi ise birden fazla sebebe dayanmaktadır. Başka bir ifadeyle, sorumsuzluk anlaşması sahası birden fazla düşünceyle aşılanmıştır. Sorumsuzluk anlaşmalarının sınırlandırılması sayesinde gerçekleşmesi umulan bu düşünceleri şöyle belirtebiliriz¹²:

1. Borçlunun edimini kast ya da ağır ihmal ile tehlikeye atmasının önlenmesi: Kanun koyucu kasten ya da ağır ihmal ile ifade bulunma-

11 Bilgehan Çetiner, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *İÜHFİM*, Cilt 67, Sayı 1-2, 2009, s. 105-106.

12 Bu konularda ayrıntılı açıklama için bkz. Başalp, s. 191.

yan borçlunun, bu denli ağır kusuruyla verdiği zararın sorumluluğunu taşıması gerektiği düşüncesiyle sorumsuzluk anlaşmasından yararlanarak bir de ifa etmemenin doğuracağı hukuki sonuçlardan kaçınmasının önüne geçmek ister. Zira özel hukukun temel yapı taşı olan kusur prensibinin taraf anlaşması yoluyla içinin boşaltılmasına engel olunmalıdır. Yine pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesinin dolanılmasına da engel olunması gereklidir. Zira sözleşme bağından beklenen faydanın ortadan kalkması kamu düzenini ihlal edecektir. Dolayısıyla emredici düzenleme getirilerek borçlunun edimini kast ya da ağır ihmal ile tehlikeye atması önlenmelidir. Keza TANDOĞAN da sorumsuzluk anlaşmalarını emredici düzenlemelerle sınırlandırmayı, milli iktisat bakımından da zarar ortaya çıkmaması için alınması gereken tedbirler içerisinde değerlendirmektedir¹³. Sorumsuzluk anlaşmasına emredici bir şekilde kanuni sınırlar öngörülmüş olmasını borçlunun borcuna özen gösterme kararı bakımından analiz eden ŞANLI'ya göre de yaptırımlar borçluyu özenli davranmaya sevk etmektedir. ŞANLI'nın açıklamalarına göre, "...İfanın gerektiği gibi gerçekleşmesi için, borçlunun özenli davranması gerekir. Bunun için sadece kendi ifa çıkarımı değil, davranışının alacaklı üzerindeki etkisini de dikkate alınmalıdır. Oysa sorumsuzluk anlaşması var ise, borca aykırı davranışın bir kısım maliyeti, borçlu tarafından dışsallaştırılacaktır. Bu da borçlunun özen güdüsünü zayıflatır. Örneğin (Y), mobilya üretirken belki yeteri derecede işçi çalıştırmayacak veya daha kaliteli vernik kullanmayacaktır. Bu davranışlar borca aykırılık olasılığını arttıracaktır. İşte Kanun, ağır kusurlu olması halinde tüm zarardan sorumlu tutulacağını belirtmekle, özenli davranma güdüsü yaratmaktadır"¹⁴.

2. Doğacak tazminat alacağından daha işin en başında vazgeçen alacaklının korunması: Sorumsuzluk anlaşması yaparak ekonomik geleceğini öngörülemez bir zarar karşısında tehlikeye atan alacaklının, zararın doğumundan önce sorumluluğu kaldıran bir anlaşmaya taraf olması ahlaka aykırı düşmektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun belirttiği üzere, sorumsuzluk anlaşmasının sınırlanmasının temelinde yer alan düşüncelerden biri de zayıf güçlüye karşı koruma yolundaki etik ilkedir¹⁵. Zira diğer taraf karşısında zayıf konumda ve boynu bükük olmadıkça, hiçbir alacaklı, borçlunun kendisine empoze etmek istediği sorumsuzluk kayıtlarına boyun eğmez.

13 Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1961 yılı birinci basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 455.

14 Kerem Cem Sanlı, *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 385.

15 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 552.

3. Güç dengesizliklerinin varlığının gözetilmesi: Sorumsuzluk anlaşmalarına sınırlama getirilmesinin bir diğer haklı sebebi, güç dengesizliklerinin varlığının gözetilmesidir. Bu sayede sözleşme adaletini ve maddi anlamda sözleşme özgürlüğü temin-muhafaza edilmiş olmaktadır.

Görüldüğü üzere, TBK. m. 221 hükmünün ratioları olarak kabul gören bu düşünceler, TBK. m. 225/II hükmünün ratiosu olarak yukarıda belirttiğimiz düşüncelerle tam bir uyum içindedir. TBK. m. 221 hükmünü aşıl原因an düşüncelerle ulaşılmak istenen hedeflere TBK. m. 225/II hükmü engel olmamakta, aksine önünü açmakta ve somut olaylarda ispat zorluklarından kaynaklanan engellerin aşılmasında destek sunmaktadır.

B. TBK. m. 221 ile TBK. m. 225/I’de Kriter Olarak Esas Alınan “Ağır Kusur” Kavramlarının Eşdeğer Anlam İçeriğine Sahip Olması

TBK. m. 221’de ağır kusur kavramının anlam içeriği bakımından hangi özelliğe sahip olması gerektiği konusuna kanun metninde şu şekilde işaret edilmiştir: “*Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise...*” O halde hükmün uygulanmasında satıcının ağır kusurunun varlığı, satılanı ayıplı olarak devretmesi yönüyle aranacaktır. Satılanın devredilmesi, satılanın mülkiyetinin ve zilyetliğinin alıcıya devredilmesi demektir. Ayıptan doğan sorumluluğun gündeme gelmesi için ayıbın en geç hasar ve yararın alıcıya geçtiği anda satılan var olması gereklidir. Bu zamansal anlar itibarıyla satılanın ayıplı bir şekilde devredilmesi hususunda satıcının kusurlu olup olmadığına dair bir değerlendirme yapılacaktır. Kusur esasen kınamaya dönük bir değer yargısıdır. Satıcı satılanı ayıpsız bir şekilde devretmek yükümlülüğü altındadır. Borca aykırı bir şekilde davranırsa ve satılanı ayıplı bir şekilde devrederse satıcının kusur ölçüğünde kınanması gündeme gelebilecektir. Satıcının satılanı devretme anındaki tutumu kusurlu olup olmadığına ortaya koyacaktır. Devrettiği malın ayıplı olduğunu bilen ya da bilmesi gereken satıcı kusurludur. Devrettiği malın ayıplı olduğunu bilen satıcı ağır kusurludur. Yine devrettiği malın ayıplı olduğunu bilmeyen ancak içinde bulunduğu hal ve koşullar itibarıyla bilmesi gereken satıcı da kusurludur. Başka bir ifadeyle, bu şekildeki bir satıcı hukuken mazur görülemez. Satıcının bu noktadaki bilgisizliği de ağır ihmalden kaynaklanıyorsa ağır kusurundan, hafif ihmalden ileri geliyorsa hafif kusurundan bahsedilir. Öyleyse, buradaki ağır kusur ifadesinin anlam içeriği ile yukarıda açıkladığımız üzere TBK. m. 225/I’de anılan ağır kusur ifadesinin anlam içeriği aynıdır¹⁶. Zaten başka türlü düşünülmesi de çelişkili

16 Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Borçlar Hukuku Derstleri (Özel Hükümler)*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 79-80. Aynı düşüncede, Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı,

bir değer yargısı üretmek olurdu. Ayıptan doğan sorumluluk esaslarına göre yargılanan bir satıcı, bir yerde ağır kusurlu addedilmişken diğer bir yerde hafif kusurlu sayılamaz. Ayıptan doğan sorumluluk rejimine göre yargılanan satıcı hakkında hangi kusur derecesine binaen değer yargısı üretilmişse, o kusur derecesine bağlanan sonuçların hepsi yürürlüğe girer. Eğer satıcı ağır kusurlu olarak değerlendirilmişse, artık böyle bir satıcı ayıptan doğan sorumluluk sistemi içerisinde ağır kusurlu olmayan satıcıya tahsis edilen savunmalardan faydalanamaz.

Yukarıda ifade edildiği üzere, TBK. m. 225/II uyarınca meslekten satıcı, bilmesi gereken ayıplar bakımından kanunen ağır kusurlu satıcı olarak değerlendirilmiştir. Şu halde ayıptan doğan sorumluluk rejimi bakımından kanunen gerçekleşen böyle bir değerlendirme, söz konusu sorumluluk rejimi kapsamındaki yargılamanın her boyutunda geçerlidir. Başka bir ifadeyle, meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplar bakımından ağır kusurluluğu varsayımı, ayıptan doğan sorumluluk rejiminden doğan hak ve borçların hepsi üzerinde etkili olacaktır. Örneğin, ağır kusurlu sayılan satıcı, sorumsuzluk anlaşması veya zamanaşımı gibi birtakım savunma sebeplerini kullanamayacağı gibi, tazminatta hafif kusura bağlı indirim imkanından da faydalanamayacaktır. TBK. m. 225/II metninin yapılandırılmasında "...aynı hüküm geçerlidir." şeklinde bir ifadenin kullanılmış olmasıyla kastedilen anlam, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından sorumluluğunda ağır kusurlu satıcı muamelesi görecektir. Nitekim kanun koyucunun kanun metnini kaleme alırken hedeflediği amacın bu yönde olduğunu, ayıptan doğan sorumluluk sistemine ilişkin gerekçelerden rahatlıkla izleyebilmekteyiz. TBK. m. 225/II'nin gerekçesine göre¹⁷, "...Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 200. Maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre, satıcılığı meslek edinmiş bir kişi, bilmesi gereken ayıpların alıcı tarafından kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ayrıca, fıkra kullanılan "bilmesi gereken" şeklindeki ibare, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin her türlü ihmali

Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 155. Eren'e göre "...Ağır kusur kapsamına hem kast hem de ağır ihmal girer. Mesela alıcı, satıcının ayıbı kendisinden kasten, özellikle hile ile gizlediğini ispat ederse, sorumsuzluk anlaşması geçersizdir. Satıcı satılarda mevcut olmayan bir niteliğin var olduğunu söyler ya da aydınlatma yükümlülüğüne aykırı olarak alıcıdan bir eksikliği gizlerse, aldatma yoluyla gizleme söz konusu olur. Bunun gibi, sözleşmenin kurulduğu sırada ayıbı bilen veya gerekli dikkat ve özeni göstermiş olması halinde bilecek durumda bulunan satıcı, ayıbı kasten hile ile gizlemiş sayılır". Eren, s. 155.

17 Gerekçenin tamamına ulaşmak için bakınız. Cevdet Yavuz, Fulya Erlüle, İpek Sağlam, *Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Mevzuatı*, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 1489.

kapsamaktadır". Gerekeçdeki kanun koyucunun iradesi, hükme verilecek anlam bakımından satıcılığı meslek edinen kişilerin her türlü ihmalinin ağır kusur olarak değerlendirilmesi gerektiğini açıklamaktadır. Keza, TBK. m. 225/ II'de yer alan düzenlemenin anlamının bu şekilde olduğunu gösteren bir başka husus da TBK. m. 221'in gerekçesidir. Söz konusu gerekçeye göre¹⁸, "*Tasarının 114'üncü maddesinde öngörülen borçlunun ağır kusuru halinde sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olacağına ilişkin kural burada da geçerli olacaktır. Tasarının satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplara ilişkin 224'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme burada da göz önünde tutulmalıdır*".

Görüldüğü üzere, satıcılığı meslek edinen kişilerin ayıptan sorumluluğu sistemi içerisinde ağır kusurlu sayılmaları, sadece ihbar külfetinin ileri sürülebilmesi konusu hakkında olmamakta, ayıptan dolayı sorumluluk rejiminin her alanında caridir. Biz esasen bu yorumumuzu 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında kaleme aldığımız anılan monografi çalışmamızda¹⁹ şu şekilde ileri sürmüştük: "*Bilindiği gibi ağır kusurda hukuka aykırı sonuç bilinmemekte istenmemekte; ancak bu sonuç, anlayışlı ve normal dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında alınmasını gerekli göreceği en ilkel (iptidai) tedbirlerin alınmaması, en basit özenin gösterilememesi yüzünden gerçekleşmektedir. O halde meslek ve imalat kurallarına uymayan davranışları sebebiyle, meslekten satıcının ve imalatçı-satıcının ağır kusur işlediğinin hukukten kabul edilmesi mümkün olacaktır. BK. m. 196'nın satıcının ağır kusurunun söz konusu olduğu durumlarda uygulanabileceğini kabul ettiğimize göre, meslekten satıcının ve imalatçı-satıcının satılan ayıplarını bilmemesi, ayıplardan sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olmasını engelleyecektir. Bu yorum, ticari hayatın karmaşıklığı karşısında çağdaş hukuk düşüncelerinin ve bu düşüncelerin ürünü olan pozitif düzenlemelerin tüketiciyi koruma temayülüne uygun bir çözümün kabul edilmesine yol açacak ve bu suretle bu yüzyılın başında bu düşüncelerden uzak olarak hazırlanmış olan Borçlar Kanunumuzun bu düzenlemesinin zamanımızın ihtiyaçlarına göre yorumlanması durumu söz konusu olacaktır*".

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu hazırladığımız komisyonda görev yaparken bu görüşümüzü sunmuştuk ve anılan monografi çalışmamızda ileri sürdüğümüz görüşümüz komisyon tarafından kabul edilerek kanun hükmü haline gelmiştir. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin 221. maddesini değerlendiren doktrin, m. 221'de geçen ağır kusur kavramına meslekten satıcıların hafif kusurlarının da dahil olduğu-

18 Gerekeçenin tamamına ulaşmak için bakınız. A.e , s. 1486.

19 Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 102.

nu ileri sürmekte ve bizim anılan monografi çalışmamızda ileri sürdüğümüz görüşün kanun hükmü haline geldiğini yazmaktadırlar. Sorumsuzluk anlaşmaları hakkında doktora tezi hazırlayan BAŞALP, Türk Borçlar Kanunu'nun 221. maddesini yorumlayan açıklamalarında, "Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu" isimli anılan monografi çalışmamıza atıf yapmak suretiyle madde metninde geçen ağır kusur ifadesinin meslekten satıcı ve imalatçıların her türlü ihmali hakkında da geçerli olacağını şöyle açıklamaktadır: "Yapılan sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmadığının tespit edilmesinde hükmün sınırları belirlenirken "ayıbı bilen satıcı" kavramının yorumlanması önem taşımaktadır. Bu kavram Fransız hukukunda "meslekten satıcıları ve imalatçıları" kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Bu sayede, meslekten satıcıların ve imalatçıların kendi meslek ve imalatları gereği bilmeleri gereken ayıpları bilmedikleri iddiası dinlenmemektedir. Çünkü satıcının mesleği gereği bilmesi gerekenleri bilmemesi, ağır ihmali olarak kabul edilmektedir. İşte, Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme de gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplar bakımından her türlü ihmali ağır kusur olarak kabul etmektedir. Bu sebeple, meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplar bakımından yaptığı her sorumsuzluk anlaşması her hal ve şartta geçersiz kabul edilmek istenmiştir"²⁰.

Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 221. maddesini değerlendiren GÜMÜŞ de bu konuda şunları yazmaktadır: "Kusurun ağır olup olmadığını hakim takdir edecektir. eBK'nın yürürlük döneminde Türk öğretisinde YAVUZ'a dayanan bir görüş, meslekten satıcıların sattıkları kendi meslek ve imalatları ile ilgili satılana ilişkin olarak üyesi oldukları mesleğe ilişkin kurallar kapsamında bilmeleri gereken ayıpları bilmemelerini ağır kusur olarak nitelemekteydi. Söz konusu görüş TBK m.225'te, "Ağır kusurlu olan satıcı, satılardaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz (f.1). Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir (f.2)" içeriğiyle kanun hükmü haline gelmiştir. Bu noktada önemli olan husus, Kanun koyucuya göre, TBK m.225/II hükmüne benzer bir düzenleme TBK m.221'de yer almamasına rağmen; TBK m.225/II hükmü TBK m.221 hükmünün uygulanması bakımından esas alınacak oluşudur. Sonuçta Kanun Koyucu'nun gerekçeye yansıyan iradesine göre, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da akdedilen sorumluluğu önleme (sorumluluk) anlaşmaları batıl (kesin hükümsüz) sayılacaktır"²¹.

20 Başalp, s. 362-363.

21 Mustafa Alper Gümüüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt-I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 94-95.

Belirtmek gerekir ki, gerekçelerde bu şekilde bir açıklama yer almasaydı dahi, yine konu hakkında yapılacak değerlendirme bu yönde olacaktı. Zira herhangi bir sorumluluk rejimi içerisinde birden fazla konu vardır. Bu sorumluluk rejimi içinde bir yerde kusurlu ya da hukuka aykırı davrandığı belirlenen bir kişinin, o sorumluluk rejiminin içerisinde yer alan diğer konular nezdindeki konumu da aynı şekilde kabul edilir, yapılacak değerlendirmelerde de bu şekilde ağırlanır, bu şekilde itibar görür. Örneğin, haksız fiilden doğan bir borç ilişkisinde ağır kusurlu olduğu saptanan bir kişi, hem tazminatın kurucu unsurlarının değerlendirilmesinde (kurucu unsurlardan illiyet bağının kesilip kesilmediğinin değerlendirilmesinde) ağır kusurlu olarak dikkate alınır hem de tazminatın kapsamının belirlenmesinde (indirim yapılıp yapılmayacağına saptanmasında) ağır kusurlu olarak değerlendirmeye alınır. Keza yine, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerinde kötü niyetli olduğu belirlenen kişi hakkında hem iade alacağının kapsamının belirlenmesinde hem de yaptığı giderlerden hangilerini isteyebileceğinin belirlenmesinde kötüniyetli olduğu hesaba katılarak değerlendirmede bulunulur (kötüniyete göre değerlendirmeler için bakınız: TBK. m. 79-80). Bir başka örnek olarak, haksız zilyedin sorumluluk rejimi kapsamında, kötüniyetli olduğu belirlenen bir kişinin kötüniyeti, hem iade sorumluluğunda (TMK. m. 993) hem de yaptığı giderleri istemesinde (TMK. m. 994-995) değerlendirmeye alınır. Tüm bu örneklerden anlaşılacağı üzere, gerekçede herhangi bir açıklama yapılmasaydı da TBK. m.225/II’de yapılan ağır kusur değerlendirmesi, satıcının ayıptan dolayı sorumluluk rejimi kapsamında ağır kusura sonuç bağlanan her durum için uygulama alanına sahip olacaktır. Zira bu durum, kanunun ve kanun koyucunun genel tutumudur. Hukuk sistemimizin bir tutumu olarak karşımıza çıkan bu anlayışın göz ardı edilerek, sadece kanun metninde satıcılığı meslek edinen ifadesine yer verilmemiş olmasından hareketle sorumsuzluk anlaşmalarında TBK.m.225/II varsayımının geçerli olmadığı düşüncesine katılmamaktayız. Kanun metnine verilecek anlamda, “TBK. m. 221’de satıcılığı meslek edinenden bahsedilmemesinden” bahisle anlam çıkarma yoluna gidilen kavram hukukçuluğu yöntemine eğilimli olunmamalıdır. Kanunun ulaşmak istediği amacı görmezden gelerek belirli kelimelerin haddinden çok önemsenmesi esasına dayalı kavram hukukçuluğu yöntemine dayalı çıkarımlarda bulunma ve iddialar ortaya atma anlayışı bugün artık kabul görmemektedir. Hukuki ilişkileri anlama ve kaliteli çözüm sunma yolunda üretilecek iddialarda hukukçulara hitap eden yöntem menfaat değerlendirme hukukçuluğu yöntemidir²². TBK. m. 221’de geçen ağır kusur kavramına

22 Hukuk kurallarının yorumlanmasında menfaat değerlendirme hukukçuluğu yöntemi ve diğer yöntemler hakkında bkz. Rona Serozan, *Hukukta Yöntem*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 103 vd.; Kemal, M. Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 67 vd..

verilecek anlam ve buna göre tayin edilecek sorumsuzluk anlaşmalarının kaderi, hükümde satıcılığı meslek edinenlerin belirtilmemiş olması hadisesine yüklenecek olumsuz tutuma mahkum edilemez. Kanun metninin sözüne dayalı bir yorum, kanunun ratiolarına duyarlı, kanunun ruhuna dayalı yorum karşısında itibar görmez. Türk Medeni Kanunu'na göre, kanunların yorumlanması, sistemden kopuk ve sadece kanun metninden çıkan anlamlara hasredilemez. Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesine göre, kanunlar sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Şu halde, TBK.m.225/II'de satıcılığı meslek edinenlerin her türlü kusurlarının ağır kusur şeklinde değerlendirmesine dayalı verilen kanuni hüküm-varsayım, ayıptan doğan sorumluluk sistemi içerisinde ağır kusurun dikkate alındığı her alanda uygulanır. Keza, kanun hükümlerinin nasıl yorumlanması gerektiğini gösteren 27.3.1957 tarihli ve 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın²³ 1 no'lu gerekçesindeki şu açıklamalar da aynı düşüncelerin esas alınması gerektiğini ifade eder: *“Kanun hükmünün manasını tayin etmekte ilk esas, metnin meydana geldiği sözlerden çıkan manadır ve ancak bu şekilde metne verilmesi gereken mana, hükmün kanuna konulmasıyla güdülen gayeye aykırı neticeler doğuracak olduğu takdirde, lafızdan çıkan mana yerine, kanunun ruhandan çıkan manaya göre hüküm verilmesi gerekir.”*

Aynı zamanda, TBK. m. 221 metninde hafif kusurdan bahsedilmemesinden hareketle ve TBK.m.225/II hükmünü dikkate almadan, bütün sorumsuzluk anlaşmalarının hafif kusur halinde geçerli olduğu sonucunu çıkarmak, mefhumu muhaliften sonuç çıkarma mantığını uygulamak demektir²⁴. Halbuki mefhumu muhaliften sonuç çıkarma mantığı, geliş güzel, kuralları olmayan serbest bir şekilde çalışan mantık kuralı değildir. Mefhumu muhaliften sonuç çıkarma mantığına dayalı üretilen değer yargısının sağlıklı olabilmesi ve benimsenebilmesi için, savunulan değer yargısının yasanın amacına, ratio legisine uygun olması gerekmektedir. Halbuki, ratiolarını yukarıda ortaya koyduğumuz üzere, meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplar bakımından hafif ihmalden sorumlu olmayacağını kararlaştırılmasına izin vermeyi, TBK. m. 221 ve TBK. m. 225 normları, tüm yönleriyle reddetmektedir.

Öyleyse, satıcılığı meslek edinen kişilerin bilmesi gereken ayıplardaki her türlü özensizliği, TBK. m.221'de ifade edilen sorumsuzluk anlaşmasının da kesin hükümsüzlüğüne sebebiyet veren “ağır kusur” olarak varsayılacaktır.

23 Resmi Gazete sayı 9640.

24 Mefhumu muhaliften sonuç çıkarma mantığı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız. Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 111. Sungurbey'in belirttiği üzere, “...mefhumu muhalife göre yorumun ancak temel amaçla uyum içinde olan bir sonuca götürdüğü takdirde gözönüne alınabileceği, aksi halde reddi gereken bir yorum yöntemi olduğu Roma Hukuku döneminden çağımıza kadar, doktrin ve uygulamada tam bir oybirliğiyle kabul edilmiştir.” İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları*, Cilt 6, İstanbul, 1994, s. 692.

IV. TBK. m. 225/II ve TBK. m. 221 Hükümlerinin Tacirler Arası Ticari İlişkilerde Geçerliliği

Alıcının tacir sıfatına sahip olması TBK. m. 225/II ve TBK. m. 221 hükümlerinin onlar hakkında geçerli olmadığını göstermez. Söz konusu hükümlerin uygulama alanının belirlenmesinde alıcının kimliği önem taşımamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda söz konusu hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi konusunda alıcının belirli sınıflara sahip olmasına herhangi bir önem atfedilmemiştir²⁵. Ayrıptan doğan sorumluluk düzeninde satıcının meslekten satıcı olması nazara alınmışken, alıcının meslekten alıcı veya tacir sıfatına sahip olup olmadığına göre farklı hukuki sonuçlar öngörülmemiştir. Alıcı hangi sınıfa sahip olursa olsun, bu husus kanunun uygulama alanını sınırlandırıcı bir yön sunmayacaktır. Satıcının meslekten satıcı olmasına ağır kusur varsayımı sonucunu bağlayan Türk Borçlar Kanunu, alıcının tacir olmasına farklı bir sonuç bağlayacak olsaydı, bunu en azından tek bir hükümle ele alırdı. Zira ayrıptan doğan sorumluluğun tacirler arası satışlarda da geçerli olduğu kanunen (TTK.m.23/I) kabul gördüğüne göre, aksine bir tutum içine girebilmek, bu konuda yasal bir açıklığa bağlıdır. Ne var ki böyle aksini öngören bir hükme kanunda yer verilmediği gibi bu şekildeki bir anlayışa da hiçbir zaman sahip olunmamıştır.

TBK. m. 225/II ve TBK. m. 221 hükümlerinin tacirler arası ticari satımlarda uygulanıp uygulanmayacağı hakkında tereddüt duyulması anlamsızdır²⁶. Söz

25 TBK. m. 225/II hükmünün sadece TBK.m. 225/I'de ele alınan ihbar külfeti yönünden ticari satışlarda uygulanacağı hakkında, Çetiner, s. 108. Çetiner'e göre "...Alıcı tacir de olsa bu hükümde esas alınan satıcıya ait belirli bir vasıftır; onun satılana ait özellikleri alıcıya oranla daha iyi bilmesidir ve bu, ticari satımlarda da pekala geçerli olacak bir durumdur. Ayrıca CISG ile paralellik korunması açısından da sakıncalı bir durum yoktur. Çünkü TBK m. 225/f. 2 hükmüne çok benzer bir hüküm CISG md. 40'da yer almaktadır. Buna göre "satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı" ayıpların varlığı halinde satıcı alıcının bildirim külfetini zamanında yerine getirmediği savunmasına başvuramayacaktır. Burada satıcının, bilmemesi mümkün olmayan ayıpların ne olduğu belirlenirken satıcının satıldığı meslek edinmiş kişi olması TBK m. 225/f. 2 ile aynı kapsamda yoruma tabi tutulabilecektir. Daha önce de belirtildiği üzere hâkimin bu yolla her iki hüküm arasında paralellik kurarak, benzer olaylarda aynı sonuçlara varacağını söyleyebiliriz".

26 Atamer'e göre, "...Taraflardan ikisi de tacir ise bu hüküm uygulanacak mıdır? Yani ticari alıcı da "karşı taraf satıcılığı meslek edinmiş kişidir, ben vaktinde ihbar etmedim belki ama bu hüküm uyarınca ayrıptan doğan haklarımı muhafaza ederim" diyebilir mi? Bunu kabul etmek çok doğru olmaz. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, muayene ve ihbar külfeti ticari satımlar için olması gereken bir düzenlemedir. Burada çabukluk da zaruri bir unsurdur. Sadece satıcı kast veya ağır ihmali bir davranış içindeyse ayıbı vaktinde ihbar etmemesine rağmen alıcı ayrıptan doğan haklarını kullanabilmelidir. Ama hafif ihmali nedeniyle satıcının ayıbı tespit edemediği hallerde de muayene ve ihbar külfetinin düştüğünü kabul etmek ticaret hayatının ihtiyaçlarına uygun bir çözüm değildir." Yeşim M. Atamer, "Taşınır Satımı Sözleşmesi", *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (Der. M. Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 204-205. Çetiner ise TBK.m.225/II hükmünün tacirler arası ticari satışlarda ayıp ihbarı açısından uygulanmasını uygun görmekte ancak sorumsuzluk anlaşmaları bakımından uygulanmasını, ticari hayatın gereklerine ve gerçeklerine aykırı görmektedir. Çetiner, s. 106 ve 108.

konusu hükümler, satıcının satılanın ayıptan doğan sorumluluğu sistemi içinde yer alan hükümlerdir. Doktrinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sorumluluk rejiminin, tacirler arası ticari satışlarda uygulanacak olduğundan herhangi bir kuşku duyulmamaktadır. Doktrinde tacirler arası ticari satımlarda satıcının ayıplı ifadan sorumluluğu konusunu özel olarak ele alıp inceleyen ŞAHİNİZ de tacirler arası ticari satımlarda satıcının ayıplı ifadan sorumluluğunun, esas itibarıyla Borçlar Kanunu hükümlerinde öngörülen ayıplı ifadan sorumluluk rejimine tabi olduğunu yazmaktadır²⁷. Sistemin uygulanmasına alıcının tacir sıfatının engel olmadığı bir hukuk düzeninde, sistem içinde yer alan birtakım düzenlemelerin uygulanmayacağı iddiasının alıcının tacir sıfatına bağlanması çelişkili-açıklanmaya muhtaç bir iddia olarak görünmektedir. Ayıptan doğan sorumluluğun tacirler arası satışlara uygulanması konusunun tartışmaya açılması gündeme geliyorsa, burada alıcıyı daha fazla korumanın gerekip gerekmediği hususu tartışma zemininde ele alınacak bir kıstas, ölçüt değildir. Dolayısıyla, ölçüt olarak değerlendirilmeyen bir hususa dayalı üretilen düşünceler kanunun uygulama alanının tespitinde söz sahibi olmayacaktır. Öte yandan, alıcının tacir sıfatına sahip olması, doğrudan doğruya satılanın ayıplı olduğunu bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ortaya koymamaktadır. Alıcının tacir sıfatına sahip olması, satılarda ayıp bulunup bulunmadığını satıcılığı meslek edinen kişi düzeyinde bilmesi gerektiği göstermemektedir. Alıcının tacir sıfatına sahip olmasından kaynaklanan hususiyetler alıcının ayıplı ifadan doğan haklarını kullanmasını engelleyici bir yön sunmamaktadır. Öyleyse, genel olarak ayıptan doğan sorumluluk rejiminin tacirler arası satışlara da uygulanmasından sakınılmadığına göre, ayıptan doğan sorumluluk rejiminin bir parçası olan TBK. m. 225/II ve TBK. m. 221 hükümlerinin de tacirler arası satışlara uygulanacağından herhangi bir tereddüt duyulmaması gereklidir.

Alıcının tacir sıfatından hareketle ticari satışlara ayıptan doğan sorumluluk hükümlerini uygulamamak hukuk düzenimizle tutarsızlığa düşülmesi sonucunu doğuracaktır. Zira hukuk düzenimizde alıcıyı korumaya yönelik diğer düzenlemelerin de tacirler arası ilişkilerde uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu konuda alıcının tacir sıfatı, hükümlerin uygulanmasında engelleyici bir etki göstermemektedir. Örneğin, bir tarafın özel olarak korunduğu hukuki kurumlardan genel işlem şartlarının tacirler arası ticari satışlara da uygulanıyor olması, gabin hükümlerinin tacirler arası ilişkilerde de geçerli olması, alıcının

27 C. Salih Şahiniz, *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 22 vd..

tacir olmasına engelleyici bir etki tanınmaması gerektiğinin göstergeleridir²⁸. Keza kiracıyı özel olarak koruyan işyeri kira rejiminin tacirler arasındaki işyeri kira sözleşmelerinde de uygulanıyor olması bir başka delildir. Hatta sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerinin de tacirler arası ilişkilerde uygulanıyor olması, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin tacirler arası ilişkilerde uygulanmasında tereddüt edilmemesi gerektiğini göstermektedir.

Kaldı ki, alıcının tacir sıfatına sahip olması onu meslekten alıcı statüsüne de dahil etmez. Tacir sıfatına sahip olmak basiretli davranmayı gerektirir. Basiretli davranmak ise, ticari işlerin yürütülmesiyle alakalı bir kavram olup, bunun dışında satılan malda bulunan ayıpların tespiti için gereken teknik uzmanlık ve özel ihtisası şart koşmaz. Aksine, alıcının tacir sıfatına sahip olması, TBK. m.225/II ile TBK.m.221'in kendisi hakkında da uygulanacağı konusunda haklı ve makul bir beklenti yaratır. Her iki tarafın da tacir olduğu satış sözleşmelerinde her bir sözleşme tarafı diğer tarafın basiretli davranacağına güven duyar. Dürüstlük kuralına uygun bir ortamda iş gördükleri düşünceleri tacirlerin haklı beklentileridir. Alıcı tacir, satıcılığı meslek edinen satıcı tacirin satılanı ayıplı ifa etmeyeceğine güvenir. Zira satıcılığı meslek edinen satıcı tacirin basiretli davranma yükümünün içeriği, sattığı mallardaki ayıpların her türlü kusurlarını bilmesini ve gerekli önlemleri almasını gerektirir. Basiretli davranma yükümünün içeriği, tacirin yaptığı iş koluna göre ve faaliyetinin niteliğine göre belirlenir. Basiretli davranma yükümünün içeriğini hesaba katan bir tacir, satıcılığı meslek edinen bir tacir olan muhatabının satılanı ayıptan arı bir şekilde teslim edeceğine güvenmekte haklıdır ve bu güveni hukuk düzeni tarafından korunmalıdır. Diğer hukuki ilişkilere nispetle ticari ilişkilerde en önemli ilkenin güven ilkesi olduğunu söylemek herhalde yadırgatıcı olmaz. Zira ticari hayatın dinamiğini oluşturan yatırımlar ancak güvenli hukuki ilişkilerin yürütüldüğü bir alan ister. Tarihte her zaman ticaret hayatının en yoğun olduğu ülkeler, güven sunan ülkeler olagelmiştir. Ticari ilişkilere egemen süratlilik ve istikrar ilkeleri de keza güvenli, öngörülebilir hukuki ilişkilerin bulunduğu ortamda kalitesini gösterebilmektedir. Dolayısıyla ticari ilişkileri şekillendirecek hukuk kuralları da güven aşılایıcı hukuk kuralları olmalıdır. Yukarıda TBK. m.225 ile TBK. m. 221'in ratiolarını okurken, güven aşılایıcı hukuk kuralları oldukları vurgulanmıştı. Gerçekten de TBK. m.225/II'de yer

28 Genel işlem şartlarının uygulanması hakkında bkz. Murat Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 53 vd.; Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 72-73. Aşırı yararlanma hükmünün uygulanması için bkz. Selmani Okumuş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 80-81.

alan ağır kusur varsayımının alıcı tarafından beklenen güveni inşa etmek için getirildiği, TBK. m. 221'de yer alan sorumsuzluk anlaşmaları için öngörülen sınırlandırmaların sebebinde güveni sağlamak olduğu açıklanmıştır. Öyleyse, hukuki ilişkilere güven aşılایıcı tüm bu kuralların güvene hasret ticari ilişkilerde uygulanması, **evleviyet gereğidir.**

Sonuç

Çalışmada vardığımız önemli bazı sonuçları özetle aşağıdaki gibi sıralayabiliriz. Şöyle ki:

- Türk Borçlar Kanunu ayıptan doğan sorumluluk rejiminde satıcının ağır kusurlu olmasına üç önemli hukuki sonuç bağlamıştır. Buna göre ağır kusurlu satıcı, ayıpların süresinde ihbar edilmediğini ileri süremez, ayıptan doğan haklar için kanunda öngörülen kısa zamanaşımı süresinden faydalanamaz, sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak sorumlu olmadığını iddia edemez.
- Ayıptan sorumluluk rejimi içerisinde böylesine önemli hukuki sonuçlar bağlanan ağır kusurun varlığına ilişkin olarak TBK.m.225/II'de meslekten satıcılar bakımından ağır kusur varsayımı kabul edilmiştir. Buna göre, meslekten satıcılar bilmeleri gerekli ayıplar bakımından, ayıptan sorumluluk rejimi içerisinde ağır kusurlu satıcı muamelesi göreceklerdir.
- TBK.m.225/II'de yer alan ağır kusur varsayımı, hukuki ilişkilere egemen dürüstlük kuralı ışığında, kanunen gerçekleştirilen bir değerlendirmedir. Teknik anlamda bir varsayım olması itibarıyla aksine iddiaların ortaya atılması mümkün değildir. Bu noktada meslekten satıcıların, alıcılara karşı hukuk düzeninin kendilerinden beklediği davranış modelini gerçekleştirme bakımından teşvik ve tahrik edilmesi umulmuştur. İşbu kural, hayatın olağan akışının kurallaştırılması niteliğinde değil, hayata yön veren bir hukuk politikası özelliğine sahiptir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan hüküm, ulusal ve uluslararası alanda elde edilen kazanımlar sonucunda tarafımızca 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde tezimizde savunulmuş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yasallaşmıştır. Meslekten satıcıların meslekleri gereğince bilmeleri gerekli ayıplar bakımından hafif kusurlu olduklarına dair bir iddia itibar görmeyecektir.
- TBK.m.225/II nezdinde meslekten satıcı nitelendirilmesinde Türk Ticaret Kanunu ölçeğinde tacir olma zorunluluğu yoktur. Öte yandan, tacirlerin de her zaman meslekten satıcı olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir. Meslekten satıcılar gerçek kişiler olabileceği gibi özel ya da kamu tüzel kişileri de meslekten satıcı olabilirler.

- Doktrinde ağır kusur varsayımının yer itibarıyla TBK.m.225/II'de yer almasına gereğinden fazla itibar edilmekte, TBK.m.225/II'nin uygulama alanı TBK.m.225/I'e hasredilmektedir. Bunun sonucunda ise TBK.m.225/II'nin ağır kusur hakkında ayrıptan doğan sorumluluk rejiminin bütünü içerisinde bir değerlendirme sunduğu gözden kaçırılmakta, nihayetinde TBK. m. 225/II'nin varlığının anlamı sorgulanmakta, ayrıptan doğan sorumluluk rejimindeki işlevi anlaşılamamaktadır.
- TBK.m.225/II ayrıptan doğan sorumluluk rejiminde satıcının ağır kusurlu olmasına sonuç bağlanan tüm konularda uygulama alanına sahiptir. Buna göre satıcılığı meslek edinen bir satıcının bilmesi gerekli ayıplardan dolayı sorumluluğunda, ağır kusurlu satıcı muamelesi görecektir, ihbar külfetinin süresinde yerine getirilmediğini iddia edemeyecek, kısa zamanaşımı süresinden faydalanamayacak, sözleşmeye eklediği sorumsuzluk anlaşmasının hüküm doğurmasını bekleyemeyecektir.
- Özellikle TBK.m.225/II'nin sorumsuzluk anlaşmaları hakkında da uygulanacak olduğundan herhangi bir kuşku duyulmamalıdır. Zira ne TBK.m.225/II'nin ratiolarında ne de TBK.m.221'in ratiolarında aksine bir düşünce geliştirmek için gerekli herhangi bir haklı sebep bulunmamaktadır.
- TBK.m.225/II eşliğinde hem TBK.m.225/I hem de TBK.m.221 hükümleri tacirler arası satışlarda da uygulanacaktır.

KAYNAKLAR

- Antalya, O. Gökhan; Topuz, Murat, *Medeni Hukuk*, Cilt I, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Atamer, Yeşim M., “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (Der. M. Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 204-205.
- Aydoğdu, Murat, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Başalp, Nilgün, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Cayot, Mathilde, “Le non-professionnel”, *RR (Revue de la Recherche juridique-Droit perspectif)*, (N.XLIII-172), 2018/2, s. 663-706.
- Çetiner, Bilgehan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *İÜHFM*, Cilt 67, Sayı 1-2, 2009, s. 97-113.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt-I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Kocayusufoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- Koç, Nevzat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Mülkiyetin Devri Amacıyla Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler” *Ali Naim İnan’a Armağan*, Ankara, 2009, s. 459-501.
- Makaracı Başak, Aslı, “Türk Borçlar Kanunu Madde 225/II Hükümünün Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, III. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s.1915-1930.
- Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013
- Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Okumuş, Selmani, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Sanlı, Kerem Cem, *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Serozan, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Serozan, Rona, *Hukukta Yöntem*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015
- Sungurbey, İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları*, Cilt 6, İstanbul, 1994.
- Şahiniz, C. Salih, *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1961 yılı birinci basıdan tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

- Topuz, Gökçen, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Venturi, Silvia; Zen-Ruffinen, Marie-Noëlle: *Commentaire Romand:- Code des obligations I*,(Ed.: Luc Thévenoz, Frans Werro), Bale, 2003.
- Yavuz, Cevdet, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- Yavuz, Cevdet; Erlüle, Fulya; Sağlam, İpek, *Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Mevzuatı*, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yelmen, Adem, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Yüce, Melek Bilgin, "Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı*, 2. Bası, 2012, s. 377-413.
- Yücer Aktürk, İpek, *Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri*

1. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) hakemli dergi statüsünde yılda iki sayı olarak (Haziran, Aralık) olarak yayımlanmakta ve TR Dizin’de taranmaktadır.
2. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde telif ve tercüme yazılar kabul edilmektedir. Tercüme ile birlikte tercüme metnin aslı ve hak sahiplerinin muvafakatini gösterir belge de iletilmelidir.
3. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, yazısını göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır.
4. Yazı İşleri Müdürü tarafından yapılan ilk değerlendirmede dil bilgisi yanlışlarının olağanın üstünde olduğu veya akademik yazım ölçütlerinin takip edilmediği tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirmesi yapılarak dil bilgisi ve akademik yazım ölçütlerine uygun olduğu saptanan yazılar, hakemlere gönderilir. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
5. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
6. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlık kısmının altında iki yana yaslı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
7. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet)

* Yayım ilkelerimiz bu sayı itibarıyla güncellenmiş olup gelecek sayı ile birlikte güncel hali uygulanacaktır.

veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.

8. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a.** sistemini takip etmelidir. Giriş ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıkları dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.
9. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
10. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonuna ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir.
11. Atıf yapılan kaynakların özel isimlerinde yer almayan bilgiler (cilt, sayı, sayfa vs.) makalenin dilinde yazılmalı ve kısaltılmalıdır. Bu bilgilerde Hint-Arap rakamları (0, 1, 2 vd.) kullanılmalı; Roma rakamları kullanılmamalıdır.
12. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “**Kaynaklar**”, İngilizce makalelerde “**Bibliography**”, Fransızca makalelerde “**Bibliographie**”, Almanca makalelerde “**Literatur**” başlığını taşımalıdır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.
13. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.
14. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.

15. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi adı*, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önahlım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.
16. Dipnotlarda online kaynaklara atıf için [(varsa) yazarın adı soyadı, (varsa) *sayfa başlığı*, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations> (01.12.2019).
17. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atıf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.
18. Dipnotlarda teze atıf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitü ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.
Ör.-2: Harun Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2006, s. 70.
19. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.
Ör.: Macid Hadduri (Terc. Fethi Gedikli), *İslam Hukukunda Savaş ve Barış*, 2. Bası, Ekin Yayınları, İstanbul, 2018, s. 89.
20. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Aydın, s. 95.
21. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü

izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.

22. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir.
Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.
23. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.
24. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında “;” kullanılmalıdır.
25. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasına virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “;” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.
26. Fakülte tarafından yayımlanan basılı ve dijital nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali haklar, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülteye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.
27. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, Fakülte ve Yazı İşleri Müdürlüğü herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
28. Yazı, “**hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr**” adresine Word formatında (.doc, .docx) *dil bilgisi kurallarına, akademik yazım ölçütlerine ve yayım ilkelerine uygun olarak* gönderilmelidir. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

