



e-ISSN 3023-610X



Cilt / Volume 3
Sayı / Issue 2
Temmuz 2026

MEDENİ HUKUK DERGİSİ

Cilt 3 Sayı 2 \ Temmuz 2026

CIVIL LAW REVIEW

Vol. 3 Issue 2 \ July 2026

e-ISSN : 3023-610X

MHD,
2024 yılından (C.1 S.1) itibaren TR-DİZİN’de indekslenmektedir.

MHD,
Index Copernicus tarafından taranmaktadır.



Sahibi | Owner

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Dekan
Prof. Dr. Mustafa Avcı

Baş Editör | Editor-In-Chef

Prof. Dr. Yasemin Durak

Teknik Editör | Technical Editor

Prof. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu

Alan Editörleri | Section Editors

Doç. Dr. Seda Kara Kılıçarslan
Dr. Öğr. Üyesi Oğuzhan Ertekin

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Burcu Çavuş Eryendi
Arş. Gör. Esra Delice Tekin

Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü
Ankara Karayolu 7. km. 71453
Yahşıhan / Kırıkkale
mhd@kku.edu.tr
<https://www.medenihukukdergisi.com.tr>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/mhd>

Medeni Hukuk Dergisi, Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir.
Dergiye yapılan atıflarda MHD kısaltması kullanılmalıdır.

Civil Law Review is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in January, June.
MHD abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Akihiro Onagi, Hokkaido Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Japonya.
Prof. Dr. Arif Rıza, Prizen Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.
Prof. Dr. Emel Badur, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. H. Gökçe Zabunoğlu, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Köksal Kocaağa, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal, TED Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Yasemin Durak, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Danışma Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Abdurrahman Savaş - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Betül Özlük - TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Cemal Oğuz - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Çiğdem Kırca - TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Emre Gökyayla - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hasan İşgüzar - Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Katharina Gelbrich - Leipzig Üniversitesi, Almanya.
Prof. Dr. Kudret Güven - Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mehmet Demir - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Muharrem Faiku - Prizen Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.
Prof. Dr. Murat Doğan - Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. M. Murat İnceoğlu - İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Oğuz Sadık Aydos - Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Serkan Ayan - Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Süleyman Yılmaz - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Turan Şahin - ASBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.
Prof. Dr. Turgay Akalın - Kıbrıs Amerikan Üniversitesi, KKTC.
Prof. Dr. Zarife Şenocak - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Erhan Temel - Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.
Doç. Dr. Hakkı Mert Doğu - KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Nurdan Orbay Ortaç - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Sadmir Karovic - Travnik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bosna Hersek.

Doç. Dr. Seda Kara Kılıçarslan – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Yasemin Güllüoğlu – ASBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.
Doç. Dr. Yıldız Abık – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Dr. Öğr. Üyesi Reyhan Tühan Boz – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

İÇİNDEKİLER

GEBELİK TAKİBİNDE AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE DOWN SENDROMLU DOĞAN BEBEKLER NEDENİ İLE SORUMLULUK	104
---	-----

Av. Doç. Dr. Meliha Sermin PAKSOY

1982 ANAYASASI'NDA AİLENİN DÜZENLENMESİ VE KORUNMASI	131
---	-----

Arş. Gör. Feyza Merve SEYHAN

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU	166
---	-----

Av. Büşra ÖZKUL

FİİLÎ AYRILIK NEDENİYLE BOŞANMA (TMK m. 166/4): ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 22.02.2024 TARİHLİ KARARI VE 7532 SAYILI KANUN ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME	230
--	-----

Dr. Öğr. Üy. Reyhan TUHAN BOZ

ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN ŞARTA BAĞLI OLMASI VE ETKİLERİ: BİR İŞ UYUŞMAZLIĞINA İLİŞKİN HUKUK GENEL KURULU KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ	258
---	-----

Doç. Dr. Çiğdem YORULMAZ

GEBELİK TAKİBİNDE AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE DOWN SENDROMLU DOĞAN BEBEKLER NEDENİ İLE SORUMLULUK

Av. Doç. Dr. Meliha Sermin PAKSOY

Paksoy+Partners Law and Consultancy, Kurucu Ortak

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8363-4655>,
ms.paksoy@paksoypartners.com

Geliş Tarihi | Received: 27.12.2025

Kabul Tarihi | Accepted: 02.03.2026

doi: 10.59909/mhd.1850312

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Atıf | Citation:

Paksoy, Meliha Sermin. "Gebelik Takibinde Aydınlatma Yükümlülüğü ve Down Sendromlu Doğan Bebekler Nedeni ile Sorumluluk", Medeni Hukuk Dergisi. 3/2 (2026), s. 104-130.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support: The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Author's Contributions: This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval: The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics: The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

GEBELİK TAKİBİNDE AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE DOWN SENDROMLU DOĞAN BEBEKLER NEDENİ İLE SORUMLULUK

ÖZ

Down sendromu, her 500 canlı doğumdan birinde görülen ve bireyin gelişimini ömür boyu etkileyen kromozomal bir farklılıktır. Günümüzde bu farklılık, amniosentez gibi tanı testleri ve NIPT gibi yeni nesil tarama yöntemleriyle gebelik sürecinde %99,9 doğrulukla tespit edilebilmektedir. Gebelik takibinde yaygın kullanılan ikili ve üçlü tarama testlerinin ise yanlışma payı yüksektir.

Tıbbi bir müdahale ile değiştirilmesi mümkün olmayan bu farklılığın tespiti durumunda, Türkiye dahil birçok hukuk sisteminde ebeveynlere gebeliği sonlandırma hakkı tanınmaktadır. Bu durum etik tartışmaları beraberinde getirse de hukuk düzeni, ebeveynlerin bu kararı verme hakkını korumaktadır. Bu bağlamda, gebelik takibini yürüten hekimler; Down sendromu, test seçenekleri, doğruluk payları, olası sonuçlar ve gebeliği sona erdirmeye seçeneği hakkında hastayı anlayabileceği şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, ebeveynlerin maddi ve manevi tazminat talepli davalar açmasına yol açmaktadır. Bu davalardaki temel hukuki uyuşmazlık, bilgilendirmenin kapsamı ve ispatı noktalarında toplanmaktadır. Bu çalışma, Down sendromuna ilişkin tıbbi süreçleri inceleyerek; hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını ve ispat yöntemlerini hukuki bir perspektifle ele almaktadır

Anahtar Kelimeler: Down Sendromu, Aydınlatma Yükümlülüğü, Hukuki Sorumluluk, İspat Yükü, Delil.

THE DUTY TO INFORM IN PRENATAL MONITORING AND LIABILITY ARISING FROM DOWN SYNDROME BIRTHS

ABSTRACT

Down syndrome is a chromosomal variation occurring in approximately one out of every 500 live births, affecting an individual's development throughout their life. Today, it can be detected during pregnancy with 99.9% accuracy through diagnostic tests such as amniocentesis and next-generation screening methods like NIPT. On the other hand, conventional double and triple screening tests commonly used in practice carry a high margin of error.

Although medical intervention cannot alter the condition, many legal systems, including Turkey, grant parents the right to terminate the pregnancy upon the detection of Down syndrome. While this possibility sparks ethical debates, the legal framework protects the parents' right to make this decision. In this context, physicians overseeing prenatal care are obligated to inform patients—in an understandable manner—about Down syndrome, testing options, accuracy rates, potential outcomes and right to terminate pregnancy.

Breach of this duty to inform leads to lawsuits by parents seeking material and moral damages. The primary legal disputes in these cases center on the scope and proof of the information provided. This study examines Down syndrome and analyzes the scope of the physician's obligation to inform, the necessary content of such disclosure, and the methods of legal proof from a judicial perspective..

Keywords: Down Syndrome, Duty to Inform, Legal Liability, Burden of Proof, Evidence.

GİRİŞ

Down sendromu gebelik takibinde tespit edilse bile fetüsteki bu farklılığın değiştirilmesi mümkün değildir. Fakat gebelik süresince bebekte Down sendromu tespiti edilirse birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türkiye’de de anne ve babaya gebeliği sona erdirmeye hakkı tanınmaktadır. Down sendromlu bebeklerin yaşama kabiliyeti, hayata değer ve neşe katma özellikleri dikkate alındığında anne ve babaya tanınan bu imkân etik açıdan tartışılabilir. Fakat bu etik tartışma hukuk sistemlerinde bu hakkın tanınmış olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Bu nedenle gebelik takibini üstlenen doktorlar, anne ve baba adaylarına gebelik takibi aşamasında Down sendromu, tarama ve tanı testlerinin amacı ve sonuçları hakkında açık ve yeterli bilgi sağlama yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük, Down sendromunu, test seçeneklerini, testlerin doğruluğunu, potansiyel sonuçları ve tanı sonrasında mevcut seçenekleri gebeye anlayacağı şekilde açıklamayı içermektedir.

2025 yılının Aralık ayında hekim aleyhine 77 milyon TL’lik tazminata hükmedilmesi ile Down sendromlu bebekler nedeni ile hastanenin ve hekimin sorumluluğu tekrar gündem olmuştur.¹ Konu daha ziyade hekimin mağduriyeti üzerinden ele alınmakta davanın iki tarafının olduğu unutulmaktadır. Bu davaların ve herkes için yüksek tazminatların engellenmesinin en etkili yolu önleyici hukuktur.

Yeterli bilgi sunulmaması halinde tam olarak bilgilendirilmeyen ebeveynler tarafından maddi ve manevi tazminat talepli davalar açılmaktadır. Bu davalardaki temel hukuki tartışma ise Down sendromuna ilişkin aydınlatmanın hangi bilgileri kapsamı gerektiğine ve aydınlatmanın nasıl ispat edileceğine ilişkindir. İncelememizde aydınlatmanın olması gereken içeriğine ve ispatına ilişkin hukuki açıklamalar sunulacaktır. Bu çerçevede makale kapsamında önce Down sendromu, tanı ve tarama testleri hakkında kısa açıklamalar yapılacak ve aydınlatmanın hangi bilgileri içermesi gerektiği ve eksik aydınlatmanın sonucu tespit edilecektir. Sonrasında da aydınlatmanın ne şekilde ortaya konulabileceğine dair hukuki açıklamalar yapılacaktır.

¹ Medimagazin, <https://medimagazin.com.tr/hekim/hekim-hastanin-kararina-saygi-gosterdi-77-milyonluk-tazminatla-karsilasti-118736> Güncellenme tarihi: 31.12.2025 (erişim: 6.2.2026).

I. DOWN SENDROMU

Down sendromu, kromozom fazlalığından kaynaklanan bir sağlık durumudur.² Doğum öncesi tanı ve gebelik sonlandırması olmadığı takdirde her 500 canlı doğumda 1 bebek Down sendromlu olarak doğmaktadır³. Down sendromu olan bebekler büyürken, bu fazladan kromozom vücut ve beyin gelişimlerini hem fiziksel hem de zihinsel zorluklara yol açabilecek şekilde etkilemektedir. Bu nedenle Down sendromlu insanlar genellikle konuşmayı öğrenmede diğer çocuklara göre daha yavaş olmak gibi gelişimsel farklılıklar yaşarlar. Ayrıca Down sendromlu bebeklerde doğumsal kalp kusurları, işitme kaybı, obstrüktif uyku apnesi gibi ek sağlık sorunları diğer çocuklara kıyasla daha yaygındır.⁴ Bu çerçevede her Down sendromlu bebeğin farklı olduğu, kimisinin gelişiminin daha büyük zorluklar ihtiva ettiği ifade edilmelidir.

Down sendromuna neden olan kromozom fazlalığının neden ortaya çıktığı kesin olarak bilinmemektedir. Fakat belirli durumların annenin Down sendromlu çocuk doğurma ihtimalini artırdığı tespit edilmektedir. Bu faktörlerden en önemlisi annenin yaşıdır. Özellikle 35 yaş ve üzeri annelerin çocuklarının Down sendromlu olma ihtimali daha yüksektir. Daha önce Down sendromlu bir bebeği olan çiftlerin sonraki çocuklarının Down sendromlu olması ihtimali de normalden daha yüksektir.⁵

² Üç tür Down sendromu vardır. Tüm türlerde fiziksel özellikler ve davranışlar benzerdir. Trizomi 21'de vücuttaki her hücre, 21. kromozomun üç ayrı kopyasına sahiptir. Down sendromlu kişilerin yaklaşık %95'i Trizomi 21'e sahiptir. **Translokasyon Down sendromunda** fazladan bir parça ya da tüm fazladan bir 21. kromozom bulunur. Ancak, fazladan kromozom ayrı bir 21. kromozom olarak değil, başka bir kromozoma bağlı ya da "transloke" edilmiştir. Down sendromlu kişilerin yaklaşık %3'ü bu türe sahiptir. **Mozaik Down sendromunda** karişım veya bazı hücreler 21. kromozomun üç kopyasına sahipken, diğer hücreler tipik olarak iki kopyaya sahiptir. Mozaik Down sendromlu kişiler, bu durumun daha az özelliğine sahip olabilir. Bu tür, Down sendromlu kişilerin yaklaşık %2'sini oluşturur. "*Facts About Down Syndrome*", Centers for Disease Control and Prevention (CDC), son güncelleme 18 Kasım 2024, <https://www.cdc.gov/down-syndrome/about/>, (erişim: 20.12.2025).

³ GERALYN M. MESSERLIAN, JACQUELYN V. HALLIDAY ve GLENN E. PALOMAKI, "*Down Syndrome: Overview of Prenatal Screening*", haz. Vanessa A. Barss, Waltham/MA: UpToDate, 2025, <https://www.uptodate.com/contents/down-syndrome-overview-of-prenatal-screening> (erişim: 20.12.2025).

⁴ "*About Down Syndrome*", Centers for Disease Control and Prevention (CDC), son güncelleme 18 Kasım 2024, <https://www.cdc.gov/birth-defects/about/down-syndrome.html> (erişim: 20.12.2025); "*Down Syndrome: Causes and Risk Factors*", Centers for Disease Control and Prevention (CDC), son güncelleme 18 Kasım 2024, https://www.cdc.gov/birth-defects/about/down-syndrome.html#cdc_disease_basics_risk-risk-factor (erişim: 20.12.2025).

⁵ "*Down Syndrome: Causes and Risk Factors*", Centers for Disease Control and Prevention (CDC), son güncelleme 18 Kasım 2024, https://www.cdc.gov/birth-defects/about/down-syndrome.html#cdc_disease_basics_risk-risk-factors (erişim: 20.12.2025).

II. GEBELİK TAKİBİNDE DOWN SENDROMUNUN TESPİTİ İÇİN YAPILAN TESTLER

Down sendromlu bebeğin bu durumunun değiştirilmesi mümkün olmamakla birlikte hamilelik esnasında belirli testlerle bu farklılık %99.9 doğruluk ile tespit edilebilir. Anne karnındaki bebekte Down sendromu olup olmadığının tespitine yönelik iki tür test vardır: tarama testleri ve tanı testleri.

Tarama testi, kesin sonuç vermemekle birlikte anne karnındaki bebeğin Down sendromundan etkilenme olasılığının yüksek olup olmadığına ilişkin bilgi vermektedir. Bu amaca yönelik ikili, üçlü ve dördü testler yapılmaktadır.⁶ İkili tarama testi, bu sağlık durumunun tespitini %79-88 oranında artırırken, testin %5 oranında yanlış pozitif sonuç verme ihtimali vardır.⁷ Üçlü testin %37-70 arasında, dördü testin %80 oranında teşhisi sağlama işlevi varken, gene %5 oranında yanlış pozitif sonuç riski bulunmaktadır.⁸ Sonuç olarak ikili, üçlü ve dördü testin bebekte Down sendromu olduğunu tespit etmemesi ihtimali %10 ve %60 arasında değişmektedir.

⁶ İkili Test

Hamileliğin 11-14. haftaları arasında uygulanan bu test iki aşamalıdır. İlk aşamada ultrason ile bebeğin ense kalınlığı ölçülür. Ardından anneden kan örneği alınır ve kandaki b-HCG ve PAPP-A protein düzeyleri incelenir. Bu üç parametre, özel yöntemlerle değerlendirilerek bir risk oranı hesaplanır ve bebeğin bazı kromozomal hastalıklara sahip olma ihtimali belirlenir. Ancak bu test sadece bir olasılık sunar; bebekte kesin bir sorun olduğunu göstermez.

Üçlü Test

Hamileliğin 16-18. haftalarında uygulanan bu testte anneden kan örneği alınarak kandaki b-HCG, E3 ve AFP protein seviyeleri incelenir. Özel yöntemlerle bu değerler analiz edilerek bir risk oranı hesaplanır ve bebeğin hastalığa sahip olma ihtimali tahmin edilir. Ancak bu test de kesin bir tanı koymaz, sadece hastalığın olasılığını belirtir. Örneğin, test sonucu 1/70 çıktığında, bu, aynı sonuçları alan 70 hamile kadından sadece birinin bebeğinde hastalık olabileceği anlamına gelir.

Dördü Test

Bu test, üçlü testle benzer bir mantıkla yapılır. Farkı, üçlü testte incelenen üç proteine ek olarak anne kanındaki dimerik inhibin A adlı bir proteinin de ölçülmesidir. Bu ekleme sayesinde testin doğruluk oranı %81-85 aralığına çıkarılmıştır. Yine de unutulmamalıdır ki, bu testler yalnızca hastalık riskini oransal olarak hesaplar ve bebeğin kesin olarak hasta olup olmadığını belirlemez. CDC, <https://www.cdc.gov/birth-defects/diagnosis/screening-for-birth-defects.html>, 1.2.2026.

⁷ Maria S. Gomes vd., "Prediction of Adverse Pregnancy Outcomes by Extreme Values of First Trimester Screening Markers", haz. Catherine Nelson-Piercy, Londra: SAGE Publications/Obstetric Medicine, 2017, s. 132-137.

⁸ American College of Obstetricians and Gynecologists vd., "Screening for fetal chromosomal abnormalities: ACOG Practice bulletin, Number 226", Obstetrics & Gynecology, 136/4 (2020), s. e48-69; M. Honarjoo vd., "Relationship between False Positive Screening Results of Down Syndrome and Adverse Pregnancy Outcomes", Iran Journal of Nursing and Midwifery Research, 28/4 (2023), s. 443-447.

Bu tarama testlerinde riskin belirli bir oranın üstünde çıkması pozitif sonuç ve risk olarak nitelendirilmekte ve bu durumda ek tanı testleri önerilmektedir. Diğer yandan dünya üzerinde kadın doğum alanında tıbbi standardın belirlenmesinde etkili en önemli meslek örgütlerinden biri olan Amerikan Jinekoloji ve Obstetrik Birliği'nin(ACOG) güncel kılavuzu her yaştan hamile kadına tarama testini atlayıp doğrudan tanı testini yaptırma seçeneğinin sunulmasını önermektedir.⁹ Türk Jinekoloji Derneği de hazırladığı örnek Down sendromu aydınlatma formunda tanı ve tarama testleri hakkında bilgi verdikten sonra ailenin isterse doğrudan tanı testini yaptırmayı tercih edebileceğini ifade etmektedir.¹⁰

Ayrıca anne kanından kromozom testi (NIPT) olarak adlandırılan yeni nesil doğru sonuç oranı çok daha yüksek olan bir tarama testi bulunmaktadır. Bu test anneden kan alınarak yapılmaktadır, çünkü annenin kanı, anne karnındaki bebeğin DNA'sını da içermektedir ve bu DNA, fazladan 21. kromozom bulunup bulunmadığı bilgisini sağlamaktadır. Bu testin artık diğer ikili, üçlü ve dördü tarama testlerine göre daha güvenilir ve tercih edilir olduğu ifade edilmektedir. Tekil gebeliklerde Down sendromu tespit oranının %99.2, ikiz gebeliklerde ise %93.7 olduğu belirtilmektedir. Ayrıca, diğer kromozom farklılıklarına ilişkin T18 ve T13 tespit oranları sırasıyla %96.3 ve %91 olarak kaydedilmiştir.¹¹ Bu testin doğruluk oranı çok daha yüksek olduğu için uygulandığı inceleme gruplarında tanı testlerinin yapılması gerekliliğini de 92.8% oranında azaltmıştır.¹² Belçika, Avustralya, Danimarka, Hollanda, Fransa, ve İsviçre gibi ülkelerde ve Kanada'nın

⁹ Current ACOG Guidance, <https://www.acog.org/advocacy/policy-priorities/non-invasive-prenatal-testing/current-acog-guidance>, Erişim: 6.2.2026; Karşı görüşteki Ercan'a göre amniyosentez ancak adayının yaşı, kronik ya da genetik rahatsızları, diğer aile üyelerinde genetik hastalıkların bulunması, gebeliğin seyri gibi özel durumlarda önerilmesi gereken bir testtir. Cahit Ercan, "Prenatal Tanı Yöntemleri Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024, s. 790.

¹⁰ Türkiye Jinekoloji ve Obstetrik Derneği, https://www.tjod.org/wp-content/uploads/2021/08/TJOD-DOWN-SENDROMU-GEBE-B%C4%B0LG%C4%B0LEND%C4%B0RME-VE-ONAM-FORMU_110821.pdf

¹¹ Makarios M. Gil, M. S. Qezada, R. Revello, B. Akolekar ve Kypros H. Nicolaides, "Analysis of Cell-free DNA in Maternal Blood in Screening for Fetal Aneuploidies: Updated Meta-analysis", Londra: John Wiley & Sons/ Ultrasound in Obstetrics & Gynecology, 2015, s. 249-266; Başka bir incelemede NIPT'nin tekil gebeliklerde T21'i tespit etmede %99.90, T18 ve T13'ü tespit etmede ise %99.98 gibi yüksek bir özgüllük oranına sahip olduğunu göstermiştir. E. Kostenko vd., "Clinical and Economic Impact of Adopting Noninvasive Prenatal Testing as a Primary Screening Method for Fetal Aneuploidies in the General Pregnancy Population", Fetal Diagnosis and Therapy, 45/6 (2018), s. 413-423.

¹² Kostenko vd., "Clinical and Economic Impact", s. 413-423.

Quebec, British Columbia ve Ontario eyaletlerinde bu testin kamu kaynaklarından fonlanması söz konusudur.¹³

Amerikan Jinekoloji ve Obstetrik Derneği (ACOG), gebelik geçmişi veya risklerinden bağımsız olarak tüm hamile kadınlara NIPT'nin seçenek olarak sunulmasını tavsiye etmektedir.¹⁴ Aynı doğrultuda Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği de hazırladığı örnek aydınlatma formunda bu bilgiyi vermektedir.¹⁵

Bu testin gebeliğin 10. haftasından itibaren kullanılması mümkündür.¹⁶ Yüksek doğruluk payına rağmen bu test, %0, 09-012 oranı ile yanlış pozitif sonuç verebildiği için tanı testi olarak nitelendirilmemektedir.¹⁷ Diğer yandan doğru sonuç verme oranı tanı testlerine yaklaşımaktadır. Sonucu bir iki hafta içinde çıkmaktadır. Diğer tarama testlerine göre maliyeti yüksektir. Türkiye’de bu testin 2025 yılı için ücreti 8000 TL civarındadır. Fakat ikili, üçlü ve dördü test ücretleri ve bu testleri değerlendirecek ve muayeneyi yapacak hekimin muayene ücretlerinin de bu miktara yaklaşabileceği tespit edilmelidir.

Tanı testleri ise bir bebeğin Down sendromuna sahip olup olmayacağını %99,9 doğruluk payı ile tespit edebilir¹⁸. Tanı testlerinin de farklı türleri vardır.¹⁹ En bilinen ve tercih edilen tanı testi amniosentezdir. Bu teste bebeğin

¹³ S. S. Jayashankar vd., “Non-Invasive Prenatal Testing (NIPT): Reliability, Challenges, and Future Directions”, *Diagnostics*, 13/15 (2023), s. 2570.

¹⁴ K. Gadsbøll vd., “Current use of noninvasive prenatal testing in Europe, Australia and the USA: A graphical presentation”, *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, 99/6 (2020), s. 722-730; Aynı tavsiyede bulunan diğer meslek örgütleri için bkz. İpek Sevda Söğüt, “Down Sendromunun Tespitinde İnvaziv Olmayan Prenatal Test (NIPT) Uygulamasının Etik ve Hukuki Yönü”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 635-674, s. 644.

¹⁵ Bkz. Dn.10

¹⁶ M. L. Özgönül vd., “Bilgilendirmenin Non-İnvaziv Prenatal Test Hakkındaki Görüş ve Kaygılara Etkisinin Belirlenmesi”, *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 7/2 (2020), s. 36.

¹⁷ B. Yu vd., “Overall evaluation of the clinical value of prenatal screening for fetal-free DNA in maternal blood”, *Medicine*, 96/27 (2017), s. 2-5.

¹⁸ Lisa J. Driscoll ve John C. Carey, “Trisomy 21 (Down Syndrome)”, *GeneReviews*, son güncelleme 22 Aralık 2022, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK115544/> (erişim: 20.12.2025).

¹⁹ **Koryon villus örnekleme (CVS):** Sağlık hizmeti sağlayıcısı, bir kadını ve fetüsünü bağlayan organ olan plasentanın bir kısmından hücre örneği alır ve ardından örneği ekstra kromozom için test eder. Bu test, hamileliğin 9. ve 11. haftaları arasında yapılır.

Perkütan göbek kordonu kan örnekleme (PUBS): Sağlık hizmeti sağlayıcısı, rahim yoluyla göbek kordonundan fetal kan örneği alır. Kan, ekstra kromozom için test edilir. PUBS, en doğru tanı yöntemi olup CVS veya amniosentez sonuçlarını doğrulayabilir. Ancak, PUBS hamileliğin daha ileri bir döneminde, 18. ve 22.5. haftalar arasında yapılabilir. National Institute of Child Health and Human Development (NICHD), “How Do Health Care Providers Diagnose Down Syndrome?”, Bethesda: U.S. Department of Health and Human Services, 2021,

içinde bulunduğu sudan bir miktar alınarak bebekte Down sendromu olup olmadığı tespit edilmektedir. Amniosentez kesin sonuç veren bir yöntem de olsa düşük, enfeksiyon, kanama gibi gerçekleşme ihtimali çok yüksek olmayan riskler içermektedir.²⁰ Bu test gebeliğin 14-18. haftasına kadar yapılamamaktadır.²¹ Tanı testlerinin yüksek doğruluk payı karşısında riski, gebenin tanı testi yerine NIPT testi hakkında bilgilendirilmesini de haklı kılmaktadır²²

III. DOWN SENDROMUNUN TESPİTİNİN SONUCU

Ne tarama ne de tanı testleri, Down sendromunun bir bebek üzerindeki tam etkisini öngörememektedir. Down sendromlu bazı çocuklar iş hayatına katılabilmekte bağımsız hayat sürebilmekteyken bazı çocukların sağlık sorunları ve bakım ihtiyacı ömür boyu devam edebilmektedir.

Anne karnındaki bebeğin Down sendromlu olduğunun tespit edilmesi bebeğin tedavi edilmesini sağlamaz. Bu tespit, ancak anne ve babaya gebeliğin sona erdirilmesi konusunda karar verme imkânı verir. Zira birçok hukuk sisteminde anne karnındaki bebeğin Down sendromlu olduğunun tespit edilmesi halinde anne ve babalara gebeliği sona erdirmeye olanağı verilmektedir. Türk hukukunda da isteğe bağlı gebeliği sona erdirmeye sınırı on hafta olmasına rağmen gebelik takibinde bebekte Down sendromunun tespiti halinde Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük madde 5'e göre on hafta sonrasında da anne ve babaya gebeliği sona erdirmeye hakkı tanınmaktadır. Aynı maddeye göre bunun için *"Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur."*

Down sendromunun tespiti halinde hafta sınırından bağımsız olarak gebeliğe son verilebilmesinin yerindeliği etik olarak tartışılabilir. Çünkü Down sendromlu bireyler kabul edildiklerinde ve desteklendiklerinde topluma ve ailelerine neşe ve değer katma olanağına sahiptir. Diğer yandan

<https://www.nichd.nih.gov/health/topics/down/conditioninfo/diagnosis> (erişim: 20.12.2025).

²⁰ Amniosentez sonucunda düşük riski düşüktür - yaklaşık olarak 900'de *"Prenatal Testing for Down Syndrome"*, University of California San Francisco (UCSF) Health, <https://www.ucsfhealth.org/education/prenatal-testing-for-down-syndrome> (erişim: 20.12.2025).

²¹ *"How do health care providers diagnose Down syndrome?"*, NICHD.

²² İpek Sevda Söğüt, *"Down Sendromunun Tespitinde İnvaziv Olmayan Prenatal Test (NIPT) Uygulamasının Etik ve Hukuki Yönü"*, Kayseri: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024, s. 643.

her Down sendromlu kişinin sağlık sorunları birbirinden farklıdır. Fakat bu tartışmalar bu çalışmanın inceleme konusu değildir. Bu konuda kısaca şu tespit yapılabilir: Down sendromlu bireylere devlet desteğinin ve sosyal hakların çok sınırlı olması nedeniyle anne ve baba için bu çocuklara bakım ağır maddi ve manevi yükler getirmektedir. Nitekim bakım yükünün ağırlığı nedeni ile aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi nedeni ile açılan davalarda yüksek tazminatlara hükmedilmektedir. Down sendromlu çocukların eğitim, sağlık ve çalışma hakları konusunda yaşadıkları zorluklarla anne ve babalar çoğunlukla yalnız mücadele etmek zorunda kalmakta ve anne babalar en çok kendi ölümlerinin ardından çocuklarına kimin bakacağını endişesini yaşamaktadırlar.

Bu inceleme açısından önemli olan gebelik takibinde Down sendromunun tespiti halinde anne ve babaya rahim tahliyesi imkânı verilmesidir. Hukuki tartışma ise Down sendromunun tespiti hakkında yeterince ve veya gereği gibi aydınlatılmadıklarını iddia eden anne ve babaların, rahim tahliyesi imkanını kullanamamaları nedeniyle maddi ve manevi zarara uğradıklarını iddia etmeleridir. Bu noktada aydınlatmanın olması gereken içeriği ve ispatı hukuken irdelenecektir. Zira aydınlatma gereği gibi yapılmışsa ve ortaya konulabiliyorsa hekim ve hastane için herhangi bir sorumluluk doğmayacaktır.²³

Ayrıca açıklandığı üzere Down sendromu, gebelik takibinde tespit edilebilen yaygın bir genetik farklılıktır ve birçok ülkede olduğu gibi Türkiye’de de bu durumun gebelik esnasında tespiti için testler yapılmakta ve bu testlere önemli maddi kaynaklar harcanmaktadır. Sadece anne ve babaların bilinçli karar vermesi için değil, bu maddi kaynakların boşa harcanmamış olması açısından da aydınlatma gereği gibi yapılmalıdır²⁴.

²³ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi, E. 2022/850 K. 2022/1786 T. 15.12.2022: “Somut olayda, hekimin Down sendromunu teşhise yönelik bir hatasının veya bu anomaliyi teşhise yönelik imkanlar konusunda hastayı aydınlatmamasının sorumluluğunu doğuracağı izahtan varestedir. (Yargıtay 11. HD’nin 28/11/2019 tarihli, 2018/1849 Esas 2019/7606 Karar sayılı ilamı).”

²⁴ Bu yönde bkz. Mürsel, Könül, Nezaket Kadioğlu, Şule Özel, ve Yaprak Engin Ustun, “Down Sendromu için Gebelere Yapılan Prenatal Tarama ve Tanı Testlerinin Sonuçları; Maliyet Analizi”. Ankara Medical Journal, 2019, 19 (1): 108-14.

IV. GEBELİK TAKİBİNDE DOWN SENDROMUNA İLİŞKİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Gebelik Takibinde Yapılan Testlerin Tıbbi Müdahale Niteliği

Öncelikle belirtmek gerekir ki gebelik takibinde Down sendromunun tespitine yönelik yapılan testler tıbbi müdahale niteliğindedir. Hasta Hakları Yönetmeliği 4g' de tıbbi müdahale *"Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim"* olarak tanımlanmaktadır.²⁵ Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne göre de tıbbi "müdahale" koruyucu bakım, teşhis, tedavi veya rehabilitasyon amacıyla gerçekleştirilen müdahaleler ya da araştırma bağlamındaki tüm tıbbi işlemleri kapsamaktadır.²⁶ Bu yasal açıklamalar çerçevesinde gebelik takibinde Down sendromunun tespiti için yapılan testlerin tıbbi müdahale niteliğinde olduğu açıktır.

B. Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatma Yükümlülüğü ve Down Sendromu Testlerine İlişkin Aydınlatma

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için aydınlatılmış rızaya alınması gerekmektedir. Aydınlatılmış rıza bir hukuka uygunluk sebebi olduğu gibi temel bir insan hakkıdır. Hem ulusal hem de uluslararası mevzuatta aydınlatılmış rızanın bu niteliği birçok metinde hükme bağlanmıştır.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması ile İlgili Olarak İnsan Haklarının ve İnsan Onurunun Korunmasına Dair Sözleşme: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi) m. 5 II'ye göre kişiye tıbbi müdahalenin amacı ve niteliği hakkında, ayrıca bunun sonuçları ve riskleri konusunda önceden uygun bilgi verilmelidir.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 59/g maddesi uyarınca çıkartılan Hekim Etiği Kurallarını'nın "Aydınlatılmış Onam" başlıklı 26.

²⁵ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, Resmi Gazete (18255), 18.12.1983.

²⁶ Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, n. 29, <https://rm.coe.int/1680a8e4d0> (erişim: 20.12.2025); K. Ersöz, "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları", Terazi Hukuk Dergisi, 5/45 (2010), s. 105.

maddesinde “Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.” denilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 15’te de bilgilendirmenin kapsamı detaylı olarak düzenlenmiştir²⁷. Bu maddeye göre “Hastaya;

- a) **Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,**
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- c) **Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,**
- ç) Muhtemel komplikasyonları,
- d) **Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,**
- e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.”

Yukarıda açıklandığı üzere gebelik esnasında anne karnındaki bebekte Down sendromu olup olmadığına dair yapılan testler tıbbi müdahale niteliğindedir. Bu testlerden önce yukarıda da yer verilen mevzuat örnekleri çerçevesinde anne ve babanın aydınlatılması ve rızasının alınması gerekmektedir.

Konumuz açısından gebe annelere ve varsa eşlerine gebelik takibinde Down sendromunun tespitinin mümkün olduğu, bebekte Down

²⁷ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Kanun No. 2238, Resmi Gazete (16655), 03.06.1979, m. 7; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Resmi Gazete (10436), 19.02.1960, m. 14.

sendromunun tespitinin gebeliğin seyri ve bebek açısından neyi değiştireceği, doğumdan sonra Down sendromlu bebeğin olası farklı gelişim seyri ve bakım ihtiyaçları açıklanmalıdır. Bundan sonra anne ve babaya Down sendromunun tespitine ilişkin testleri yaptırmak isteyip istemedikleri sorulmalıdır. Bazı anne ve babalar için bebeğin Down sendromlu olması gebeliğin devamı konusunda etkili olmayabilir. Bu anne ve babalar bu sağlık durumunun önceden tespit edilmesinde herhangi bir menfaat görmeyebilirler. Bu nedenle bu testler yaptırılmadan önce ilgili anne ve baba için test sonuçlarının önemli olup olmadığı tespit edilmelidir. Down sendromunun tespitine ilişkin tarama ve tanı testleri ile sınırlı sayıda bazı diğer sendromların ve farklılıkların da tespiti mümkündür. Bu hastalıklara ilişkin olarak da anne ve babalar ayrıca bilgilendirilmelidir. Anne ve baba bilgilendirmeden sonra test yaptırmak istemiyorsa bu tercihlerine saygı duyulmalıdır. Bu durumda bu tercihin yazılı beyana bağlanmasında, anne ve baba bu beyanı vermek istemiyorsa anne ve babaya bilgilendirici mail veya mesaj atılmasında, sağlık personeline tutanak tutulmasında ve protokol kaydına detaylı giriş yapılmasında sonraki hukuki tartışmaları bertaraf etmek açısından büyük fayda vardır²⁸. Unutulmamalıdır ki bu sayılan ispat araçları takdiri delil niteliğindedir. İkna edicilikleri samimi ve yeterli bilgi verildiğinin ortaya konulmasına bağlıdır.

Eğer Down sendromunun tespiti için yapılabilecek testlerin sonucu anne ve baba için önem arz ediyorsa bu durumda gebelik takibini yapan doktor veya doktorlar, açıkladığımız tarama ve tanı testleri hakkında bilgi vermelidir. Bu testlerin nasıl gerçekleştirileceği, gebeliğin kaçınıcı haftasında yapılabileceği, doğru sonuç vermeme oranları, yanlış pozitif sonuç verme ihtimali, riskleri, fiyatları ve erişilebilirlikleri açıklanmalıdır. Bu açıklamalar yapılmadan anne ve babaların doğrudan ikili, üçlü veya dördü tarama testlerine yönlendirilmesi hatalıdır. Çünkü bazı anne babalar testin doğru sonuç vermesine daha çok önem verip riskini de göze alıp doğrudan tanı testini yaptırmayı seçebilirler. Nitekim yukarıda da değinildiği üzere Amerikan Jinekoloji ve Obstetrik Derneği (ACOG) her yaştan hamile kadına tarama testini atlayıp doğrudan tanı testini yaptırma seçeneğinin sunulmasını önermektedir.²⁹ Diğer yandan alternatif bir tarama testi olan NIPT'i görece yüksek maliyetine rağmen kolaylığı ve tanı testlerine yaklaşan doğruluk payı nedeni daha yüksek maliyetine rağmen anne ve babalar tarafından tercih edilebilir. Kaldı ki ikili, üçlü ve dördü tarama testleri ile NIPT testi arasındaki

²⁸ Aynı yönde Doğan E, Koca Y, Selçuk MA. "Down Sendromlu Olgularda Prenatal Aydınlatma Yükümlülüğündeki Tartışmalar ve Maluliyet Değerlendirmesine Adli Tıbbi Yaklaşım". J For Med 2023; 37(1):26-32., s. 31

²⁹ Bkz. Dn.10

maliyet farklılığı giderek azalmaktadır. Bu yüzden yukarıda da açıklandığı üzere birçok ülkede bu tarama testi giderek daha fazla şekilde tercih ve tavsiye edilmekte, kamu kaynaklarınca fonlanmaktadır. Ayrıca ikili, üçlü ve dörtlü tarama testlerinin pozitif ve negatif sonucunun yüksek yanılma payı içerdiği muhakkak anne ve babaya açıklanmalıdır.³⁰

Bu noktada şu hususun önemle vurgulanması gerekmektedir. Gebelik takibinde Down sendromunun %99.9 doğruluk oranı ile tespiti mümkündür. Down sendromu hakkında bilgi verildikten sonra bu sağlık durumunun tespiti için yapılan tanı ve tarama testlerinin seçimi konusunda anne ve baba tek karar merciidir.³¹ Hekimin bu noktadaki görevi tüm alternatif test seçenekleri hakkında gebeyi bilgilendirmektir.

Hekimler, hastaneler, adli tıp kurumu, meslek örgütleri veya bakanlık, hangi gebeye hangi tanı veya tarama testinin yapılacağı konusunda ailenin yerine geçecek şekilde tercih hakkına sahip değildir. Sağlık Bakanlığı, sağlık politikası çerçevesinde hangi tanı ve tarama testinin devlet tarafından karşılanacağını belirleyebilir ama bu testin finansmanına ilişkin bir meseledir. Düşük risk grubundaki bir gebe, Down sendromunda yüksek doğruluk payı olan bir testin yapılmasını tercih edebilir. Amniosentezin riskini kabul eden gebe bu testin tarama testlerinden önce yapılmasını isteyebilir. Benzer şekilde NIPT testi konusunda bilgilendirilen gebe kadın, bu testi diğer tarama testlerine tercih edebilir. Bu testlerin kamu fonlarından karşılanması ayrı bir meseledir. Bu nedenle Down sendromlu bebek taşımak konusunda düşük riskli görülen gebeye de Down sendromu ve bu sendromun tespitine yönelik tüm tarama ve tanı testleri hakkında bilgi verilmelidir. Alternatif testlerin açıklanmaması halinde anne ve babanın diğer testin daha yüksek doğruluk payını bilseydim bu testi yaptırarak Down sendromunun tespitini sağlayabilir ve bu durumda gebeliği sona erdirirdim diyebilir. Gerçekten de tanı ve NIPT testinin yüksek doğruluk payı bu iddiayı kabul edilebilir kılmaktadır.

³⁰ Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneğinin hazırladığı aydınlatma formu büyük ölçüde bu beklentileri karşılamaktadır. https://www.tjod.org/wp-content/uploads/2021/08/TJOD-DOWN-SENDROMU-GEBE-B%C4%B0LG%C4%B0LEND%C4%B0RME-VE-ONAM-FORMU_110821.pdf, (erişim 6.2.2026).

³¹ "Nitekim bir Yargıtay kararında davacılarca amniyosentez gibi tanı testleri hakkında hiçbir bilgi verilmediği, tüm test ve tetkiklerin eksiksiz yapılmasını istediklerini bildirmeleri karşısında tanı testleri konusunda bilgilendirilmeleri için Sağlık Bakanlığınca uygulanması zorunlu bir tetkik olmasının gerekmediği, riski değerlendirme ve karar verme hakkının anne babaya ait olduğu ileri sürülmüş ek rapor talep edilmiştir. Yargıtay davalıların bu iddiaları değerlendirilmeden verilen kararı bozmuştur." Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.2016/4694, K.2018/11768, T. 06.12.2018 (karararama.yargitay.gov.tr).

Oysa Türkiye’de hemen hemen tüm gebelere gebelik takibi hizmeti sunulmasına rağmen Down sendromu konusunda gereken bilgilendirme yapılmamaktadır. Çoğunlukla gebeler Down sendromunun niteliği ve tarama testleri hakkında bilgilendirilmeden ilgili haftalar geldiğinde rutin olarak uygulanan ikili, üçlü ve dördü tarama testlerine otomatik olarak yönlendirilmektedir. Down sendromunun ne anlama geldiği, ikili, üçlü ve dördü testlerin yüksek yanılma payı açıklanmamaktadır. Her anne ve baba, Down sendromunun çocuk ve bakım ihtiyacı açısından ne anlama geleceğini bilmeyebilir. Hekim, muhabata kendi seviyesine uygun anlaşılabilir bilgi verilmelidir. Açıklama yapılmadan belirli haftalarda ikili, üçlü ve dördü tarama testlerine yönlendirilme gebelere bu testlerde düşük risk çıktığında dahi, tarama testinin hatalı sonuç verebileceği ve tanı testinin veya NIPT testinin daha yüksek doğruluk payı olduğu açıklanmalıdır. Bilgilendirme samimiyeti taşıyan açıklamalar ispat sorunu olmaması açısından yazıya dökülebilir, anne ve babaya test sonucuna dair açıklayıcı mesaj ve mail atılabilir, tutanak tutulabilir ve detaylı protokol girişi yapılabilir.

Uygulamada gebe risk grubunda değilse ve tarama testlerinde düşük risk çıkmışsa, Down sendromuna ilişkin gerekli açıklamanın yapılması, tarama testinin yanılma payı ve daha yüksek doğruluk payı ile sonuç veren testlerin açıklanması ihmal edilebilmektedir. Bu bilgilerin verilmemesi anne ve babanın bebekte Down sendromunun olup olmadığını kesin olarak öğrenmek konusundaki hakkının elinden alınması anlamına gelmektedir. Zira tekrar vurgulamak gerekirse gebe düşük risk grubunda olsa bile daha yüksek doğruluk payı ile sonuç olarak testi tercih etmek, risk almamak konusunda karar verme yetkisini haizdir. Sonuç olarak tarama testlerinin sonuçları düşük çıkmış olsa bile anne ve babaya, Down sendromu hakkında bilgi verildiği, tarama testinin sapma payı ve kesin tespiti mümkün kılan alternatif testler hakkında açıklama yapıldığı ortaya konulabilmelidir. Meslek örgütlerinin kılavuz ve örnek aydınlatma metinleri de bu yöndedir³².

Unutulmamalıdır ki Down sendromlu bir bebek sahibi olmak anne ve babanın hayatını bazen bir veya iki hayatın ömür boyu doğacak çocuğa adanmasını gerektirebilecek şekilde değiştirebilecek niteliktedir. Bu nedenle de anne ve babaların Down sendromunun çocuktaki olası etkileri, test seçenekleri, tarama testlerinin yanılma payları hakkında tam olarak aydınlatılması gerekmekte, test seçim hakkı anne ve babaya bırakılmalıdır.

³² Bkz.Dn.10.

V. AYDINLATMANIN NASIL GERÇEKLEŞTİRİLECEĞİ VE İSPATI

A. Genel Olarak

Yukarıda değinildiği üzere hekimin hastayı aydınlatması, inceleme konumuz açısından hekimin gebe kadını ve eşini aydınlatması tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren hukuki bir zorunluluktur.

Büyük cerrahi müdahaleler, rahim tahliyesi gibi sınırlı sayıda tıbbi müdahalede aydınlatmanın yazılı gerçekleştirilmesi şartı aranmıştır. Bu şekilde özel bir düzenlemenin olmadığı hallerde tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilir. Gebelik takibine ve gebelikte gerçekleştirilen tarama ve tanı testlerine ilişkin yazılı şekli gerekli kılan bir istisna bulunmamaktadır. Bu nedenle hekim, Down sendromunun tespitinde ilişkin aydınlatmasını yazılı veya sözlü yapabilir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda da aydınlatmanın kural olarak şekle bağlı olmadığı şu ifadeler ile vurgulanmıştır: *"Türk hukukunda girişimsel bazı müdahalelerde hastanın yazılı rızasının alınması gerektiği öngörülmüş ise de aydınlatma yükümlülüğünün yazılı olarak yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Öte yandan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir; hasta, tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbî müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Dolayısıyla hastanın aydınlatılması sözlü ya da yazılı şekilde gerçekleştirilebilir."*³³

Önemli olan aydınlatmanın yapıp yapılmadığının hukuki ihtilaf konusu olması halinde aydınlatmanın yapıldığının ispat edilebilmesidir. Aydınlatmanın yapıldığına ilişkin ispat yükü hastane ve hekimdedir.³⁴ Yukarıda değindiğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ayrıca yazılı aydınlatmanın ispat kolaylığı sağladığı ama aydınlatmada kuralın şekil serbestisi olduğu ve yükümlülüğünün yerine getirildiği hususunun hekim tarafından her türlü delille ispatlanabileceği ifade edilmiştir.³⁵

³³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2020/11-592, K. 2022/356, T. 22.03.2022.

³⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2017/8515 K. 2020/5427; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.2016/2337, K.2019/12469, T. 12.12.2019 (karararama.yargitay.gov.tr); Hakan Hakeri, "Tıbbi Uygulama Hataları Nedeniyle Açılan Tazminat Davalarında İspat Problemi", Yargıtay Dergisi, Nisan 2023, 49 (2): 239-298, s. 242.

³⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2020/11-592, K. 2022/356, T. 22.03.2022.

İspatta şekil serbestisi konusundaki bu tespitler yerindedir. Diğer yandan ispat araçlarının ikna ediciliği de dikkate alınmalıdır. Bu noktada önemli olan gebe kadının ve eşinin Down sendromu hakkında bilgilendirildiğinin, alternatif tarama ve tanı testlerinin risklerinin, doğruluk ve yanlış sonuç verme oranlarının açıklandığının ve test konusunda tercihin anne ve babaya bırakıldığının ikna edici bir şekilde ortaya konulabilmesidir.

Unutulmamalıdır ki ispat araçları, güvenilirlik konusunda farklı seviyededir. En güvenilir ispat aracı, tarafın okuyabildiği ve anlayabildiği bir belgenin imzalanmış olmasıdır. Nitekim Yargıtay'ın Down sendromu aydınlatması tartışmasına kadar aydınlatılmış rıza formlarını ikna edici özelliği daha yüksek bir delil olarak algıladığını, ama bu formlardaki yetersiz açıklamaları rızanın varlığı için yeterli görmediğini vurgulamak gerekmektedir. Bir diğer ifade ile aydınlatılmış rıza yazılı forma bağlandığında dahi Yargıtay'ın tıbbi müdahaleye ilişkin gereği bir açıklamanın varlığını araması söz konusudur.³⁶ Bu çerçevede örneğin yazılı aydınlatılmış rıza formlarında komplikasyonların açıklandığının ve hastanın bilgilendirildiğinin yazılmış ve imzalanmış olması yeterli görülüyor. Somut komplikasyonun ve gerçekleşme ihtimalinin açıklanmış olması aranıyordu. Bu açıklamalara yer verilmemişse rızanın geçerli olarak alınmadığı kabul edilmekteydi³⁷.

³⁶ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2015/1871, K. 2016/1669, T. 11.02.2016: "Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Somut olayda, genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir muvafakatname vardır. Davacı tarafından istenilen sonucun meydana gelmediği ortadadır, bu sonuca dair ayrıntılı uyarı, somut açıklama, onam formlarında yoktur, bu formların imzalatılması davalının uyarı görevini özel olarak yaptığı anlamını taşımaz, hastanın olası risk ve komplikasyonlar hususunda somut ve yeterli biçiminde aydınlatıldığına mevcut belgelerle ispatlanamadığı hususu sabittir."

³⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2023/5637, K. 2024/3954, T. 28.11.2024: "Ayrıca komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının "Aydınlatılmış Onam" başlıklı 26 ncı maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığı yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir...cerrahi onam formu başlığı altında dosyaya sunulan belgenin ise davacıya uygulanan tiroid ameliyatının komplikasyonu olarak ortaya çıkan sinir hasarına bağlı vokal kord paralizisi ve ses kısıklığı hususunda gerekli aydınlatmayı içermediği gibi yalnızca rıza mahiyetinde olduğu anlaşılmaktadır." Aynı yönde Danıştay 10. Daire, E. 2019/8345, K. 2023/6457, T. 06.11.2023: "Davacının, ameliyat öncesinde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiasına gelinece;- Dosya içerisinde yer alan hastane kayıtları incelendiğinde, "Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Bilgilendirilmesi ve Rızasının Alınması Formu" başlığını taşıyan, davacı tarafından imzalanan genel nitelikli onam formunda sadece

Sözlü beyanlar da takdiri delil niteliğindedir. Fakat hiç şüphesiz sözlü beyanlar ispat açısından yanıltıcı olabilir. Bu beyanlar yargılamada zaten karşı tarafça yalanlanacaktır. Çoğu halde tarafın beyanına karşı diğer tarafın beyanı ikna edicilik açısından yetersiz görülecektir.

B. Protokol Defterleri Kayıtlarının Delil Olarak Sunulması

Hekimin kendi tuttuğu kayıtlara aydınlatmanın ispatı için dayanıp dayanamayacağı ve protokol defterine düşülen kayıtlara dayanılması halinde bu delilin ikna ediciliği değerlendirilmelidir. Yargıtay 23.11.2023 tarihli yeni bir kararda aydınlatmanın yazılı yapılmasının zorunlu olmaması kuralını hatırlatarak doktorun kendi tuttuğu hasta kayıtlarına aydınlatmanın ispatı için yeterli olabileceğini kabul edilmiştir. Bu karara göre “Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği hususu hekim ve zorunlu sorumluluk sigortacısı tarafından her türlü delille ispatlanabilir. Bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususu somut olay özelinde hastanın eğitimi, yaşı, kültürel seviyesi ve hekim veya hastane tarafından tutulan kayıtlar serbestçe değerlendirilerek tespit edilmelidir. Bilirkişi raporlarında yapılan ve yukarıya metni alınan değerlendirmeler bir bütün olarak incelendiğinde, davacı anne XX’in Down sendromu konusunda sözlü olarak bilgilendirme yapıldığına ilişkin kayıtların aksinin davacı tarafından ispatlanamadığı gözetilerek bir hüküm kurulması gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması ve bu hükme yönelen istinaf isteminin Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddi doğru görülmemiştir.”³⁸

Sonuç olarak bu kararı ile Yargıtay, protokol defterlerindeki Down sendromuna ilişkin girişi ispat açısından yeterli görmüştür. Bu noktada protokol defterlerinin ispat aracı olması değerlendirilmelidir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 72. maddesine göre “İcrayı sanat eden tabipler, dış tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda sahibi lehine delil ittihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir”. Bu

risk ve yararların anlatıldığına ilişkin ibarelere yer verildiği, ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçların neler olduğunun, davacıya yapılan kepçe kulak onarımı ameliyatına özgü açıklamaların söz konusu onam formunda yer almadığı, bu niteliği itibarıyla söz konusu onamın aydınlatılmış onam niteliğinde olmadığı görülmektedir.”

³⁸ Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, E. 2022/4807, K. 2023/6782, T. 23.11.2023 (www.dejure.ai)

çerçevede pek tabii hekimlerin tuttuğu protokol defteri ispat aracı olarak kullanılabilir.

Fakat bu defterlere kısa notlar şeklinde girişler yapıldığına dikkat çekilmelidir. Protokol defterine A/S istendi veya Down sendromu hakkında bilgi verildi yazılması, verilen bilginin içeriğini ortaya koymamaktadır. Unutulmamalıdır ki aydınlatmada önemli olan bilgi verildiğinin yazılması değil, verilen bilginin içeriğidir. Benzer şekilde protokol defterine yapılan Down sendromu bilgisi verildi girişi, verilen bilginin içeriğini ortaya koymaz. Protokol defteri amniosentez, tarama testi sonucu, Down sendromu hakkında hangi bilginin verildiğini ortaya koymuyorsa aydınlatmanın yapıldığını ortaya koymak için yeterli delil olarak kabul edilemez.

Örnek bir kararda doktorun protokol defterine aşağıdaki şekilde kayıtlar düştüğüne yer verilmiştir:

“12.09.2012 tarihli muayenede protokol defterinin 8815 sıra numarasına ‘#Riskligebelik, A/S istendi, USG’ şeklinde kayıt düşülmüştür. 24.09.2012 tarihli muayenede ise protokol defterinin 9152 sıra numarasında ‘3’lü test, Ayrıntılı USG, A/S istendi, USG’ şeklinde kayıt yer almaktadır. Bu muayene sonrası davacıtarafından üçlü test için numune verilmiş, 01.10.2012 tarihli down sendromu sonuç raporunda ‘Tr-21 riski’ 1:51 olarak gösterilmiştir. Raporda 1:51 oranının ‘51 kadından sadece 1 tanesinde trisomy 21’li gebeliğe rastlandığı’ anlamına geldiği belirtilmiştir. Rapor sonrasında protokol defterinin 9152 sıra numarasındaki ‘3’lü test’ yazısının karşısına ok işareti çizilerek 1/51 ibaresinin yazıldığı görülmektedir. Ayrıca 17.10.2012 tarihli muayenede protokol defterinin 9792 sıra numarasında ‘USG’ şeklinde kayıt, 07.11.2012 tarihli muayenede protokol defterinin 10348 sıra numarasında ‘OGTT, TKS, indirect comb’ şeklinde kayıt, 28.11.2012 tarihli muayenede protokol defterinin 10971 sıra numarasında ‘Riskli gebelik, TR 21-1/51, A/S yaptırmamış, muhtemel Down bilgisi verildi’ şeklinde kayıt, 19.12.2012 tarihli muayenede protokol defterinin 11663 sıra numarasında ‘3’lü tarama 1/51, A/S yaptırmamış, Down sendromu bilgisi verildi, fetal eko istendi’ şeklinde kayıt yer almaktadır. 09.01.2013 ve 30.01.2013 tarihli muayenelerin ise protokol defteri kayıtları dosya kapsamında bulunmamaktadır.”³⁹

Bu kayıtlar ilişkin Hukuk Genel Kurulu şu yorumu yapmıştır. “Bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususu somut olay özelinde hastanın eğitimi, yaşı, kültürel seviyesi ve hekim veya hastane tarafından tutulan kayıtlar serbestçe değerlendirilerek tespit edilmelidir. Bu itibarla somut olayda da davacının 14 yıldır çocuğunun olmadığı, 38 yaşında olduğu, suni

³⁹ T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2020/11-592, K. 2022/356.

dölleme (IUI) yöntemiyle gebe kaldığı ve lise mezunu olduğu gözetildiğinde davacının 24.09.2012 tarihinde hekim tarafından kendisinden istenen üçlü tarama testini yaptırmış olmasına rağmen, aynı gün istenen A/S (Amniosentez) testi konusunda aydınlatılmamış olduğunu ileri sürülmesinin çelişkili olduğu, öte yandan protokol defterinde yer alan amniosentez ve Down sendromu konusunda bilgi verildiğine ilişkin kayıtların aksinin davacı tarafça ispatlanmadığı anlaşılmaktadır."

Bu tartışmada öncelikle örnek olarak bu kararda yer alan protokol defterindeki girişlerin Down sendromu aydınlatması için yeterli olup olmadığı incelenmelidir. Yukarıda açıklandığı üzere gebelik takibinde öncelikle müstakbel anne ve babaya Down sendromu hakkında bilgi verilmeli, kişilerin bu farklılığın çocuk ve kendileri için ne anlama geldiğini anladığından emin olunmalıdır. Sonra bu farklılığın tespitinde fayda gören gebelere tarama ve tanı testlerinin nasıl yapıldığı, doğruluk ve yanılma payı, riskleri hakkında aydınlatıcı bilgi verilmelidir. Protokol kayıtlarında bilgi verildiği yazılmış olmasına rağmen bilginin içeriği yer almamaktadır, bu nedenle eksiktir. Yukarıda açıklandığı üzere Yargıtay tıbbi malpraktis davalarında imzalanmış yazılı onam formlarında riskler açıklandı, bilgi verildi şeklindeki aydınlatmaları yeterli bulmamaktadır. Bu nedenle protokol girişinde verilen bilginin içeriği yer almadığı için aydınlatmanın gereği gibi gerçekleştiği kanaatine varmak mümkün değildir. Nitekim bazı kararlarda aynı gerekçeler ile protokol defterindeki kısa kayıtlar yeterli görülmemektedir.

İstanbul Anadolu 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, 23.06.2021 tarihli ve 2017/91 E., 2021/464 K. sayılı kararına konu olan bir ihtilafta gebelik takibi sırasında Down sendromu sonucu risksiz bölgede çıkmıştır. Davalı hastanın bilgilendirmesinin yapıldığı belirtilerek protokol defteri kayıtlarına dayanılmıştır. Bu olayda mahkeme Down sendromu bilgilendirilmesinin yapıldığının protokol defterinde belirtilmesinin yeterli aydınlatma olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre --elde edilen sonuca rağmen bebeğin ---olabileceği, kesin tanı için başvurulabilecek yöntemlerin olduğu, bu yöntemlerin risklerinin bulunduğu hususlarında mevzuat hükümleri doğrultusunda anne ve babaya açıklama yaptığı, bilgilendirip aydınlattığı hususlarında hiçbir delil sunulmadığı dikkate alınmıştır. Sonuç olarak hangi bilgilerin verildiğini açıklamayan Down sendromu bilgilendirilmesi yapıldı girişi bu kararda yeterli görülmemiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi, E. 2021/630 K. 2022/350 T. 03.03.2022: "Ayrıca, ikili test bilgisinin verildiğine (13.11.2015 tarihli tıbbi, kayıt), üçlü test istendiğine (23.1.2015 tarihli tıbbi kayıt) dair kayıtlar tıbbi

belgelerin içeriğinde yer almaktadır. Buna karşılık ayrıca bir bilgilendirme formu bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile dosyadaki mevcut tıbbi kayıtlardan hastanın Dr. ... tarafından 13-14. gebelik haftasında ikili test bilgisi verildiği ve 15. gebelik haftasında aynı hekim tarafından üçlü testi yaptırması istendiği, ancak hastanın Down sendromu konusunda bilgilendirildiğine dair yazılı bir belge (aydınlatma formu) düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı annenin, uygulanan ve diğer tanı, tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hasta sağlığı üzerindeki muhtemel etkiler, komplikasyonlar ve reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskler konusunda bilgilendirmenin, davalının sigortalısı olan dava dışı Dr. ... tarafından davacı annenin sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde yapıldığının, davacı anneyi bu şekilde aydınlatma yükümlülüğü bulunan hekimin, bu yükümlülüğünü mezuata ve usule uygun şekilde yerine getirdiğinin geçerli delillerle ispatlayamadığı, davalının sigortalısı hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşılmaktadır.”

Diğer yandan protokol kayıtlarının ispat niteliği sorgulanmalıdır. Zira herhangi bir hekimin bilgi vermediği halde sisteme aydınlatma yapıldı olarak not düşmesi mümkündür. Hasta bu kaydın düşüldüğünden haberdar olması hayatın olağan akışında mümkün değildir. Bir sorun çıkana kadar hekim ve hastanenin erişeceği kayıtlara dayanarak ispat yükünün ters çevrilmesi ve gebenin ve eşinin aydınlatmanın yapıldığına dair aksini ispat yükü altında bırakılması son derece sakıncalıdır. Zira ispat hukukunda da kabul edildiği üzere olumsuzun ispatı neredeyse imkansızdır. Hayatın olağan akışında halen hasta aydınlatılmasında matbu aydınlatma formları gerçek bir aydınlatma yapılmadan prosedür olarak hastaya imzalatılmaktadır. Bu birçok kişinin günlük deneyimidir. Hekimin tuttuğu protokol kayıtlarının bu davalarda ispat aracı olarak görülmesi halinde yapılmayan açıklamaların yapıldı olarak not tutulması eğiliminin yayılacağı açıktır. Tekrar belirtmek gerekir ki Yargıtay, Down sendromu kararlarına kadar yazılı onam formlarında soyut olarak komplikasyonların açıklandığının veya bilgi verildiğinin yazılmasını yeterli görmemiş, somut olarak açıklanan komplikasyonun ve verilen bilginin formda yer almasını aramıştır.

Ayrıca Yargıtay birçok kararında protokol defteri kayıtlarını aydınlatmanın ispatı için yeterli görmemiştir. Yargıtay’ın 2000 tarihli bir kararına konu alan bir olayda Bursa’nın bir köyünde yaşayan parmağına paslı bir demir parçası batan kişi, sosyal güvencesi olmasına rağmen Bursa’da özel bir hastaneye başvurmuş ve eline pansuman yaptırmıştır. Tetanoz gelişen hasta sonradan hekimi ve hastaneyi dava etmiştir. Bu davada hekim protokol defterine tetanoz aşısı yapılması gerektiğinin söylendiğine dair notunu ve hemşire beyanını aydınlatmanın delili olarak sunmuştur. Yargıtay bu

kararında protokol defterindeki kayıtların tek taraflı düzenlendiğini, oradaki kayıtların davacıyı bağlamayacağını ifade etmiştir. Yargıtay aynı zamanda köyünden kalkıp Bursa merkeze kadar gelecek kadar sağlığını önemseyen birinin tetanoz aşısı yaptırmamanın olası ağır sonuçları hakkında gereği gibi aydınlatılsaydı aşığı yaptırmayı tercih edeceğinin aksinin hayatın olağan akışına uygun olmadığını ifade etmiştir.⁴⁰

2013 tarihli kararında Yargıtay “Davacıların küçüğü 26.9.2007 tarihinde göz muayenesine götürdükleri ve bu muayenede "normal" yazılmasına karşın, tekrar muayene için kontrole gelmelerinin istenmesinin çelişki olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki, davacıların kendilerine önerilen muayenelere riayet ettikleri ve özellikle böyle hayati bir konuda randevuya gelmemelerinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, dosyaya sunulan protokol defterinin tek yanlı düzenlendiği gibi, randevu verildiğini kanıtlamayacağı, ispat külfetinin davalılarda olduğu anlaşılmaktadır.”⁴¹ diyerek, protokol defterlerindeki kaydı ispat için yeterli görmemiştir. Bu kararında Yargıtay, protokol defteri kaydının hasta tarafından kontrol edilememesini, tek taraflı düzenlenmesini, delilin ikna ediciliği açısından eksiklik olarak görmüştür. Bu kararda davacıların önerilen muayenelere riayet etmeleri hayatın olağan akışında açıklansaydı ikinci muayeneye de gidecekleri konusunda kanaat oluşturmuştur.

Bu örnek kararlara paralel olarak Down sendromu hakkında gereği gibi bilgilendirilen ve bu durumun gelişmekte olan fetüste mevcut olup olmadığının tespiti için test yaptırılmasını isteyen kişilerin Down sendromunun tespiti halinde gebeliği sona erdirmeyi düşünecekleri kabul edilmelidir. Zira gereği gibi aydınlatılan anne ve baba, bu durumun tespiti halinde de gebeliğin devamını tercih edecekse bu testlere zaman ve para ayırmayacak, hiç test yaptırmayacaktır. Sonuç olarak Down sendromunun tespiti için test yaptırmayı tercih eden kişilerin bu durumun varlığına bir sonuç bağlayacakları hayatın olağan akışına daha uygundur. Protokol defterlerindeki aydınlatmanın içeriğine ilişkin bilgi taşımayan, hastaya detaylı bilgi verilip verilmediğini ortaya koymayan kayıtları aydınlatmanın ispatı için yeterli değildir.

Protokol defterlerine yapılan kayıtların delil niteliğine ilişkin tartışmaya İngiltere’den de bir örnek vermek mümkündür. İhtilaf konusu olayda hamile kalan davacı Edyta Mordel, ilk randevusunda bir ebe hemşireye Down sendromu için tarama testlerini yaptırmak istediğini söylediğini ebeye

⁴⁰ Yargıtay 13. HD., E. 8582, K. 10298, T. 20.11.2000.

⁴¹ Yargıtay 13. HD., E. 2012/14959, K. 2013/5984, T. 11.03.2013 (karararama.yargitay.gov.tr).

belirtmiştir. 12 haftalık ultrason randevusuna gittiğinde testin yapıldığını ve her şeyin yolunda olduğunu düşünmüştür. Ancak test yapılmamış ve ultrason teknisyeni tıbbi notlarına "Down sendromu taraması reddedildi" ifadesini not almıştır. Hastanenin avukatları, Bayan Mordel'e testlerin teklif edildiğini ancak onun bu testleri reddettiğini ve bebek doğduktan sonra kararından "acı bir şekilde pişmanlık" duyduğunu iddia etmişlerdir⁴². Ancak hâkim hem ultrason teknisyeninin hem de daha sonraki bir randevuda Bayan Mordel'i gören ebenin, daha önce testi istediğini belirtmesine rağmen görünen tarama reddini sorgulamayarak "görevlerini yerine getirmediklerine" karar vermiştir. Hâkim bu davada Down sendromu riskinin yüksek olduğu davacıya gereği gibi açıklansaydı davacının büyük olasılıkla invaziv testlere rıza vereceğini ifade etmiştir⁴³.

V. AYDINLATMAMANIN SONUCU

Gereği gibi aydınlatmanın olmaması tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmektedir. Gebelik süresince Down sendromu takibi için yapılan testlere ilişkin aydınlatma eksik ise tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığı söz konusu olmaktadır. Hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağı varsa hekim ve hastanenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere Down sendromu nedeni ile açılan davalarda anne ve babalar gereği gibi bilgilendirilmiş olsalardı gebeliği sona erdirme yoluna gideceklerini ve Down sendromlu bir çocuğu yetiştirmenin maddi ve manevi yükünü sırtlanmayacaklarını ileri sürmektedir.

Prenatal (doğum öncesi) tanısı konulmuş Down sendromu vakalarında gebeliği sonlandırma oranları genellikle yüksektir; örneğin bu oranların Amerika Birleşik Devletleri'nde %85, Avustralya'da %93 ve Danimarka'da %95 olduğu bildirilmiştir.⁴⁴ İstatistiksel veriler ailelerin Down sendromu tespit edilseydi gebeliği sona erdirecekleri iddiasını kabul edilebilir kılmaktadır.

⁴² "Mother who said she would have aborted her son if she knew he had Down's Syndrome wins £200,000 NHS payout", Daily Mail, 8 Ekim 2019, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-7549921/Mother-said-aborted-son-knew-Downs-Syndrome-wins-NHS-payout.html> (erişim: 20.12.2025).

⁴³ "Mother wins NHS payout over son born with Down's syndrome", BBC News, 8 Ekim 2019, <https://www.bbc.com/news/uk-england-berkshire-49980157> (erişim: 20.12.2025).

⁴⁴ Stina Lou vd., "I had to think: This is not a child." A qualitative exploration of how women/couples articulate their relation to the fetus/child following termination of a wanted pregnancy due to Down syndrome, Sexual & Reproductive Healthcare, 28 (2021), 100606.

SONUÇ

Hamile kadınlar gebelikleri sürecinde sıklıkla doktor tarafından muayene edilmektedir. Bu takibe hem gebe ve ailesi hem de sağlık sistemi önemli bir kaynak ayırmaktadır. Kadın doğum hekimi veya bu hizmeti sunan hastane için gebelik sırasında yapılması gereken aydınlatmalar olağan dışı değildir. Bu nedenle gebelik takibinde Down sendromuna, tarama ve tanı testlerine ilişkin gereken şekilde aydınlatmanın yapılmasını sağlayacak ve bu aydınlatmanın yapıldığını tereddütsüz şekilde ortaya koyacak sistemlerin kurulması hiçbir hekim ve hastane için ağır yük olarak görülmemelidir. Zira aydınlatılmanın yapıldığının ortaya konulamaması hekimleri ve hastaneleri yüksek tazminat talepleri ile karşı karşıya bırakabilmektedir. Bu nedenle protokol defterine düşülen kısa notlar şeklindeki kayıtlara güvenilmemeli, etkili ispat araçları arşivlenmelidir.

Diğer yandan uygulamada Down sendromu aydınlatması açıklandığı üzere çoğunlukla eksik yapılmakta, gebeler açıklamasız ikili, üçlü veya dörtlü tarama testlerine yönlendirilmektedir. Bu testlerin yüksek hatalı sonuç verme olasılığı nedeni ile anne ve babalar alternatif olarak tanı testlerini veya NIPT testini yaptırmayı seçebilirler. Bu nedenle gebeler Down sendromu, tanı ve tarama testleri hakkında meslek örgütlerinin tavsiyelerine ve örnek aydınlatma formlarına uygun olarak aydınlatılmalıdır, testi seçmek hakkı ailededir. Bu nedenle aydınlatmanın ispatlanmasında da beklenti düşük tutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- ACOG (American College of Obstetricians and Gynecologists). “Screening for Fetal Chromosomal Abnormalities”. Clinical Practice Advisory (Ocak 2023). <https://www.acog.org/clinical/clinical-guidance/practice-advisory/articles/2023/01/screening-for-fetal-chromosomal-abnormalities> (Erişim: 20.12.2025).
- American College of Obstetricians and Gynecologists, Committee on Genetics ve Society for Maternal-Fetal Medicine. “Screening for Fetal Chromosomal Abnormalities: ACOG Practice Bulletin, Number 226”. Obstetrics & Gynecology 136/4 (2020): (ss. 48–69).
- Avrupa Konseyi. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması ile İlgili Olarak İnsan Haklarının ve İnsan Onurunun Korunmasına Dair Sözleşme: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi). Avrupa Konseyi, 1997.
- Avrupa Konseyi. Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Strasbourg: Council of Europe, 1997. <https://rm.coe.int/1680a8e4d0> (Erişim: 20.12.2025).
- BBC News. “Mother Wins NHS Payout Over Son Born with Down's Syndrome”. 8 Ekim 2019. <https://www.bbc.com/news/uk-england-berkshire-49980157> (Erişim: 20.12.2025).
- Centers for Disease Control and Prevention (CDC). “About Down Syndrome”. Son güncelleme 18 Kasım 2024. <https://www.cdc.gov/birth-defects/about/down-syndrome.html> (Erişim: 20.12.2025).
- Centers for Disease Control and Prevention (CDC). “Down Syndrome: Causes and Risk Factors”. Son güncelleme 18 Kasım 2024. https://www.cdc.gov/birth-defects/about/down-syndrome.html#cdc_disease_basics_risk-risk-factors (Erişim: 20.12.2025).
- Centers for Disease Control and Prevention (CDC). “Facts About Down Syndrome”. Son güncelleme 18 Kasım 2024. <https://www.cdc.gov/down-syndrome/about/> (Erişim: 20.12.2025).
- Daily Mail. “Mother Who Said She Would Have Aborted Her Son If She Knew He Had Down's Syndrome Wins £200,000 NHS Payout”. 8 Ekim 2019. <https://www.dailymail.co.uk/news/article-7549921/Mother-said-aborted-son-knew-Downs-Syndrome-wins-NHS-payout.html> (Erişim: 20.12.2025).
- Doğan, Erhan, Yasemin Koca ve Mehmet Atilla Selçuk. “Down Sendromlu Olgularda Prenatal Aydınlatma Yükümlülüğündeki Tartışmalar ve Maluliyet Değerlendirmesine Adli Tıbbi Yaklaşım”. Adli Tıp Dergisi, 37/1 (2023): (ss. 26-32).
- Driscoll, Lisa J. ve John C. Carey. “Trisomy 21 (Down Syndrome)”. GeneReviews. Seattle: University of Washington, 2022. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK115544/> (Erişim: 20.12.2025).
- Ercan, Cannur. “Prenatal Tanı Yöntemleri Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14/1 (2024): (ss. 769-805).

- Ersöz, Kerem. "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları". *Terazi Hukuk Dergisi* 5/45 (2010): (ss. 105-122).
- Gil, Makarios M., Maria S. Quezada, Rodrigo Revello, Roland Akolekar ve Kypros H. Nicolaides. "Analysis of Cell-free DNA in Maternal Blood in Screening for Fetal Aneuploidies: Updated Meta-analysis". *Ultrasound in Obstetrics & Gynecology* 45, no. 3 (2015): 249-266.
- Gomes, Maria S., M. Carlos-Alves, V. Trocado, D. Arteiro ve P. Pinheiro. "Prediction of Adverse Pregnancy Outcomes by Extreme Values of First Trimester Screening Markers". *Obstetric Medicine* 10/3 (2017): (ss. 132-137).
- Hakeri, Hakan. "Tıbbi Uygulama Hataları Nedeniyle Açılan Tazminat Davalarında İspat Problemi". *Yargıtay Dergisi* 49/2 (2023): (ss. 239-298).
- Hasta Hakları Yönetmeliği. Resmî Gazete (Sayı 23420). Ankara: T.C. Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 1998.
- Hekim Etiği Yönetmeliği. Türk Tabipleri Birliği. Ankara: TTB Yayınları, 1999.
- Honarjoo, M., S. Kohan, M. J. Tarrahi, E. Zarean, S. Sepahi ve Z. Safari. "Relationship between False Positive Screening Results of Down Syndrome and Adverse Pregnancy Outcomes". *Iran Journal of Nursing and Midwifery Research* 28/4 (2023): (ss. 443-447).
- Jayashankar, S. S., M. L. Nasaruddin, M. F. Hassan, R. A. Dasrilsyah, M. N. Shafiee, N. A. S. Ismail ve E. Alias. "Non-Invasive Prenatal Testing (NIPT): Reliability, Challenges, and Future Directions". *Diagnostics* 13/15 (2023): (ss. 2570).
- Kostenko, Elena, Frederic Chantraine, Katrien Vandeweyer, M. Schmid, A. Lefevre, D. Hertz, L. Zelle, J. L. Barthas ve G. C. Di Renzo. "Clinical and Economic Impact of Adopting Noninvasive Prenatal Testing as a Primary Screening Method for Fetal Aneuploidies in the General Pregnancy Population". *Fetal Diagnosis and Therapy* 45/6 (2018): (ss. 413-423).
- Lou, Stina, Dorte Hvidtjörn, Mathilde L. Jørgensen ve Ida Vogel. "I Had to Think: This is Not a Child. A Qualitative Exploration of How Women/Couples Articulate Their Relation to the Fetus/Child Following Termination of a Wanted Pregnancy Due to Down Syndrome". *Sexual & Reproductive Healthcare* 28 (2021): (ss. 100606).
- Medimagazin. "Hekim Hastanın Kararına Saygı Gösterdi, 77 Milyonluk Tazminatla Karşılaştı". 31 Aralık 2025. <https://medimagazin.com.tr/hekim/hekim-hastanin-kararina-saygi-gosterdi-77-milyonluk-tazminatla-karsilasti-118736> (Erişim: 06.02.2026).
- Messerlian, GERALYN M., JACQUELYN V. HALLIDAY ve GLENN E. PALOMAKI. "Down Syndrome: Overview of Prenatal Screening". UpToDate. <https://www.uptodate.com/contents/down-syndrome-overview-of-prenatal-screening> (Erişim: 20.12.2025).
- Mürsel, Könül, Nezaket Kadioğlu, Şule Özel ve Yaprak Engin Üstün. "Down Sendromu için Gebelere Yapılan Prenatal Tarama ve Tam Testlerinin Sonuçları; Maliyet Analizi". *Ankara Medical Journal* 19/1 (2019): (ss. 108-114).
- National Institute of Child Health and Human Development (NICHD). "How Do Health Care Providers Diagnose Down Syndrome?". Son güncelleme 11 Mayıs 2021. <https://www.nichd.nih.gov/health/topics/down/conditioninfo/diagnosis> (Erişim: 20.12.2025).

- Özgönül, M. L., M. Sezik, D. Alparıslan ve M. K. Alimoğlu. “Bilgilendirmenin Non-İnvaziv Prenatal Test Hakkındaki Görüş ve Kaygılara Etkisinin Belirlenmesi”. Türkiye Biyoetik Dergisi 7/2 (2020): (ss. 34-46).
- Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütölmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük. Resmî Gazete (Sayı 18255). Ankara: T.C. Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 1983.
- Söğüt, İpek Sevdâ. “Down Sendromunun Tespitinde İnvaziv Olmayan Prenatal Test (NIPT) Uygulamasının Etik ve Hukuki Yönü”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19/2 (2024): (ss. 635-674).
- Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun. Resmî Gazete (Sayı 1219). Ankara, 1928.
- Taşpınar, Sema. “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45/1 (1996): (ss. 533-572).
- University of California San Francisco (UCSF) Health. “Prenatal Testing for Down Syndrome”. <https://www.ucsfhealth.org/education/prenatal-testing-for-down-syndrome> (Erişim: 20.12.2025).
- Yu, B., B. Y. Lu ve B. Zhang. “Overall Evaluation of the Clinical Value of Prenatal Screening for Fetal-free DNA in Maternal Blood”. Medicine 96/27 (2017): (ss. 2-5).

1982 ANAYASASI'NDA AİLENİN DÜZENLENMESİ VE KORUNMASI

Arş. Gör. Feyza Merve SEYHAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5448-1861>,
feyzamerveseyhan@gmail.com

Geliş Tarihi | Received: 17.02.2026

Kabul Tarihi | Accepted: 29.04.2026

doi: 10.59909/mhd.1891307

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Atıf | Citation:

Seyhan, Feyza Merve. "1982 Anayasası'nda Ailenin Düzenlenmesi ve Korunması". Medeni Hukuk Dergisi. 3/2 (2026), s. 131-165.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support: The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Author's Contributions: This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval: The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics: The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

1982 ANAYASASI'NDA AİLENİN DÜZENLENMESİ VE KORUNMASI

ÖZ

1982 Anayasası'nın 41. maddesinde Türk toplumunun temeli olarak nitelendirilen aile Anayasa'nın on iki farklı yerinde kullanılmıştır. Bu kurum önemine binaen hem negatif statü hakları içerisinde hem de sosyal devlet ilkesinden kaynaklanan pozitif yükümlülükler aracılığıyla devletin katkıda bulunması gereken bir alan olarak koruma altına alınmıştır. Çalışmada öncelikle aile kavramının anayasa hukukundaki yeri ve kapsamı ele alınacak, ardından Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda kavramın dinamik yorumu değerlendirilecektir. Aile kurumu ele alınırken kadın ve çocuk hakları şeklinde ayrılmadan aile kavramı bir bütün olarak kabul edilecektir. Bu bağlamda bir bütün olan aile kurumunun 1982 Anayasası'nda nasıl düzenlendiği çalışmanın temel hareket noktası olacaktır. Anayasa'nın 10., 20., 41., 56., 57. ve 174. maddeleri başta olmak üzere ailenin korunmasına hizmet eden hükümler incelenecek; devletin müdahaleden kaçınma yükümlülüğü ile aileyi güçlendirme, aile bireylerini koruma ve aile hayatının sürdürülebilirliğini sağlama yönündeki yükümlülükleri analiz edilecektir. Ayrıca aile hayatının gizliliği, eşitlik ilkesi, medeni nikah esası, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ve konut hakkı gibi alanlar üzerinden ailenin anayasal koruma mekanizmaları üzerinden ortaya konulacaktır. Sonuç olarak, 1982 Anayasası'nın aile kurumunu korumak için yaptığı düzenlemelere bütüncül bir bakış açısıyla bakılarak uygulamada Anayasa'nın nasıl yorumlandığı üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aile, Ailenin Korunması, Pozitif Yükümlülük, Negatif Yükümlülük, Sosyal Devlet.

REGULATION AND PROTECTION OF THE FAMILY IN THE 1982 CONSTITUTION

ABSTRACT

The family, defined as the foundation of Turkish society under Article 41 of the 1982 Constitution, is referenced in twelve different provisions of the Constitution. Owing to its significance, the family is protected both within the framework of negative status rights and through the positive obligations arising from the principle of the social state, which require active state support. This study first examines the position and scope of the concept of family in constitutional law, and subsequently evaluates its dynamic interpretation in light of the jurisprudence of the Constitutional Court of Türkiye and the European Court of Human Rights. Rather than addressing women's and children's rights separately, the study approaches the family as a holistic institution. Within this framework, it analyzes how the family is regulated under the 1982 Constitution, with particular focus on Articles 10, 20, 41, 56, 57, and 174. The state's obligations both to refrain from interference and to strengthen the family, protect its members, and ensure the sustainability of family life are discussed. Furthermore, constitutional protection mechanisms relating to the right to privacy of family life, the principle of equality, the requirement of civil marriage, limitations on freedom of expression, and the right to housing are examined. The study ultimately offers a comprehensive assessment of the constitutional protection of the family and its interpretation in practice.

Keywords: Family, Protection of the Family, Positive Obligations, Negative Obligations, Social State.

GİRİŞ

Aile, Türk anayasal düzeninde yalnızca toplumsal bir olgu olarak değil, aynı zamanda anayasal koruma altına alınmış bir değer olarak kabul edilmektedir. 1982 Anayasası'nın 41. maddesinde "Türk toplumunun temeli" olarak nitelendirilen aile, hem bireylerin özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında negatif statü haklarıyla hem de sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olarak devlete yüklenen pozitif yükümlülükler aracılığıyla korunmaktadır. Bu yönüyle ailenin korunması hakkı, klasik özgürlük anlayışı ile sosyal hak yaklaşımının kesiştiği bir anayasal alan oluşturmaktadır.

Aile kavramı oldukça geniş bir kavram olup içerisine birçok disiplin alanı ve farklı konular girebilmektedir. Bu çalışmada aile kavramı bir bütün olarak ele alınarak çalışmanın konusu sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Her ne kadar doktrinde ailenin korunması başlığı altında kadın ve çocuk haklarına ilişkin düzenlemelere yer verilse de çalışmada aileyi oluşturan unsurlar ayrı ayrı değil, bütünsel olarak aile kavramı ele alınmıştır. Aile kavramı ele alınırken de 1982 Anayasası'nın ailenin korunmasına hizmet eden maddeleri üzerinde durulmuştur. Bu yapılırken öncelikle Anayasa'da aile kelimesinin geçtiği maddeler incelenmiş, sonrasında ailenin korunmasına yönelik maddeler üzerinden devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri ele alınmıştır.

Çalışmada öncelikle aile kavramsal olarak ele alınmış, ardından aile kurumunun 1982 Anayasası'nda nasıl düzenlendiğine değinilmiştir. Sonrasında ailenin korunması konusunda devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin neler olduğu ele alınmıştır. Bu kısımda ele alınan devletin yükümlülüklerinden yola çıkılarak son bölümde çeşitli haklar üzerinden ailenin korunması konusunda devletin yükümlülüklerinden bahsedilmiştir.

I. AİLE KAVRAMI ve 1982 ANAYASASI'NDA AİLE KURUMU

Aile kavramı anayasa hukukunda farklı şekillerde ele alınmaktadır. Anayasa hukukunun genel teorisinde devletin kökeni hakkında teorilerden aile teorisi, devletin ailelerin büyüyüp gelişmesi sonucunda ortaya çıktığını savunmaktadır¹. Teorinin doğruluğu ve devletin aileden kaynaklanıp kaynaklanmadığı bir yana günümüz devletlerinin temel taşının aile olduğu

¹ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025, s. 257. Serhat Düvenci, "Devletin Köken Teorileri Açısından Devleti Doğuran Etmenler: Çeşitli Uygarlıklar ve Topluluklar Üzerinden Bir Değerlendirme", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 1/2 (2018), s. 68.

bir gerçektir². 1982 Anayasası'nın 41. maddesinde de aile "Aile, Türk toplumunun temelidir" şeklinde düzenlenmiştir. Sosyal devlet ilkesini benimseyen 1982 Anayasası'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen ilk madde olan 41. madde ailenin korunması hakkındadır³. 41. madde başta olmak üzere Anayasa birçok maddesinde ailenin korunması bakımından devlete çeşitli pozitif yükümlülükler getirmektedir⁴.

A. Aile Kavramı

Mevzuatta, özellikle uluslararası belgelerde ailenin tam bir tanımının yapılmasından kaçınılmaktadır⁵. Zira ailenin anlam ve kapsamı zaman içerisinde⁶, toplumdan topluma değişmekte ve akrabalık bağları, kültür, gelenek ve din gibi çeşitli nedenlerle aile karmaşık bir hal alabilmektedir. Bu sebeple aile her kanunda farklı kapsam ve anlamda ele alınabilmektedir⁷. Mevzuatımızda aile kavramına ilişkin en net tanım Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın 2024-2028 yıllarını hedef alan Ailenin Korunması ve Güçlendirilmesi Vizyon Belgesi ve Eylem Planı'nda yapılmıştır. Bu belgede aile: "Aile: İnsanın temel biyolojik, psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamak üzere, kan, soy veya evlilik/ hukuki birliktelik ya da evlat edinme bağları ile birbirine bağlı yakın insan ilişkilerinden oluşan ve nesiller/kuşaklar boyu görece değişerek devam

² Erol Cansel, "Sosyal Devlet ve Aile", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26/3 (1969), s. 11.

³ Anayasa'nın 41. maddesi "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar." şeklinde düzenlenmiştir.

⁴ Hatice Çakırbay Çimen, "Sosyal Devlet İlkesi Açısından Ailenin Korunması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 63; Mehmet Refik Korkusuz, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasasında Temel Haklar ve Özgürlükler, İstanbul: Örnek Matbaası, 1998, s. 295.

⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin aile kavramını ele alış şekliyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gülay Arslan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 8, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2019, s. 97-99; Işıl Selin TEKDOĞAN BAHCIVANCI, "Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 33 (2018), s. 634.

⁶ Aile kavramının geçmişten günümüze çeşitli düşüncüler tarafından tanımlanması için bkz. Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 18. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020, s. 669-670.

⁷ İlk modern aile hukuku kanunumuz olan 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Hızır Asrav, "İlk Modern Aile Hukuku Kanunumuz: 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi", Medeni Hukuk Dergisi, 2/1 (2025), s. 54-79; Süleyman Mortaş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 6.

eden bir sosyal kurum ve aynı zamanda bir sosyal etkileşim ağı⁸” şeklinde tanımlanmıştır.

Anayasa’da ailenin tanımı yapılmamıştır ancak 41. maddenin gerekçesinde ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarına göre Anayasa’nın Türk toplumunun temeli saydığı aile, öncelikle anne, baba ve varsa çocuklardan oluşmaktadır⁹. Fakat AYM aile kavramını Anayasa ve kanunlardaki düzenlemelerden bağımsız olarak daha geniş yorumlamaktadır¹⁰. Mahkemenin aile hayatını resmi nikahla yapılan evlenmelerle sınırlamamaktadır. Dini nikahlı olarak birlikte yaşama durumunda da aile hayatının varlığından söz edilebilir. Mahkemenin aile hayatının belirlenmesinde temel ölçütü birlikte yaşamaktır. AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) bu kapsama eşcinsel birliktelikleri de almaktadır¹¹ ancak AYM’nin bu yönde bir kararı bulunmamaktadır¹².

Mahkeme bazı koşullarda aileyi sadece anne, baba ve çocukla sınırlı görmemektedir. Kan veya evlatlık bağı olmamasına karşın çocukların bakım ve gözetimini üstlenerek her türlü ihtiyacında yanında bulunan kişilerle çocuğun arasında somut olayın koşulları çerçevesinde aile bağlarının oluştuğunu kabul etmektedir¹³. Mahkeme büyükanne, büyükbaba, hala, teyze, dayı ve amcanın çocuğun çevresinde önemli bir yeri olduğunu ve çocuğun bu kişilerle ilişkisinin aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁴.

⁸ Türkiye Cumhuriyeti Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Ailenin Korunması ve Güçlendirilmesi Vizyon Belgesi ve Eylem Planı, 2024-2028, <https://ulusaleyem.aile.gov.tr/media/m1garif1/ailenin-korunmasi-ve-gu-c-lendirilmesi-vizyon-belgesi-ve-eylem-planı.pdf>. s. 8. (erişim: 04.02.2026).

⁹ Oğuz Şimşek, “Anayasa Hukuku Açısından Ailenin Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1992, s. 17.

¹⁰ Dar ve geniş aile kavramlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 16-19; Aile tipleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge Könezoglu, “Aile ve Ailenin Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 10-17.

¹¹ Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, s. 98; AİHM, Vallianatos ve diğerleri/Yunanistan, B. No: 29381/09, 32684/09, 07 Kasım 2013.

¹² Doktrinde bazı yazarlara göre Anayasa Mahkemesi eşcinsel birliktelikleri kurulu aile yapısına tehdit olduğu düşünülen bir yönelim olarak görmektedir. Tolga Şirin, “Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eşcinsellik”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 7/14 (2018), s. 513-562. Doktrinde eşcinsel birlikteliklerin aile kavramına dahil edilmemesinin ayrımcılık yasağına aykırı olduğuna ilişkin görüş için bkz. Başak Ekinci, “2025 Aile Yılı ve Ayrımcılık Sorunu” KHAS Hukuk Bülteni, 21.03.2025, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/136>, (Erişim: 03.02.2026)

¹³ AYM, Murat Demir, B. No: 2015/7216, 27/3/2019; Aile Hayatına Saygı Hakkı, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2023, s. 105.

¹⁴ AYM, Figen Güneştaş vd., B. No: 2014/18376, 26/10/2017; AYM, Sezer Acar Özfidan, B. No: 2014/16746, 25/1/2018; Kozan ve Gedik, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi, s. 107.

Mahkeme sınır dışı kararlarında ise aile kavramını dar yorumlayarak anne, baba ve çocuklarla sınırlamaktadır. Mahkemenin yetişkin çocukları aile kavramına dahil edebilmesi için bu çocukların aileye bağımlı ve muhtaç olduklarının ispat edilebilmesi gerekmektedir¹⁵. Bunun yanında resmi olarak kişiler evli olsa dahi gerçekten aile birliği kurmaya yönelik olmayan, göçmenlikle ilgili düzenlemelerden kaçmak, ülkeye giriş, ikamet veya çalışma izni alınmasına yönelik yapılan evlilikleri aile hayatı kapsamında değerlendirmeyip korumamaktadır¹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ise aile hayatını ayrı bir maddede düzenlenmemiştir. Aile hayatı AİHS'in 8. maddesinde özel hayata ilişkin madde içinde düzenlenmiştir¹⁷. Sözleşmenin başka maddelerindeki ve Ek Protokollerindeki evlenme hakkı¹⁸, eşler arası eşitlik¹⁹, ayrımcılık yasağı²⁰, yabancıların sınır dışı edilmesi²¹ gibi düzenlemeler ve aile hakkıyla ilişkilendirilebilir. Bununla beraber sözleşmenin aile hayatının korunmasıyla

¹⁵ AYM, Sherapat Yagmyrova, B. No: 2017/11905, 21/7/2020.

¹⁶ AYM, Oksana Chicheishvili, B. No: 2014/19023, 20/12/2017.

¹⁷ Mahkeme özel hayat kavramını sınırlı olarak tanımlamakla birlikte özel hayat kavramının özellikle kişinin fiziksel ve moral bütünlüğünü, bireyin cinsel kimliği de dahil olmak üzere fiziksel ve sosyal kimliği, kişisel gelişim, diğer insanlarla ilişkide bulunma haklarını içerdiğini ifade etmektedir. Akandji Kombe, Jean François, çev., Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Strasbourg: İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Avrupa Konseyi, 2008, s. 38.

¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde evlenme hakkı "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir." şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Protokol'ünün "Eşler arasında eşitlik" başlıklı 5. maddesinde "Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez." şeklinde düzenlenmiştir.

²⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde ayrımcılık yasağı "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır." şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 12. Protokol ayrımcılığın genel olarak yasaklanması hakkında olup Protokolün 1. maddesi "Hukukten temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

²¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4. Protokol'ün 4. maddesi yabancıların topluca sınır dışı edilmelerini yasaklamakta olup; 7. Protokolün 1. maddesinde yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin usuli güvenceler "Bir devletin ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemez ve bu durumda bir kimse, a) sınır dışı edilmesine karşı gerekçeler öne sürebilme, b) durumunu yeniden inceletme, c) yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde kendini temsil ettirme hakkını haiz olacaktır. Sınır dışı edilmenin kamu düzeni yararı ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği hallerde, bir yabancı yukarıdaki 1. maddenin a, b ve c bentlerinde öngörülen haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilir." şeklinde düzenlenmiştir.

ilgili temel düzenlemesi 8. maddedir. Sözleşmede aile hayatının ne anlama geldiği konusunda bir açıklama yer almamaktadır. Mahkeme demokratik toplum kıstasından yola çıkarak, somut olaya göre ve güncel gelişmeleri takip ederek aile kavramını AYM'den daha geniş olarak ele almaktadır²².

B. 1982 Anayasası'nda Ailenin Düzenlenmesi

1982 Anayasası'nda aile kelimesi on iki farklı yerde kullanılmıştır. Başlangıç kısmında aile kelimesi, Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğunu ifade etmek amacıyla kullanılmıştır²³. Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesinin dördüncü fıkrasında aile kelimesi, hiçbir aileye imtiyaz tanınamayacağını belirtmek için *"Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz."* şeklinde kullanılmıştır. Anayasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrasında *"Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."* şeklindeki ifadeyle temel hak ve hürriyetlerin kişinin ailesine karşı ödev ve sorumluluklarını içerdiğini, dolayısıyla kişinin haklarının sınırı olarak aile kavramı gösterilmiştir.

Anayasa'nın *"IV. Özel hayatın gizliliği ve korunması"* adlı bölümünde aile kurumun devlete negatif yükümlülükler getirerek korunmasını sağlayan üç hak bulunmaktadır. Bunlar: *"A. Özel hayatın gizliliği"* başlıklı 20. madde²⁴, *"B. Konut dokunulmazlığı"* başlıklı 21. madde²⁵ ve *"C. Haberleşme hürriyeti"* başlıklı 22. maddedir²⁶. Bu üç madde, kişinin aile içi ilişkilerinin başkalarının müdahalesinden uzak olmasını sağlayan haklardan oluşmaktadır. İleride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere bunlardan sadece özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddede aile kelimesine yer verilmektedir. 20. madde *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile*

²² Mortaş, *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması"*, s. 165-181; AİHM'in aile kavramına genişletici olarak baktığı ilk karar için bkz. AİHM, Marckx/Belgium, B. No: 6833/74, 13 Haziran 1979; Tekdoğın Bahçivancı, *"Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk"*, s. 634.

²³ 1982 Anayasası'nın başlangıcının ikinci fıkrası *"Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak, Türkiye Cumhuriyetinin ebedi varlığı, refahı, maddi ve manevi mutluluğu ile çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde;"* şeklinde düzenlenmiştir.

²⁴ Anayasa'nın 20. maddesi *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz..."* şeklinde düzenlenmiştir.

²⁵ Anayasa'nın 21. maddesi *"Kimsenin konutuna dokunulamaz..."* şeklinde düzenlenmiştir.

²⁶ Anayasa'nın 22. maddesi *"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır..."* şeklinde düzenlenmiştir.

hayatının gizliliğine dokunulamaz.” şeklindeki hükmüyle AİHS 8. maddeyle paralel olarak ailenin korunması hakkında devlete negatif yükümlülükler başta olmak üzere çeşitli yükümlülükler getirilmektedir²⁷.

Aile hayatının negatif statü hakları çerçevesinde korunduğu başka bir madde düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26. maddedir. 26. maddenin ikinci fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlama sebebi olarak aile hayatının korunması gösterilmiştir²⁸.

Anayasa’nın kişinin hakları ve ödevlerini düzenleyen ikinci bölümünün ardından sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri düzenleyen üçüncü bölümünün ilk maddesi önceki bölümlerden farklı olarak ailenin korunması konusunda devlete daha çok pozitif yükümlülükler getirmektedir. Ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı 41. madde makalenin esas konusunu oluşturan ailenin korunması hakkında özel hükümler içermektedir. Üçüncü bölümün devamındaki maddelerden eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevini düzenleyen 42. madde²⁹; sağlık, çevre ve konut haklarını düzenleyen 56.³⁰ ve 57. maddeler³¹ de ailenin korunmasıyla yakından ilgilidir. Aile kavramının kullanıldığı 62.

²⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesindeki saygı ifadesi Erdoğan’a göre müdahale hukuki yükümlülüğü getirmektedir. Mustafa Erdoğan, İnsan Haklar Teorisi ve Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Hukuk Yayınları, 2019, s. 194-195. Doktrindeki diğer görüşlere göre saygı ifadesi öncelikle negatif yükümlülük getirmekle beraber, 8. maddede yer alan “saygı” vurgusu devletin pozitif yükümlülüklerinin temel kaynağıdır. Dilara Eltimur, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 57, 126.

²⁸ Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrası “Bu hürriyetlerin kullanılması, ..., özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁹ Anayasa’nın 42. maddesi “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.... Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır.”

³⁰ Anayasa’nın 56. maddesi “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

³¹ Anayasa’nın 57. maddesi “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetken bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.” şeklinde düzenlenmiştir.

maddeyle yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin korunması amacıyla devlete çeşitli pozitif yükümlülükler getirmektedir³².

Anayasa'da, yukarıda zikredilenlerin dışında daha birçok maddenin aile ve ailenin korunması ile ilgili olduğu söylenebilir. İçerisinde özellikle aile kelimesi geçmese dahi, sosyal güvenliği düzenleyen 60. ve 61. maddeler³³, *“din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.”* şeklindeki hükümle din ve vicdan bu kapsamda zikredilebilir. Bunların yanında AYM kararlarında Anayasa'nın bazı maddelerinin dolaylı yoldan ailenin korunması yönünde yorumlandığı görülmektedir³⁴.

Bunun yanında doktrinde ailenin hayatının korunması ve aile hayatına saygı başlıkları altında kadın ve çocuk haklarıyla ilgili diğer anayasal düzenlemelere de ayrıntılı olarak değinilmektedir. Ancak bu çalışmada ailesinin korunması hakkı ele alınırken aile parçalara ayrılmadan, bütünsel olarak değerlendirilecektir. Bu sebeple Anayasa'nın kadınların ve çocukların korunmasıyla ilgili maddelerinin üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacaktır³⁵. Bir bütün olarak ailenin korunması hakkı incelenecektir.

Bütün bunların yanında başka bir hak için ihlal kararı verildiği durumlarda da ailenin korunmasının amaçlandığı görülmektedir. Ailenin ve bilhassa kadının korunmasıyla yakından ilişki olan başvurularda, AYM, doğrudan ailenin korunması yahut aile hayatına saygı hakkının değil; gerekçeli karar hakkının ihlaline karar verebilmektedir. Örneğin, kamusal makamlar ve yargı mercilerince başvurucunun sonucunu etkileyecek hiçbir iddia, delil ve savunma dikkate alınmaksızın karar

³² Anayasa'nın 62. maddesi *“Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır.”* şeklinde düzenlenmiştir.

³³ Anayasa'nın 60. maddesi *“Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.”* şeklinde; 61. maddesi *“Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malûl ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar. Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır. Yaşlılar, Devletçe korunur, Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir. Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.”* şeklinde düzenlenmiştir.

³⁴ Mortaş, *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması”*, s. 368; Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 137-139.

³⁵ Kadın ve çocuk haklarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Kadın Hakları Fıkıhta ve Hukukta*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2025.

alınmış olması AYM tarafından Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali ile birlikte kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17. maddesinin ihlali olarak kabul edilmektedir³⁶. Tabii ki bunun en önemli sebeplerinden birisi bireysel başvuru yoluna Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bunlara ek olarak Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin ortaklaşa güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla başvurulabilmesidir³⁷. Kanaatimizce bu durum temel hakların korunması rejimini daraltarak Anayasa'nın ailenin korunmasına dair hükümlerinden etkili bir şekilde yararlanılamamasına neden olmaktadır. Sonraki başlıklarda da değinileceği gibi AYM'nin benzer tutumunu bireysel başvuru haricindeki tüm kararlarında uygulaması Anayasa'nın sağladığı haklardan sadece bireysel başvuru yorumu ekseninde yararlanılmasına neden olmaktadır. Anayasa'nın bütünsel olarak yorumlanmamasının yol açtığı bu durum ailenin korunması hakkından ve getirdiği güvenlerden etkili olarak yararlanılamamasına neden olmaktadır.

II. AİLENİN KORUNMASI HAKKINDA DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Temel hakların sınıflandırılması üzerine en yaygın tasniflerden birisi George Jellinek tarafından yapılan negatif, pozitif ve aktif statü hakları sınıflandırmasıdır. Bu tasnifte negatif statü hakları devletin dokunmaması, ihlal etmemesi gereken alana karşılık gelirken; pozitif statü hakları devletin olumlu katkısıyla gerçekleşebilen haklardır³⁸. Buna paralel olarak devletin yükümlülükleri de negatif yükümlülükler ve pozitif yükümlülükler şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Fakat batı hukuk literatüründe Jellinek'in sınıflandırılması neredeyse terk edilmiştir. Bu doğrultuda AİHM bu sınıflandırmayı reddederek insan haklarının bütünlüğü ve bölünmezliği ilkelerine vurgu yapılmaktadır³⁹. Bu sebeplerle tüm hakların gerçekleşmesinde devletin hem pozitif hem de negatif yükümlülüğü olduğu

³⁶ Burcu Değirmencioglu, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 167 (2023), s. 323.

³⁷ Öykü Didem Aydın, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15/4 (2011), s. 128.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2020, s. 507-509.

³⁹ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 165; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 10. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2025, s. 582.

kabul edilmektedir⁴⁰. Anayasa Mahkemesine göre de negatif ve pozitif yükümlülüklerin kesin bir biçimde tanımlanması ve ayrıştırılması her zaman mümkün değildir⁴¹.

Aile öncelikle negatif haklarla donatılmış bir kamu hukuku öznesidir. Bu sebeple aile, ilk başta negatif haklarla birlikte ele alınarak korunmaktadır. Bunun yanında ailenin korunması hakkı, devlete pozitif yükümlülükler getiren bir sosyal hak boyutuyla Anayasalar ve uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır⁴². Esasen Anayasa hükümlerinden de ailenin korunması konusunda devlete hem pozitif hem de negatif yükümlülükler verildiği anlaşılmaktadır⁴³. Ne var ki insan hakları doktrini bakımından devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerini sınıflandırmak gittikçe zorlaşmaktadır⁴⁴.

A. Negatif Yükümlülükler

Gönderen ve gönderilenin sözleşme dışı istemlerinin kapsamı, kişi ve konu bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır. Aile bazı yönleriyle devletin müdahaleden kaçınması gereken bir alandır. Negatif bir hak söz konusu olduğunda devletten beklenen edim müdahale etmeme, engellememe, saygı gösterme olup birey bu haklardan devletin bir katkısı olmadan yararlanmaktadır. Bu haklar kişilerin devlet tarafından dokunulamayacak, aşılamayacak, saygı gösterilmesi gereken özel alanlarını ifade etmektedir⁴⁵. Devlet ve birey arasındaki ilişkiler ekseninde gerçekleşen bu ihlallere dikey ihlaller denilmektedir. Dikey ihlaller devletin negatif yükümlülüğü kapsamında⁴⁶.

Devletin negatif yükümlülüğü ilgili hakları ihlal etmemek, onlara dokunmamakla sınırlı değildir. Bazı durumlarda kişilerin temel haklardan etkili bir şekilde yararlanmasını sağlayacak yasaların varlığı da negatif yükümlülükler kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin, bu duruma hakkın kullanımını engelleyen bir hukuki düzenleme olmamasına karşılık mahkeme kararı yoluyla hakkın kullanımının kısıtlanması halinde devletin

⁴⁰ Aydın Turhan, "İnsan Hakları Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/2 (2013), s. 373.

⁴¹ Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 23.

⁴² Mortaş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması", s. 26.

⁴³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, s. 228.

⁴⁴ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 88.

⁴⁵ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 90-95.

⁴⁶ Adem Ersin Bayra, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi: Temel Haklarının Korunma Düzeyi Bakımından Devletin Konumunu Yeniden Düşünmek", *Anayasa Yargısı*, 41/1 (2024), s. 157.

bu hakkın kullanımını sağlayacak, içtihat yoluyla hakkın içeriğinin sınırlandırılmasını önleyecek bir kanun düzenlemesi yapması gerekliliği gösterilebilir. Hakkın kullanımını kısıtlayan düzenlemenin kanun değişikliğiyle kaldırılmaması da devletin negatif yükümlülüğünün ihlalidir⁴⁷. Devletin negatif yükümlülüğünün gereği hakkı ihlal eden mevzuatın yürürlükten kaldırması veya hakkı ihlal eden uygulamanın sona erdirilmesidir⁴⁸.

Geleneksel olarak kişisel hakları içeren bu yaklaşıma göre ailenin korunması hakkı özel hayatın gizliliği hakkı ile birlikte yorumlandığında bu kapsamda düşünülebilir⁴⁹. Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde düşünüldüğünde aile hayatına saygı, aile mahremiyetinin sağlanması noktasında devletin negatif yükümlülükleri olduğu söylenebilir⁵⁰. Bu kapsamda negatif yükümlülüğün ihlali başta ceza hukukuna ilişkin sorumlulukları doğurmaktadır. İlgili hakka müdahale edilmemesi, hakkın ihlal edilmemesi için ilgili cezai yaptırımların öngörülmesi negatif yükümlülük kapsamına girerken hakkın gerçekleştirilmesi için daha kapsayıcı önlemlerin alınması yönündeki sorumluluk devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamına girmektedir⁵¹.

Ailenin korunması söz konusu olduğunda yukarıda bahsedilenlerin yanında evlenme hakkı, çocuk sahibi olma hakkı, çocukları yetiştirme ve eğitime hakkı, velayet, boşanma ve miras hakkı da ailenin korunması hakkının devletin belirli sınırlar içerisinde müdahale etmemesi gereken negatif yükümlülüklerinin bulunduğu alanı oluşturmaktadır⁵².

Özel hayatın gizliliği konusunda hem AYM hem de AİHM klasik bir kişisel hak yorumu yaparak devlete sadece negatif yükümlülük yüklememektedir. Tüm haklar devlete hem pozitif hem de negatif yükümlülükler getirmektedir⁵³. Yaşayan hukuk teorisi doğrultusunda⁵⁴,

⁴⁷ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri" s. 92-93.

⁴⁸ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 169.

⁴⁹ Turhan, "İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi", s. 368.

⁵⁰ Mortaş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması", s. 26.

⁵¹ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 396-397.

⁵² Mortaş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması", s. 150-156.

⁵³ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 91.

⁵⁴ İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2. Baskı, 1997, s. 155.

somut olaya göre her davada olayın şartlarını özerk kavramlar doktrini gibi dinamik yorum yöntemleriyle değerlendirerek devletin yükümlülüğünün ne olduğuna karar vermektedirler⁵⁵.

B. Pozitif Yükümlülükler

Devletin temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına müdahale etmemesinin yanında, bu hakların korunması ve gerçekleştirilmesi için eylemde bulunma yükümlülüğü vardır⁵⁶. Bu yükümlülüklerden başlıcaları etkin hukuk düzeni kurma, hakların korunmasına yönelik tedbir alma, etkili soruşturma, yargılama ve cezalandırma olarak kabul edilmektedir⁵⁷. Bunların yanında hak sahiplerini üçüncü kişilere karşı korumak da devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Hakların üçüncü kişilere karşı korunması anlamına gelen hakların yatay etkisi kavramı, insan hakları anlayışının değişerek sadece devlet tarafından değil, özel kişiler tarafından da bu hakların ihlal edilebileceğinin, devletin bu durumda önleme ve cezalandırma sorumluluğunun olduğunun kabul edilmesiyle beraber gündeme gelmiştir. Dolayısıyla artık devletin sadece dikey etki bağlamında insan haklarını ihlal etmemesi yeterli değildir⁵⁸. Bunun yanında ailenin üçüncü kişilere karşı korunması, yatay etki bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır⁵⁹.

Sosyal devlet ilkesini benimseyen 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri "*...insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" şeklinde ifade edilmiştir. 5. madde⁶⁰, devletin pozitif yükümlülüklerinin temeli olarak kabul

⁵⁵ Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 22-23.

⁵⁶ Semih Batur Kaya, "*İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz*", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9/1 (2022), s. 56.

⁵⁷ Eltimur, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*", s. 141-160. Doktrinde devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin başka tasnifler için bkz. Yüksel Metin, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler*", Uluslararası İlişkiler Akademik Dergi, 7/27 (2010), s. 113.

⁵⁸ Ozan Ergül, "*Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanın Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine*", Erdal Onar'a Armağan, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 438, 457.

⁵⁹ Ayhan Kılıç, "*Anayasa Mahkemesi Kararlarında İnsan Haklarının Yatay Etkisi*", Anayasa Yargısı, 41/1 (2024), s. 707; Dilara Dönmezkuş, *Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 27-36; Mortaş, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması*", s. 150-156.

⁶⁰ Anayasa'nın 5. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

"V. Devletin temel amaç ve görevleri

Madde 5 - Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve

edilmektedir. AYM'nin birçok kararında da devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olduğunda 5. maddeye atıf yapılmaktadır⁶¹. İnsanın maddi ve manevi varlığıyla yakından alakalı olan ailenin korunması hakkı konusunda devletin pozitif yükümlülükleri ailenin ele alındığı her maddede kendisini göstermektedir.

Klasik haklar bakımından da devletin pozitif yükümlülükleri vardır ancak devletin ailenin korunması yönündeki pozitif yükümlülükleri özellikle Anayasa'nın sosyal hakları düzenleyen bölümlerinde yoğunlaşmaktadır. Bunların başında Anayasa'nın 41. maddesi gelmektedir. Sosyal bir hak olarak ailenin korunması hakkı, devlete aileyi ekonomik ve sosyal olarak korunması yönünde pozitif yükümlülükler getirmektedir⁶². Anayasa'nın 41. maddesinde sosyal bir hak olarak düzenlenen ailenin korunması hakkı devlete aile planlaması, ailenin güçlendirilmesi, aile hayatının geliştirilmesi ve bu amaca hizmet eden kurumların işletilmesi gibi birçok pozitif yükümlülük getirmektedir⁶³. Sosyal devlet anlayışından hareketle ailenin korunması hakkının önündeki ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılmasıyla tam olarak gerçekleştirilebileceğini söyleyebiliriz⁶⁴.

Devletin ailenin korunması hakkındaki pozitif yükümlülükleri ilk olarak aile kurumunun korunması ardından aile içinde zayıf konumda bulunan aile bireylerinin, anne ve çocukların korunması şeklinde gerçekleşmektedir⁶⁵. 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile birlikte 41. maddeye eklenen üçüncü ve dördüncü fıkralarla çocukların korunması konusunda devlete getirilen pozitif yükümlülüklerin kapsamı genişletilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma ve yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Dördüncü fıkra ise devletin her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak çalışmada aile bir bütün olarak ele

mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

⁶¹ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 385. İlgili kararlardan birisi için bkz. AYM, Mehmet Arif KILINÇ, B. No: 2013/1656, 16/07/2014.

⁶² Mortaş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması", s. 28.

⁶³ Mortaş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması", s. 156-157.

⁶⁴ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 409-415.

⁶⁵ Doktrinde kadın yerine anne ifadesinin kullanılması eleştirilmektedir. Emel Badur, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 84 (2009), s. 64.

alındığından kadın ve çocukların korunmasıyla ilgili ayrıntılı açıklama yapılmayacaktır.

Ailenin korunması hakkı açısından devletin pozitif yükümlülükleri açısından ise Anayasa'nın yoğunlaştığı kısım kanaatimizce 1982 Anayasası'nın sosyal hakları düzenleyen bölümüdür. Anayasa'nın 41. maddesi, 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde sağlık, çevre, konut ve sosyal güvenlik haklarının devletin ailenin korunması konusundaki pozitif yükümlülüklerinin yoğunlaştığı haklar arasında olduğu söylenebilir.

Aynı şekilde AİHM ailenin korunması konusunda da devletlere çeşitli pozitif yükümlülükler getirmektedir. Mahkeme tarafından, 8. madde çerçevesinde özel hayatın bir parçası olarak aile hayatına saygı adı altında korunan ailenin tanınması ve geliştirilmesini içeren hususlar bu kapsamda değerlendirilmektedir⁶⁶. Her ne kadar klasik haklardan oluşan bir metin olsa da AİHS'teki tüm hakların devlete aynı zamanda pozitif yükümlülükler getirdiği AİHM tarafından kabul edilmektedir⁶⁷. AİHS'te devlete pozitif görev yükleyen açık bir hüküm bulunmamaktaysa da devletin pozitif yükümlülüğünün 1. maddenin yorumundan çıkarıldığı kabul görmektedir⁶⁸.

III. 1982 ANAYASASI'NDA AİLENİN KORUNMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

1982 Anayasası'nda ailenin çeşitli açılardan korunmasını sağlamaya yönelik birçok hüküm bulunmaktadır. Bu hükümler Anayasa'nın farklı bölümlerinde farklı amaçlarla düzenlenmiş olup devlete ailenin korunmasına yönelik negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bu başlık altında Anayasa'da ailenin korunmasına hizmet eden çeşitli maddeler ve ilgili maddeler üzerinden devletin yükümlülüğünün neler olduğu üzerinde durulacaktır.

⁶⁶ Akandji Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, s. 41. AİHM, 8. madde çerçevesinde pozitif yükümlülüklerin ortaya çıktığı ilk karar Marckx kararıdır. AİHM, Marckx/Belgium, B. No: 6833/74, 13 Haziran 1979; Yıldırım, "Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma", s. 410.

⁶⁷ Gülşen Yıldırım, "Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayınları, 2004, s. 391.

⁶⁸ Barış Bahçeci, "Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları", Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 518; Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 81-83.

A. 1982 Anayasası'nın 41. Maddesinde Düzenlenen Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları

Aile hayatının korunması çerçevesinde birçok hukuk dalında farklı düzenlemeler bulunmakta, aile hayatının korunmasına yönelik çeşitli önlemler alınmakta ve uygulanmaktadır. Tüm bu düzenlemelerin ve dolayısıyla aile kurumunun korunmasının esas dayanağı Anayasa'nın 41. maddesidir. Anayasa'nın 41. maddesi, ailenin toplumun temeli olduğunu kabul etmekte, devlete aile hayatında huzurun sağlanması, bilhassa anne ve çocukların korunması için gereken tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Aile birliğinin ve aile hayatının anayasa ile koruma altına alınmasının amacı, evlilik birliğinin sağlıklı biçimde sürdürülmesinde sadece eşlerin değil, toplumun da yararının olmasından kaynaklanmaktadır. Keza toplum adı verilen oluşum, aile birliklerinden oluşmaktadır. Evlilik birliğinin belirli bir düzen içinde devamı ile toplumsal huzur ve esenlik sağlanmış olacaktır⁶⁹.

Ailenin korunmasına ilişkin düzenleme ilk olarak 1961 Anayasası'nda yapılmıştır. 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'yla paralel olarak⁷⁰, aileyi toplumun temeli kabul ederek devlete ailenin, annenin ve çocukların korunması için tedbir alma ve her türlü örgütlenmeyi yapma görevini yüklemiştir⁷¹. Anayasanın 41. maddesiyle devlete verilen aileyi koruma ödevi, Anayasanın ikinci maddesinde düzenlenmiş olan sosyal devlet ilkesine dayanmaktadır. Sosyal devlet olmanın gereği olarak devlet, aile kurulurken hukuki şekil vermekte ve aile kurulduktan sonra da devamı için gerekli yükümlülükleri yerine getirmektedir⁷². Anayasa'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünün ilk maddesi olan 41. madde, doktrinde aile hayatının sosyal hak boyutu olarak da adlandırılmaktadır⁷³. Bu maddeyle aile bir anayasal bir kurum olarak devlet güvencesine alınmış, Anayasa sosyal bir hak olarak Türk aile politikasının ilkelerinin dayanağını 41. maddede belirlenmiştir. 41. maddeye göre aile

⁶⁹ Özlem Usta, "Aile Hayatına Saygı ve Aile Hayatının Korunması Hakkı Bağlamında Ele Alınan Birkaç Kurum Üzerine İnceleme", SÜHFD, 30/3 (2022), s. 1563-1564.

⁷⁰ Ailenin korunması hakkı, 1961 Anayasası'nın sosyal ve iktisadi haklar ve ödevleri düzenleyen üçüncü bölümünde, 35. maddede "Aile Türk toplumunun temelidir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar." şeklinde düzenlenmiştir.

⁷¹ Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayını, 2004, s. 21.

⁷² Çakırbay Çimen, "Sosyal Devlet İlkesi Açısından Ailenin Korunması", s. 63-64.

⁷³ Mortaş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması", s. 413.

politikasının ilkeleri ise ailenin korunması, refah düzeyinin yükseltilmesi ve geliştirilmesi olarak belirtilmiştir⁷⁴.

Devletin bu yükümlülüklerinin yanında aileyi üçüncü kişilere karşı koruma görevi de bulunmaktadır⁷⁵. Bu da ailenin korunmasına yönelik hakların yatay boyutunu oluşturmaktadır⁷⁶. Bunun yanında devlet aile içerisinde zayıf olanı korumakla da yükümlüdür. 41. maddenin birinci fıkrasına “*ve eşler arasında eşitliğe dayanır*” ibaresi, 2001 anayasa değişikliğiyle eklenmiştir. “*Ailenin Korunması*” kenar başlığı altında 41. maddede aile ve ailenin korunmasına ilişkin düzenlemeler “*Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar*” şeklinde kaleme alınmıştır⁷⁷.

Anayasa'nın 41. maddesine çocuğun korunmasına ilişkin hükümler 2010 yılında eklenmiştir. 41. maddenin 2. fıkrasında “*Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*” Şeklindeki hükümle çocuğun yüksek yararının korunması kavramı anne ve babayla ilişki üzerinden ifade edilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında da “*Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.*” şeklinde çocuğun korunmasına ilişkin devletin yükümlülüğüne dair bir düzenleme yer almıştır.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin uluslararası hukuktaki gelişimine bakıldığında bu kavrama ilişkin en önemli belgenin 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS) olduğu görülmektedir⁷⁸. Söz

⁷⁴ Tuğrul Ansay, “*Çağdaş Anayasalar ve Türk Anayasalarında Aile Kavramı*”, Türkiye’de Ailenin Değişimi, Yasal Açıdan İncelemeler, Ankara: Türk Sosyal Bilimler Derneği yayınları, 1984, s. 23.

⁷⁵ Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 233-234.

⁷⁶ Seyithan Kaya, “*İnsan Haklarının Korunmasında Yatay Etki ve Anayasa Mahkemesinin Kavrama Bakışı*”, Anayasa Yargısı, 40/2 (2023), s. 180; Reyhan Sunay, “*İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23/1 (2015), s. 13.

⁷⁷ Medeni Kanun hükümleri de Anayasa'nın 41. maddesi hükmüyle uyumlu şekilde düzenlenmiş, önceki Medeni Kanun'un aksine yeni Medeni Kanun kadın erkek eşitliğini tam olarak sağlamıştır. Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Aile Hukuku*, 25. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2024, s. 13.

⁷⁸ Sözleşmenin çocuğun yüksek yararının gözetilmesi hakkında 3. Maddesinin metni “1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir. 2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar. 3. Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların; hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt

konusu sözleşmeye aykırı eylemlerin denetim altına alınması sözleşmeyi diğer uluslararası düzenlemelerden ayırmaktadır. AYM de çocuğun üstün yararı ile ilgili kararlarında Anayasa'nın 41. maddesiyle birlikte BMÇHS'ne atıf yapmaktadır⁷⁹. İlgili sözleşmede çocuğun üstün yararı medeni, kişisel, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanlarında güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla geniş çerçeveli olan bu sözleşme, AYM tarafından çocuk haklarıyla ilgili uyuşmazlıklarda çocuğun üstün yararının belirlenmesinde 41. maddeyle birlikte göz önünde bulundurulmaktadır⁸⁰.

AYM çocukların korumasını, mahkemeler, idari makamlar ve yasama organı tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün konularda gözetilmesi gereken bir ilke olarak kabul etmektedir. Mahkemenin çocuğun yüksek yararının korunması esasını gözeterek çocukla ilgili verdiği başlıca kararlar; velayet ve kişisel ilişki, çocuğun adı ve soyadı, çocukla ilgili koruma kararları ve koruyucu aile tedbirleri, ceza infaz kurumlarında bulunan çocukların hakları konularından oluşmaktadır⁸¹. AYM bu konulardaki başvuruları Anayasa'nın 41. maddesine uygunluk açısından incelemektedir. Örneğin, AYM 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun mülga 25/a maddesinin somut norm denetimiyle önüne geldiği bir başvuruda anayasaya aykırılığı ileri sürülen hükmü Anayasa'nın 41. maddesi bağlamında incelemiştir. Mahkeme, ilgili hükmün çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkını koruduğu, maddenin çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi amacına hizmet ettiğini belirterek Anayasa'nın 41. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir⁸².

Sonuç olarak, Anayasa'nın 41. maddesi ailenin korunması açısından iki önemli hususu vurgulamaktadır. Bunlardan ilki ailenin huzur ve refahının korunması için devlete gerekli tedbirleri alma görevinin yüklenmesidir. Diğeri ise eşler arası eşitliğin anayasal güvenceye kavuşturulmasıdır. Ailenin içinde özellikle anne ve çocuğun korunmasının gerekliliği işaret edilmiştir⁸³.

ederler." şeklindedir. Görüldüğü üzere çocuğun üstün yararı kavramı sözleşmede çocuğun yüksek yararı şeklinde geçmekte olup, çalışmada bu kavramlar eş anlamda kullanılmıştır.

⁷⁹ AYM, Selim Adıyaman, B. No: 2013/8846, 9/3/2016.

⁸⁰ Zeynep Hazar, "İnsan Hakları Çatışmalarının Çözümlemesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26/2, 2022, s. 649-651.

⁸¹ Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, s. 108; Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 111.

⁸² Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 112-113; AYM, 27.3.2014, E. 2013/102, K. 2014/57.

⁸³ Badur, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", s. 63-64.

B. Aile Hayatının Gizliliği ve Ailenin Korunması

Aile hayatına saygı hakkı Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenmiştir. 20. maddenin birinci fıkrasına göre, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”. Bu ilke devlete, ailenin mahremiyetine karşı dışarıdan gelecek baskılara karşı aileyi koruma görevini yüklemiştir. Anayasa bu maddeyle devletin, ailenin özel hayatına zarar veren veya onları olumsuz bir şekilde etkileyici sonuçlar doğuran tedbirler almasını yasaklamaktadır. Devlet bu konuda olumsuz tedbirler alırsa ya da bu yöndeki ihlalleri önlemese bu durum, Anayasanın 20. maddesinin birinci fıkrası uyarınca aile hayatına müdahale sayılır⁸⁴. Benzer şekilde kişilerin de aile hayatına saygı duyulmasını talep etme hakları vardır. Aile hayatının gizliliği devletin yetkili organları, medya ya da kişiler tarafından ihlal edildiğinde aile üyelerinin bu saldırının önlenmesini isteyebilme hakları vardır. Bu hak gerek hukuki gerekse de cezai yaptırımlarla güvence altına alınmıştır⁸⁵.

Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri bağlamında devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülüklerinin olduğu aile hayatına saygı hakkı bakımından, kamusal makamlarca birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesi ve AYM tarafından da bu hassas dengenin gözetilmesi gerekmektedir⁸⁶. AYM aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirme yaparken Anayasa'nın 41. maddesini destek ölçü norm olarak kullanmaktadır⁸⁷.

Anayasa Mahkemesi bu doğrultuda ve AİHM içtihatlarıyla da paralel olarak⁸⁸ oldukça geniş bir alanı 20. madde kapsamına almaktadır. Mahkeme, boşanma sonrasında velayet hakkı sahibi ebeveyn tarafından ortak çocuğun isminin veya soy isminin değiştirilmesine yönelik uyuşmazlıkları⁸⁹, aile konutuna ilişkin uyuşmazlıkları⁹⁰, soy bağının reddi ve kişisel ilişki

⁸⁴ Çakırbay Çimen, “Sosyal Devlet İlkesi Açısından Ailenin Korunması”, s. 73; Usta, “Aile Hayatına Saygı ve Aile Hayatının Korunması Hakkı Bağlamında Ele Alınan Birkaç Kurum Üzerine İnceleme”, s. 1563-1564.

⁸⁵ Mortaş, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması”, s. 408; Ersan Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1996, s. 226.

⁸⁶ Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 110.

⁸⁷ Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 16.

⁸⁸ Akandji; Jean, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, s. 37-48.

⁸⁹ AYM, Nurcan Yolcu, B. No: 2013/9880, 11/11/2015; AYM, S.E., B. No: 2017/40178, 26/2/2020; AYM, Meliha Siviş, B. No: 2015/18910, 9/1/2019.

⁹⁰ AYM, Melahat Karkin, B. No: 2014/17751, 13/10/2016, AYM, Emine Göksel, B. No: 2016/10454, 12/12/2019.

kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkları⁹¹, cinsiyet⁹², doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra isim ve soyadı hakkına ilişkin başvuruları⁹³, evlilik dışı doğan çocuğun baba tarafından tanınmasını⁹⁴, anne veya baba tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma olayları⁹⁵, aile hayatı olup hakkında sınır dışı edilmesine karar verilen yabancılara ilişkin başvuruları⁹⁶ ve ceza infaz kurumunun hükümlü ve tutukluların aile hayatına müdahale edebilecek uygulamalarına yönelik şikâyetleri⁹⁷ de bu kapsamda ele almaktadır⁹⁸. Belirtmek gerekir ki mahkemenin dinamik yorum ilkesi bağlamında bu alan sınırlı olmayıp kapsamı genişleyebilmektedir⁹⁹.

Bütün bunların yanında, aile hayatından bahsedilebilmek için öncelikle korunması ve hatta teşvik edilmesi gereken hususlardan birisi evlenme hakkıdır. Anayasa’da açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın doktrinde Anayasa 41. maddenin gerekçesinde yer alan “*Ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medenî Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir.*” şeklindeki ifadede yola çıkılarak 41. maddenin evlenme hakkını da kapsadığı yorumu yapılmaktadır¹⁰⁰. Bununla birlikte evlenme hakkı, AYM içtihatlarıyla Anayasa’nın 20. ve 41. maddeleri kapsamında korunmaktadır. İdari ve yargı mercilerinin evlenme hakkını ihlal eden eylemlerine karşı AYM, Anayasa’nın 20. ve 41. maddeleri doğrultusunda ihlal kararı verebilmektedir. Ancak AYM evlenme hakkını özel hayata saygı hakkını düzenleyen 20. madde kapsamında değerlendirmektedir.

⁹¹ AYM, Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım, B. No: 2014/5974, 26/12/2017.

⁹² AYM, M.K., B. No: 2015/13077, 12/6/2018.

⁹³ AYM, Hacı Ahmet Eskikanbur, B. No: 2015/2944, 9/1/2019.

⁹⁴ AYM, Ali Ekber Alavi, B. No: 2018/28806, 14/9/2022.

⁹⁵ AYM, Dilek Tsakırdıs, B. No: 2018/35068, 9/6/2020.

⁹⁶ AYM, Peri Kırık, 2015/19795, 9/1/2019, AYM, A.A.A., B. No: 2018/36516, 15/3/2022, AYM, Demet Hussien Najem, B. No: 2019/438, 27/7/2022; AYM, Nargiza Gulamova, B. No: 2020/33373, 30/3/2023.

⁹⁷ AYM, Beşir Doğan, B. No: 2013/2335, 15/12/2015; AYM, Ahmet Çilgin, B. No: 2014/18849, 11/1/2017.

⁹⁸ Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 107-133.

⁹⁹ Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 21. Aile hukuku bakımından çocukla ilgili hükümlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023, s. 142-194.

¹⁰⁰ Coşkun Özbudak, “*Anayasa Mahkemesi: “Resmî Nikâh Olmaksızın Dini Nikâh Caizdir”*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 121 (2015), s. 100-102. Evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş Karan, ed. Sibel İnceoğlu, “*Evlenme ve Aile Kurma Hakkı*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2013, s. 425-438.

Evlenme hakkı önceki bölümlerde belirtildiği gibi AİHS'te açıkça düzenlenmiştir. AİHM tarafından da özellikle uzun süren boşanma davalarının muhtemel evliliklerin önüne geçerek evlenme hakkının özünü zedelediği ortaya konulmaktadır. Fakat bununla beraber AİHM tarafından uzun süren boşanma davaları hakkında evlenme hakkından değil çoğunlukla adil yargılanma hakkından ihlal kararı verilmektedir¹⁰¹.

C. Eşitlik İlkesi Aracılığıyla Ailenin Korunması

Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, eşit işlem görmeyi, ayırım gözetilmemesini isteme hakkı doğurur ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmamasını emreder¹⁰². Anayasa başta olmak üzere hukukun bütün alanlarında geçerli olan eşitlik ilkesi, evliliklerde karı ve kocaya eşit davranılmasını da içine alır. Dolayısıyla anayasal bir ilke olarak eşitlik ilkesi, kadın ve erkeğin farklı cinsiyetlere mensup olmalarından ötürü diğerine nazaran ayrıcalıklara sahip olamayacaklarını belirterek ailenin korunmasına hizmet etmektedir. Nitekim Anayasa'nın 41. maddesinde de ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığı açıkça hükme alınmıştır¹⁰³.

Anayasa'nın 10. maddesinde aynı zamanda hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu belirterek aileye bir bütün olarak eşitlik ilkesi kapsamında koruma sağlamaktadır. Eşitlik ilkesi Anayasa'da güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanılırken haklı bir neden olmaksızın aynı veya benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelede bulunulmasını yasaklamaktadır. Meşru bir amaca dayanmayan muameleler Anayasa'nın 10. maddesinin amaçları bağlamında ayrımcılık yasağına aykırı kabul edilmektedir. Örneğin, aynı iş yerinde çalışan kadınlardan bazılarını kreş olanağı sağlanırken bazılarını sağlanmaması bu imkânın aile hayatına saygı

¹⁰¹ Evlenme hakkıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ufuk Ramazan Çakmak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Evlenme Hakkı", SÜHFD, 25/2 (2017), s. 163-184; Tekdoğan Bahçivancı, "Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk", s. 623-684; Usta, "Aile Hayatına Saygı ve Aile Hayatının Korunması Hakkı Bağlamında Ele Alınan Birkaç Kurum Üzerine İnceleme", s. 1571-1575. İlgili karar için bkz. AİHM, Bacuzzi v. Italie, B. No: 43817/04, 24 Mayıs 2011.

¹⁰² 1982 Anayasası'nda eşitlik ilkesi 10. maddede "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁰³ Çakırbay Çimen, "Sosyal Devlet İlkesi Açısından Ailenin Korunması", s. 69-70.

hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının incelendiği başvuruda, devletin ayrımcılık yasağının özel kişiler tarafından ihlal edilmesini önleme pozitif yükümlülüğü de bulunduğu karar verilmiştir. Somut olayda durumları benzer olan kadın işçiler arasında kreş olanağından yararlanma bakımından meşru bir amaca dayanmaksızın farklılık oluşturulduğu ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği hükme bağlanmıştır¹⁰⁴.

Bunların yanında eşitlik ilkesinin mutlak olarak uygulanan bir ilke olmadığını belirtmek gerekir¹⁰⁵. Anayasa Mahkemesi, 10. ve 41. maddeyi bir arada değerlendirdiği bir kararında yasa önünde eşitliğin herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmeyeceğini, Anayasa'nın amaçladığı eşitliğin eylemli değil hukuksal eşitlik olduğunu, durum ve konumlarındaki farklılık ve özelliklerin kimi kişiler veya topluluklar için değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda AYM söz konusu maddelerle ilgili bir başvuruda verdiği bir örnekte, evlilik birliğinin devamı ile evlilik birliğinin sona ermesi ve evlilik dışı çocuk sahibi olunması hallerinde, velayet hakkının kullanılması konusunda farklı düzenlemeler öngörülmesinde, bu hakka sahip olan velilerin aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından bunun eşitlik ilkesine aykırı olmadığını belirtmiştir¹⁰⁶. Bunun yanında AYM evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmanın çocukların hukuksal statüsünde bir farklılığa yol açmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur¹⁰⁷.

D. İnkılap Kanunlarının Korunması Aracılığıyla Ailenin Korunması

Anayasa'nın "İnkılap kanunlarının korunması" başlıklı 174. maddesinde anayasanın hiçbir hükmünün inkılap kanunlarının anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla 174. maddesinin birinci fıkrasının 4. bendinde, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esasının da Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyecektir. Medeni nikâh, 174. maddede Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyecek maddeler arasında "4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü" şeklinde yer almıştır. Evlenme sözleşmesinin resmi

¹⁰⁴ AYM, Burcu Reis, B. No: 2016/5824, 28/12/2021; Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 123-124.

¹⁰⁵ Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2003, s. 168.

¹⁰⁶ AYM, 13.11.2008, E. 2005/60, K. 2008/162; Çakırbay Çimen, "Sosyal Devlet İlkesi Açısından Ailenin Korunması", s. 70.

¹⁰⁷ AYM, 2.7.2009, E. 2005/114, K. 2009/105; Mortaş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması", s. 131.

evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ve “Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz” düzenlemesini içeren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 143/2. maddesinin Anayasaya aykırılığının ileri sürülememesi, anayasa koyucunun evliliklerin medeni nikahlı yapılması ve ailelerin hukuken kayıt altına alınıp ilgili kanunlar uyarınca korunması yönündeki istek ve iradesinin işaretidir¹⁰⁸. Evlendirme memuru önünde gerçekleştirilmeyen evlenmeler yok hükmündedir¹⁰⁹. Nikahın resmi şekilde yapılmamasına bağlanan sonuç, bir hukuki işleme bağlanacak en ağır yaptırım olup o işlemin hukuk alanında hiç var olmadığı anlamına gelmektedir¹¹⁰. Bu durum resmi nikaha verilen önemi göstermektedir.

Anayasanın 174. maddesinden Türk toplumunun temelini resmi nikâhlı evlilikler sonucunda kurulan modern ailelere dayandığı çıkarılmaktadır. Ayrıca madde metninde geçen Anayasa’nın hiçbir hükmünün Türkiye Cumhuriyeti’nin laiklik niteliğini koruma amacını güden inkılap kanunlarına aykırı olamayacağının ifade edilmesi resmi nikahla laiklik ilkesinin korunmasının hedeflendiğini göstermektedir¹¹¹. Anayasa’nın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan laiklik ilkesi ile birlikte düşünüldüğü zaman, 174. maddenin amacının aile hayatının laik karakterini korumak ve aileyi dinin otoritesinden çıkarmak olduğu görülmektedir¹¹². Ayrıca Anayasa’nın öncelikle medeni nikâhla yapılan evlilikleri koruduğunu ve bunun yaygınlaşmasını amaçladığı Anayasa’nın 41. maddesinin gerekçesinde yer alan “Ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medenî Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir. Çünkü medenî olmadan bir aileden bahsedilemez.” şeklindeki ifadelerden çıkarılmaktadır.

Sonuç olarak Anayasa’nın 174. maddesi, 41. ve 2. maddelerle beraber bütünsel olarak yorumlandığında medeni nikâha dayanan evliliklerin Türk aile yapısının temelini oluşturduğu söylenebilir. Keza Medeni Kanun laik bir temele dayanmaktadır¹¹³. Medeni Kanun’da aileye ilişkin velayet, miras,

¹⁰⁸ Mortaş, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması”, s. 98.

¹⁰⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Metin İkizler, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 115.

¹¹⁰ Evlenme konusundaki yokluk yaptırımıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İkizler, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, s. 27-29.

¹¹¹ 174 maddenin ilk fıkrası “Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılap kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹¹² Çakırbay Çimen, “Sosyal Devlet İlkesi Açısından Ailenin Korunması”, s. 75.

¹¹³ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi, 2024, s. 3.

konut gibi konuların da resmi nikâhla doğrudan bağlantılı olduğunu görüyoruz¹¹⁴. Bütün bu hükümler toplumun temelini oluşturan aile kurumunun dini değil; resmi, hukuki ve laik bir temele dayandığını göstermektedir.

E. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebebi Olarak Aile Hayatı

Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26/2. maddesinde aile hayatı "özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir." şeklinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün bir sınırı olarak kabul edilmiştir. Bu maddede aile hayatının korunması düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlandırma sebebi olarak düzenlenmiştir. Buna göre rıza alınmadan aile hayatı kapsamındaki bilgilerin kamuoyuyla paylaşılması düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün bir yansıması olan basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez¹¹⁵.

Bireyin şeref ve itibarının korunması hakkı, Anayasa madde 17'de güvence altına alınan manevi varlık kapsamında olmakla birlikte devletin bu konuda hem negatif yükümlülükleri hem de üçüncü kişilerden kaynaklanan saldırılar karşısında önleme ve koruma şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Anayasa 17. madde kapsamındaki manevi varlığın korunması hakkının, şeref ve itibarın korunması bakımından uygulanabilir olması için AYM kişinin itibarına yönelik saldırının belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkından şahsen yararlanmasına zarar verici nitelikte olmasını aramaktadır¹¹⁶.

İfade özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 26/2. maddesinde ifade özgürlüğünün kısıtlanması sebebi olarak "başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının korunması" öngörülmüştür. Böylelikle aile hayatının

¹¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de medeni nikahlı çiftler arasında ilişkiyi direkt aile kavramı içerisinde sokmaktadır. Çiftler arasında medeni nikah olduğu takdirde, aile kavramı için aradığı birlikte yaşama gibi diğer şartların varlığını aramamaktadır. Gülay Arslan Öncü, ed. Sibel İnceoğlu, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2013, s. 317; Özbudak, "Anayasa Mahkemesi: "Resmi Nikâh Olmaksızın Dini Nikâh Caizdir", s. 94-95.

¹¹⁵ Mortaş, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması", s. 409; Şen, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s. 225-227.

¹¹⁶ Arslan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, s. 94. Konuyla ilgili bir karar için bkz. AYM, Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014.

şeref ve itibarının korunmasında devlete hem negatif hem de pozitif yükümlülük yüklenmiştir¹¹⁷.

Aynı şekilde AİHS 8. maddesi kapsamındaki şeref ve itibarın korunması hakkı, ifade özgürlüğünü düzenleyen AİHS 10. maddedeki sınırlama ölçütlerinden biri olan *“başkalarının şöhret ve haklarının korunması”* kapsamında AİHM incelemesine konu olmaktadır. 8. madde kapsamındaki şeref ve itibarın korunması hakkı uygulamada ifade özgürlüğü ile sık sık çatışmaktadır¹¹⁸.

F. Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama ve Konut Hakkı

1982 Anayasası'nda ailenin korunması ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakları birbirini tamamlayan sosyal haklar olarak düzenlenmiştir. Zira Anayasa'nın 41. maddesi, sağlık hizmetleri ve çevrenin korunmasını düzenleyen 56. ve konut hakkını düzenleyen 57. maddelerle birlikte değerlendirildiğinde, ailenin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, yalnız bireysel bir hak değil, aynı zamanda toplumsal refahın sürdürülebilmesi için anayasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda devletin konut ve çevre politikalarını aile kavramını da göz önünde bulundurarak sosyal devlet ilkesiyle uyumlu şekilde geliştirmesi gerekmektedir. Uluslararası sözleşmelerde ise konut hakkı, ailenin sağlık ve refah sağlayacak bazı haklarla birlikte asgari yaşam düzeyi kapsamında değerlendirilmektedir¹¹⁹.

¹¹⁷ Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, s. 94.

¹¹⁸ Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, s. 93.

¹¹⁹ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25/1. fıkrasında *“bireylerin, kendileri ve ailelerinin yiyeceği, giyeceği, meskeni, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetlerin de içerisinde bulunduğu sağlık ve refah sunacak uygun yaşam düzeyine hakkının bulunduğunu”* ifade edilmektedir. 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 11. maddesinin birinci fıkrasına göre *“Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin, yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma ve yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkına sahip olduğunu kabul ederler. Taraf Devletler bu hususta hür rızaya dayalı uluslararası işbirliğinin temel önemini kabul ederek, bu hakkın gerçekleşmesini güvence altına almak için uygun tedbirler alacaklardır.”* şeklinde konut hakkı güvence altına alınmıştır. 1961'de Torino'da imzaya açılarak 1965 uygulama konulan Avrupa Sosyal Şartı'nın 31. maddesinde, konut hakkı *“Konut hakkı Akıit Taraflar, konut hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; 1-yeterli standartlara sahip bir konut edinilmesini teşvik etmeye; 2-evsizliği, zamanla ortadan kaldırma amacıyla, önlemeye ve azaltmaya; 3- ev fiyatlarını, yeterli kaynaklara sahip olmayanlar için uygun hale getirmeye yönelik önlemler almayı; taahhüt ederler”* şeklinde düzenlenmiştir. 1992 yılında Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen Avrupa Kentsel Şartı'nda yaşanabilir konuta ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. konut problemlerinin önemi hakkında düzenlemeler öngörülmüştür. 2008'de Avrupa Kentsel Şartı'nda değişiklik yapılarak yeni bir metin ortaya konulmuştur. Bu metinde de konut problemlerinin önemi hakkında düzenlemeler öngörülmüştür. Bayram Doğan, *“Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı”* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31/3 (2023), s. 1326.

Konut, AYM tarafından evlilik kurumunun ve aile hayatının bir arada sürmesini sağlayan ve aileyi bir çatı altında toplayan en önemli unsurlardan biri olarak tanımlanmaktadır¹²⁰. Bunun yanında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu da aile konutunu özel olarak korumaktadır¹²¹. Her şeyden önce konut, aile konutu olmaya fiziksel olarak elverişli olmalıdır¹²². Ardından aile konutu Medeni Kanun tarafından çeşitli hukuki durumlara karşı da korunmaktadır. Eğer aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline gelir. Buna göre eşlerden birisi aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini diğer eşin açık rızası olmadıkça feshedemez, aile konutunu devredemez ya da aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Öyle ki kiralanmış taşınmaz bir aile konutu olarak kiralanacaksa, tahliye taahhüdünde her iki eşin birlikte imzası aranmaktadır¹²³. Bunun yanında konut taraflardan birisinin mülkiyetindeyse, aile konutunun maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini talep edebilir. Böylece aile konutu üzerinde yapılacak bazı işlemlerde eşin rızası gerekir¹²⁴.

Anayasa Mahkemesi, aile konutuna ilişkin uyuşmazlıkları Anayasa'nın 41. maddesi çerçevesinde değerlendirmektedir. Mahkeme bir kararında bunu şu şekilde ifade etmiştir:

"Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinin aile konutuyla ilgili olarak devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin mülkiyet hakkından bağımsız olduğunun altı çizilmelidir. Dolayısıyla aile konutundan kaynaklanan anayasal güvencelerin ihlalinin tespiti, durdurulması ve giderilmesi amacıyla oluşturulacak mekanizmalara başvuru imkânının sadece konuta malik olan eş tarafından değil bazı durumlarda malik olmayan eş tarafından da kullanılabilmesi gerekir. Aile konutunun maliki

¹²⁰ AYM, Melahat Karkin, B. No: 2014/17751, 13/10/2016, § 52.

¹²¹ Kanunun birçok yerinde aile konutuna yer vermekle birlikte aile konutuna ilişkin en geniş düzenleme 194. maddede yer almaktadır: "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir. 15 Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur."

¹²² Mehmet Erdem, Başak Aslı Makaracı, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 226; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 299.

¹²³ Mehmet Akçaal, "Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12/2 (2022), s. 957.

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rumeysa Çevik, "Aile Konutu Şerhinin Hukuki Sonuçları", İMHFD, 10/1 (2025), s. 425-451.

*olmayan eşin koruyucu yetkileri kullanmasının engellenmesi devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali sonucunu doğurabilir.*¹²⁵

Bu bağlamda, AYM tarafından 1982 Anayasası'nın 56. ve 57. maddelerinde düzenlenen çevre ve konut hakkının da aile yaşamının korunmasıyla bütünleşik biçimde yorumlanması gerektiği savunulabilir. Hali hazırda AYM de kararlarında aile yaşamının, çevresel koşullar ve barınma hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu vurgulanmaktadır¹²⁶. Kanaatimizce bu maddelerin Anayasa'nın 41. maddesi 2. ve 5. maddeleriyle birlikte yorumlandığında ailenin sağlıklı bir çevrede bulunan bir konut içerisinde yaşamasının devletin pozitif yükümlülükleri arasında olduğu söylenebilir¹²⁷. Dolayısıyla konut hakkının da ailenin korunmasına ilişkin anayasal hükümlerden birisi olduğu açıktır.

Konut hakkı ailenin korunması bağlamında, ülkemizde 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen depremde birçok ailenin konutlarının yıkılması sonrasında tartışmalara konu olmuştur. Anayasa'da sosyal ve ekonomik haklar içerisine düzenlenerek devlete pozitif yükümlülükler yükleyen konut hakkı anayasal bir haktır. Bu sebeple deprem sonrası oluşan konut ihtiyacının anayasal bir zorunluluk olarak giderilmesi gerekmektedir¹²⁸. Ailenin hayatının bir arada sürmesini sağlayan ve aileyi bir çatı altında toplayan konut ihtiyacının sağlanması ailenin korunması hakkı bakımından oldukça önemlidir.

Konuya AİHM'in yaklaşımına göre bakılacak olursa, AİHM'in içtihatlarından görüldüğü üzere Sözleşmesi'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı öncelikle konut dokunulmazlığını sağlayarak devlete negatif yükümlülükler yüklemektedir. Ardından devletlere bireylerin içerisinde yaşayabileceği veya ikamet edebileceği bir konut sağlama şeklinde pozitif bir yükümlülük de getirmektedir. Bunun yanında özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında konut, çevresel etkilerle de doğrudan ilişkilendirilmiştir. AİHM, Lopez Ostra v. Spain kararında çevre kirliliğinin aile hayatını ve konut

¹²⁵ AYM, Emine Göksel, B. No: 2016/10454, 12/12/2019, § 43.

¹²⁶ Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 137. AYM'nin aile konutun önemine ilişkin açıklamaları için bkz. AYM, Melahat Karkin [GK], B. No: 2014/17751, 13/10/2016.

¹²⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında çevresel etki kapsamında aile hayatına saygı hakkıyla konut hakkını bir arada değerlendirmiştir. AYM, Ahmet Bilgin ve diğerleri, B. No: 2015/11709, 12/12/2018. Doğan, "Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı", s. 1329, 1332.

¹²⁸ Doğan, "Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı", s. 1345.

hakkını ihlal edebileceğini kabul etmiştir¹²⁹. Karara konu olayda başvuru evinden birkaç metre uzaklıkta bulunan bir atık arıtma tesisinin neden olduğu rahatsızlık konusunda belediye yetkililerinin duyarsızlığından şikayetçi olmuş, AİHS'in 8. maddesine dayanarak, konuta saygı hakkının ihlal edildiğini ve bu nedenle özel ve aile hayatının imkânsız hale geldiğini ileri sürmüştür. AİHM, şiddetli çevre kirliliğinin bireylerin refahını, onların evlerinden keyif almalarını, özel ve aile yaşamlarını olumsuz yönde etkileyebileceğini ifade ederek devletin kasabanın çıkarı ile başvuranın evine, özel ve aile hayatına saygı hakkının etkili bir şekilde kullanılması arasında adil bir denge kurmayı başaramadığını belirtmiştir¹³⁰. AİHM'in çevreye ilişkin tutumu bir kenara bırakılacak olursa konut hakkına ilişkin kararlarında bu hakkı pozitif yükümlülükler kapsamında almaktan kaçındığı görülmektedir. Mahkeme sadece çok istisnai durumlarda konut hakkını pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirmektedir¹³¹.

Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17. maddesi, özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesi ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. maddesi ile bağlantılı olarak bireysel başvuru yoluyla korunmaktadır¹³². Kanaatimizce ailenin korunmasını ilgilendiren durumlarda, çevre ve konut hakları her ne kadar AİHM tarafından AİHS'in 8. maddesi kapsamında korunuyor olsa da iç hukukumuz bakımından Anayasa'nın içeriğinin bu konuda daha geniş olması sebebiyle bu tür uyumsuzluklarda özellikle yukarıda belirtilen maddelere gitmeye gerek bulunmamaktadır. Bireysel başvurular açısından olmasa da¹³³ norm denetimi ve ilgili diğer yargılamalarda konuya daha farklı yaklaşılabilir. Anayasa'nın 56. ve 57. maddeleri de bu yönde yorumlanarak ailenin korunması hususunda bu maddelere başvurulabilir. Bu durumda özellikle devletin pozitif yükümlülükleri üzerindeki vurgu da artırılmış olacaktır.

SONUÇ

Aile, hem toplumsal yapının devamlılığı hem de bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi açısından anayasal düzeyde özel bir

¹²⁹ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 353; AİHM, Lopez Ostra/İspanya, B. No: 16798/90, 9 Aralık 1994.

¹³⁰ Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri", s. 353.

¹³¹ Serkan Yolcu, *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 375.

¹³² Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 59.

¹³³ Kozan ve Gedik, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*, s. 40.

korumayı gerekli kılan temel bir kurumdur. 1982 Anayasası, aileyi Türk toplumunun temeli olarak kabul etmiş; başta 41. madde olmak üzere farklı maddelerde aile hayatının korunmasına yönelik doğrudan ve dolaylı düzenlemelere yer vererek devlete bu alanda çeşitli yükümlülükler yüklemiştir. Bu yükümlülükler, yalnızca devletin aile hayatına müdahaleden kaçınmasını gerektiren negatif yükümlülüklerle sınırlı olmayıp, aynı zamanda aile kurumunun korunması, güçlendirilmesi ve aile bireylerinin refahının sağlanmasına yönelik pozitif yükümlülükleri de kapsamaktadır.

Çalışmada ortaya konulduğu üzere, AYM ve AİHM içtihatlarında aile kavramı statik bir yapı olarak değil, toplumsal değişimlere ve somut olayın özelliklerine göre dinamik biçimde yorumlanan bir kavram olarak ele alınmaktadır. Ancak Anayasa'nın 41. maddesinde belirtilen haliyle anne baba ve çocuklardan oluşan aile, çalışmada bir bütün olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda ailenin korunması hakkı üzerinde durulmuştur. Toplumun en küçük ve temel birimi olan ailenin korunması bakımından devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri arasında kesin bir ayrım yapmak günümüz insan hakları anlayışı çerçevesinde giderek güçleşmektedir. Nitekim hem AYM hem de AİHM içtihatlarında, aile hayatına saygı hakkının etkin biçimde korunabilmesi için devletin yalnızca müdahaleden kaçınmasının yeterli olmadığı; aynı zamanda üçüncü kişilerden kaynaklanan ihlalleri önleyecek, aile bireylerini koruyacak ve aile hayatının fiilen sürdürülebilmesini sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğünün de bulunduğu kabul edilmektedir. Bu noktada çalışmada özellikle üzerinde durduğumuz konu sosyal devlet ilkesi ve laiklik ilkesinin ve bu doğrultuda Anayasa'nın 2., 5. ve 41. maddelerinin ailenin korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerin anayasal dayanağını oluşturduğudur.

Uygulamada, özellikle bireysel başvuru kararlarında, AYM ailenin korunması hakkını çoğu zaman özel hayata saygı hakkı kapsamında ele almakta, sosyal hak boyutunu ve devlete düşen aktif yükümlülükleri sınırlı ölçüde değerlendirmektedir. Aileyi doğrudan korumaya yönelik taleplerin çoğu durumda başka hak üzerinden çözüme kavuşturulması, ailenin korunması hakkının bağımsız ve güçlü bir anayasal hak olarak görünürlüğünü azaltmaktadır. Özellikle AİHM içtihatlarını takip eden AYM'nin bu konuda çoğunlukla Anayasa'nın 20. maddesine dayanması 41. maddenin gücünü ve etkisini zayıflatmaktadır.

1982 Anayasası aileyi koruma konusunda kapsamlı bir normatif çerçeve sunmakla birlikte uygulamada AYM tarafından 20. madde üzerinde daha çok durulması ailenin sosyal devlet ilkesi çatısı altında bir kurum olarak

korunmak yerine devletin kendi haline bıraktığı bir kuruma dönüşmesine neden olmaktadır. Fakat çalışmada defalarca belirtildiği üzere toplumun en önemli yapı taşı olan aile kurumunun devlet tarafından olumlu anlamda desteklenmesi oldukça önemlidir. 1982 Anayasası da bunu sosyal ve ekonomik hakları düzenlediği bölümün ilk maddesinde ailenin korunması hakkını düzenleyerek açıkça ortaya koymuştur.

1982 Anayasası da bunu sosyal ve ekonomik haklar bölümü ailenin korunması hakkı bakımından oldukça kapsamlı hükümler içermektedir. Bu bölümde yer alan haklar ailenin korunması ve geliştirilmesi için mevzuattaki diğer düzenlemelere yol gösterici niteliktedir. Başta AYM sonrasında diğer derece mahkemeleri tarafından öncelikle sosyal devlet ilkesi bağlamında aile kurumunun korunması açısından bu düzenlemeler bir bütün olarak yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

Ailenin devletin sosyal, ekonomik ve hukuki politikalarla desteklemesi gereken bütüncül bir anayasal değer olarak ele alınması gerekmektedir. AYM'nin ailenin korunması hakkını AİHM'yle paralel olarak yorumlayarak çoğu durumda devletin müdahalesinden kaçınmasını gerektiren negatif bir alanı olarak ele almaması, aileyi korumaya yönelik aktif tedbirler alınması gerekmektedir. Özellikle 6 Şubat 2023 depremi sonrasında gündeme gelen konut hakkı, sağlıklı bir çevre yaşama hakları ailenin korunması hakkıyla beraber yorumlanarak devletin pozitif yükümlülük alanı içerisinde olduğu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak 1982 Anayasası 2. maddesiyle sosyal devleti ilkesini, 5. maddesiyle devletin temel amaç ve görevlerinin kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak olduğunu benimsemiştir. Bu doğrultuda devletin temel yapı taşı olan ailenin korunması konusunda devlete daha çok yükümlülük düşmektedir.

KAYNAKÇA

- Akandji Kombe ve Jean François, çev. Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*. Strasbourg: İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Avrupa Konseyi, 2008.
- Akçaal, Mehmet. “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri”. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 12/2, (2022): (ss. 949- 979).
- Akıntürk, Turgut. Ateş, Derya. *Aile Hukuku*. 25. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2024.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*. 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025.
- Ansay, Tuğrul. “Çağdaş Anayasalar ve Türk Anayasalarında Aile Kavramı”. Türkiye’de Ailenin Değişimi, Yasal Açidan İncelemeler, Ankara: Türk Sosyal Bilimler Derneği Yayınları, 1984.
- Arslan Öncü, Gülay. *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2019.
- Arslan Öncü, Gülay. ed. Sibel İnceoğlu. “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme. 3. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2013, s. 301-332.
- Asrav Hızır, Fatma. “İlk Modern Aile Hukuku Kanunumuz: 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi”. Medeni Hukuk Dergisi. 2/1 (Ocak 2025): (ss. 54-79).
- Ayan, Serkan. *Evlilik Birliğinin Korunması*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004.
- Aydın, Öykü Didem. “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 15/4 (2011): (ss. 4-121).
- Badur, Emel. “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 84 (2009): (ss. 63-92).
- Bahçeci, Barış. “Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları”. Erdoğan Teziç’e Armağan. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2007: (ss. 515-537).
- Bayra, Adem Ersin. “İnsan Haklarının Yatay Etkisi: Temel Haklarının Korunma Düzeyi Bakımından Devletin Konumunu Yeniden Düşünmek”. Anayasa Yargısı. 41/1 (2024): (ss. 151-212).
- Bulut, Nihat. *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009.
- Cansel, Erol. “Sosyal Devlet ve Aile”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 26/3 (1969): (ss. 11-21).
- Çakırbay Çimen, Hatice. “Sosyal Devlet İlkesi Açısından Ailenin Korunması”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Çakmak, Ufuk Ramazan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Evlenme Hakkı”. SÜHFD. 25/2 (2017): (ss. 163-184).

- Çevik, Rumeysa. "Aile Konutu Şerhinin Hukuki Sonuçları". İMHFD. 10/1 (2025): (ss. 425-451).
- Çoşkun, Özbudak. "Anayasa Mahkemesi: "Resmi Nikâh Olmaksızın Dini Nikâh Caizdir". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 121 (2015): (ss. 89-110).
- Değirmencioglu, Burcu. "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Anayasa Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 167 (2023): (ss. 289-334).
- Doğan, Bayram. "Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31/3 (2023): (ss. 1321-1356).
- Dönmezkuş, Dilara. *Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Düvenci, Serhat. "Devletin Köken Teorileri Açısından Devleti Doğuran Etmenler: Çeşitli Uygarlıklar ve Topluluklar Üzerinden Bir Değerlendirme". Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi. 1/2 (2018): (ss. 66-93).
- Ekinci, Başak. "2025 Aile Yılı ve Ayrımcılık Sorunu". KHAS Hukuk Bülteni. 21.03.2025, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/136>, (Erişim: 03.02.2026).
- Eltimur, Dilara. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Erdem, Mehmet, Başak Makaracı. Aslı, *Aile Hukuku*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Erdoğan, Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. 7. Baskı, Ankara: Hukuk Yayınları, 2019.
- Ergül, Ozan. "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanın Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine". Erdal Onar'a Armağan, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013: (ss. 433-487).
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Kadın Hakları Fıkıhta ve Hukukta*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2025.
- Göze, Ayferi. *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*. 18. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Cilt II, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2020.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. 10. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.
- Hazar, Zeynep. "İnsan Hakları Çatışmalarının Çözümlemesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26/2 (2022): (ss. 649-651).
- İkizler, Metin. *Evlencinin Hükümsüzlüğü*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Kaboğlu, İbrahim Özden. *Anayasa Yargısı*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2. Baskı, 1997.
- Karan, Ulaş, ed. Sibel İnçeoğlu, "Evlence ve Aile Kurma Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2013: (ss. 425-438).

- Kaya, Semih Batur. “İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz”. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 9/1 (2022): (ss. 51-72).
- Kaya, Seyithan. “İnsan Haklarının Korunmasında Yatay Etki ve Anayasa Mahkemesinin Kavrama Bakışı”. Anayasa Yargısı. 40/2 (2023): (ss. 159-213).
- Kılıç, Ayhan. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında İnsan Haklarının Yatay Etkisi”. Anayasa Yargısı, 41/1 (2024): (ss. 705-714).
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi, 2024.
- Korkusuz, Mehmet Refik. *Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasasında Temel Haklar ve Özgürlükler*. İstanbul: Örnek Matbaası, 1998.
- Kozan, Ali vd. *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Rehberi*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2023.
- Könezoğlu, Bilge. “Aile ve Ailenin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi”. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Metin, Yüksel. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı”. Terazi Hukuk Dergisi, 1/2 (2006): (ss. 99-109).
- Metin, Yüksel. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”. Uluslararası İlişkiler Akademik Dergi. 7/27 (2010): (ss. 111-132).
- Mortaş, Süleyman. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Öden, Merih. *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2003.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Sunay, Reyhan. “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 23/1 (2015): (ss. 9-52).
- Şen, Ersan. *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*. İstanbul: Kazancı yayınları, 1996.
- Şirin, Tolga. “Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eşcinsellik”. Anayasa Hukuku Dergisi. 7/14 (2018): (ss. 513-562).
- Şimşek, Oğuz. “Anayasa Hukuku Açısından Ailenin Korunması”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1992.
- Tekdoğan Bahçivancı, Işıl Selin. “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 33 (2018): (ss. 623-684).
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 2004.
- Turhan, Aydın. “İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/2 (2013): (ss. 357-378).
- Türkiye Cumhuriyeti Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı. *Ailenin Korunması ve Güçlendirilmesi Vizyon Belgesi ve Eylem Planı*. 2024-2028, <https://ulusaleyem.aile.gov.tr/media/m1garif1/ailenin-korunmasi-ve-gu-c-lendirilmesi-vizyon-belgesi-ve-eylem-planı.pdf>. (erişim: 04.02.2026).

- Usta, Özlem. “Aile Hayatına Saygı ve Aile Hayatının Korunması Hakkı Bağlamında Ele Alınan Birkaç Kurum Üzerine İnceleme”. SÜHFD. 30/3 (2022): (ss. 1561-1590).
- Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*. 10. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2025.
- Yıldırım, Gülşen. “Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma”. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004: (ss. 385-426).
- Yolcu, Serkan. *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Av. Büşra ÖZKUL

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1428-8019>,
av.busraozkul@gmail.com

Geliş Tarihi | Received: 25.03.2026

Kabul Tarihi | Accepted: 12.06.2026

doi: 10.59909/mhd.1916136

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Atıf | Citation:

Özkul, Büşra. "Eser Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu". Medeni Hukuk Dergisi. 3/2 (2026), s. 166-229.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support: The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Author's Contributions: This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval: The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics: The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

ÖZ

Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri, yüklenici tarafından meydana getirilen eserin sözleşmeye, teknik kurallara ve iş sahibinin sözleşmeden beklediği amaca uygun olmasını güvence altına alması bakımından büyük bir öneme sahiptir. Nitekim eser sözleşmesinin temelinde yüklenicinin belirli bir sonucu meydana getirme borcu yer almakta olup, ortaya konulan eserin sözleşmeye uygun nitelikte olması sözleşmenin gereği gibi ifası açısından belirleyici bir rol oynamaktadır. Bu nedenle eserin ayıplı olması, taraflar arasındaki menfaat dengesini doğrudan etkileyen ve çoğu zaman hukuki uyuşmazlıklara yol açan bir durum olarak değerlendirilmektedir. Uygulamada eserdeki ayıbın tespiti, ayıbın gizli veya açık ayıp olarak nitelendirilmesi, iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünün kapsamı, yüklenicinin ayıplardan doğan sorumluluğunun şartları ve bu sorumluluğun sınırları ile iş sahibine tanınan seçimlik hakların kullanımı hususlarında çeşitli sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Özellikle ayıbın belirlenmesi ve değerlendirilmesi, iş sahibinin ayıba karşı sahip olduğu hakların kapsamı ile bu hakların hangi koşullar altında kullanılabileceği ve yüklenicinin sorumluluğunun sınırlarının tespiti hem doktrinde hem de yargı uygulamasında önemini koruyan konular arasında yer almaktadır. Bu durum, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin hem teorik hem de pratik açıdan daha açık ve sistematik bir şekilde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri, sözleşme güvenliğinin sağlanması ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması bakımından önemli bir işlev üstlenmektedir. Söz konusu hükümler, bir yandan iş sahibini ayıplı esere karşı korurken diğer yandan yüklenicinin sorumluluğunun sınırlarını belirleyerek sözleşmesel ilişkide hukuki belirliliğin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle, eser sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül kurumunun teorik temellerinin ve uygulamadaki görünümünün açık ve sistematik biçimde ele alınması, eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların sağlıklı bir şekilde çözülmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Ayıplı İfa, Yüklenicinin Sorumluluğu, İş Sahibine Tanınan Haklar, Ayıptan Doğan Hakların Kullanımı.

THE OBLIGATION OF WARRANTY AGAINST DEFECTS IN THE CONTRACT OF WORK

ABSTRACT

The provisions regarding the warranty against defects in construction contracts (eser sözleşmesi) are of great importance in ensuring that the work produced by the contractor complies with the contract, technical standards, and the purpose expected by the employer. Indeed, the core of a construction contract lies in the contractor's obligation to produce a specific result, and the conformity of the produced work with the contract plays a decisive role in the proper performance of the agreement. Therefore, the existence of defects in the work is considered a situation that directly affects the balance of interests between the parties and often leads to legal disputes. In practice, various issues arise regarding the identification of defects, the classification of defects as patent or latent, the scope of the employer's duty to inspect and notify, the conditions and limitations of the contractor's liability for defects, and the exercise of the optional rights granted to the employer. In particular, the identification and assessment of defects, the scope of the rights the employer holds against defects, the conditions under which these rights can be exercised, and the determination of the limits of the contractor's liability remain significant issues in both legal doctrine and judicial practice. This situation necessitates a clearer and more systematic evaluation of the provisions regarding the warranty against defects from both a theoretical and practical perspective. In this context, the provisions on the warranty against defects in construction contracts perform an important function in ensuring contractual security and protecting the balance of interests between the parties. These provisions, on one hand, protect the employer against defective work and, on the other, contribute to legal certainty in the contractual relationship by defining the boundaries of the contractor's liability. Therefore, a clear and systematic analysis of the theoretical foundations of liability for defects in contracts for work, as well as its practical application, is of significant importance for the sound resolution of disputes arising out of such contracts.

Keywords: Contract of Work, Defective Performance, Liability of the Contractor, Right Given to the Work Owner, Exercise of Rights Arising from Defects.

GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 470. maddesi uyarınca yüklenici, eser sözleşmesi kapsamında belirli bir ücret karşılığında kararlaştırılan eseri meydana getirme ve meydana getirdiği bu eseri iş sahibine teslim etme yükümlülüğü altına girmektedir. Yüklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan asli edim yükümlülüğü, yalnızca eserin fiziki olarak meydana getirilmesini ve iş sahibine teslimini değil, aynı zamanda bu eserin taraflarca kararlaştırılan ve objektif ölçütlere göre beklenen niteliklere sahip olarak ayıpsız bir vasıfta ifa edilmesini de kapsamaktadır¹. Bu bağlamda, yüklenicinin iş sahibine teslim edeceği eserin iş sahibinin makul menfaatini karşılayacak nitelikleri haiz olması bir zorunluluk teşkil etmektedir². Teslimi gerçekleştirilen eserin bu nitelikleri taşımaması ve dolayısıyla eserden beklenen amacın gerçekleşmemesi durumunda, bu olumsuz sonuçtan kural olarak yüklenici sorumlu tutulmaktadır³.

Eser sözleşmesinde eseri teslim borcunun tamamlayıcı bir unsuru niteliğinde olan ayıba karşı tekeffül borcu, yüklenicinin eserde ortaya çıkan

¹ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 2*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 160; Fikret Eren ve İpek Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Legem Yayınevi, 2024, s. 611; Aydın Zevkililer ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024, s. 547; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 482-483; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayınları, 2024, s. 566; Turan Şahin, "Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2 (2016): s. 135-157; Mehmet Deniz Yener, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/1 (2009): s. 155; Seda Öktem, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayrıptan Doğan Hakları", İstanbul Barosu Dergisi, 80/5 (2006): s. 1947; Leyla Müjde Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 27; Ayhan Uçar, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu* (Seçkin Yayıncılık, 2003), s. 165; Ayhan Uçar, "İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/1 (1997): s. 31.

² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 160; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 638; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 761-762; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 566; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 35; Öktem, "İş Sahibinin Ayrıptan Doğan Hakları", s. 1947; Asuman Turanboy, "Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 41/1-4 (1989-1990): s. 151; Kemal Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü: Hüküm ve Sonuçları*, Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 2008, s. 53.

³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 160; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 564; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 35; Turan Şahin, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 97; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 762; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 53; Öktem, "İş Sahibinin Ayrıptan Doğan Hakları", s. 1947.

ayıp ve eksikliklerin sonuçlarını üstlenme yükümlülüğünü ifade etmektedir⁴. Ayıba karşı tekeffül borcu, ayıpsız ifa taahhüdünün hukuki bir güvencesi olarak kabul edildiğinden, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir⁵.

Kanun koyucu, belirlenen koşulların gerçekleşmesi şartına bağlı olarak yüklenicinin eserdeki ayıptan sorumluluğunu hüküm altına almıştır⁶. Bununla birlikte, iş sahibine ayıptan kaynaklanan haklarını kullanma olanağı tanınırken, bu hakların kullanımı TBK m. 474/1 hükmü uyarınca eserin gözden geçirilmesi ve ayıbın ihbarı şeklindeki külfetlerin yerine getirilmesi şartına bağlanmıştır⁷. Bu bağlamda, iş sahibinin öngörülen külfetleri yerine getirmekte ihmal göstermesi halinde, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurma imkânı ortadan kalkmaktadır⁸.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması hâlinde iş sahibi, TBK m. 475'te düzenlenen seçimlik hakları kullanma imkânına sahip olur. İlgili maddede zikredilen seçimlik haklar; eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması hâlinde sözleşmeden dönme, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme ve aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarılmasını isteme olarak belirlenmiştir. Bunların yanı sıra, eserin ayıplı olması nedeniyle iş sahibinin uğradığı

⁴ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 160; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 564; Öktem, "İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları", s. 1947; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 547; Şahin, "Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 136; Öz Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 438; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 158; Metin Süre ve Bahadır Demir, "Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eser Sözleşmesinde Ayıp Sebebiyle Sorumluluk," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/1 (2023): s. 234; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 36.

⁵ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 547; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 38.

⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 160 vd.; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 638; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 171; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 762; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 439.

⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 167-168; M. Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2021, s. 201; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 646; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 491; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 762; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 566; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 136-137.

⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 176; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 647; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 566.

zararların tazminini talep etme olanağı da hukuk düzenince güvence altına alınmıştır.

Eserin meydana getirilmesi aşamasında, teslim sonrasında gündeme gelen ayıba karşı tekeffül hükümlerinden bağımsız olarak yüklenicinin özen ve sadakat borcuna dayanan ayrı bir denetim süreci söz konusudur. Bu aşamada TBK'nın 472/3 ve 473/2. maddelerinde yer alan düzenlemeler, eserin meydana getirilmesi sürecinde ortaya çıkabilecek ayıpların henüz teslim aşamasına gelinmeden giderilmesini mümkün kılan önleyici nitelikte hükümler olarak önem taşımaktadır⁹. Söz konusu hükümler, ayıbın ortaya çıkmasını önlemeye yönelik bir güvence sağlayarak, teslim sonrasında devreye giren ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu tamamlayıcı bir işlev görmektedir¹⁰.

Bu çalışma kapsamında öncelikle, eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin sorumluluk şartları, TBK m. 474 ve devamı hükümleri uyarınca incelenecektir. Ardından, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) hükümleri kapsam dışında bırakılarak, iş sahibinin seçimlik hakları TBK hükümleri ve Yargıtay içtihatları çerçevesinde değerlendirilecektir. Devamında ise eserin yapım sürecine ilişkin TBK m. 472/3 ve m. 473/2 hükümleri ile teslim sonrasında devreye giren ayıba karşı tekeffül rejimi arasındaki farklılıklar analiz edilecektir.

I. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN ŞARTLARI

Ayıba karşı tekeffül borcundan doğan sorumluluğun hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, belirli şartların birlikte gerçekleşmesine bağlıdır.

A. Eserin Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olması

Yüklenicinin eseri teslim etme borcu, eserin meydana getirilmesi yükümlülüğünü tamamlayan asli bir edim yükümü niteliğindedir¹¹. Teslim ile hedeflenen, eserin dürüstlük kuralı uyarınca kararlaştırılan niteliklere

⁹ Fatih Gündoğdu, *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadededen Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı* (TBK m. 473 f.2), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 112.

¹⁰ Gündoğdu, *İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 33, 111.

¹¹ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 625; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 479; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 506; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 503; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 106; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 562; Şahin, *Teslim Borcunun İfada Temerrütü*, s. 44; Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrütü*, s. 67; Cevdet Salih Şahin, *Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 15.

uygun şekilde tamamlanarak iş sahibinin zilyetliğine sunulmasıdır¹². Eserin tamamlanması bakımından önemsiz ve tali nitelikteki eksikliklerin iş sahibi tarafından teslimi engelleyici bir sebep olarak ileri sürülerek eserin teslim alınmasından kaçınılması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder¹³.

Eserin teslimi, meydana getirilen eserin niteliğine göre farklılık göstermektedir. Sözleşme konusu taşınır bir mal olduğunda, zilyetliğin iş sahibine geçirilmesiyle; taşınmaz yapılar bakımından yapının bittiğine dair iş sahibine yapılan bildirimle veya iş sahibinin eseri fiili olarak kullanmaya başlamasıyla; maddi bir varlığı bulunmayan eserlerde ise eserin somut hâle getirildiği taşıyıcı veya materyalin -örneğin; bir müzik eserin kaydedildiği cihazın yahut bir mütalaanın yazıldığı kâğıdın- iş sahibine tevdi edilmesiyle teslim yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılır¹⁴. Taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, eserin teslimine ilişkin kriterleri önceden belirleme hakkına sahiptirler. Örneğin; teslimin iskân ruhsatının alınmasından sonra veya özel ya da resmî bir komisyon tarafından düzenlenecek raporun ardından gerçekleşeceğinin sözleşmede öngörülmesi mümkündür¹⁵.

Eser sözleşmelerinde eserin teslimi, taraflar açısından bir dizi önemli hukuki sonucu beraberinde getirir. Teslim, yalnızca yarar ve hasarın iş sahibine geçmesini sağlamakla kalmaz; aynı zamanda ayıba karşı tekeffülden doğan zamanaşımı sürelerinin başlamasına, iş sahibinin gözden geçirme ve ayıpları ihbar külfetinin doğmasına ve ayıptan kaynaklanan seçimlik hakların

¹² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri* s. 160; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 626-626; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 480; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 511-512; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 564; Uçar, "Ayıba Karşı Tekeffül (1997)", s. 35; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 439; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 17.

¹³ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 511-512; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 155; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 103; Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, s. 70-71; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s.440; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 35.

¹⁴ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 626; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 480; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 509-511; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 105-110; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 508-509; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 154; Yusuf Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s.79; Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, s. 80-84; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 21-23.

¹⁵ "...Muris Nazmi ile davalı yükleniciler arasında imzalanan 1.3.1988 günlü düzenleme suretiyle satış vaadi ve kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin 4. maddesinde binanın temel üstü ruhsat alındıktan sonra 24 ay süre içinde sözleşmeye uygun şekilde tamamlanarak hak sahibine teslim edileceği öngörülmüş, 2. maddesi ile de teslim olgusu iskan iznine bağlanmıştır. Sözleşmede teslim olgusunun iskan iznine bağlanmış olması HUMK.nun 287. maddesi hükmünce delil sözleşmesi niteliğindedir..." Yargıtay 15. HD, E. 1997/2943, K. 1997/3246, 24.06.1997 (www.legalbank.net).

kullanılabilir hâle gelmesine de imkân tanır¹⁶. Bu itibarla, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması bir koşul teşkil eder¹⁷. Nitekim eserin tesliminden önce ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 474 vd. maddelerine başvurulması mümkün değildir; zira ayıplı eser, iş görme ediminin tamamlanmış sonucunu ifade eder¹⁸. Bununla birlikte, eserin teslim edilmesinden evvel yüklenicinin kusuru yüzünden eseri ayıplı olarak meydana getireceğinin açıkça anlaşılması hâlinde, iş sahibine TBK m. 473/2 kapsamında özel bir yetki tanınmıştır. Bu kapsamda iş sahibi, ayıp veya aykırılığın giderilmesi amacıyla yükleniciye uygun bir süre vererek gerekli düzeltmelerin yapılmasını; aksi takdirde ortaya çıkacak tüm hasar ve masraflar yükleniciye ait olmak üzere onarımın veya işin devamının üçüncü bir kişiye yaptırılacağını ihtar edebilir (TBK m. 473/2).

Öte yandan, eserin ayıplı olarak teslim edilmesi durumunda ortaya çıkan hukuki sonuç farklılık arz eder. Eserin ayıplı olarak teslimi söz konusu olduğunda iş sahibi, sözleşmeye uygun niteliklere haiz olmayan eseri teslim almaktan kaçınma hakkına sahip olup, bu haklı ret iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürmez¹⁹. Aksine iş sahibi, yükleniciyi borçlu temerrüdüne

¹⁶ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 481; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 503; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 762; Şahin, *Teslim Borcunu İfade Temerrüt*, s. 83; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 114-117; Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, s. 84; Dayınlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 57; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 20; Güler Gümüşsoy Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 37.

¹⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 160; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 184; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 625; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 487; Zevkililer ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 548; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 524; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 89; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 564; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2024, s. 477; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 762; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 103; Hayrunnisa Özdemir, "Eser Sözleşmesi", *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, der., M. Turgut Öz, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 535; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 439; Yasemin Durak, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/3 (2016): s. 225; Dayınlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 54; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 37; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 158.

¹⁸ Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 89; Muammer Öztürk ve Zeki Gözütoğ, *Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 47; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 487; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 183; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 477.

¹⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Legem Yayınevi, 2024, s. 1149; Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024, s. 378; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2025, s. 279-280; O. Gökhan Antalya ve Çisil Durgun Arslan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025, s. 497-498; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2025, s. 870; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 464-465; Şahin, "Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 137; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 19-20; Uçar, *İstisna Sözleşmesi*

düşürmek suretiyle TBK m. 123 vd. hükümleri uyarınca öngörülen haklara müracaat edebilir²⁰.

B. Eserin Ayıplı Olması

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için aranan ikinci temel şart, tamamlanarak iş sahibine teslim edilen eserin ayıplı olmasıdır²¹. Ayıp kavramı, teslim edilen eserde sözleşme ile taahhüt edilen yahut dürüstlük kuralı gereği objektif olarak mevcut olması beklenen ya da kanuni düzenlemeler uyarınca bulunması zorunlu olan niteliklerin hiç ya da gereği gibi mevcut olmamasını ifade eder²².

Eserdeki ayıp, niteliği itibarıyla maddi veya hukuki ayıp şeklinde ortaya çıkabileceği gibi tespit edilebilirliğine göre açık ya da gizli ayıp olarak da sınıflandırılabilir. Ayrıca ayıbın, sözleşmesel dengeye etkisi bakımından önemli veya önemsiz nitelikte olması da mümkündür.

(2003), s. 106; Özcan Günergök ve Şaban Kayıhan, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024, s. 301; Murat Aydoğdu ve Serdar Nart, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024, s. 310; Bilgehan Çetiner, Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 605; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 488; H. Tolunay Ozanemre Yayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Örnekli ve Şemalı Konu Anlatımı*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023, s. 436; Mehmet Akçaal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 286-287; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 156.

²⁰ Şahin, "Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 137; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 156.

²¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 161; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 638; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 525; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 564; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 762; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 477; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 124; Uçar, "Ayıba Karşı Tekeffül (1997)", s. 37; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 54; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 1525; "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", s. 225.

²² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 161; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 639; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 525; Şahin, "Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 138; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 564; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 487; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 762; Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, s. 103; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 182; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 441; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 477; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 124-125; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 52; Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, s. 85; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 107; Semih Yünlü, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi", *İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/3 (2014), s. 106; Erhan Günay, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025, s. 333; Tolga Olacak, *Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İssahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 69.

1. Maddi Ayıp- Hukuki Ayıp

Ayıbın tasnifine ilişkin olarak maddi ayıp ile hukuki ayıp ayrımı yapılmaktadır. TBK’da eser sözleşmesine ilişkin hükümler ise büyük ölçüde maddi ayıp kavramı esas alınarak düzenlenmiştir²³.

Maddi ayıp, eserin sözleşme ve eki niteliğindeki belgelerde (proje, teknik şartname, mahal listesi vb.) kararlaştırılan fiziksel özellikleri taşınaması ya da yürürlükteki teknik standartlara ve genel kabul görmüş kurallara aykırı şekilde fonksiyonel bozukluk içermesi hâlini ifade eder²⁴. Bu bağlamda maddi ayıp, eserin maddi varlığında ve teknik yapısında ortaya çıkan nitelik eksikliklerini kapsamaktadır.

Hukuki ayıp ise daha çok kamu hukukundan kaynaklanan emredici düzenlemelere aykırılık teşkil eden ve eserin kullanılmasını, işletilmesini veya üzerinde tasarrufta bulunulmasını sınırlandıran, güçleştiren ya da tamamen engelleyen sınırlandıran hukuki kısıtlamalar olarak tanımlanabilir. Örneğin; kamu hukukundan kaynaklanan güvenlik kurallarına aykırı biçimde gerçekleştirilen bir elektrik yalıtımı veya yüklenicinin eseri üçüncü bir kişiye ait patent hakkını ihlal ederek meydana getirmesi hukuki ayıp niteliği taşımaktadır²⁵.

Yüklenicinin yapıyı kamu hukuku kurallarına aykırı biçimde inşa etmesi sonucunda hukuki ayıbın doğduğu kimi durumlarda, maddi ve hukuki ayıp birlikte gerçekleşebilir. Örneğin; yapıda bulunması zorunlu olan yangın merdiveninin hiç yapılmamış olması veya yürürlükteki mevzuata uygun şekilde inşa edilmemesi durumunda, hem eserin fiziksel yapısına ilişkin bir eksiklik hem de kamu hukuku kurallarına aykırılık söz konusu olacaktır²⁶.

Bu noktada, hukuki ayıp kavramı ile zapta karşı tekeffül müessesesi arasındaki sınırın doğru tayin edilmesi, uygulanacak sorumluluk rejiminin tespiti açısından elzemdir. Zapt hali, üçüncü bir şahsın devredilen hak üzerinde ayni veya şahsi bir hak iddiasıyla alıcının tasarruf yetkisini sınırlamasını veya ortadan kaldırmasını ifade ederken; hukuki ayıpta ise

²³ Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 451.

²⁴ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 526; Şahin, “Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 139; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 183; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 452; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 105; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 132-133; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 112; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 52; Günay, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar*, s. 335.

²⁵ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 527.

²⁶ Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 452.

bizzat hukuk düzeninin öngördüğü objektif sınırlamalar nedeniyle alıcının kazandığı hakkı gereği gibi kullanamaması söz konusudur²⁷.

Sorumluluk hukukuna ilişkin bu ayrımın yanı sıra, teslim edilen eserdeki eksikliğin ayıplı ifa, eksik ifa veya aliud teslim teşkil edip etmediğine yönelik yapılacak hukuki nitelendirme, uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından belirleyici bir role sahiptir.

Eksik ifa ve ayıplı ifa, hukuki nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklı iki kavramdır. Ayıplı ifa, teslim edilen eserin kararlaştırılan veya objektif olarak sahip olması gereken vasıfları haiz olmaması; eksik ifa ise taahhüt edilen işin belirli bir kısmının hiç yerine getirilmemesi durumunu ifade etmektedir²⁸. Eksik ifade, işin ilgili kısmı tamamlanmadığı ve dolayısıyla hukuken bir teslim gerçekleşmediği için bu kısmın sözleşmeye uygunluğu üzerine bir ayıp tartışması yapılması mümkün değildir²⁹. Bununla birlikte, bazı somut vakılarda ifanın eksik mi yoksa ayıplı mı olduğunun tespiti güçleşebilmektedir. Doktrinde bu ayrımın netleştirilmesi amacıyla, işin diğer kısımlarına zarar vermeden tamamlanmasının mümkün olduğu hallerde eksik ifadan, mevcut yapıya müdahale edilerek sözleşmeye uygunluğun sağlanabildiği hallerde ise ayıplı ifadan söz edilmesinin isabetli olacağı ifade edilmektedir³⁰.

Söz konusu ayrım, eser sözleşmesi bağlamında yapı kullanma izin belgesinin alınmamış olmasının hukuki niteliğinin tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Öyle ki Yargıtay içtihatlarında bu hususta yeknesak bir yaklaşımın bulunmadığı görülmektedir. 1990'lı yıllardan önceki kararlarda yapı kullanma izin belgesinin alınmaması, hukuken beklenen niteliklerin gerçekleşmemesi gerekçesiyle ayıplı ifa olarak kabul edilirken³¹; daha sonraki

²⁷ Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 541.

²⁸ Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 185; Zevkililer ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 549; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 504; Sema Deniz Özkan, "Eser Sözleşmesinde Eksik İfa", *İstanbul Barosu Dergisi*, 89/6, (2015): s. 227; Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, s. 110; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 454; Günay, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar*, s. 335; Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, s. 85; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 78.

²⁹ Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 185; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 504; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 454.

³⁰ Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, s. 72; Sanem Aksoy Dursun, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları", *Legal Hukuk Dergisi*, 9/101 (2011): s. 1847; Özkan, "Eser Sözleşmesinde Eksik İfa", s. 227.

³¹ Yargıtay 15. HD, T. 04.10.1989, E.1989/2731, K. 1989/4015 "...Öte yandan, oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder. Borçlar Kanunu madde 362 hükmü gereğince iş sahibi eseri teslim alırken bunun kusur ve ayıplarını yükleniciye derhal ihbar etmesi gerekir. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Somut olayda davacının eseri teslim alırken oturma izninin

içtihatlarda ise sözleşmeye uygun bir teslimin henüz gerçekleşmediği gerekçesiyle eksik ifa kapsamında değerlendirilmektedir³².

Söz konusu farklı nitelendirmeler, uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından belirleyici sonuçlar doğurmaktadır. Eserin ayıplı ifa edildiğinin kabulü hâlinde, iş sahibinin eseri gözden geçirme ve ayıbı ihbar etme külfeti gündeme gelmekte; bu çerçevede TBK'nın 475. maddesinde düzenlenen seçimlik haklar uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşılık, teslim borcunun henüz gereği gibi ifa edilmediği sonucuna varılması durumunda ise gözden geçirme ve ihbar külfetinin doğmadığı kabul edilmekte; yüklenicinin sorumluluğu TBK'nın genel hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir³³. Kanaatimizce, yapı kullanma izin belgesinin alınmamış olması ayıplı ifa olarak değil, sözleşmeden doğan edimin eksik ifası olarak nitelendirilmelidir; zira böyle bir durumda eser, hukuken henüz teslim edilmiş sayılmayacaktır. Bu nedenle iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfeti doğmayacak; ancak eserin teslimi için kararlaştırılan sürenin sona ermesi hâlinde, yüklenici bakımından temerrüt hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir³⁴.

Taahhüt edilen inşaatın, yüzölçümü açısından sözleşmede belirtilenden daha küçük olması durumunda, bunun eksik ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olarak nitelendirileceği hususunda Yargıtay ve doktrin farklı yaklaşımlara sahiptir. Yargıtay, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin sıkı koşullar ve kısa zamanaşımı sürelerine tabi olması nedeniyle, yüzölçümü eksikliğini "eksik iş" olarak değerlendirmekte, bu durumda arsa sahibinin ayıp sorumluluğuna ilişkin gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmesine gerek olmaksızın, TBK m. 112 uyarınca yükleniciden eksiklikten kaynaklanan

sözleşme gereğince alınmadığını, buna dair haklarını saklı tuttuğunu davalıya bildirdiğini ispatla yükümlü olduğu halde, bu hususta herhangi bir kanıt göstermemiştir. O halde davalı yükümlünün sorumluluğundan söz edilemez..." (www.legalbank.net).

³² Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 52-53; Özkan, "Eser Sözleşmesinde Eksik İfa", s. 228; Yargıtay 15. HD, T. 06.12.2017, E. 2006/6821, K. 2007/7876 "...Mahkemeye eserin teslim alındığı ve ayıp ihbarında bulunulmadığı gerekçesiyle davacılarca istenen açık ayıplı imalat bedelinin reddine karar verilmiştir. Oysa usulüne uygun şekilde düzenlenen sözleşmede inşaatın sözleşme şartlarına uygun şekilde 24 ay içinde teslimi öngörülmüş ve iskan ruhsatı alınması mükellefiyeti de yüklenici üzerinde bırakılmıştır. Henüz iskan ruhsatı alınmadığına göre sözleşme şartlarına uygun bir teslimin varlığından sözedilemez. Ayıp ihbarı ise ancak teslimden sonra yapılabilir. Bu nedenle mahkemeye bilirkişilerce saptanan açık ayıplı imalatın bedeline de hükmedilmesi gerekirken ayıp ihbarının yapılmadığından bahisle reddedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür..." (www.legalbank.net).

³³ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 504; Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, s. 74-75; Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, s. 106.

³⁴ Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, s. 74; Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, s. 106.

zararların tazminini talep edebileceğini kabul etmektedir³⁵. Doktrinde ise yüzölçümü eksikliğinin ayıp hükümlerine tabi tutulması gerektiği; zira bu eksikliğin eserin diğer kısımlarına zarar verilmeden giderilemeyeceği, ayrıca gizli ayıp niteliği taşıdığı, bu nedenle de iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmemesi hâlinde dahi ayıptan doğan haklarını kaybetmeyeceği ileri sürülmektedir³⁶.

Eserin aliud teslimi ile ayıplı ifa hâlleri, hukuki nitelikleri bakımından birbirinden ayrı durumlar olarak kabul edilmektedir. Yüklenicinin sözleşme uyarınca meydana getirmeyi üstlendiği eser yerine tamamen farklı nitelikte bir eseri meydana getirerek iş sahibine teslim etmesi hâlinde ayıplı ifadan değil, aliud ifadan söz edilir³⁷. Bu bağlamda, yüklenicinin mevcut bir binayı yıkarak yerine yeni bir yapı inşa etmeyi üstlendiği bir eser sözleşmesinde, yüklenicinin mevcut yapıyı koruyarak yalnızca tadilat yapmakla yetinmesi durumunda aliud ifa meydana gelir³⁸. Bu tür bir ifa, borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin genel borca aykırılık hükümleri çerçevesinde değerlendirilir³⁹. Dolayısıyla iş sahibinin başvurabileceği hukuki imkânlar, ayıplı ifaya özgü seçimlik haklar kapsamında değil, genel hükümler doğrultusunda belirlenir.

2. Açık Ayıp- Gizli Ayıp

Eser sözleşmesinde tespit edilebilirlik niteliği açısından ayıbın tasnifi, açık ayıp ve gizli ayıp şeklinde yapılır.

³⁵ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 524; Mustafa Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2022, s. 118-119; Yargıtay 6. HD, T. 01.06.2022, E. 2021/5059, K. 2022/2978 "...Davalı müteahhit firma ile davacılar arasında yapılan sözleşmede davacıların yapılacak yapıdan net 117 m² 7 adet daire alacağını belirtildiği, verilen dairelerin yüzölçümünün taahhüt edilen ölçüyü sağlamadığı sabittir. Sözleşmede 117m²Lik 7 adet daire verileceği davalı yüklenici tarafından taahhüt edildiğinden, arsa sahiplerince açıkça vazgeçilmediği sürece yüklenicinin eksik iş nedeni ile sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Kat irtifakı projesine onay verilmesi sözleşmede belirlenen haktan vazgeçilmesi anlamına gelmez bu nedenle bilirkişi raporları doğrultusunda eksik metrekarelerin davacılar lehine hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçeyle reddi doğru olmamıştır..." (www.legalbank.net).

³⁶ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 504; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 12; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 229; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 121; Özkan, "Eser Sözleşmesinde Eksik İfa", s. 228-229.

³⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 166; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 530; Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, s. 68; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 37; Özkan, "Eser Sözleşmesinde Eksik İfa", s. 230; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 82.

³⁸ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 530.

³⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 166; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 530; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 112; Özkan, "Eser Sözleşmesinde Eksik İfa", s. 230; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 82.

Eser sözleşmelerinde açık ayıp, teslim anında özel bir incelemeye gerek kalmaksızın bariz biçimde görülebilen veya teslim sonrasında iş sahibinin eser üzerinde yapacağı olağan bir kontrol neticesinde kolaylıkla tespit edilebilen kusurları ifade eder⁴⁰. Örneğin; teslim edilen konutun elektrik ve su tesisatının çalışmaması veya teslim edilen mobilyanın kumaşındaki renk farklılığı derhal tespit edilebilir kusur olduğundan açık ayıp kapsamında değerlendirilmektedir⁴¹. Buna karşılık, teslim sırasında fark edilmesi mümkün olmayan ve özenli bir inceleme ile dahi ortaya çıkarılamayan, eserin kullanımı sırasında ortaya çıkan kusurlar ise gizli ayıptır⁴². Örneğin; sipariş üzerine 22 ayar olarak teslim edilen bir altın takının aslında 18 ayar olduğunun anlaşılması veya müteahhit tarafından yazlık ev inşasında deniz kumu kullanılması sonucu demirlerin oksitlenerek yapının yıkılması gibi durumlar, gizli ayıp niteliğindedir⁴³.

Ayıbın açık veya gizli nitelikte olması, iş sahibinin eseri gözden geçirme ve ayıbı yükleniciye bildirme yükümlülükleri ile bu bildirim için öngörülen ihbar süreleri açısından önem taşımaktadır⁴⁴. TBK m. 474/1 uyarınca, açık ayıplar bakımından iş sahibi, eseri teslim almasını takiben, işlerin normal akışına göre imkân bulur bulmaz derhal inceleme yapmak zorundadır. Gözden geçirme sonucunda bir ayıp tespit ederse, tespit edilen ayıpları uygun bir süre içerisinde yükleniciye bildirmelidir (TBK m. 474/1). Aksi takdirde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.

Eserin teslimi sırasında gerçekleştirilen gözden geçirme ile saptanamayan, kullanım sürecinde ortaya çıkan gizli ayıplar bakımından hukuki süreç, TBK m. 477/3 uyarınca şekillenir. İlgili hüküm gereğince iş

⁴⁰ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 167; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 650; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 528; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 565; Şahin, "Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 139; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 477; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 130; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 112; Durak, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", s. 226; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 37; Nihat Yavuz, *Ayıplı İfa*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 638; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 183; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 161; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 75.

⁴¹ Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 477.

⁴² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 167; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 207; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 650; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 528; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 565; Şahin, "Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 140; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 478; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 130; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 114; Durak, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", s. 226; Yavuz, *Ayıplı İfa*, s. 638; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 183; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 74.

⁴³ Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 478.

⁴⁴ Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 478; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 42; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 130; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 74.

sahibi, ayıbı tespit eder etmez durumu gecikmeksizin yükleniciye bildirmekle yükümlüdür; aksi takdirde eseri mevcut haliyle kabul etmiş sayılır. Buna karşın, yüklenicinin kasten sakladığı veya gizli nitelikteki ayıplar söz konusu olduğunda, yüklenicinin sorumluluğu eserin kabulünden sonra da devam eder⁴⁵. İş sahibi, söz konusu ayıpları dürüstlük kuralı çerçevesinde uygun bir sürede bildirdiği müddetçe, kanunda öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde yükleniciye karşı yasal haklarına başvurabilir⁴⁶.

Görüldüğü üzere açık ayıp-gizli ayıp ayrımı, yalnızca ayıp ihbar süresinin belirlenmesinde etkili değildir. Aynı zamanda TBK m. 477 hükmüyle birlikte, yüklenicinin kasten yahut ağır ihmalle hareket ettiği durumlarda bile sorumluluğunun devam etmesini sağlayarak iş sahibine yönelik bir koruma oluşturur⁴⁷. Bu düzenlemenin detaylarına ileride değineceğiz.

3. Önemli Ayıp- Önemsiz Ayıp

Eser sözleşmesinde, eserde bulunan ayıbın önemli veya önemsiz ayıp olarak belirlenmesi, iş sahibinin başvurabileceği seçimlik hakların kapsamını tayin eden bir ölçüttür. Bu ayırım, TBK'nın 475. maddesinde düzenlenmiştir.

İlgili maddenin birinci fıkrası uyarınca, eserin iş sahibi tarafından kullanılamayacak nitelikte olması veya hakkaniyet gereği iş sahibinin eseri kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı bulunması hâli önemli ayıp olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda önemli ayıp; eserin tahsis edildiği amaca elverişsizliğini, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere ciddi ölçüde aykırılık göstermesini ve iş sahibi bakımından sözleşmesel ilişkinin sürdürülmesini katlanılamaz kılan tüm durumları ifade eder⁴⁸. Böyle bir ayıbın varlığı durumunda, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır⁴⁹.

⁴⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 208; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 565; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 763; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 136.

⁴⁶ Özdemir, *"Eser Sözleşmesi"*, s. 42; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 74.

⁴⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 208; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 478.

⁴⁸ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 528; Şahin, *"Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu"*, s. 140; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 568; Turanboy, *"Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu"*, s. 162; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 114; Berk Kenan Koyuncu, *"Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m. 475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirme"*, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/145-146 (2016): s. 1073; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 75.

⁴⁹ Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 187-188; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 528; Şahin, *"Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu"*, s. 140; Turanboy, *"Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk*

Anılan maddenin ikinci ve üçüncü bendinde ise ayıpların ağırlık derecesine göre farklı bir sınıflandırma yapılmış ve daha hafif nitelikteki kusurlar bakımından ayrı bir hukuki rejim öngörülmüştür. Önemsiz ayıp olarak nitelendirilen bu durumlar; sözleşme hükümlerine açık bir aykırılık teşkil etmeyen, eserin kullanımını engellemeyen ve hakkaniyet gereği iş sahibinin eseri kabule zorunlu olduğu ayıplardır⁵⁰. Bu tür ayıplar, eserin kullanım amacına ulaşılmasını bütünüyle ortadan kaldırmadığından iş sahibine sözleşmeden dönme yetkisi vermez; ancak ayıbın giderilmesini veya bedelden indirim yapılmasını talep etme hakkı sağlar⁵¹. Bununla birlikte doktrinde, iş sahibinin dönme iradesini açıkladığı anda ileri sürdüğü ayıbın önemsiz olması hâlinde dahi sonradan öğrenilen ve dönmeyi haklı kılacak nitelikteki başka bir ayıba dayanılarak dönme beyanının geçerlilik kazanabileceği ileri sürülmektedir⁵².

C. Ayıbın İş Sahibine Yüklenememesi

Ayıptan doğan sorumluluğun ileri sürülebilmesi için gereken temel koşullardan bir diğeri, ortaya çıkan ayıbın iş sahibine isnat edilebilir nitelikte olmamasıdır⁵³. Eserdeki ayıbın iş sahibinin kusurundan kaynaklanma ihtimali, hukuki sorumluluğun paylaştırılması bakımından önem arz ettiğinden, kanun koyucu bu durumu TBK m. 476'da özel olarak hükme bağlamıştır. İlgili hüküm uyarınca; yüklenicinin açık uyarısına rağmen iş sahibinin verdiği talimatlardan kaynaklanan veya başka bir sebeple iş sahibine yüklenebilen ayıplarda, iş sahibi seçimlik haklarını kullanma imkânını kaybeder. Buradaki "talimat" kavramından kasıt, yüklenicinin uymakla yükümlü olduğu bağlayıcı direktifler olup, bağlayıcı nitelik taşımayan öneri, teklif veya istekler bu kapsamda değerlendirilmez⁵⁴.

Sorumluluğu", s. 162; Şahinüz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 114; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 158; Koyuncu, "Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme", s. 1073.

⁵⁰ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 528; Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, s. 108; Şahinüz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 114.

⁵¹ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 528; Şahin, "Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 140; Şahinüz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 114; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 75.

⁵² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 182; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 569.

⁵³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 208; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 198; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 634; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 488; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 535; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 763; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 233; Şahinüz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 138.

⁵⁴ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 210; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 640; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 550-551; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 488; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 536; Şahinüz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 139; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 234; Betül Tiriyaki Özlük, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Uygun Olmayan Talimat ile Bağlılığı", *Adalet Dergisi*, 74 (2025): s. 767.

İş sahibine isnat edilebilecek ayıplara ilişkin düzenlemelerden biri de TBK m. 472/3 hükmüdür. Anılan hüküm uyarınca, eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılacağı yerin ayıplı olduğunun anlaşılması ya da eserin gereği gibi veya zamanında tamamlanmasını tehlikeye düşürebilecek başka bir durumun ortaya çıkması hâlinde yüklenici, bu durumu derhâl iş sahibine bildirmekle yükümlüdür; aksi takdirde doğacak sonuçlardan sorumlu tutulur. Esasen bu düzenleme, hukukun temel prensiplerinden biri olan “hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak talep edemez” ilkesinin eser sözleşmesi bağlamındaki somut bir yansımasıdır⁵⁵.

Belirtmek gerekir ki ayıbın iş sahibinden kaynaklanıyor olması, yüklenicinin kurtulması adına tek başına yeterli bir sebep teşkil etmez; zira eser sözleşmesi ilişkisinde gerekli teknik bilgi ve uzmanlığa sahip olan taraf yüklenici olup, kendisinden beklenen basiretli ve özenli hareket etme yükümlülüğü uyarınca davranması asıldır⁵⁶. Bu doğrultuda yüklenici, TBK m. 476 gereğince; iş sahibinin hatalı talimatları, plan veya proje tercihleri ya da malzeme seçimleri karşısında iş sahibini açık biçimde uyarmakla mükelleftir⁵⁷. Herhangi bir şekle tabi olmayan bu bildirim, mevcut durumun eserde ayıba yol açabileceğini ve iş sahibinin bu yöndeki ısrarı hâlinde doğabilecek olumsuz sonuçların münhasıran kendisine ait olacağını kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya koymalıdır⁵⁸.

Yüklenicinin bildirim yükümlülüğü, sahip olduğu mesleki uzmanlığa dayanmakta olup, sözleşmeden kaynaklanan özen borcunun da bir gereğidir⁵⁹. Bu doğrultuda yüklenici, gerekli ihtarı yapmaksızın iş sahibinin

⁵⁵ Sürer ve Demir, “Eser Sözleşmesinde Ayıp Sebebiyle Sorumluluk,” s. 238.

⁵⁶ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 521-522; Uçar, “Ayıba Karşı Tekeffül (1997)”, s. 34; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 485; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 554; Dayınlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 37; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 40.

⁵⁷ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 631; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 550; Turanboy, “Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”, s. 179; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 485; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 567-568; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 140; Tiryaki Özlük, “Uygun Olmayan Talimata Bağlılık”, s. 771.

⁵⁸ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 641; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 489; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 551; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 239; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 140; Yener, “Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 172; Turanboy, “Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”, s. 182; Tiryaki Özlük, “Uygun Olmayan Talimata Bağlılık”, s. 771.

⁵⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 213; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 641; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 489; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 551; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 552; Dayınlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 58; Tiryaki Özlük, “Uygun Olmayan Talimata Bağlılık”, s. 772.

talimatlarına doğrudan uyarak eseri meydana getirirse, oluşacak ayıplardan hukuken sorumlu tutulur⁶⁰. Ancak yüklenicinin yaptığı ihtarla rağmen iş sahibinin sessiz kalması, ilgili talimatta ısrar edildiği şeklinde değerlendirilmektedir⁶¹. Yüklenicinin açık ve yeterli uyarılarına rağmen iş sahibinin hatalı talimatlarında ısrar etmesi hâlinde ise yüklenici eseri bu talimatlara uygun şekilde tamamlamakla yükümlüdür⁶². Böyle bir durumda ortaya çıkan ayıptan yüklenici sorumlu tutulamaz; zira ayıp, iş sahibinin ısrar ettiği talimatlardan kaynaklanmaktadır⁶³.

Sorumluluğun sınırlandırılması noktasında doktrinde, yüklenicinin ihtar da bulunmamış olması hâlinde dahi iş sahibinin talimatlarında ısrar edeceğini ve bunun sonucunda eserin ayıplı hâle geleceğini ispatlayabilmesi durumunda, ayıptan doğan sorumluluktan kurtulabileceği ileri sürülmektedir⁶⁴. Diğer görüş ise yüklenicinin mesleki bilgi ve deneyiminin gerektirdiği özen borcunun göz ardı edilerek, sorumluluğun mutlak surette ortadan kalktığını kabul etmeyi isabetsiz bulmaktadır⁶⁵. Bu bağlamda, yüklenicinin özellikle işin ifa şekline dair sözleşmeden doğan risk ve sorumlulukları bağımsız olarak üstlendiği hâllerde, söz konusu hususlara ilişkin iş sahibinin talimatı olduğu ileri sürülmemelidir⁶⁶.

Sorumluluğun tamamen ortadan kalkmadığı; ancak ayıbın oluşumunda hem iş sahibinin hem de yüklenicinin kusurunun bulunduğu durumlarda, iş sahibinin seçimlik haklarını kullanması engellenmemektedir. Bu tür ortak kusur durumlarında, TBK m. 114 yollamasıyla m. 52/1 uyarınca bir dengeleme yapılarak, yüklenicinin sorumluluğu iş sahibinin kusuru oranında indirilmelidir⁶⁷.

⁶⁰ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 641; Turanboy, “Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”, s. 179; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 485.

⁶¹ Turanboy, “Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”, s. 182; Tiryaki Özlük, “Uygun Olmayan Talimata Bağlılık”, s. 773.

⁶² Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 485.

⁶³ Zevkililer ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 550; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 489; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 485-486; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 243; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 139; Yener, “Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 172; Tiryaki Özlük, “Uygun Olmayan Talimata Bağlılık”, s. 775.

⁶⁴ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 490; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 40.

⁶⁵ Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 126.

⁶⁶ Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 126.

⁶⁷ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 644; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 40; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 139; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 116; Tiryaki Özlük, “Uygun Olmayan Talimata Bağlılık”, s. 775.

D. Eserin Ayıplı Olması

İş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmesinin bir diğer koşulu, eseri teslim aldığı hâliyle kabul etmemiş olmasıdır⁶⁸. TBK m. 477/1 hükmü, teslim alınan eserin iş sahibi tarafından kabul edilmesinin, yükleniciyi ayıplı ifadan doğan sorumluluktan kurtaracağını öngörmektedir⁶⁹.

Bu noktada, “kabul” kavramının hukuki anlamının açıklığa kavuşturulması gerekir. Kabul; yüklenici tarafından teslim edilen eserin sözleşmede öngörülen niteliklere uygun olduğunun, iş sahibi tarafından bu haliyle sözleşmeye uygun bulunduğunun ve artık ayıp iddiasında bulunulmayacağını açık veya örtülü bir irade beyanıyla ikrar edilmesini ifade etmektedir⁷⁰. Başka bir ifadeyle, teslim edilen eserin mevcut durumuyla iş sahibince benimsenmesi anlamına gelmektedir⁷¹. Eserin fiilen teslim alınması veya zilyetliğinin iş sahibine geçmesi, tek başına eserin kabul edildiği yönünde bir karine oluşturmaz⁷².

Kabul kavramı ile eserin kesin kabulünün anlaşılması gerekir; zira geçici kabul aşamasında, eserdeki olası eksikliklerin ve ayıpların tespit edilmesi ile bunların giderilmesi için bir süre tayin edilmesi amaçlandığından, eser henüz teslim edilmiş sayılmaz⁷³. Belirli ölçüde eksiklik bulunmasına rağmen geçici kabulün yapılması mümkün olmakla birlikte, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim yükümlülükleri ile buna bağlı olarak ayıba karşı tekeffül haklarından yararlanabilme imkânı yalnızca eserin kesin kabulü ile doğmaktadır⁷⁴.

Kesin kabulün hukuki sonuçları ise TBK m. 477’de düzenlenmiştir. Yasal düzenleme uyarınca, iş sahibinin eseri açık veya zımni olarak kabul etmesi,

⁶⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 217; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 644; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 548; Turanboy, “Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”, s. 183.

⁶⁹ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 644.

⁷⁰ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 480; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 503; Zevkililer ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 550; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 94; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 16; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 53.

⁷¹ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 644; Zevkililer ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 550.

⁷² Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 480; Zevkililer ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 508; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 535; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 55; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 41.

⁷³ Turanboy, “Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”, s. 184-185; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 116.

⁷⁴ Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 103.

yüklenicinin eserdeki ayıplardan doğan sorumluluğunu sona erdirir. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır. Ayıbın yüklenici tarafından kasten gizlenmesi veya usulüne uygun bir gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek nitelikte olması durumunda, iş sahibi eseri kabul etmiş olsa dahi yüklenicinin sorumluluğu devam eder⁷⁵. Bu bakımdan, kasten gizlenen ayıplar ile gizli ayıplar hakkında TBK m. 477'deki kabul karanesi uygulama alanı bulmaz⁷⁶. Netice itibarıyla eserin kabulü, yükleniciyi açık ayıplar bakımından sorumluluktan kurtarıırken, gizli veya kasten saklanan ayıplar bakımından tekeffül borcu varlığını sürdürür⁷⁷.

Bununla birlikte, gizli ayıplar bakımından kabul sonrasında devam eden yüklenici sorumluluğunun, iş sahibi tarafından süresiz şekilde ileri sürülmesi mümkün değildir⁷⁸. TBK m. 477/3 uyarınca, sonradan ortaya çıkan gizli ayıpların tespit edildiği andan itibaren gecikmeksizin bildirilmemesi, söz konusu ayıpların zımnen kabul edildiği sonucunu doğurmaktadır. Bu düzenlemeye paralel olarak kanun koyucu, TBK m. 477/2 hükmü ile iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetini ihmal etmesini, eserin mevcut haliyle kabul edildiği yönünde bir kanuni karine olarak değerlendirmiştir⁷⁹. Sonuç olarak ister açık bir irade beyanıyla ister gözden geçirme ve ihbar külfetinin ihmal edilmesiyle gerçekleşsin, eserin kabul edilmiş sayılmasıyla iş

⁷⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 644; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 208; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 551; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 535; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 95; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 565; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 487; Özdemir, *"Eser Sözleşmesi"*, s. 548; Turanboy, *"Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu"*, s. 184; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 763; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 136.

⁷⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 644; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 551; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 568; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 487; Yener, *"Ayıba Karşı Tekeffül Borcu"*, s. 173.

⁷⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 644; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 551; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 535; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 95; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 568; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 487; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 72; Turanboy, *"Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu"*, s. 183.

⁷⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 220; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 650; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 552; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 534; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 568; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 257; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 481; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 568.

⁷⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 221; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 645-646; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 550-551; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 534; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 566; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 481; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 146-147; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 41.

sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklarını ileri sürme imkânı ortadan kalkmaktadır⁸⁰.

E. Gözden Geçirme ve Bildirim Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmiş Olması

Eserin ayıplı olması nedeniyle tanınan seçimlik hakların kullanılabilmesi, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini usulüne uygun şekilde yerine getirmesine bağlıdır⁸¹. Hukuki mahiyeti itibarıyla bu işlemler, yerine getirilmediğinde iş sahibi için bir tazminat sorumluluğu yaratmayan; ancak hak kaybına yol açması sebebiyle, borç kavramından ziyade hukuki külfet olarak nitelendirilir⁸². Söz konusu külfetlerin yerine getirilebilmesi için ise öncelikle eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması şarttır⁸³.

Eserin teslimini takiben başlayan gözden geçirme süreci, kural olarak eserdeki açık ayıplar açısından geçerlilik arz eder; zira gizli ayıplar veya yüklenici tarafından kasten saklanan ayıplar, olağan bir gözden geçirme ile tespit edilemediğinden, bunların ancak kullanım sürecinde ortaya çıktıkları anda bildirilmesi yeterli görülmektedir⁸⁴. Bu noktada fikrî eserler bakımından

⁸⁰ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 550-551; s. 644-645; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 534; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 565-566; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 486-487; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 54; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 95; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 41.

⁸¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 168; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 200; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 646-647; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 551; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 530; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 566; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 762-763; Şahin, *“Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”*, s. 141; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 136-137; Turanboy, *“Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”*, s. 163; Öktem, *“İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları”*, s. 1951; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 479; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 54; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 119.

⁸² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 168; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, 201; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 646; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 530; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 137; Turanboy, *“Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”*, s. 163; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 566; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 479; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 119; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 116.

⁸³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 168; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 202; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 647; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491-492; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 551; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 531; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 567; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 95; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 467; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 143; Turanboy, *“Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”*, s. 163; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 54; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 119.

⁸⁴ Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 207; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 650; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 532; Özdemir, *“Eser Sözleşmesi”*, s. 557; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003),

özel bir durum mevcuttur. Fikrî eserlerde iş sahibi, doğası gereği sözleşmenin gereği gibi ifa edilip edilmediğini denetleyebilecek konumda olmadığından, bu tür eserlerde ayıplar gizli ayıp mahiyetinde kabul edilmeli ve bildirim süreci bakımından TBK m. 477/3 hükmü uygulanmalıdır⁸⁵.

Gözden geçirme işleminin yeri ise işin niteliğine göre değişkenlik gösterir. Aksine bir sözleşme hükmü bulunmadıkça gözden geçirme; taşınır eserlerde teslim yerinde, taşınmazlarda ise eserin bulunduğu yerde gerçekleştirilir. İş sahibinin bu külfeti yerine getirirken, sözleşme hükmü veya teamül gereği aksi öngörülmedikçe, bir uzmana veya bilirkişiye başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır⁸⁶. Bununla birlikte, olası ihtilafların önüne geçilmesi ve ispat kolaylığı sağlanması amacıyla kanun koyucu taraflara özel bir imkân tanımıştır. TBK m. 474/2 kapsamında gerek iş sahibi gerekse yüklenici, aksi kararlaştırılmadıkça giderlerini üstlenmek kaydıyla eserin bilirkişi tarafından incelenmesini ve inceleme sonucunun bir raporla tespit edilmesini talep etme hakkına sahiptir.

Eserin gözden geçirilmesinin ardından, iş sahibinin tespit ettiği ayıpları yükleniciye bildirmesi gerekir. Ayıp bildirim, kural olarak gözden geçirmenin tamamlanmasından hemen sonra yapılmalıdır; ancak işin karmaşık ve kapsamlı olması durumunda, sürecin tamamlanması beklenmeksizin bildirimin yapılması uygun olur⁸⁷. Yapılacak bildirim, tacirler arasında bile olsa herhangi bir şekle tabi değildir⁸⁸. Bildirimdeki bu şekil serbestisinin bir yansıması olarak, ayıbın tespiti amacıyla başvuru

s. 149; Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, s. 119; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 763; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 123.

⁸⁵ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 531; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 127.

⁸⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 170; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 647-648; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 567; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 492-493; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 553; Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, s. 120; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 480; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 139; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 121.

⁸⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 493; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 553; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 142.

⁸⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 173; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 209; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 650; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 493; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 553; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 533; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 153; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 128; Yargıtay 15. HD, T. 13.05.2011, E. 2010/7511, K. 2011/2896 "...Oysa mahkemece belirtilen gerekçenin aksine, eser sözleşmesinde ayıp ihbarının yapılması tacirler arasında olsa dahi herhangi bir şekle tabi olmayıp (Y.15.H.D. 15.01.1996 T. 7272/74 sy.) ihbar keyfiyeti de bir hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri bir fiil olduğundan BK. 'nın 359 ve 362. maddelerinde belirtilen sürelerde yapılıp yapılmadığı hususu da tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir (Y.15.H.D. 24.11.1989 T. 3847/4937 sy.)..." (www.legalbank.net).

delil tespiti dilekçesinin veya bu süreci belgeleyen bilirkişi raporunun karşı tarafa tebliğ edilmesi, ayıp ihbarının usulüne uygun şekilde yapıldığının ispatı bakımından elverişli kabul edilmektedir⁸⁹. İçerik bakımından ise bildirimin, yalnızca “eserin ayıplı olduğu” veya “sözleşmeye aykırılık bulunduğu” yönündeki genel beyanlardan ibaret olması yeterli görülmemektedir⁹⁰. Bildirimin, yüklenicinin ayıbı değerlendirebilmesine ve gereken önlemleri alabilmesine olanak tanıyacak ölçüde yeterli açıklamaları içermesi gerekmektedir⁹¹.

Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereken zaman dilimi ise ayıbın açık veya gizli nitelikte olmasına göre farklılık arz etmektedir⁹². Açık ayıplar bakımından, TBK m. 474/1 uyarınca iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve tespit ettiği ayıpları uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmekle yükümlüdür. Kanun koyucu, bu süreç için kesin süreler öngörmeyerek sürenin belirlenmesini somut olayın özelliklerine bırakmıştır⁹³. Bu bağlamda uygun süre; tarafların niteliği, iş kolu teamülleri ve eserin özellikleri gibi kriterler dikkate alınarak, makul ve özenli bir iş sahibinin sergilemesi gereken davranış esas alınarak belirlenir⁹⁴. Belirleyici bir teamülün bulunmadığı

⁸⁹ Yargıtay 6. HD, T. 25.01.2022, E. 2021/3033, K. 2022/255 “...Öte yandan, YHGK'nın 13.05.2009 tarih ve 13-160 E., 185 K. sayılı ilamında da açıklandığı üzere, ayıp ihbarı kural olarak şekle tabi bulunmayıp içeriği itibarıyla ayıptan karşı tarafın haberdar olmasını sağlamaya elverişli her türlü ihbarın, ayıp ihbarı olarak kabulü mümkün olup, tespit dilekçesinin ya da raporunun tebliği işleminin de ayıp ihbarı niteliğinde olduğunun kabulü gerekir...” (www.legalbank.net).

⁹⁰ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 172; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 211; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 649; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 493; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 533; Şahinöz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 131; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), 148; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 121.

⁹¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 172; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 649; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 493; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 533; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 147-148; Şahinöz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 131; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 43; Yener, “*Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*”, s. 160-161.

⁹² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 650; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 552; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 532; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 480-481; Şahinöz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 123; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 43.

⁹³ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 552; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 481; Özdemir, “*Eser Sözleşmesi*”, s. 556; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 149.

⁹⁴ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 169; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 204-205; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 650; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 492; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 552; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 481; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 123.

hallerde ise "imkân bulur bulmaz" ölçütü devreye girer⁹⁵. Bu ifade, salt iş sahibinin sübjektif durumuna indirgenmeksizin, hayatın olağan akışı çerçevesinde dürüstlük kuralı uyarınca yorumlanmalıdır⁹⁶. Özellikle tarafların tacir sıfatını haiz olmadığı veya yeterli teknik deneyime sahip bulunmadığı durumlarda, gözden geçirme süresinin daha esnek ve geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁷. Bunun yanında, gözden geçirme işlemine başlamayı imkânsız kılan haklı bir sebebin varlığı halinde, dürüstlük kuralı gereği bu sürenin söz konusu engel ortadan kalkana dek işlemeyeceği kabul edilmelidir⁹⁸.

Açık ayıplar için öngörülen bu külfet, gizli ayıplar bakımından ise farklı bir hukuki rejime tabidir. Gizli ayıplar söz konusu olduğunda, iş sahibinin başlangıçta bir gözden geçirme yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, bu ayıpların tespiti halinde gecikmeksizin yükleniciye bildirilmesi gerekir (TBK m. 477/3)⁹⁹. Sonuç olarak, iş sahibinin açık ayıplarda uygun bir süre içinde, gizli ayıplarda ise gecikmeksizin yükleniciye bildirimde bulunmaması, eserin mevcut haliyle kabul edildiği anlamına gelir ve iş sahibi bu takdirde ayıptan doğan haklarını kaybeder¹⁰⁰.

Bildirim külfetinin süresi içinde yerine getirilmediği hususu yüklenici tarafından ileri sürülebileceği gibi iş sahibi de bu yükümlülüğün zamanında yerine getirildiğini iddia edebilir¹⁰¹. Ancak açık bir ayıbın varlığını ve bu ayıbın zamanında bildirilmediğini iddia eden yüklenicinin, bu iddiasını kanıtlaması gerekmektedir¹⁰². Hâkim, ayıp bildiriminin süresinde yapılp

⁹⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 170; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 492; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 552.

⁹⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 169-170; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 119.

⁹⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 170; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 492; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 552.

⁹⁸ Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 119.

⁹⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 211; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 650; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 532; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 568; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 487; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 559; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 151-152; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 122; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfade Sorumluluk*, s. 123.

¹⁰⁰ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 534; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 646-647; Şahin, *Teslim Borcunu İfade Temerrüt*, s. 46; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, 479; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 554; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 118; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 762-763; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 146-147; Dayımlarlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 54; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfade Sorumluluk*, s. 136; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 159; Öktem, "İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları", s. 1951.

¹⁰¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 221; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 153-154.

¹⁰² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 221.

yapılmadığını re'sen araştırmakla yükümlü olmamakla birlikte, bildirimin süresinden sonra yapıldığının tespit edilmesi hâlinde, buna bağlı tüm hukuki sonuçları re'sen uygular¹⁰³.

Gözden geçirme ve ayıp bildirimi yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşıması sebebiyle, taraflar sözleşme ile gözden geçirmenin usulünü ve ayıp ihbarına ilişkin süreyi serbestçe belirleyebilirler¹⁰⁴. Ancak sözleşmede öngörülen bildirim süresinin, gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılacak bir incelemeye imkân tanımayacak ölçüde kısa olması hâlinde, söz konusu süre yerine işlerin olağan akışı çerçevesinde makul ve yeterli kabul edilebilecek bir sürenin esas alınması gerekir¹⁰⁵.

Tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan eser sözleşmelerinde, TKHK m. 8 vd. hükümleri uyarınca iş sahibi tüketicinin eseri gözden geçirme ve ayıbı bildirme yükümlülüğü kaldırılmıştır¹⁰⁶. Bu kapsamda, ayıbın açık veya gizli olmasına bakılmaksızın, tüketici iş sahibi ayıptan kaynaklanan seçimlik haklarını zamanaşımı süresi boyunca serbestçe ileri sürebilir¹⁰⁷. Ancak teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim anında mevcut olduğu karine olarak kabul edilir (TKHK m. 10/1, c.1).

F. Seçimlik Hakların Zamanaşımı Süresi İçerisinde Kullanılmış Olması

Eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarının kullanılabileceği süreler, kanun koyucu tarafından zamanaşımı süresi olarak

¹⁰³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 176; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 551; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 154; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 130; Yargıtay 15. HD, T. 17.09.2013, E. 2013/2829, K. 2013/4913 "...Ayıp ihbarında bulunma yükümlülüğü davacı iş sahibi şirkete aittir. Ayıp ihbarı niteliği itibariyle def'i olduğundan, yüklenici tarafından süresinde ayıp ihbarında bulunulmadığı savunması ileri sürülmedikçe, mahkemece re'sen dikkate alınıp değerlendirilemez. Somut olayda davalı yüklenici şirket ayıp ihbarının yapılmadığı veya süresinde olmadığı savunmasında bulunulmadığına göre, davacı iş sahibi şirketin süresinde ayıp ihbarında bulunduğunu kabul ederek uyuşmazlığın çözümlenmesi zorunludur..." (www.legalbank.net).

¹⁰⁴ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 204; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 534; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 567; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 138; Yener, *"Ayıba Karşı Tekeffül Borcu"*, s. 161.

¹⁰⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174-175; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 567; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 124; Yener, *"Ayıba Karşı Tekeffül Borcu"*, s. 161.

¹⁰⁶ Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 44.

¹⁰⁷ Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 44.

düzenlenmiştir¹⁰⁸. Esasen seçimlik haklar, hukuki nitelikleri itibarıyla yenilik doğuran haklar arasında yer aldıklarından, kural olarak hak düşürücü süreye tabi olmaları beklenir; ancak kanun koyucunun bu süreleri açıkça zamanaşımı süresi olarak düzenlemesi nedeniyle, hakların mahiyetine bakılmaksızın zamanaşımı hükümlerine tabi olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹. Bu nitelendirmenin bir sonucu olarak, söz konusu sürenin durması ya da kesilmesi mümkündür¹¹⁰.

Ayıptan doğan seçimlik haklara ilişkin talepler, zamanaşımının hukuki niteliği gereği sürenin dolmasıyla kendiliğinden ortadan kalkmaz. Bununla birlikte, yüklenici tarafından ileri sürülecek bir zamanaşımı def'i, bu hakların dava yoluyla ileri sürülmesini sınırlandırır¹¹¹. Bu bağlamda, iş sahibi gözden geçirme ve ihbar külfetini eksiksiz ve usulüne uygun şekilde yerine getirmiş olsa dahi seçimlik haklarını yasal zamanaşımı süreleri içerisinde kullanmadığı ileri sürülürse yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu sona ermektedir¹¹².

Doktrinde, iş sahibinin eserdeki ayıpları kanunda öngörülen süre ve usulüne uygun biçimde ihbar etmiş olması hâlinde, zamanaşımı süresi dolmuş olsa dahi ayıplı ifadan doğan haklarını ileri sürebilmesinin mümkün olabileceği ileri sürülmektedir¹¹³. Bu görüş, TBK'nın satış sözleşmesine ilişkin 231. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin eser sözleşmelerine kıyasen uygulanabileceği esasına dayanmaktadır¹¹⁴. Anılan hüküm, ayıbın süresinde bildirilmesi şartıyla alıcıya, zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile ayıptan doğan haklarını def'i yoluyla ileri sürebilme imkânı tanımaktadır. Ancak iş sahibinin zamanaşımı süresi dolduktan sonra doğrudan dava açabileceği yönündeki görüş isabetli değildir. Böyle bir durumda, yüklenicinin

¹⁰⁸ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 659; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 594; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 224.

¹⁰⁹ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 659; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 594; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 225.

¹¹⁰ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 659; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 548; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 278; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 225; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 50.

¹¹¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 227; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 233; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 278; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 225; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 173.

¹¹² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 227; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 233; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 567; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 225; Sürer ve Demir, "Eser Sözleşmesinde Ayıp Sebebiyle Sorumluluk," s. 239.

¹¹³ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 568-569; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 225; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 175.

¹¹⁴ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 569; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 225.

zamanaşımı def'inde bulunması mümkündür ve def'in ileri sürülmesi hâlinde davanın dinlenmesi engellenebilir. Zamanaşımı süresi dolduktan sonra doğrudan dava hakkı tanınması, kanunda öngörülen zamanaşımının anlamını ortadan kaldırır ve yükleniciyi belirsiz bir süre boyunca dava riski altında bırakır. Bununla birlikte, süresinde ihbar yükümlülüğünü yerine getiren iş sahibinin, zamanaşımı süresi dolduktan sonra kendisine açılan bir davada ayıp def'ini ileri sürebileceği kabul edilmelidir. Bu yaklaşım hem iş sahibinin menfaatlerini korumakta hem de yükleniciye sağlanan zamanaşımı korumasını zedelememektedir.

Bu değerlendirmelerin yanı sıra, zamanaşımı sürelerinin hangi tarihten itibaren işlemeye başladığının tespiti, tarafların hak arama hürriyetinin sınırları bakımından belirleyici bir rol oynamaktadır. Kural olarak, eserdeki ayıbın türüne bakılmaksızın zamanaşımı süresi, eserin iş sahibine teslim edildiği an işlemeye başlamaktadır¹¹⁵. Söz konusu süre zarfında, zamanaşımının başlaması için eserin iş sahibi tarafından ayrıca kabul edilmiş olması şartı aranmayıp, fiili teslimin gerçekleşmiş olması yeterli görülmektedir¹¹⁶. Bununla birlikte, taşınmazın tesliminin iskân izninin alınmasına bağlandığı istisnai durumlarda, zamanaşımı süresinin başlangıcı için bu idari işlemin tamamlandığı tarih esas alınmaktadır¹¹⁷.

Kanun koyucu, TBK'nın 478. maddesiyle, yüklenicinin ayıplı eser meydana getirmesi durumunda açılacak davalar için özel zamanaşımı süreleri öngörmüştür. İşin adi veya ticari niteliğine bakılmaksızın belirlenen bu sürelerle, konuya ilişkin hukuki belirsizliklerin giderilmesi amaçlanmıştır¹¹⁸. Anılan madde uyarınca, yüklenicinin ayıplı bir eser meydana getirmesi hâlinde açılacak davalar, eserin teslimi tarihinden itibaren işlemek üzere; taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yıllık, taşınmaz yapılarda beş yıllık ve yüklenicinin ağır kusurunun varlığı durumunda ise eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yıllık zamanaşımı sürelerine tâbidir.

¹¹⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 226; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 659; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 276-277.

¹¹⁶ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 561.

¹¹⁷ Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 276; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 561; Hayrunnisa Özdemir, "Türk-İsviçre Borçlar Kanununda Ayıptan Doğan Sorumlulukta Zamanaşımı Süreleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, 16/176 (2021): s. 781; Yargıtay HGK, T. 27.06.2012, E. 2012/165, K. 2012/408 "...İnşaat 18.7.2003 tarihinde alınan iskan ruhsatı üzerine teslim edildiğine göre, her iki istem için de zamanaşımı süresinin iskanın alınış tarihinden itibaren başlatıldığında, 5 yıllık zamanaşımı süresinin 5.11.2007 olan karşı dava tarihi itibarıyla dolmadığı anlaşılmaktadır.." (www.legalbank.net).

¹¹⁸ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 561.

Ayıptan doğan tazminat alacaklarının tâbi olduğu zamanaşımı süresinin belirlenmesi hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre TBK m. 475/2 kapsamında ileri sürülen tazminat talepleri genel hükümlere tabi olduğundan, bu talepler bakımından TBK m. 147/b.6 hükmü uygulanmalıdır. Bu yaklaşım uyarınca, ayıptan kaynaklanan tazminat alacakları kural olarak beş yıllık zamanaşımına tabi olup, yüklenicinin ayıbın meydana gelmesinde ağır kusurunun bulunması hâlinde ise genel zamanaşımı süresini düzenleyen TBK m. 146 hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır¹¹⁹. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş ise tazminat taleplerinin TBK m. 147/b.6 kapsamında beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmekle birlikte, yüklenicinin ağır kusurlu olduğu hâllerde TBK m. 478 hükmünün koruyucu amacı dikkate alınarak on yıllık değil, yirmi yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹²⁰.

Buna karşılık katıldığımız görüşe göre TBK'nın 478. maddesinde yer alan düzenleme, ayıplı ifa edilen eserlerde uygulanacak zamanaşımına ilişkin özel nitelikte bir hüküm teşkil ettiğinden, ayıplı ifadan kaynaklanan uyuşmazlıklarda genel zamanaşımı hükümlerinin uygulanması mümkün değildir¹²¹. Dolayısıyla, ayıptan doğan tazminat talepleri de dâhil olmak üzere ayıplı ifaya dayanan tüm talepler bakımından TBK m. 478'de öngörülen zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekir. Öte yandan, eser sözleşmesinden kaynaklanmakla birlikte ayıplı ifadan doğmayan uyuşmazlıklarda TBK m. 478 hükmünün uygulama alanı bulunmadığından, bu tür talepler genel zamanaşımı hükümlerine tabi olacaktır¹²².

Belirtmek gerekir ki doktrindeki bu tartışmanın temel nedenlerinden biri, kanun koyucunun TBK m. 475/1 hükmünde kullandığı ifadedir. Kanun koyucu, iş sahibinin seçimlik haklarını saydıktan sonra "*genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır*" düzenlemesine yer vermiştir. Kanun metnindeki ifade tarzının farklı yorumlara elverişli olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi amacıyla yapılacak bir yasal düzenleme ile TBK m. 478 hükmünde yer alan "*bu sebeple açılacak davalar*" ifadesinin, "*ayıptan doğan her türlü seçimlik hak ve tazminat taleplerine ilişkin*

¹¹⁹ Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 596.

¹²⁰ Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 216.

¹²¹ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 544-545; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 488; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 131-132; Yünlü, "*Yüklenicinin Ağır Kusuru*", s. 108; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 705.

¹²² Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 660; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 488; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 765; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 705.

davalar" şeklinde değiştirilmesi, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri bakımından isabetli olacaktır.

Bunun yanında, sözleşmede öngörülen garanti süresi ile zamanaşımı süresi arasındaki ilişkinin de ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. TBK'da garanti süresine ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, söz konusu sürenin sınırlarına dair emredici bir hükümden söz etmek mümkün değildir. Bu itibarla, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde tarafların garanti süresini zamanaşımı süresinden daha uzun bir süre olarak kararlaştırmalarını engelleyen yasal bir sınırlama bulunduğu kabul edilemez¹²³. Nitekim Yargıtay da bir kararında, eser sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta taraflarca garanti süresinin zamanaşımı süresinden daha uzun olacak şekilde on yıl olarak belirlenmiş olmasını hukuka aykırı görmemiş ve bu süre içinde açılan davanın süresinde açıldığını kabul etmiştir¹²⁴.

Sözleşme özgürlüğünün bu geniş uygulama alanı, eserin niteliği ve tarafların hukuki sıfatları dikkate alınarak bazı kanuni düzenlemelerle sınırlandırılabilir. Bu kapsamda, tüketici hukuku çerçevesinde kalan eser sözleşmeleri bakımından özel hükümlere yer verilmiştir. Tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan eser sözleşmelerinde sorumluluk, taraflarca daha uzun bir süre kararlaştırılmadıkça teslim tarihinden itibaren iki yıllık genel zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Ancak konut ve tatil amaçlı taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde bu süre beş yıl olarak öngörülmüştür (TKHK m. 12/1). Öte yandan, ayıbın hile veya ağır kusurla gizlenmiş olması hâlinde zamanaşımı hükümleri uygulanmamaktadır (TKHK m. 12/3).

G. Taraflar Arasında Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması

Eser sözleşmelerinde taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde ayıptan doğan sorumluluğu sınırlandırma veya tamamen ortadan kaldırma yetkisine sahiptirler¹²⁵. Bu doğrultuda, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayalı sorumluluğu, tarafların bu yönde aksine bir anlaşma

¹²³ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 533; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 197.

¹²⁴ Yargıtay 15. HD, T. 21.06.2007, E. 2006/4988, K. 2007/4244 "...Taraflar arasındaki 29.08.1996 tarihli sözleşmenin 10. maddesi uyarınca üretimden kaynaklanan hataların üretici firmanın garantisi altında bulunduğu ve 10 yıl süreyle malzemede alüminyum ve poliüretan ayrılması olduğunda malzemenin ücretsiz değiştirilmesinin garanti edildiği anlaşılmaktadır. Sözleşmede garanti hükmünün bulunması halinde, gizli ayıbın ortaya çıkması durumunda, ayrıca ayıp ihbarına gerek kalmaksızın gizli ayıptan mütevellit zarar, garanti süresi içerisinde her zaman talep edilebilir. Bu durumda, dava süresinde olup, zarar miktarının tayini önem kazanmaktadır..." (www.legalbank.net).

¹²⁵ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 660; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 198.

yapmamış olmaları kaydıyla gündeme gelmektedir¹²⁶. Dolayısıyla, söz konusu sorumluluğu kısıtlayan ya da kaldıran bu tür kayıtlar, kural olarak TBK m. 115 kapsamında geçerlidir¹²⁷.

Bununla birlikte kanun koyucu, sözleşme serbestisini mutlak bir hak olarak tanımamış; aksine, belirli hâllerde ilgili kayıtların geçerliliğini sınırlandırmıştır. Bu bağlamda, yüklenicinin ağır kusurunun bulunduğu veya ayıbı kasten gizlediği durumlarda, TBK m. 221 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde ilgili sorumsuzluk kayıtlarının geçersiz sayılacağı kabul edilmektedir¹²⁸. Nitekim TBK m. 477 uyarınca, yüklenicinin kasten gizlediği veya usulüne uygun gözden geçirme ile fark edilmesi mümkün olmayan ayıplar bakımından yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir¹²⁹.

II. İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

Yüklenicinin ayıplı bir eser teslim etmesi hâlinde, iş sahibine çeşitli haklar tanınmıştır. İş sahibinin ayıp karşısındaki seçimlik hakları TBK m. 475'te düzenlenmiştir. Söz konusu seçimlik hakların kullanılabilmesi, iş sahibinin gözden geçirme ve ihbar külfetini gereği gibi yerine getirmesine bağlıdır¹³⁰. Anılan hükümde belirtilen haklar; sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini talep etme, ayıp oranında bedelden indirim talep etme şeklindedir. Bu temel hakların yanı sıra, ayıp nedeniyle ayrıca bir zararın doğması hâlinde iş sahibi, TBK m. 475/2 uyarınca genel hükümler çerçevesinde bu haklarla birlikte veya bunlardan bağımsız olarak zararın tazminini de talep edebilir¹³¹.

¹²⁶ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 536; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 149.

¹²⁷ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 536-537; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 226; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 149.

¹²⁸ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 660; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 537; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 554; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 149; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 199.

¹²⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 174; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 200; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 536; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 568; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 554.

¹³⁰ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 646-647; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 491; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 530; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 567; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 479; Uçar, "Ayıba Karşı Tekeffül (1997)", s. 34; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 119.

¹³¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 204; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 657; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 434; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 564.

Satım sözleşmesinden farklı olarak, iş sahibine ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep etme hakkı tanınmamıştır¹³²; zira bu tür bir talep, eser sözleşmesinin mahiyetiyle kolaylıkla bağdaşmamaktadır¹³³.

Sözleşmenin bir tüketici işlemi niteliği taşıması durumunda ise iş sahibinin koruma alanı genişlemekte, şartların varlığı hâlinde eserin ayıpsız misliyle değiştirilmesi (TKHK m. 11/1) veya işin yeniden ifa edilmesini talep etme hakkı (TKHK m. 15/1) da gündeme gelebilmektedir¹³⁴. Ancak işbu çalışma kapsamında inceleme alanı sınırlandırılarak yalnızca TBK'da öngörülen haklar ele alınacaktır.

İş sahibinin söz konusu hakları kullanabilmesi bakımından yüklenicinin kusurlu olup olmaması, talep edilen hakkın niteliğine göre farklılık arz etmektedir. Genel hükümlere göre yükleniciden tazminat talep edilebilmesi için talebin tek başına ya da seçimlik haklardan biriyle birlikte ileri sürülmüş olmasına bakılmaksızın yüklenicinin kusurlu olması gerekir¹³⁵; ancak ayıp nedeniyle tanınan diğer seçimlik hakların kullanılabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmaz¹³⁶. Bu durumda, yüklenicinin kusursuz sorumluluğu söz konusudur¹³⁷.

İş sahibine tanınan seçimlik hakların hukuki niteliği, uygulama bakımından önem taşımaktadır. Tazminat talebi dışındaki söz konusu haklar, yenilik doğuran hak niteliği taşımakta olup bunların kullanılabilmesi için

¹³² Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 651; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 167.

¹³³ Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 189-190.

¹³⁴ Şebnem Akipek Öcal ve İlhan Kara, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s.81, 103; Murat Aydoğdu ve Nalan Tuncer, *Tüketici Hukuku Özet Kitap*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 249, 263; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 536-537; İ. Yılmaz Aslan, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara: Ekin Yayınevi, 2022, s. 195-197; Yahya Deryal ve Yakup Korkmaz, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024, s. 122-123; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 536-537; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 226; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 149; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 45.

¹³⁵ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 660; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 537; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 554; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 149; Yünlü, "Yüklenicinin Ağır Kusuru", s. 108; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 199.

¹³⁶ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 494; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 210; Uçar, "Ayıba Karşı Tekeffül (1997)", s. 35; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 151; Yünlü, "Yüklenicinin Ağır Kusuru", s. 108; Ahmet Hakan Dağdelen, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıplı İfanın Yarattığı Yan Zarardan İş Sahibi Karşısında Sorumluluğu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2023): s. 1380.

¹³⁷ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 494; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 45.

dava açılması zorunlu değildir¹³⁸. Karşı tarafa yöneltilen tek taraflı bir irade beyanıyla hüküm doğuran bu haklar, yükleniciye ulaştığı an sonuçlarını doğurur¹³⁹. Yenilik doğurmasının bir sonucu olarak, seçimlik haklardan biri kullanıldığında kural olarak diğer haklar sona erer¹⁴⁰. Ancak bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yüklenicinin kusurlu olması hâlinde seçimlik hakların kullanılmasının yanı sıra tazminat talebinde de bulunulabilmesi; ikincisi ise ayıbın giderilmesini talep etme hakkının kullanılmasına rağmen onarımın başarısız olması durumunda, iş sahibine yeniden seçimlik haklarını kullanma imkânının tanınmasıdır¹⁴¹.

Seçimlik haklardan geri dönülemezliği kuralı, uygulamada dürüstlük kuralı çerçevesinde esnetilebilmektedir. Yargıtay, somut olayın özelliklerine göre uyumsuzluğun en uygun çözümünü belirleme yetkisinin mahkemede olduğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda, iş sahibi "dönme" hakkını kullanmış olsa dahi eserdeki ayıbın kabulü engelleyecek ağırlıkta olmadığı veya yapının kullanılabilir durumda olduğu tespit edilirse; mahkeme, taraflar arasındaki menfaat dengesini korumak adına, TBK m. 475/2 ve TMK m. 2 gereği dönme yerine bedelden indirim yapılması gerektiğine hükmetmektedir¹⁴². "Çoğun içinde az da vardır" ilkesinden hareketle şekillenen bu yaklaşım, yenilik doğuran hakların katı kurallarını hakkaniyet denetimiyle sınırlandırarak taraflar arasındaki menfaat dengesini korumayı amaçlamaktadır.

¹³⁸ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 651-652; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 537; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 481; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 166; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 150; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 45.

¹³⁹ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 651-652; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 537; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 481; Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, s. 133; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 166; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 150; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 45.

¹⁴⁰ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 652; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 537; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 481; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 166; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 45.

¹⁴¹ Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 166; Uçar, "Ayıba Karşı Tekeffül (1997)", s. 36; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 162.

¹⁴² Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 191; "...Bu durumda mahkemeye eserdeki ayıbın kabule icbar edilemeyecek derecede olmaması ve onarımı suretiyle giderilmesinin mümkün bulunması sebebiyle talep sözleşmenin feshi ve bedelin iadesi olmakla birlikte çoğun içinde az da vardır ilkesi uyarınca iş bedelinin tamamı da ödenmiş olduğundan bilirkişi raporunda onarım bedeli olarak hesaplanan 4.000,00 TL üzerinden davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak davanın kabulüne ve davanın kabulüne karar verildiği halde iş sahibinde bulunan rüzgar türbününün yükleniciye iadesine karar verilmemesi doğru olmamış, bozulması uygun görülmüştür..." Yargıtay 15. HD, E. 2015/1080, K. 2015/6602, 23.12.2015 (www.legalbank.net).

Seçimlik hakların kullanılma usulü bakımından, bu hakların geçerliliğinin herhangi bir şekil şartına bağlı olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Kanunda öngörülen seçimlik hakların kullanımı kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmamakla birlikte, TTK m. 18/3 gereğince tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetmeye veya sözleşmeden dönmeye yönelik ihbar ve ihtarların; noter aracılığıyla, iadeli taahhütlü mektupla, telgrafla ya da güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi üzerinden yapılması zorunludur¹⁴³. Dolayısıyla, tarafların tacir sıfatını haiz olduğu durumlarda, dava dışı dönme beyanının hukuken sonuç doğurabilmesi, anılan bu özel şekil şartlarına riayet edilmesine bağlıdır¹⁴⁴.

A. Sözleşmeden Dönme

1. Genel Olarak

Eserin ayıplı teslimi durumunda, iş sahibinin kullanabileceği seçimlik haklarından birisi sözleşmeden dönme hakkıdır. İş sahibi bu hakkını, eseri kabulden kaçınarak kullanabileceği gibi eserin kabulünden sonra ortaya çıkan gizli ayıplar bakımından da ileri sürebilir¹⁴⁵.

Sözleşmeden dönme beyanı, tek taraflı bir irade açıklaması olup, hukuki sonuçlarını karşı tarafa varması ile doğuran, bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁴⁶. Niteliği gereği, hakkın kullanımı kural olarak bir dava ikâmesini

¹⁴³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 178; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025, s. 191-192; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2025, s. 173; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskıdan 4. Tıpkı Basım, Filiz Kitabevi, 2025, s. 157; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku: Genel Esaslar*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 250-251; Şaban Kayıhan, *Ticaret Hukuku*, İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2024, s. 101; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı ve Alper Özboyacı, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Dora Yayıncılık, 2023, s. 175; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2023, s. 128-129; Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 235; Şahinüz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 153; Alper Tanrıverdi, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaattaki Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar", *İstanbul Barosu Dergisi*, 88/3 (2014): s. 269.

¹⁴⁴ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 178; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 147.

¹⁴⁵ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 652; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 190.

¹⁴⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 177; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 653; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 495; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 537; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 569; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 561; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 172; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 169; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 707; Şahinüz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 151; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 134.

zorunlu kılmaz¹⁴⁷. Bununla birlikte uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından farklı bir yaklaşım benimsenmektedir. Yargıtay içtihatlarında bu tür sözleşmelerin tek taraflı bir irade beyanıyla sona erdirilemeyeceği, sözleşmenin ancak tarafların fesih iradelerinin birleşmesi veya bu yönde açılacak bir dava sonucunda ortadan kaldırılabilceği kabul edilmektedir¹⁴⁸.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, taraflar arasındaki hukuki ilişki kural olarak geçmişe etkili biçimde sona ermektedir¹⁴⁹. Sona ermenin doğal bir sonucu olarak, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülükleri ortadan kalkarken, o ana kadar ifa edilmiş bulunan edimlerin iadesi gündeme gelir¹⁵⁰. Bu çerçevede yüklenici, almış olduğu ücreti faiziyle birlikte iş sahibine geri vermekle; iş sahibi ise eseri, sağladığı yararlar ile birlikte yükleniciye iade etmekle yükümlüdür¹⁵¹. Ayrıca iş sahibi, eser için yaptığı bakım, onarım ve sigorta giderleri ile kullanılan malzemenin değerinin tazminini de talep edebilir¹⁵². Dönme neticesinde doğan bu iade borçları kural olarak aynı anda yerine getirilmelidir; bu nedenle, taraflardan her biri, şartları mevcutsa TBK m. 97 uyarınca ödemezlik def'ini ileri sürerek kendi edimini ifadan kaçınabilir¹⁵³. Yargıtay, sözleşmeden dönme sonrası

¹⁴⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 178; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 169; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 708; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 151-152.

¹⁴⁸ "...O halde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir..." Yargıtay 15. HD, E. 2007/1276, K. 2008/2431, 14.04.2008 (www.legalbank.net).

¹⁴⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 178; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 496; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 538-539; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 569; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 481; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 170; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 182; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 174; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 162; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 712; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 134.

¹⁵⁰ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 178; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 654; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 496; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 569-570; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 712; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 173-174; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 175-176.

¹⁵¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 178; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 654; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 539; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 570; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 182; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 175-176.

¹⁵² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 178; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 570; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 570; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 182; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 175-176; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 151.

¹⁵³ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 654; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 182; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 151.

ortaya çıkan bu iade sürecinin kapsamını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlemektedir¹⁵⁴.

Eserin bir yapı niteliğinde olduğu ve inşaat arsasının iş sahibine ait bulunduğu durumlarda ise geri verme borcu, ayıplı yapının ve enkazın kaldırılması borcunu da kapsamaktadır¹⁵⁵. Şayet yüklenici kendisine tanınan makul süreye rağmen eseri kaldırmazsa, iş sahibi bu işlemi bizzat gerçekleştirerek yaptığı masrafları yükleniciden talep edebilir¹⁵⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise arsa sahibinin yükleniciye devretmiş olduğu bir arsa payı mevcutsa, sözleşmeden dönme sonucunda arsa sahibi söz konusu payın yeniden kendi adına tescilini talep edebilecektir¹⁵⁷.

2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Sınırlandırılması

Sözleşmeden dönme hakkı, yükleniciyi ağır hukuki ve ekonomik sonuçlarla karşı karşıya bırakması sebebiyle, kanun koyucu tarafından sıkı koşullara bağlanmıştır¹⁵⁸. Bu nedenle söz konusu hak, yalnızca ayıbın belirli bir ağırlık derecesine ulaştığı istisnai durumlarda kullanılabilmekte, bunun dışındaki durumlarda ise iş sahibinin diğer seçimlik haklara başvurması gerekmektedir¹⁵⁹.

Dönme hakkının kullanılabileceği durumlar, TBK m. 475/1, b.1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, eserin iş sahibi tarafından kullanılamayacak nitelikte olması veya hakkaniyet gereği kabulünün beklenemeyeceği ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı derecede aykırı bulunması hâlinde sözleşmeden dönme mümkündür. Buna karşılık, tüketici sözleşmesi niteliğindeki eser sözleşmelerinde TKHK m. 11/1-a

¹⁵⁴ "...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde dönme veya fesih halinde sona erme geriye etkili sonuç doğuracağı ve taraflar sebepsiz olarak zenginleşeceklerinden aldıklarını karşı tarafa geri vermek yükümlülüğündedir. Bu halde yüklenici sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığına bakılmaksızın gerçekleştirdiği yasal imalatların dönme iradelerinin birleştiği ya da dönmeye (fesh) ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihteki mahalli piyasa rayıçları ile bedelini arsa sahibinden İsteyebilecektir..." Yargıtay 15. HD, E. 2018/3318, K. 2019/1504, 02.04.2019 (www.legalbank.net).

¹⁵⁵ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 654; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 183; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 180; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 147.

¹⁵⁶ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 654; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 183; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 180-181; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 147.

¹⁵⁷ Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 180; Tanrıverdi, "Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar", s. 272.

¹⁵⁸ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 652; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 178; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 168; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 481; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 46.

¹⁵⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 181; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 220-221; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 539; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 778.

uyarınca daha esnek bir düzenleme benimsenmiş ve ayıbın ağırlığına bakılmaksızın tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır¹⁶⁰.

TBK m. 475 uyarınca sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için aranan temel koşul, ortaya çıkan eserin iş sahibi tarafından kabul edilmesinin dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenemeyecek nitelikte olmasıdır¹⁶¹. Örneğin; çatısı usulüne uygun kapatılmamış veya topraklama hattı tamamlanmamış bir bina, dürüstlük kuralı uyarınca iş sahibinin kullanımını imkânsız kılan ve kabulü beklenemeyecek derecede ağır ayıplı bir eser olarak nitelendirilebilir¹⁶². Teslim edilen eser ayıplı olmakla birlikte, ayıbın niteliği iş sahibinin eseri kabul etmesini dürüstlük kuralı bakımından engelleyecek ağırlıkta değilse, iş sahibi eseri kabul etmekle yükümlü olup sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz¹⁶³.

Söz konusu hükümde yer alan “eserin kullanılamaz olması” ve “kabulünün beklenememesi” ölçütleri, sözleşmeden dönme hakkının doğumu bakımından birbirinden bağımsız ve alternatif şartlar olarak değerlendirilmemektedir¹⁶⁴. Eserin kullanılamaz hâle gelmesi, esasen iş sahibinden eserin kabulünün beklenemeyeceği durumların yalnızca bir görünümüdür¹⁶⁵. Eserin kullanılamazlığı gerekçesiyle sözleşmeden dönme hakkının ileri sürülebilmesi için ayıbın eseri fiilen kullanılamaz hâle getirmesi ve bu ayıbın herhangi bir yolla giderilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir¹⁶⁶. Sadece kullanım amacına uygunluğun azalması, tek başına eserin kullanılamaz kabul edilmesi için yeterli görülmemektedir¹⁶⁷.

¹⁶⁰ Akipek Öcal ve Kara, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, s. 81; Aydoğdu ve Tuncer, *Tüketici Hukuku Özet Kitap*, s. 238; Aslan, *6502 Sayılı Tüketici Hukuku*, s. 183; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 46; Deryal ve Korkmaz, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, s. 122.

¹⁶¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 181; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 652; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 495; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 538; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 569; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 482; Şahin, “Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 142; Tanrıverdi, “Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar”, s. 270; Yener, “Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 163; Koyuncu, “Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme”, s. 1077.

¹⁶² Büyükey, *Eser Sözleşmesi*, s. 137.

¹⁶³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 182; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 652; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 538; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 178; Büyükey, *Eser Sözleşmesi*, s. 136; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 781.

¹⁶⁴ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 538; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 569-570.

¹⁶⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 181; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 495; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 538; Şahin, “Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 142.

¹⁶⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri* s. 182; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 177-178; Koyuncu, “Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme”, s. 1077.

¹⁶⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 182; Yener, “Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 163.

Kullanılamazlık ölçütünün değerlendirilmesinde, iş sahibinin somut olay bakımından sahip olduğu özel ihtiyaçları ile sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacı birlikte dikkate alınmalıdır¹⁶⁸.

Bununla birlikte, eser tamamen kullanılamaz durumda olmasa dahi eserdeki ayıp işin bütünlüğü içinde eserin amaca uygun kullanımını önemli ölçüde engelliyorsa, hakkaniyet gereği iş sahibinden eseri bu haliyle kabul etmesi beklenemez¹⁶⁹. Böyle bir durumda iş sahibi eseri reddederek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹⁷⁰.

Eserin iş sahibi tarafından kullanılabilir nitelikte olup olmadığı ve eserdeki ayıbın kabulü engelleyecek derecede bulunup bulunmadığı, somut olayın özellikleri dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde hâkim tarafından belirlenmektedir¹⁷¹. Bu değerlendirme yapılırken, özellikle sözleşmeden dönmenin yüklenici açısından doğuracağı zarar ile iş sahibine sağlayacağı yararın birlikte dikkate alınması gerekir¹⁷².

Taşınmaz yapılar söz konusu olduğunda ise dönme hakkı, TBK m. 475/3 uyarınca ek bir sınırlamaya tâbi kılınmıştır. İlgili düzenleme gereği, eserin iş sahibine ait taşınmaz üzerinde yapılmış olması ve eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açacak nitelikte bulunması hâlinde, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Bu durumda iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkına başvuramayacağından kanunda öngörülen diğer seçimlik

¹⁶⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 181; Şahin, “Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 142; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 154-155; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 178-179; Koyuncu, “Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme”, s. 1077.

¹⁶⁹ Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 189-190; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 179; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 156; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 190; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 482.

¹⁷⁰ “...Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde yazılım sözleşmesi olduğu, yazılım sözleşmesinin niteliği gereği bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği... eksik yapılan işin tüm işe olan fiziki oranı bulunarak ödenen bedelin bu orana göre iadesine karar verilmesinin mümkün olmayacağı, kaldı ki alanında uzman bilirkişi kurulundan alınan kök ve ek raporda küçük yazılımsal eksikliklerin bulunduğu ve mevcut hali ile yazılımın kullanılmasının mümkün olmadığını belirtildiği ve yüklenicinin bu eksiklikleri gideremediği, sözleşme konusu işin bütünlük arz ettiği, kısmi eksik veya ayıbın bile sistemden umulan amacın elde edilmesine engel olacağı, eksik sistemin iş sahibince kabule zorlanamayacağı dikkate alındığında davacı iş sahibi TBK 125/2 maddesi gereği sözleşmeyi haklı nedenle feshederek ödediği bedeli talep edebilir...” Yargıtay 6. HD, E. 2021/2749, K. 2022/93, 19.01.2022 (www.legalbank.net).

¹⁷¹ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 652; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 156; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 136-37.

¹⁷² Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 195; Zevkililer ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 556.

haklardan biri olan bedelden indirim veya ayıbın giderilmesini talep etme yoluna başvurmak durumundadır¹⁷³.

Kanun koyucu, taşınmaz üzerinde inşa edilen eserlerin genellikle yüksek emek ve maliyet gerektirdiğini ve eserin tamamlanma düzeyi arttıkça sözleşmeden dönmenin yüklenici bakımından ağır sonuçlar doğurabileceğini dikkate alarak, taşınmaz üzerindeki eser sözleşmelerinin kural olarak dönme yerine fesih yoluyla sona erdirilmesine imkân tanımıştır¹⁷⁴. Bu nedenle, TBK m. 475/3 hükmü ile eserin sökülüp kaldırılmasının ancak aşırı zarara yol açmayacağı durumlarda sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilebileceği kabul edilmiştir¹⁷⁵.

Eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zarara yol açıp açmayacağı, her somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak hâkim tarafından takdir edilecektir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu takdir yetkisinin uygulanmasına ilişkin önemli bir ölçüt ortaya koymuş; 08.06.2021 tarihli, E. 2017/866 ve K. 2021/724 sayılı kararında, inşaatın %90 ve üzeri oranında tamamlanmış olması hâlinde sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurabileceğini açıkça kabul etmiştir. Bu doğrultuda, söz konusu tamamlanma oranına ulaşılan durumlarda dürüstlük kuralı gereğince sözleşmeden dönme hakkının geçmişe etkili olarak kullanılması mümkün görülmemekte; buna karşılık sözleşmenin ileriye etkili şekilde feshi gündeme gelebilmektedir.

Eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara sebep olup olmayacağı hususu, somut olayın koşulları dikkate alınarak hâkim tarafından takdir edilecektir¹⁷⁶. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu takdir yetkisini somutlaştırmış; 08.06.2021 tarihli ve E. 2017/866, K. 2021/724 sayılı kararında, inşaatın %90 ve üzeri bir tamamlanma seviyesine ulaşması hâlinde sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurabileceğini kabul etmiştir¹⁷⁷. Dolayısıyla, bu tamamlanma eşiğinin aşıldığı durumlarda dürüstlük kuralı

¹⁷³ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 653; Öz, *Eser Sözleşmesinden Dönme*, s. 226; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 569; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 764; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 133.

¹⁷⁴ Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 483.

¹⁷⁵ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 653; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 179-180; Koyuncu, "Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme", s. 1077.

¹⁷⁶ Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 483; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 180; Şahin, "Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 144; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 137; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 132.

¹⁷⁷ "...Sözleşmenin ileriye etkili feshi talebi hâlinde ise, yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/866, K. 2021/724, 08.06.2021 (www.legalbank.net).

gereğince sözleşmeden dönme hakkının geçmişe etkili olarak kullanılması mümkün görülmemekte; buna karşılık sözleşmenin ileriye etkili şekilde feshi gündeme gelebilmektedir.

Benzer değerlendirmelerin, eserin konusunun insan bedeni üzerinde gerçekleştirilen müdahaleler olduğu durumlarda da yapılması gerekir. Estetik cerrahi müdahalelerde, eserin hastanın bedeninden kaldırılmasının telafisi güç veya imkânsız zararlar doğurabileceği durumlarda, TBK m. 475/3 hükmünde öngörülen “aşırı zarar” ölçütünün hasta bakımından da dikkate alınması ve hekimin, uzmanlık sıfatıyla sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına karşı çıkabilmesi gerekir¹⁷⁸. Buna karşılık, eserin hasta üzerinden kaldırılmasının telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurmadığı ve eserin kabulünün hastadan beklenemeyecek ölçüde ayıplı olduğu durumlarda, hastanın sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanabilmesi gerekir¹⁷⁹.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilirliği, sadece eserin niteliğiyle değil, aynı zamanda iş sahibinin esere yönelik tasarruflarıyla da yakından ilgilidir. Eserin iş sahibinden kaynaklanan bir sebeple yok olması, esaslı biçimde bozulması, üçüncü bir kişiye devredilmesi, şeklinin değiştirilmesi veya ayıbı bilinmesine rağmen dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılmaya devam edilmesi durumunda, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kaybedeceği kabul edilmektedir¹⁸⁰. Bu tür uyuşmazlıklarda, satım sözleşmesine ilişkin TBK m. 228/2¹⁸¹ hükmü eser sözleşmesine kıyasen uygulanarak çözüm sağlanmalıdır¹⁸².

Bununla birlikte, eserin iadesinin fiilen imkânsızlaşmasına rağmen dönme hakkının korunduğu istisnai hâller de mevcuttur. Özellikle ayıplı eserin kullanılmasında her iki tarafın da ortak menfaatinin bulunduğu ve bu

¹⁷⁸ Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 575.

¹⁷⁹ Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 575.

¹⁸⁰ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 184-185; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 653; Şahin, “Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 144; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 557; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 764; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 184; Yener, “Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 164; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 163-165; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 151-152.

¹⁸¹ TBK m. 228/2 hükmü gereğince, satılanın, alıcıya atfedilebilen bir sebeple yok olması, üçüncü bir kişiye devredilmesi ya da biçiminin değiştirilmesi hâlinde alıcı, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz; yalnızca meydana gelen değer kaybı oranında satış bedelinden indirim talep edebilir.

¹⁸² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 184-185; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 764; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 579; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 184; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 163-165.

kullanımın daha büyük zararların önüne geçmek adına zorunlu olduğu durumlarda -örneğin; makinelerin çalıştırılmasıyla engellenebilecek işletme aksaklıklarında olduğu gibi- eserin kullanılmış olması dönme hakkına engel teşkil etmez¹⁸³. Benzer şekilde, eserin ayıplı olması veya beklenmedik bir kaza sonucunda yok olması hâllerinde de TBK m. 228/1¹⁸⁴ hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, eserin iadesi fiilen mümkün olmasa dahi iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda iş sahibi, yalnızca eserden geriye kalan kısmı yükleniciye iade etmekle yükümlü olup (TBK m. 228/1, c.2 kıyasen), ayrıca bir tazminat sorumluluğu altına girmez¹⁸⁵.

B. Bedelin İndirilmesini Talep Etme Hakkı

Ayıplı eser karşısında iş sahibine tanınan seçimlik haklardan biri de bedelden indirim talep etme hakkıdır. Söz konusu hakkın kullanılması hâlinde iş sahibi, sözleşmede kararlaştırılan bedelden ayıp oranında indirim yapılmasını talep ederek eseri ayıplı hâliyle kabul etmiş sayılır¹⁸⁶. Bu durumda sözleşmenin içeriğinde değişiklik meydana gelir ve iş sahibinin ödemekle yükümlü olduğu bedel, eserdeki değer kaybı oranında azaltılır¹⁸⁷.

Bedelden indirim hakkının kullanılabilmesi için eserde objektif anlamda bir değer eksikliğinin ortaya çıkmış olması gerekir¹⁸⁸. Değer eksikliği, eserin iş sahibi bakımından taşıdığı subjektif değere göre değil, piyasadaki objektif değeri esas alınarak belirlenir¹⁸⁹. Ancak indirim hakkının kullanılabilmesi için eserdeki ayıbın, eseri tamamen değersiz kılacak boyuta ulaşmaması

¹⁸³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 186; Yener, “Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 164.

¹⁸⁴ TBK m. 228/1 hükmü uyarınca, “Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez. Bu durumda alıcı, satılardan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür.”

¹⁸⁵ Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 164-165.

¹⁸⁶ Sürer ve Demir, “Eser Sözleşmesinde Ayıp Sebebiyle Sorumluluk,” s. 241.

¹⁸⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 186; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 540; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 152.

¹⁸⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 188; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 655; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 496; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 764; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 188; Tanrıverdi, “Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar”, s. 272; Öktem, “İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları”, s. 1958; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 86.

¹⁸⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 188; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 655; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 188; Turanboy, “Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”, s. 171; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 580; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 764; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 86.

gerekir¹⁹⁰. Şayet indirim miktarı sözleşme bedeline eşit veya bu bedele çok yakın bir seviyeye ulaşmışsa, bedelden indirim yerine sözleşmeden dönme yoluna gidilmesi gerekir¹⁹¹. Bu sonuca, TBK'nın satış sözleşmesine ilişkin 227. maddesinin son fıkrasının kıyasen uygulanması suretiyle ulaşılmaktadır¹⁹².

Özel sözleşme türlerinde bedelden indirim hakkının uygulanabilirliği bazı sınırlamalara tâbidir. Özellikle hekimlik sözleşmeleri ve estetik cerrahi müdahalelerde, ayıbın derecesini ve hastanın uğradığı zararın kapsamını kesin olarak belirlemedeki zorluklar, bedelden indirim hakkına başvurulmasını kısıtlamaktadır; zira estetik amaçlı müdahalelerde elde edilen kısmi başarı, hastanın beklentisini karşılamadığı için anlamlı bir çözüm sunmayabilir¹⁹³. Ancak saç ekimi gibi başarısı niceliksel olarak ölçülebilen müdahalelerde sağlanan kısmi başarı oranı esas alınarak indirim yoluna gidilmesi mümkündür¹⁹⁴. Benzer şekilde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedelin arsa payı olarak ödenmesi nedeniyle bedelden indirim hakkı fiilen uygulanamamakta ve bu durum çoğu zaman değer düşüklüğünden kaynaklanan tazminat talebine dönüşmektedir¹⁹⁵.

İndirim miktarının tayini noktasında yasada açık bir düzenleme bulunmadığından, tarafların bu tutarı serbestçe kararlaştırmaları mümkündür¹⁹⁶. Taraflar arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde miktar hâkim tarafından takdir edilir. İndirim miktarı kural olarak tarafların başlangıçta kararlaştırdığı akdi bedel üzerinden hesaplanır¹⁹⁷; ancak bedelin önceden tayin edilmediği veya yaklaşık olarak belirlendiği hallerde, TBK m.

¹⁹⁰ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 189; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 655; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 497; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 571; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 764; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 188-189; Yener, "Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", s. 168.

¹⁹¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 189; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 655; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 497; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 571; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 764; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 188; Öktem, "İş Sahibinin Ayrıptan Doğan Hakları", s. 1959.

¹⁹² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 189; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 497; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 571; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 188.

¹⁹³ Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 582.

¹⁹⁴ Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 582.

¹⁹⁵ Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 582.

¹⁹⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 189; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 87.

¹⁹⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 189; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 190; Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, s. 143.

481 uyarınca eserin meydana getirildiği yer ve zamandaki değeri ile yüklenicinin yaptığı giderler dikkate alınarak belirlenir¹⁹⁸.

Hesaplama aşamasında dikkate alınacak zaman dilimi, hakkaniyete uygun bir sonuç elde edilmesi bakımından önem taşımaktadır. Hasar ve yararın teslimle birlikte iş sahibine geçmesi hasebiyle, hesaplamada eserin fiilen teslim edildiği yer ve zamandaki rayiç değerlerin esas alınması genel kuraldır¹⁹⁹. Bununla beraber Yargıtay, gizli ayıplar söz konusu olduğunda değerlendirmenin ayıbın ortaya çıktığı ana göre yapılması gerektiğini vurgulamaktadır²⁰⁰. Bu yaklaşım, bedelden indirim hakkının kullanımında hem objektif ölçütlerin uygulanmasını hem de ayıbın geç fark edilmesinden kaynaklanabilecek hak kayıplarının önlenmesini sağlayarak, somut olay koşullarında hakkaniyeti tesis etmektedir.

Değerleme anının tespit edilmesinin ardından indirim tutarı belirlenir. Söz konusu tutarın hesaplanmasında mutlak metot, nisbi metot ve tazminat metodu gibi farklı yöntemlerden yararlanılabilmektedir. Eserin ayıpsız değeri ile ayıplı değeri arasındaki farkın doğrudan bedelden düşülmesi esasına dayanan mutlak metot, pratikte sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır²⁰¹. Buna karşılık tazminat metodunda, ayıbın giderilebilmesi için gerekli olan malzeme ve işçilik giderleri dâhil olmak üzere onarım masrafları hesaplanmakta ve bu tutar yükleniciye ödenecek bedelden indirilmektedir²⁰². Uygulamada "nesafet indirimi" olarak da adlandırılan bu yöntem, Yargıtay

¹⁹⁸ Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 154-155.

¹⁹⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 189; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 496; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 189; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 170; Tanrıverdi, "Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar", s. 272; Öktem, "İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları", s. 1960.

²⁰⁰ Tanrıverdi, "Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar", s. 272; "...Uyuşmazlık, eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanmış olup, davada eserin tesliminden sonra ortaya çıkan gizli ayıplar nedeniyle binanın yıkılıp yeniden yapılması için gereken bedelin tahsili istenmiş, mahkemece ıslah da nazara alınarak davanın kabulüne dair verilen karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir....Dava konusu okulun yıkım ve yeniden yapım bedelinin ayıpların ortaya çıktığı 2004 yılı piyasa rayiçlerine göre hesaplanması gerekirken, bedelin hükme esas alınan bilirkişi raporunda 2006 yılı bayındırlık birim fiyatlarıyla hesaplanması ve bulunan bedele hükmedilmesi doğru olmamıştır..." Yargıtay 15. HD, E. 2014/6512, K. 2015/202, 19.01.2015 (www.legalbank.net).

²⁰¹ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 540; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s. 143; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 556; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 192; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 154.

²⁰² Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 541; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 556; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 188.

tarafından özellikle inşaat işlerine ilişkin uyumsuzluklarda sıklıkla tercih edilmektedir²⁰³.

Söz konusu metotlar arasında, doktrin ile Yargıtay tarafından en çok benimsenen seçenek ise nisbi metottur²⁰⁴. Bu yöntemde indirilecek miktar; kararlaştırılan ücretin, eserin ayıplı değeri ile çarpılıp bulunan sonucun eserin ayıpsız değerine oranlanmasıyla belirlenir²⁰⁵. Hesaplama, şöyle formülize edilebilir: $(\text{Kararlaştırılan Ücret} \times \text{Ayıplı Değer}) / \text{Ayıpsız Değer} = \text{İndirilecek Miktar}$

Nispi metodun işleyişi şu örnekle somutlaştırılabilir: Serbest piyasa rayicine göre ayıpsız değeri 10.000,00 TL olan bir eserin yapım bedelinin taraflarca 8.000 TL olarak kararlaştırıldığını varsayalım. Yüklenicinin meydana getirdiği ayıplı eserin mevcut piyasa değeri ise 5.000,00 TL olarak saptanmış olsun. Bu durumda ödenecek yeni bedel; akdi ücretin (8.000,00 TL), ayıplı değer (5.000,00 TL) ile çarpılıp ayıpsız rayiç değere (10.000,00 TL) oranlanmasıyla bulunur. Yapılan hesaplama neticesinde iş sahibinin ödeyeceği tutar 4.000,00 TL olarak belirlenir. Yapılan bu hesaplama, ayıbın neden olduğu değer düşüklüğünün onarım masraflarından az olduğu hallerde iş sahibi aleyhine, fazla olduğu durumlarda ise iş sahibi lehine sonuç doğurmaktadır²⁰⁶.

Bedelden indirim hakkının kullanılmasıyla birlikte taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki, belirlenen yeni bedel üzerinden yeniden şekillenir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak iş sahibi, indirim hakkını kullanmadan önce belirlenen yeni bedeli aşan bir ödeme yapmışsa, fazla ödediği kısmın

²⁰³ Büyükay, *Eser Sözleşmesi*, s. 144; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 556; Özdemir, “*Eser Sözleşmesi*”, s. 585; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 188.

²⁰⁴ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 191; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 656; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 497; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 540; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 571; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 764; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 190; Turanboy, “*Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu*”, s. 172; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 190; Öktem, “*İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları*”, s. 1959.

²⁰⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 191; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 497; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 540; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 571; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 764; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 190; Tanrıverdi, “*Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar*”, s. 275; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 190; Yener, “*Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*”, s. 169; Öktem, “*İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları*”, s. 1960.

²⁰⁶ Tanrıverdi, “*Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar*”, s. 275; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 561-562.

faiziyle birlikte iadesini talep edebilir²⁰⁷. Bu kapsamda iş sahibi, TBK m. 97²⁰⁸ hükmüne kıyasen, söz konusu alacağını yükleniciye karşı mevcut borcuyla takas edebilir ya da henüz yapmadığı ödemelerden kaçınılabilir²⁰⁹. Şayet sözleşme bedelinin tamamını önceden ödemiş ise fazla ödediği tutarın sözleşme hükümleri çerçevesinde kendisine iadesini talep edebilir²¹⁰. Önemle belirtilmelidir ki bu alacak sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir alacak niteliği taşımamaktadır; aksine sözleşmeden dönme hâlinde ortaya çıkan tasfiye borçlarına benzer şekilde, doğrudan doğruya sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir iade yükümlülüğüne dayanmaktadır²¹¹.

C. Ayıbın Giderilmesini Talep Etme Hakkı

Ayıplı eser karşısında iş sahibine tanınan seçimlik haklardan biri de bedelden indirim talep etme hakkıdır Eser sözleşmelerinde iş sahibine tanınan seçimlik haklardan bir diğeri, aşırı bir masraf gerektirmediği sürece tüm giderleri yüklenici tarafından karşılanmak üzere eserin ücretsiz olarak onarılmasını talep etme yetkisidir (TBK m. 475/1, b.3). Söz konusu hak, esasen edimin gereği gibi ifasına ilişkin bir talep niteliği taşır²¹².

İş sahibinin ayıbın giderilmesini talep edebilmesi, eserdeki ayıbın objektif olarak giderilebilir nitelikte olmasına ve yapılacak onarımın aşırı masraf gerektirmemesine bağlıdır²¹³. Benzer bir sınırlama, tüketici sözleşmeleri bakımından da kabul edilmiş olup bu husus TKHK m. 11/1-c

²⁰⁷ Büyükan, *Eser Sözleşmesi*, s. 143; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 186; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 187; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 152.

²⁰⁸ TBK m. 97 uyarınca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, ifa talebinde bulunan tarafın, sözleşmenin niteliği gereği sonraki ifaya yetkili olmadığı sürece, kendi edimini ifa etmiş veya usulüne uygun biçimde ifasını teklif etmiş olması gerekir.

²⁰⁹ Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 87. Şahin, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 87.

²¹⁰ Büyükan, *Eser Sözleşmesi*, s. 143; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 187.

²¹¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 187; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 186; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 152.

²¹² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 192; Zevkililer ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 556; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 191; Uçar, *"Ayıba Karşı Tekeffül (1997)"*, s. 35; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 765.

²¹³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 196-197; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 656; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 498; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 542; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 571; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 765; Şahin, *"Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu"*, s. 146-147; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 198-199; Turanboy, *"Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu"*, s. 173; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 484; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 200; Tanrıverdi, *"Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar"*, s. 277.

hükmünde karşılığını bulmaktadır²¹⁴. Buna karşılık, yüklenicinin ayıbın her koşulda giderileceğine ilişkin bir taahhütte bulunması veya koşulsuz bir garanti vermesi hâlinde, masrafların aşırı olduğu yönündeki savunmayı ileri sürmesi kural olarak mümkün değildir; ancak böyle bir garanti verilmiş olsa dahi söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesinin dürüstlük kuralı çerçevesinde objektif olarak yükleniciden beklenebilir nitelikte olması gerekir²¹⁵.

Yüklenici, kendisine yöneltilen talep üzerine gecikmeksizin harekete geçmek ve ayıbın giderilmesine yönelik onarımı makul bir süre içinde tamamlamakla yükümlüdür²¹⁶. Eser sözleşmesinin tüketici sözleşmesi niteliği taşıdığı hâllerde ise onarım için kanuni süreler ayrıca belirlenmiştir. Buna göre onarımın kural olarak otuz gün içinde, konut ve tatil amaçlı taşınmaz inşasına ilişkin sözleşmelerde ise altmış gün içinde tamamlanması gerekir (TKHK m. 11/4). Onarımın bu yasal sürelerde veya makul sürede tamamlanmaması, yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanmasını beraberinde getirir²¹⁷.

Ayıbın giderilmesi borcu, niteliği itibarıyla bir yapma borcu olduğundan, iş sahibi bu borcun zorla ifasını sağlamak amacıyla talep ve dava hakkını kullanabilir²¹⁸. Bu çerçevede yapma borçlarının zorla ifasına ilişkin hükümler uygulanabileceği gibi (TBK m. 113/1, İİK m. 30/1, 2), temerrüde düşen yükleniciye karşı borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerden yararlanılması da mümkündür²¹⁹. Yüklenicinin temerrüdü durumunda iş sahibi, onarımı üçüncü bir kişiye yaptırarak doğan giderleri yükleniciden

²¹⁴ Akipek Öcal ve Kara, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, s. 81; Aydoğdu ve Tuncer, *Tüketici Hukuku Özet Kitap*, s. 252-253; Aslan, *6502 Sayılı Tüketici Hukuku*, s. 201; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 48; Deryal ve Korkmaz, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, s. 122.

²¹⁵ Tanrıverdi, “*Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar*”, s. 278.

²¹⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 198; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 498; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 543; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 201; Tanrıverdi, “*Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar*”, s. 278-279; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 207; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 48.

²¹⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 198; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 498-499; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 559; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 577; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 207.

²¹⁸ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 571; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 201-202.

²¹⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 199; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 498-499; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 571-572; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 543; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 195; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 156.

talep etme yetkisine sahiptir²²⁰. TBK m. 113 gereğince, bunun için ayrıca bir mahkeme kararının alınması zorunlu değildir²²¹.

Ayıbın giderimi sürecinde iş sahibinin sergilediği tutum, tazminat sorumluluğunun kapsamı bakımından belirleyici bir rol oynamaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, ayıbın giderilmesi için dava açmakta haklı bir sebep olmaksızın geciken iş sahibi, zararın artmasına kendi kusuruyla sebebiyet vermiş kabul edilir. Bu durumda, TBK m. 114'ün atfıyla m. 52 uyarınca, zararın artan kısmından yüklenicinin değil iş sahibinin sorumlu olacağı kabul edilmektedir²²². Dolayısıyla, ayıp nedeniyle talep edilen kazanç kaybı tazminatı hesaplanırken, onarım için objektif olarak gereken makul süre esas alınmalı ve bu süreyi aşan gecikmelerden kaynaklanan zararlar tazminat kapsamı dışında bırakılmalıdır²²³.

Onarım borcunu üstlenen yüklenicinin bu süreci başarısızlıkla sonuçlandırması ve eseri yeniden ayıplı şekilde teslim etmesi hâlinde, iş sahibinin hukuki durumu başlangıçtaki seçimlik haklarının bulunduğu aşamaya geri döner. Bu durumda iş sahibi, kanundan kaynaklanan seçimlik haklarını yeniden kullanma yetkisine sahip olur²²⁴. Böylelikle yükleniciye tanınan onarım imkânının sonuçsuz kalması hâlinde, iş sahibinin sözleşmeden doğan menfaatinin korunması yeniden güvence altına alınmış olur.

D. Ayıp Sonucunda Ortaya Çıkan Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı

Ayıplı eser karşısında iş sahibine tanınan seçimlik haklardan biri de bedelden indirim talep etme hakkıdır TBK m. 475 hükmü, eserin ayıplı olması durumunda iş sahibine tanınan sözleşmeden dönme, bedelden indirim ve onarım talep etme haklarının yanı sıra, genel hükümler çerçevesinde uğranılan zararın tazminini isteme imkânı da sağlamaktadır²²⁵. Ayıba karşı

²²⁰ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 200; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 498; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 664; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 205 Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 174.

²²¹ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 655-656; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 206.

²²² Yargıtay 15. HD, T. 08.05.2017, E. 2017/197, K. 2017/1955 (www.legalbank.net); Yargıtay 6. HD, T. 20.04.2022, E. 2021/4013, K. 2022/2265, (www.legalbank.net).

²²³ Yargıtay 15. HD, T. 26.11.2007. E. 2007/4709, K. 2007/7534 (www.legalbank.net); Yargıtay 15. HD, T. 12.05.2010, E. 2009/1855, K. 2010/2816 (www.legalbank.net).

²²⁴ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 499; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 204; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 48.

²²⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 204; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 657; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 499; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 543; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 765; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 572; Uçar, *İstisna*

tekeffül sorumluluğundan doğan bu tazminat istemi, iş sahibinin diğer seçimlik haklarından bağımsız bir nitelik arz eder²²⁶. Bu nedenle iş sahibi bu tazminat talebini isterse tek başına, isterse diğer seçimlik haklarla birlikte ileri sürebilir²²⁷. Başka bir ifadeyle, bu talep diğer seçimlik hakların yerine geçen veya onları kapsayan bir hak niteliğinde değildir²²⁸; zira düzenleme, yalnızca ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesine yöneliktir²²⁹.

Ayıp nedeniyle ortaya çıkan zarar, eserde meydana gelen değer düşüklüğünden farklı olarak, ayıpla uygun illiyet bağı içinde bulunan ve ayıbın sonraki etkisi olarak ortaya çıkan, seçimlik haklardan birinin kullanılmasıyla dahi giderilemeyen her türlü zararı ifade eder²³⁰. Bu bakımdan, bizzat eserin ayıplı olmasından kaynaklanan zarar bu kapsamda değerlendirilemez²³¹. Örneğin; ayıplı inşaat nedeniyle yeni eve taşınılınca

Sözleşmesi (2003), s. 209; Öktem, “İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları”, s. 1962; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 150; Dağdelen, “Ayıplı İfa ve Yan Zarar”, s. 1375-1376.

²²⁶ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 543-544; Şahin, “Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 149.

²²⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 204; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 665; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 499; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 543-544; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 572; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 209; Dağdelen, “Ayıplı İfa ve Yan Zarar”, s. 1376.

²²⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 204; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 657; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 499; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 572; Şahin, “Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, s. 149; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 586; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 209; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 212.

²²⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 204; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 658; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 499; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 572; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 765; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 209; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 212.

²³⁰ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 204; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 658; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 499-500; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 572; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 765; Turanboy, “Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”, s. 177; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 211-212; Şahin, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 211-212; Tanrıverdi, “Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Hakları”, s. 280; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 93; Dağdelen, “Ayıplı İfa ve Yan Zarar”, s. 1375-1376; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 49; “...Nitekim hükme esas alınan 03/03/2020 tarihli bilirkişi raporunda da; dosya ve eklerinde anlaşılabilecek üzere ameliyat sonrası takiplerde, karında seroma ve göz kapaklarında açılmaya bağlı asimetrisler meydana geldiğinin anlaşıldığı, her iki durum da ameliyat sonrasında görülebilecek istenmeyen durumlar olarak kabul edilse de; karın yağ aldırma ve yüz germe ameliyatları yapılması konusunda uzman olan hekimdir ve aydınlatma görevi vardır. Davacıda ameliyat sonrası ortaya çıkan komplikasyon ve görüntü bozukluğuna sebebiyet verilmesi de kusurlu bir davranış olup, hekime izafe edilebilecek bir kusur olarak değerlendirilmelidir. Yine yukarıda belirtilen ilkeler gereğince davalı yüklenicinin sonuç taahhüdünün tam ve gereği gibi yerine getirmedeği anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece davanın maddi ve manevi tazminat talebinin yukarıda açıklanan kriterler esas alınarak değerlendirmesi ve karar verilmesi gerekmektedir...” Yargıtay 6. HD, E. 2021/6148, K. 2022/4506, 04.10.2022 (www.legalbank.net).

²³¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 204; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 500; Zevkililer ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 559; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 212-213;

kadar katlanılan kira giderleri, eserin uzman kişiler tarafından incelenmesi için yapılan masraflar (TBK m. 474/2) veya inşaatın ayıplı olması sebebiyle zemine su sızması sonucu alandaki eşyaların zarar görmesi gibi hâllerde, yüklenicinin kusurlu olması şartıyla iş sahibi söz konusu zararların tazminini talep edebilir²³².

Kanun koyucu, tazminat taleplerini diğer seçimlik haklardan bağımsız kılarak doğrudan TBK m. 112'ye bağlamış, böylece bu hakları genel hükümlerin uygulama alanına dâhil etmiştir²³³. Tazminat talebinin genel hükümlere bağlı olmasının önemli bir sonucu, iş sahibinin bu talep bakımından eseri gözden geçirme ve ayıp ihbarında bulunma külfetine tabi tutulmamasıdır²³⁴. TBK m. 475/2 hükmü, bu sorumluluğu genel hükümlere atf yaparak kusur şartına bağlamış olsa da satış sözleşmesindeki düzenlemelerin aksine, sorumluluğun tayininde doğrudan ve dolaylı zarar ayırımına gitmeyerek iş sahibi lehine daha geniş bir tazminat alanı öngörmüştür²³⁵.

Tazminat talebinin genel hükümlere dayanması, iş sahibinin zararının tazmini için yüklenicinin kusurlu olmasını da gerekli kılar²³⁶. Akdi sorumluluğun söz konusu olduğu bu durumda yüklenici aleyhine bir kusur karinesi söz konusudur; bu doğrultuda, yüklenici ancak kusursuz olduğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir²³⁷. Bununla birlikte bazı

Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 212; Dağdelen, "Ayıplı İfa ve Yan Zarar", s. 1378-1379.

²³² Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 205; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 658; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 500; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 765; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 597; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 212; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 49.

²³³ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 560; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 177; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 543-544; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 572; Aydoğdu ve Kahveci, *Özel Borç İlişkileri*, s. 765; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 215; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 216; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 162-163.

²³⁴ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 205; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 560; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 544; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 216.

²³⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 206-207; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 658-659; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 500; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 597; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 219.

²³⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 205; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 658; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 499; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 544; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 572; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 217; Turanboy, "Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu", s. 177; Büyükcay, *Eser Sözleşmesi*, s. 144; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 48; Şahiniz, *Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk*, s. 151; Dağdelen, "Ayıplı İfa ve Yan Zarar", s. 1380.

²³⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 205; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 658; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 572; Olacak, *Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 95; Turanboy,

durumlarda yüklenici, kusuru bulunmasa dahi ayıptan doğan zarardan sorumlu tutulabilir. Özellikle zararın alt yüklenici veya ifa yardımcısının fiilinden kaynaklanması hâlinde yüklenici, TBK m. 116 uyarınca kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olur; ancak bu sorumluluktan kurtulabilmesi, söz konusu kişiler yerine kendisi bulunmuş olsaydı dahi kusurlu sayılmayacağını ispat etmesine bağlıdır²³⁸.

III. ESERİN MEYDANA GETİRİLMESİ SÜRECİNDEKİ AYKIRILIKLAR VE TESLİM ÖNCESİ KORUMA

Eser sözleşmesinde yüklenicinin temel borcu, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun, elverişli ve ayıpsız bir eser meydana getirerek iş sahibine teslim etmektir. Söz konusu borcun ihlali farklı aşamalarda, farklı görünümeler altında ortaya çıkabilir. Kanun koyucu, bu ihtimalleri dikkate alarak hem eserin yapımı sürecinde ortaya çıkabilecek sözleşmeye aykırılıkları önlemeye hem de teslimden sonra ortaya çıkan ayıpların giderilmesine yönelik çeşitli hukuki düzenlemeler ön görmüştür.

Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, eserin tamamlanıp iş sahibine teslim edilmesiyle birlikte hüküm ve sonuçlarını doğuran bir sorumluluk rejimidir. Bununla birlikte kanun koyucu, taraflar arasındaki menfaat dengesini korumak amacıyla, iş sahibinin teslim anını beklemeksizin yapım sürecine müdahale edebilmesine imkân tanımıştır. Bu amaçla, eserin meydana getirilmesi sırasında ortaya çıkabilecek ayıpların önceden önlenmesini hedefleyen iki önemli düzenlemeye yer vermiştir.

Bu düzenlemelerden ilki olan TBK m. 472/3 hükmü, yükleniciye, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme ile eserin meydana getirileceği yeri inceleme ve tespit ettiği sakıncaları iş sahibine gecikmeksizin bildirme yükümlülüğü yüklemek suretiyle, ileride ortaya çıkabilecek ayıplardan doğacak sorumluluğun hangi tarafa ait olacağının daha işin başlangıç aşamasında belirlenmesini sağlamaktadır. Diğer taraftan, TBK m. 473/2 hükmü ise eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı şekilde ortaya çıkmasını önlemeyi ve gerekli düzeltmelerin yapılmaması hâlinde iş sahibine, işi yüklenici hesabına üçüncü bir kişiye yaptırma imkânı tanımaktadır. Bu itibarla anılan iki hüküm, teslim sonrasında uygulanacak ayıba karşı tekeffül

“Müteahhidin Teslim Sonrası Noksan ve Bozukluk Sorumluluğu”, s. 178; Tanrıverdi, “Arsa Sahibinin Ayıp Sebebiyle Sahip Olduğu Hakları”, s. 280; Şahin, “Eksik ve Ayıplı İfadan Sorumluluk”, s. 229; Dağdelen, “Ayıplı İfa ve Yan Zarar”, s. 1381-1382.

²³⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 206; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 500-501; Özdemir, *“Eser Sözleşmesi”*, s. 602; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 163; Dağdelen, *“Ayıplı İfa ve Yan Zarar”*, s. 1382.

hükümlerinin işleyişini tamamlayan, ayıbın ortaya çıkmasını önlemeye yönelik koruyucu ve önleyici düzenlemeler olarak değerlendirilebilir.

A. TBK m. 472/3 Hükümü ile Sözleşmeye Uygun İfanın Güvence Altına Alınması

Yüklenici, eserin meydana getirilmesi sürecinde işin uzmanı olarak addedilen kişidir²³⁹. Sahip olduğu bu uzmanlık sıfatı, iş sahibi tarafından temin edilen malzemelerin veya tahsis edilen yerin sözleşme konusu eserin gerçekleştirilmesine elverişli olup olmadığını denetleme sorumluluğunu yükleniciye bırakmaktadır²⁴⁰. Bu bağlamda yüklenici, eserin meydana getirilmesi sürecinde önem arz eden her türlü husus, olgu ve gelişme kapsamında iş sahibini aydınlatma, ona gerekli tavsiyelerde bulunma ve bilgi verme borcu altındadır²⁴¹. TBK'nın 472. maddesinin 3. fıkrası da yüklenicinin bildirim yükümlülüğünü, sadakat ve özen borcunun bir uzantısı olarak açık biçimde düzenlemektedir²⁴².

İlgili madde uyarınca, eserin meydana getirilmesi sürecinde, iş sahibince temin edilen malzemenin ya da eserin gerçekleştirilmesi için tahsis edilen yerin ayıplı olduğunun anlaşılması veya eserin usulüne uygun ya da süresi içinde tamamlanmasını tehlikeye sokabilecek başka bir durumun ortaya çıkması hâlinde, yüklenici bu hususu gecikmeksizin iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde, bundan doğan olumsuz sonuçlardan doğrudan sorumlu tutulur (TBK m. 472/3)²⁴³.

Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün sınırları; malzemedeki ayıplar, eserin meydana getirileceği yerdeki elverişsizlikler ve eserin kararlaştırılan şartlarda ifasını riske atan diğer tüm durumlarla çizilmiştir²⁴⁴. Bu kapsamda yüklenici, sadece malzemeyi değil, işin gerçekleştirileceği alanı da titizlikle incelemekle yükümlüdür. Örneğin; inşaat yapılacak arazinin dere yatağında

²³⁹ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 588; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 468; Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, s. 38.

²⁴⁰ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 524-526; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 246; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 468.

²⁴¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 109; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 630-631; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 540; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 469; Özdemir, "Eser Sözleşmesi", s. 524-525; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 198; Uçar, *İstisna Sözleşmesi* (2003), s. 247.

²⁴² Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 624; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 540; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 465; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 552; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 198; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 174.

²⁴³ Yar. 15. HD, E. 2015/235, K. 2015/5957, 23.11.2015 (www.legalbank.net).

²⁴⁴ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 494.

bulunması, tarım arazisi vasfında olması ya da zeminin jeolojik yapısının yapılaşmaya uygun olmaması gibi inşa faaliyetini doğrudan etkileyen risklerin, yüklenici tarafından iş sahibine bildirilmesi gerekir²⁴⁵.

Söz konusu ihbar sorumluluğu yalnızca fiziksel ayıplarla sınırlı olmayıp, sözleşmenin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye düşürebilecek her türlü durumu kapsamaktadır²⁴⁶. Bu çerçevede ihbar yükümlülüğünü doğurabilecek diğer durumlar, üçüncü kişilerin davranışlarından veya çeşitli engelleyici şartlardan kaynaklanabilir. Örneğin; eserin yapılacağı arsanın üçüncü kişiler tarafından işgal edilmesi ya da temel kazısı sırasında beklenmeyen bir kaya tabakasının ortaya çıkması, işin yürütülmesini güçleştiren durumlar arasında yer almaktadır²⁴⁷. Bununla birlikte söz konusu riskler yalnızca dışsal faktörlerden doğmayıp, iş sahibinin sorumluluk alanına giren sebeplerden de kaynaklanabilir. İş sahibi tarafından sağlanan plan ve projelerdeki ayıplar bu duruma örnek teşkil etmektedir²⁴⁸. Benzer şekilde, yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı sözleşmelerde maliyetlerin aşırı ölçüde artmasına yol açabilecek fiyat değişimleri veya grev, ulaşım aksaklıkları gibi yüklenicinin şahsından kaynaklanmayan gelişmelerin ortaya çıkması da bildirim yükümlülüğünü doğurur²⁴⁹. İhbar yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde ise ortaya çıkan zararlardan yüklenici, TBK'nın 112. maddesi uyarınca sorumlu tutulur²⁵⁰.

Yüklenici tarafından yapılacak bildirim, iş sahibinin durumu kavrayabilmesini sağlayacak derecede açık, anlaşılır ve mevcut riski tüm boyutlarıyla ortaya koyacak nitelikte olmalıdır²⁵¹. Kanunda bu bildirim için özel bir şekil şartı öngörülmemiş olsa da olası uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı

²⁴⁵ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 631; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 541-542; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 469; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 58-59.

²⁴⁶ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 111; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 624; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 540; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 494; Kırmızı, *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 72-73.

²⁴⁷ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 624; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 494.

²⁴⁸ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 494; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 469.

²⁴⁹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 112; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 631; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 541; Özdemir, *"Eser Sözleşmesi"*, s. 525; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Temerrüt*, s. 259.

²⁵⁰ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 112; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 542; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 560; Özdemir, *"Eser Sözleşmesi"*, s. 525; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 494; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 174.

²⁵¹ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 541; Öztürk ve Gözütok, *Eser Sözleşmesi Uygulaması*, s. 175.

sağlaması bakımından yazılı olarak yapılması oldukça isabetlidir²⁵². Bildirimin ardından yüklenici, iş sahibine gerekli önlemleri alma imkânı tanımalı ve bu doğrultuda işin yürütülmesini uygun bir süre boyunca askıya almalıdır²⁵³. İhbar sonrası tanınan bu uygun süre içerisinde iş sahibinin hareketsiz kalması ise bizzat kendi kusuru olarak kabul edilir²⁵⁴.

B. TBK m. 473/2 Hükmü ile Ayıbın Ortaya Çıkmasından Önce Müdahale İmkânı

İş sahibinin, işin ifası sürecinde yüklenicinin edimini gerekli özen yükümlülüğüne uygun biçimde yerine getirmediğini tespit etmesi hâlinde, ayıp nedeniyle doğacak tekeffül haklarını ve buna bağlı sonuç sorumluluğunu ileri sürebilmek için işin tamamlanmasını beklemesi zorunlu değildir²⁵⁵. TBK m. 473/2 hükmü ile eserin ayıplı olarak ifa edileceğini önceden anlayan iş sahibine, vade tarihini ve eserin ayıplı biçimde teslimini beklemeksizin bazı hak ve imkânlardan yararlanabilme olanağı tanınmıştır²⁵⁶.

TBK m. 473/2 hükmü uyarınca, eserin meydana getirilmesi süreci devam ederken, yüklenicinin kusuru nedeniyle eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde tamamlanacağını açıkça anlaşılması hâlinde, iş sahibi bu sonucun önüne geçebilmek amacıyla yükleniciye uygun bir süre tanıyabilir. İş sahibi, tanınan süre içerisinde ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini talep edebileceği gibi belirtilen süre içinde gerekli düzeltmenin yapılmaması hâlinde, bundan doğacak masraf ve zararın yükleniciye ait olacağını bildirerek, onarımın ya da işin devamının üçüncü bir kişiye gördürüleceğini de ihtar edebilir.

İş sahibinin anılan imkândan yararlanabilmesi, belirli koşulların birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Öncelikle, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde meydana getirileceğinin açık ve kesin biçimde öngörülebilir nitelikte

²⁵² Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 624; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 525.

²⁵³ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 624; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 525.

²⁵⁴ Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 494.

²⁵⁵ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 62; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 553; Büyükcay, *Eser Sözleşmesi*, s. 152; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 111; Şebnem Tansu Kır Çelik, “Arsa Payı Karşılığ İnceleme Sözleşmelerinde TBK m. 473/II Hükümünün Uygulanması”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (2017), s. 113.

²⁵⁶ Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 553; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 474; Seçer, *Arsa Payı Karşılığ İnceleme Sözleşmesi*, s. 178; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 114; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 213; Fatma Hızır, “Türk Borçlar Kanunu md. 473/II Kapsamında İş Sahibinin İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9/33 (2018): s. 586.

olması gerekir²⁵⁷. Ayrıca, öngörülen ayıp veya sözleşmeye aykırılığın yüklenicinin kusurundan kaynaklanması zorunludur²⁵⁸. Buna karşılık, eserin ayıplı yahut sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesinde iş sahibine atfedilebilecek bir kusurun bulunmaması gerekir²⁵⁹. İş sahibi tarafından yükleniciye ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi amacıyla uygun bir süre tanınmalı ve bu süre içerisinde gerekli düzeltmenin yapılmaması hâlinde işin, giderleri ve doğacak zararı yükleniciye ait olmak üzere üçüncü bir kişiye yaptırılacağına ihtar edilmesi gerekir²⁶⁰. İş sahibi, uygun süreyi bizzat belirleyebileceği gibi bunun hâkim tarafından tayin edilmesini de talep edebilir²⁶¹. Tanınan süre dolmadan eserin başka bir kişiye düzelttirilmesi, kural olarak yükleniciden tazminat talep edilmesine engel teşkil eder²⁶². Bununla birlikte, işin yüklenici tarafından düzeltilemeyeceğinin kesin olarak anlaşılması veya yüklenicinin ayıbı gidermeyi ya da işi sözleşmeye uygun hâle getirmeyi açıkça reddetmesi hâllerinde süre verilmesi zorunlu değildir²⁶³. Yükleniciye tanınan uygun sürenin sonuçsuz kalması durumunda

²⁵⁷ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 63; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 636; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 470; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 527; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 501; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 475; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 554; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 527; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 179-181; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 157-158; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 230-231; Kır Çelik, “TBK m. 473/II Uygulaması”, s. 113; Hızır, “İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”, s. 589-590.

²⁵⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 64; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 636; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 471; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 528; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 554; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 475; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 528; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 182; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 191; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 235; Hızır, “İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”, s. 591-592.

²⁵⁹ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 529; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 471; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 168; Hızır, “İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”, s. 592.

²⁶⁰ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 65; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 637; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 471; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 529; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 501; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler*, s. 475-476; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 554; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 529; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 183; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 171-172; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 246; Hızır, “İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”, s. 593.

²⁶¹ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 62; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 637; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 471; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 554; Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 185; Hızır, “İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”, s. 593.

²⁶² Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 529; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 176; Hızır, “İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”, s. 593.

²⁶³ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 65; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 637; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 471-472; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç*

iş sahibi, TBK m. 473/2 hükmü uyarınca, doğacak hasar ve masraflar yükleniciye ait olmak üzere, ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmesini talep edebilir veya işin devamını üçüncü bir kişiye bırakabilir. Bu durumda, TBK m. 113 hükmünde öngörülen usulden farklı olarak, işin üçüncü bir kişiye gördürülebilmesi için hâkimden izin alınması zorunluluğu bulunmamaktadır²⁶⁴.

TBK m. 473/2’de öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olup olmadığı hususunda kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde hâkim görüş, iş sahibinin ayıplı eser karşısında sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu yönündedir²⁶⁵. Bununla birlikte, söz konusu hakkın yalnızca istisnai hâllerde kullanılabileceği de kabul edilmektedir.

Bir görüşe TBK m. 473/2 hükmü çerçevesinde kural olarak sözleşmeden dönme imkânı bulunmamaktadır²⁶⁶. Caiz olmayan taşeron görevlendirilmesi bakımından yapılan değerlendirmede, sözleşmeden dönmenin ancak sözleşmeye uygun ifanın objektif olarak baştan veya sonradan imkânsız olduğu istisnai hâllerde gündeme gelebileceği ifade edilmektedir²⁶⁷. İfa imkânsızlığı bulunmamakla birlikte fiilen sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşmesinin mümkün olmadığı hâllerde süre verilmesinin işlevsiz kaldığı, ayrıca ayıba karşı tekeffül ve tam tazminat yollarının menfaat dengesini sağlamada yetersiz olduğu ileri sürülerek, TBK m. 473/2’de bir boşluk bulunduğu ve bu boşluğun TBK m. 473/1 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınarak doldurulması gerektiği savunulmaktadır²⁶⁸.

İlişkileri, s. 529-530; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 554; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 176; Hızır, “İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”, s. 594.

²⁶⁴ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 65; Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 637; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 472; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 530; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı*, s. 502; Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 256; Hızır, “İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”, s. 595.

²⁶⁵ Eren ve Yücer, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 637; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 475; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s. 530; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, s. 554; Özdemir, “Eser Sözleşmesi”, s. 532-533; Hızır, “İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”, s. 601.

²⁶⁶ Halil Akkanat, “Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler,” *Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştay*, der. Emrehan İnal, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015, s.46.

²⁶⁷ Akkanat, “Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler,” s. 47.

²⁶⁸ Akkanat, “Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler,” s. 47.

Diğer bir görüşe göre işin yüklenicinin kişisel özellikleri veya özel uzmanlığı dikkate alınarak üstlenildiği ve üçüncü bir kişi tarafından aynı nitelikte ve ayıpsız şekilde yerine getirilmesinin mümkün olmadığı hâllerde sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir²⁶⁹.

Başka bir yaklaşıma göre ise TBK m. 473/2'de düzenlenen durumu düzeltme borcu, eseri meydana getirme borcunun bir parçası olarak kabul edilmektedir²⁷⁰. Bu nedenle, düzeltme borcuna ilişkin temerrüt şartlarının gerçekleşmesi hâlinde, eseri meydana getirme borcuna ilişkin TBK m. 473/1'de öngörülen temerrüt şartlarının da kendiliğinden oluştuğu ileri sürülmektedir²⁷¹. Bu görüş çerçevesinde iş sahibi, eserin üçüncü bir kişiye yaptırılması imkânına ek olarak, belirli koşullar altında sözleşmeden dönme hakkına da sahip olabilir. Buna göre, yüklenicinin kusurlu olması ve ortaya çıkan ayıbın TBK m. 475 anlamında ağır nitelik taşıması hâlinde sözleşmeden dönme mümkündür; ancak bu ağırlık derecesine ulaşmayan ayıplar bakımından iş sahibinin başvurabileceği tek imkân, eserin üçüncü kişiye yaptırılmasıyla sınırlıdır²⁷².

C. Hüküm ve Sonuçları Bakımından TBK m. 472/3 ve m. 473/2 Düzenlemelerinin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu ile Karşılaştırılması

TBK m. 472/3 ve m. 473/2 ile m. 474 vd. hükümleri, eser sözleşmesinde sözleşmeye aykırılık hallerine ilişkin olarak farklı aşamalarda uygulama alanı bulan ve farklı hukuki sonuçlar doğuran düzenlemelerdir. Anılan hükümler; uygulandıkları zaman dilimi, ihlal edilen borcun mahiyeti ve doğurdıkları hukuki sonuçlar bakımından birbirinden ayrılmaktadır.

Eser sözleşmesinde TBK m. 472/3 ve m. 473/2 hükümleri ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğu arasındaki en temel ayrım, bu düzenlemelerin uygulama zamanları ile buna bağlı olarak üstlendikleri hukuki işlevlerde kendisini gösterir. TBK m. 472/3 ve m. 473/2 hükümleri, eserin henüz tamamlanmadığı ve yapım faaliyetinin devam ettiği teslim öncesi aşamada uygulama alanı bulurken; ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ancak eserin teslimiyle birlikte gündeme gelmektedir. Bu zaman farkı, hukuki müdahalenin niteliğini de belirler.

²⁶⁹ Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 271-272.

²⁷⁰ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 314.

²⁷¹ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 314.

²⁷² Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 314-315.

Bu bağlamda, TBK m. 472/3 hükmü, sözleşmeye uygun ifanın henüz başlangıç safhasında güvence altına alınmasını sağlayarak koruyucu bir işlev üstlenir. Bu kapsamda, henüz somut bir sözleşme ihlali gerçekleşmemiş olsa dahi yüklenicinin öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle doğabilecek sonuçlardan sorumlu tutulması, anılan hükmün koruyucu ve güvence sağlayıcı niteliğini ortaya koymaktadır²⁷³.

Benzer şekilde, TBK m. 473/2 hükmü de eserin meydana getirilmesi sürecinde sözleşmeye uygun ifanın sağlanmasına yöneliktir²⁷⁴. Ancak bu hüküm çerçevesinde öngörülen koruma, daha somut ve müdahaleci bir nitelik taşımaktadır²⁷⁵; zira bu aşamada, sözleşmeye aykırılığın gerçekleşme ihtimali belirginlik kazanmış durumdadır. İş sahibine tanınan, yükleniciye uygun bir süre verilerek aykırılığın giderilmesini talep etme; aksi halde işi, hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere üçüncü bir kişiye devretme yetkisi, ayıp henüz ortaya çıkmadan sürece müdahale edilmesine imkân tanır²⁷⁶. Söz konusu yetki, yüklenici üzerinde ekonomik baskı oluşturarak aykırı davranışın sürdürülmesi hâlinde doğacak sonuçların yüklenici tarafından üstlenilmesini sağlamakta ve yükleniciyi sözleşmeye uygun ifayı gerçekleştirmeye sevk etmektedir.

Buna mukabil, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda artık sözleşmeye aykırı ifa gerçekleşmiş, ayıplı bir eser meydana gelmiştir. Bu aşamada hukuki müdahale, sözleşmeye uygun ifayı sağlamaktan ziyade, gerçekleşmiş olan ihlalin sonuçlarını gidermeye yöneliktir. İş sahibine tanınan seçimlik haklar, ayıbın ortadan kaldırılması yahut doğan zararın tazmin edilmesi amacını taşır.

Bu itibarla, TBK m. 472/3 ve m. 473/2 hükümleri, sözleşmeye aykırı ifanın henüz gerçekleşmediği; ancak gerçekleşme tehlikesinin ortaya çıktığı aşamada koruma sağlayan, önleyici nitelikte düzenlemelerdir²⁷⁷. Ayıba karşı tekeffül hükümleri ise sözleşmeye aykırı veya ayıplı ifanın gerçekleşmiş olduğu durumlarda devreye girerek, ortaya çıkan hukuka aykırılığın sonuçlarını gidermeye yönelik telafi edici bir işlev üstlenmektedir.

Bu ayırım, yalnızca kanunda yapılan bir tasnif olmanın ötesinde, uygulamada da önemli sonuçlar doğurmaktadır. Nitekim TBK m. 472/3 ve

²⁷³ Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 198; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 33.

²⁷⁴ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 150-151.

²⁷⁵ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 113.

²⁷⁶ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 114.

²⁷⁷ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 33, 111-112.

m. 473/2 hükümlerinin devreye girdiği durumlarda, çoğu zaman ayıplı bir eserin ortaya çıkması daha en baştan önlenebilmekte ve uyuşmazlık büyümeden çözülebilmektedir²⁷⁸. Böylece tarafların karşılaşabileceği ekonomik kayıplar sınırlanmakta, yargı yoluna başvurma ihtiyacı da önemli ölçüde azalmaktadır. Bu nedenle söz konusu hükümlerin zamanında ve etkili biçimde işletilmesi hem taraf menfaatleri hem de usul ekonomisi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Öte yandan, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun gündeme geldiği durumlarda ise artık sözleşmeye aykırılık gerçekleşmiş olduğundan, ortaya çıkan hukuki ve ekonomik sonuçlar genellikle daha ağırdır. İş sahibinin seçimlik haklarını kullanması taraflar açısından ciddi mali yükler doğurabilmekte; özellikle ayıbın varlığı, kapsamı ve niteliği hususunda uyuşmazlık çıkması hâlinde, uzun ve masraflı dava süreçleri kaçınılmaz hâle gelebilmektedir.

Tüm bu farklılıklar göz önünde bulundurulduğunda, TBK'nın 472/3, 473/2 ve 474. maddelerinde düzenlenen hükümlerin, birbirinin alternatifi olarak değil, aynı hukuki koruma sisteminin farklı aşamalarında devreye giren düzenlemeleri olarak değerlendirilmesi gerekir. Anılan hükümler, iş sahibine yapım sürecinden teslim anına kadar aşamalı hukuki imkânlar tanıyarak ifa sürecini güvence altına almaktadır. Bu çerçevede, yüklenicinin TBK m. 472/3 uyarınca bildirim yükümlülüğünü ihlali, iş sahibinin TBK m. 473/2 kapsamında ikame yükleniciye başvurma imkânını engelleyemez²⁷⁹. Yapım sürecindeki bu önleyici tedbirlerin iş sahibi tarafından süresinde kullanılmaması hâlinde ise uyuşmazlığın çözümü, teslim sonrası dönemi kapsayan ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Sonuç itibarıyla bu silsile; eser sözleşmesinde sözleşmeye aykırılığa karşı öngörülen düzenlemelerin, aşamalı ve birbirini tamamlayan sistematik bir yapı oluşturduğunu ortaya koymaktadır.

SONUÇ

Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri, eserin teslimiyle birlikte ortaya çıkan ayıplı ifanın sonuçlarını gidermeyi amaçlayan telafi edici nitelikte bir koruma mekanizmasıdır. Ancak bu sorumluluk rejimi, sözleşmeye aykırılığın giderilmesine yönelik tek hukuki düzenleme değildir. Nitekim TBK m. 472/3 ve m. 473/2 hükümleri, eserin henüz tamamlanmadığı

²⁷⁸ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 112.

²⁷⁹ Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, s. 233-234.

yapım sürecinde uygulama alanı bulan ve ayıplı ifanın meydana gelmesini önlemeyi amaçlayan önleyici nitelikteki düzenlemelerdir. Bu itibarla söz konusu hükümler, ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna alternatif teşkil eden bağımsız kurumlar olarak değil, yapım sürecinden teslim sonrasına kadar uzanan bütüncül bir koruma sisteminin birbirini tamamlayan farklı aşamaları olarak değerlendirilmelidir. Kanun koyucu bu sistematik yapı içerisinde, öncelikle ayıplı eserin ortaya çıkmasını yapım aşamasında engellemeyi, buna rağmen sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesi hâlinde ise teslim sonrasında ayıba karşı tekeffül hükümleri aracılığıyla iş sahibini korumayı ve uğradığı zararın giderilmesini sağlamayı amaçlamıştır.

Bu aşamalı koruma sisteminin teslim sonrasındaki evresinde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için belirli koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu kapsamda eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması, eserde sözleşmeye veya objektif niteliklere aykırı bir ayıbın bulunması, söz konusu ayıbın iş sahibine isnat edilememesi ve iş sahibinin ayıplı eseri açık veya örtülü şekilde kabul etmemiş olması gerekir. Bu şartların gerçekleşmesi hâlinde iş sahibi, kanunda öngörülen seçimlik hakları kullanma imkânını elde eder. Ancak bu hakların kullanılabilmesi, iş sahibinin bazı külfetleri zamanında yerine getirmesine bağlıdır.

Bu çerçevede iş sahibi, teslim edilen eseri işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmek ve bu inceleme sırasında tespit ettiği açık ayıpları makul bir süre içerisinde yükleniciye bildirmekle yükümlüdür. Buna karşılık, teslim anında fark edilmesi mümkün olmayan gizli ayıplar bakımından iş sahibinin önceden yerine getirmesi gereken bir gözden geçirme külfeti bulunmamaktadır. Ancak bu tür ayıpların sonradan ortaya çıkması hâlinde, iş sahibi ayıbı öğrendiği andan itibaren durumu gecikmeksizin yükleniciye ihbar etmekle yükümlüdür. Söz konusu külfetlerin yerine getirilmemesi hâlinde ise iş sahibi ayıptan doğan haklarını ileri sürme imkânını kaybeder.

Öte yandan iş sahibi, ayıptan doğan haklarını kanunda öngörülen zamanaşımı süreleri içerisinde ileri sürmek zorundadır. Ayıptan kaynaklanan taleplerde zamanaşımı, kural olarak eserin teslimiyle işlemeye başlar. Bu süre, taşınır nitelikteki eserler bakımından iki yıl, taşınmaz yapılar bakımından ise beş yıl olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte, yüklenicinin ayıbı ağır kusuruyla gizlemiş olması hâlinde, eserin niteliğine bakılmaksızın zamanaşımı süresi yirmi yıl olarak uygulanır.

Ayıplı eserden kaynaklanan tazminat talepleri bakımından TBK m. 478 hükmü özel bir zamanaşımı düzenlemesi niteliği taşıdığından, bu taleplere

genel zamanaşımı sürelerinin uygulanması hukuken mümkün değildir. Bununla birlikte, TBK m. 475 hükmünde yer alan *“genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır”* ifadesi, tazminat taleplerinin zamanaşımı süresi bakımından genel hükümlere tâbi olduğu şeklinde de yorumlanmaktadır. Ne var ki bu yaklaşım, eser sözleşmesinin kendine özgü sistematığını ve kanun koyucunun bu alandaki düzenleme iradesini göz ardı etmektedir. Öte yandan, söz konusu yasal düzenlemenin lafzî açıdan farklı yorumlara elverişli olduğu da göz ardı edilemez bir gerçektir.

Bu bağlamda, tereddütlerin giderilmesi adına yapılacak bir yasal düzenleme ile TBK m. 478 hükmünde yer alan *“bu sebeple açılacak davalar”* ifadesinin, *“ayıptan doğan her türlü seçimlik hak ve tazminat taleplerine ilişkin davalar”* şeklinde değiştirilmesi isabetli olacaktır. Böyle bir düzenleme, ayıptan kaynaklanan tüm taleplerin aynı özel zamanaşımı rejimine tâbi olduğu hususunu açıkça ortaya koyacak ve hukuki güvenlik ile belirlilik ilkelerinin güçlendirilmesine hizmet edecektir.

Ayıba karşı tekeffül rejimindeki zamanaşımı sınırlarına ilişkin bir diğer tartışma ise TBK m.231/1 hükmünde satış sözleşmeleri bakımından kabul edilen ve zamanaşımı süresinin dolmasından sonra dâhi alıcıya haklarını def’i yoluyla ileri sürme imkânı tanıyan düzenlemenin, eser sözleşmelerine kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı hususundadır. Kanaatimizce, anılan düzenlemenin eser sözleşmesine kıyasen uygulanması suretiyle, iş sahibine zamanaşımı süresinin dolmasından sonra dava açma imkânı tanınması mümkün değildir. Zira bu durumda yüklenicinin ileri sürebileceği zamanaşımı def’i, davanın dinlenmesini engelleyici nitelik taşımakta ve hakkın dava yoluyla ileri sürülebilirliğini ortadan kaldırmaktadır.

Buna karşılık, ayıbı süresinde ihbar etmiş olan iş sahibinin, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra kendisine karşı ileri sürülen taleplere karşı ayıp def’ini bir savunma aracı olarak ileri sürebilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu yaklaşım, yüklenicinin zamanaşımından doğan koruma menfaatini zedelemeksizin hukuki belirliliği muhafaza etmekte ve taraflar arasındaki menfaat dengesini adil bir biçimde gözetmektedir.

İhbar külfetini süresinde yerine getiren ve haklarını yasal zamanaşımı süresi içinde ileri süren iş sahibine, kanun tarafından sınırlı sayıda seçimlik hak tanınmıştır. Bu seçimlik haklar; sözleşmeden dönme, bedelde indirim talep etme ve ayıplı eserin ücretsiz olarak onarılmasını isteme haklarından ibarettir.

Ayıptan doğan sorumlulukta iş sahibine tanınan ilk seçimlik hak, sözleşmeden dönme hakkıdır. TBK m. 475/1 uyarınca, eserin kullanılmayacak derecede ayıplı olması veya dürüstlük kuralı gereği iş sahibinden eseri kabul etmesinin beklenememesi hâlinde, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

İş sahibi, eserin ayıplı olması durumunda bedelde indirim talep etme hakkına da sahiptir. Bu hakkın kullanılması hâlinde iş sahibi eseri ayıplı hâliyle kabul etmekte; ancak ayıp oranında bedelin indirilmesini talep etmektedir. Söz konusu hakkın kullanılabilmesi için ayıbın eserin ekonomik değerinde bir azalmaya yol açmış olması gerekir.

İş sahibine tanınan bir diğer seçimlik hak ise, ayıplı eserin giderim masrafları yükleniciye ait olmak üzere onarılmasını isteme hakkıdır. Bu hakkın ileri sürülebilmesi için onarımın mümkün olması ve yüklenici açısından aşırı bir masraf gerektirmemesi gerekir; aksi hâlde ücretsiz onarım talebi kabul edilmez.

Bu üç seçimlik hakka ek olarak kanun koyucu, iş sahibine genel hükümlere göre tazminat talep etme imkânı da tanımıştır. İş sahibi tazminat talebini bağımsız olarak ileri sürebileceği gibi diğer seçimlik haklarla birlikte de kullanabilir. Tazminat talebinin ileri sürülebilmesi için ayıbın varlığına ek olarak bir zararın doğmuş olması, yüklenicinin kusurunun bulunması ve zarar ile ayıp arasında uygun illiyet bağının mevcut olması gerekir.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Akipek Öcal, Şebnem ve İlhan Kara. *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Akkanat, Halil. “Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler.” *Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı*. Der. Emrehan İnal. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015: (ss. 7-70).
- Aksoy Dursun, Sanem. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları”. *Legal Hukuk Dergisi*. 9/101 (2011): (ss. 1845-1860).
- Antalya, O. Gökhan, Faruk Acar, Çisil Durgun Arslan, Başak Görgeç ve Işıl Yelkenci. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*. Cilt V/1. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Arkan, Sabih. *Ticarî İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2025.
- Aslan, İ. Yılmaz. *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*. Ankara: Ekin Yayınevi, 2022.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Tuncer. *Tüketici Hukuku Özet Kitap*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Aydoğdu, Murat ve Serdar Nart. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Ticari İşletme Hukuku: Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Bilgili, Fatih, Ertan Demirkapı ve Alper Özboyacı. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Dora Yayıncılık, 2023.
- Bozer, Ali ve Celal Göle. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2023.
- Bozkurt, Tamer. *Ticarî İşletme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Büyükcay, Yusuf. *Eser Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Çetiner, Bilgehan, Andreas Furrer ve Markus Müller-Chen. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Dağdelen, Ahmet Hakan. “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıplı İşin Yarattığı Yan Zarardan İş Sahibi Karşısında Sorumluluğu”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2 (2023): (ss. 1373-1394).
- Dayınlarlı, Kemal. *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü: Hüküm ve Sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 2008.
- Deryal, Yahya ve Yakup Korkmaz. *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

- Durak, Yasemin. “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/3 (2016): (ss. 207-252).
- Eren, Fikret ve İpek Yücer. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınevi, 2024.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınevi, 2024.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Günay, Erhan. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025.
- Gündoğdu, Fatih. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadededen Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f.2)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Günergök, Özcan ve Şaban Kayıhan. *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Hatemi, Hüseyin ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2025.
- Hızır, Fatma. “Türk Borçlar Kanunu md. 473/II Kapsamında İş Sahibinin İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 9/33 (2018): (ss. 583-608).
- Karakurt, Güler Gümüşsoy. *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kayıhan, Şaban. *Ticaret Hukuku*. İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2024.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2025.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- Kır Çelik, Şebnem Tansu. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde TBK m. 473/II Hükümünün Uygulanması”. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (2017): (ss. 111-126).
- Kırmızı, Mustafa. *Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2022.
- Koyuncu, Berk Kenan. “Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m. 475 Hükümünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirme”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 11/145-146 (2016): (ss. 1069-1093).
- Kurt, Leyla Müjde. *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024.
- Olacak, Tolga. *Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle İşsahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Ozanemre Yayla, H. Tolunay. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Örnekli ve Şemalı Konu Anlatımı*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023. Öktem, Seda. “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları”. İstanbul Barosu Dergisi. 80/5 (2006): (ss. 1947-1965).
- Öz, M. Turgut. *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2021.

- Özdemir, Hayrunnisa. “Eser Sözleşmesi”. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Der., M. Turgut Öz. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023: (ss. 491-657).
- Özdemir, Hayrunnisa. “Türk-İsviçre Borçlar Kanununda Ayrıptan Doğan Sorumlulukta Zamanaşımı Süreleri”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 16/176 (2021): (ss. 775-784).
- Özkan, Sema Deniz. “Eser Sözleşmesinde Eksik İfa”. *İstanbul Barosu Dergisi*. 89/6 (2015): (ss. 219-244).
- Öztürk, Muammer ve Zeki Gözütok. *Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025.
- Seçer, Öz. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Sürer, Metin ve Bahadır Demir. “Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eser Sözleşmesinde Ayrıp Sebebiyle Sorumluluk”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 14/1 (2023): (ss. 232-243).
- Şahin, Turan. “Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1/2 (2016): (ss. 135-157).
- Şahin, Turan. *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Şahinüz, Cevdet Salih. *Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayrıplı İfadan Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Şener, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı*. 3. Baskıdan 4. Tıpkı Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2025.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tanrıverdi, Alper. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaattaki Ayrıp Sebebiyle Sahip Olduğu Haklar”. *İstanbul Barosu Dergisi*. 88/3 (2014): (ss. 266-281).
- Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Tiryaki Özlük, Betül. “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Uygun Olmayan Talimat ile Bağlılığı”. *Adalet Dergisi*. 74 (2025): (ss. 765-787).
- Turanboy, Asuman. “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 41/1-4 (1989-1990): (ss. 151-189).
- Uçar, Ayhan. “İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1/1 (1997): (ss. 31-67).
- Uçar, Ayhan. *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2024.
- Yavuz, Nihat. *Ayrıplı İfa*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.

- Yener, Mehmet Deniz. “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 4/1 (2009): (ss. 155-176).
- Yünlü, Semih. “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ağır Kusuru ve Buna İlişkin Zamanaşımı Süresi”. İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 1/3 (2014): (ss. 103-116).
- Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024.

FİİLÎ AYRILIK NEDENİYLE BOŞANMA (TMK m. 166/4): ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 22.02.2024 TARİHLİ KARARI VE 7532 SAYILI KANUN ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üy. Reyhan TUHAN BOZ

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Medenî Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: <https://www.orcid.org/0000-0002-6324-5860>,
reyhantuhanboz@kku.edu.tr

Geliş Tarihi | Received: 05.06.2026

Kabul Tarihi | Accepted: 15.07.2026

doi: 10.59909/mhd.1964477

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a
plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası
Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives
4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Atıf|Citation:

Tuhan Boz, Reyhan. "Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/4): Anayasa
Mahkemesi'nin 22.02.2024 Tarihli Kararı ve 7532 Sayılı Kanun Üzerine Bir
Değerlendirme". Medeni Hukuk Dergisi. 3/2 (2026), s. 230-257.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın 26-27 Mart 2026 tarihlerinde Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi tarafından düzenlenen Türk Medenî Kanunu'nun Kabulünün Yüzüncü Yılı Sempozyumu'nda sunulan "Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/4): AYM Kararı ve 7532 Sayılı Kanun Üzerine Bir Değerlendirme" adlı tebliğin genişletilmiş hâli olduğunu beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support: The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Author's Contributions: This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval: The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics: The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study is an expanded version of the paper entitled "Divorce Due to De Facto Separation (Article 166/4 of The Turkish Civil Code): An Evaluation of the Constitutional Court Decision and Law No. 7532," presented at the Centennial Symposium of the Adoption of the Turkish Civil Code, organized by Tokat Gaziosmanpaşa University on March 26-27, 2026.

**FİİLİ AYRILIK NEDENİYLE BOŞANMA (TMK m. 166/4):
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 22.02.2024 TARİHLİ KARARI VE 7532 SAYILI
KANUN ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**

ÖZ

Ortak hayatın fiilen sona erdiği ve evliliğin salt hukukî statüden ibaret kaldığı hâllerde, bu bağın hukuken muhafaza edilmesinde korunmaya değer bir yarar bulunmamaktadır. Bu bağlamda TMK m. 166/4 hükmünde reddedilen bir boşanma davasının kesinleşmesinin ardından tarafların ortak hayatı yeniden kuramaması hâlinde, fiili ayrılık karinesine dayanan mutlak bir boşanma nedeni öngörülmüştür. Ortak hayatın ne kadar süre içerisinde yeniden kurulamaması durumunda bu karinenin doğacağı, Anayasa Mahkemesi'nin 2024 yılında vermiş olduğu iptal kararına konu olmuş ve aynı yıl iptal kararının gereğini yerine getirmek üzere bir kanun değişikliği gerçekleştirilmiştir. Ancak yapılan bu son değişiklik de söz konusu hükme ilişkin uygulamadaki sorunları ve doktrinde yöneltilen eleştirileri bütünüyle bertaraf etmekten uzaktır. Zira sorunun temel kaynağı yasal ayrılık süresinin uzunluğu değil, bu sürenin başlangıç tarihi olarak ret kararının kesinleştiği tarihin esas alınmış olmasıdır. Ancak bu husus yapılan kanun değişikliğinde ele alınmamıştır. Dolayısıyla, Anayasa ile güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile ailenin korunması amacı arasında adil bir denge kuracak yeni bir yasal çerçevenin ihdas edilmesi ihtiyacı devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, Fiili Ayrılık, Ortak Yaşamın Yeniden Kurulamaması, Anayasa Mahkemesi, Ailenin Korunması.

DIVORCE DUE TO DE FACTO SEPARATION (ARTICLE 166/4 OF THE TURKISH CIVIL CODE): AN EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION DATED FEBRUARY 22, 2024, AND LAW NO. 7532

ABSTRACT

In cases where matrimonial life has de facto ended and the marriage has been reduced to a mere legal status, there is no legally protectable interest in maintaining this bond. In this context, Article 166/4 of the Turkish Civil Code grants the parties an absolute reason to divorce based on the presumption of de facto separation, if the parties fail to re-establish their matrimonial union after the finalisation of the dismissal of a divorce case. In 2024, the length of time that must elapse without the re-establishment of the matrimonial union for this presumption to arise was the subject of an annulment judgment by the Constitutional Court, and a legislative amendment was enacted in the same year to comply with this ruling. However, this recent amendment is far from fully resolving the practical issues and the criticisms raised in legal doctrine regarding this provision. This is because the root cause of the problem is not the length of the statutory separation period, but rather the starting point of this period – namely, the requirement for the dismissal decision to become final – an issue that the amendment failed to address. Therefore, there remains a clear necessity to establish a new legal framework that strikes a fair balance between the constitutionally guaranteed right to respect for private and family life and the objective of protecting the family.

Keywords: Divorce, De Facto Separation, Failure to Re-establish Matrimonial Life, Constitutional Court, Protection of the Family.

GİRİŞ

Evlilik, eşlerin birlikte yaşadığı, ortak bir hayat sürdürdükleri, hukukî bir birlikteliktir¹. Evlilik birliğinin temel gayesi olan ortak hayatın sürdürülmesi, tarafların bir arada yaşama ve evliliği devam ettirme iradesine dayanır. Eşlerin çeşitli nedenlerle zaman zaman ayrı yaşamaları mümkündür. Ancak herhangi bir zorunlu sebep olmaksızın sürekli olarak fiilen ayrı yaşamak, eşler arasındaki evlilik bağının çözüldüğünü ve gerçek bir evlilik birliğinin kalmadığını gösteren bir karinedir². Hukuken varlığını sürdüren ancak fiilî olarak sona ermiş bir evliliğin taraflara ve topluma fayda sağlamayacağı hukuk sistemlerinde kabul edilen bir gerçektir³.

Ortak hayatın sürdürülmesi iradesinin kesin olarak ortadan kalktığı, evliliğin fiiliyatta kâğıt üzerinde kaldığı hâllerde hukuk düzeninin bu durumu süresiz olarak himaye etmesi beklenemez. Nitekim hukuk sistemlerinde boşanma sebepleri arasında fiilen sona ermiş evliliklerin hukuken de sona erdirilmesine imkân tanınması amacıyla fiilî ayrılık karinesine dayanan boşanma kurumuna yer verilmiştir⁴. Bu bağlamda, fiilî

¹ Faruk Acar, “Türk Medeni Kanunu’nun Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Düzenlemesinin (TMK m.166/4) Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Serap Helvacı’nın Anısına Armağan Cilt I, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024, s. 155; Akın Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, EÜHFD, 2, 1-2, (2007), s. 296; Eda Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma* (TMK m. 166/IV), İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022, s. 108; Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2025, s. 203; Cem Baygın ve Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2025, s. 134, 138.

² Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 299; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma* (TMK m. 166/IV), s. 24.

³ Mehmet Emin Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2021): 29/ 3, s. 2350; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma* (TMK m. 166/IV), s. 108; Remzi Demir, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış”, TBMM’nin 100. Yılı Anısına Armağan, (Ed. Ümit Süleyman Üstün, Ebru Tüzemen Atık), İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021, s. 270; Gamze Turan Başara, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 15/59,(2024), s. 388; Ali Yaşar Çelikel, “166/IV Hükmüne İlişkin Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, Yeni Yasal Düzenleme ve Öneriler: Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanmada Yeni Dönem”, Prof. Dr. Şükran Şıpka’ya Meslekte 40. Yıl Armağanı, (Ed. Zeynep Özge Oğuz ve Nesli Beril Özen Çolak), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2025, s. 229.

⁴ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015, s. 700; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2024, s. 275; Mustafa Dural, M. Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2025, s. 130; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2025, s. 215; Yasemin Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 1053; Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 295; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 328; Turan Başara, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal

ayrılık karinesi, kanun koyucunun belirlediği sürenin ortak hayat yeniden kurulamadan geçirilmesi durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının mutlak olarak varsayılması esasına dayanmaktadır⁵. Söz konusu yasal karinenin gerçekleşmesiyle birlikte evlilik, hâkime evlilik birliğinin fiilen sarsılıp sarsılmadığı veya tarafların kusur durumu konularında takdir yetkisi bırakılmaksızın, hukuken de sona erdirilmektedir. Böylelikle ortak yaşamı sürdürme iradesi olmayan ve uzun süredir ayrı yaşayan eşlerin boşanmaları kolaylaştırılmaktadır⁶.

Fiili ayrılık nedeniyle evlilik birliğinin sonlanmasında asıl mesele, bir şekilde sarsılan ortak hayatın ne kadar süre içerisinde yeniden kurulamaması ile bu yönde bir karinenin doğacağıdır. Zira bu süre; her ülkenin kendi toplum yapısına, aileye bakış açısına ve hukuk politikası anlayışına göre değişiklik göstermektedir⁷. Hukuk sistemleri, fiili ayrılık süresini belirlerken iki temel değer arasında bir denge kurmalıdır. Terazinin bir yanında evlilik kurumunun kutsiyetini koruma ve boşanmayı keyfiyetten uzak tutma amacı; diğer yanında ise artık fiilen bitmiş bir birlikteliği hukuken sürdürmeye zorlanan bireyin anayasal özgürlükleri yer alır. Dolayısıyla belirlenecek süre, ne boşanmayı bir formaliteye indirgeyecek kadar kısa ne de bireyin özel hayatını ipotek altına alacak kadar uzun olmalıdır⁸.

Türk hukukundaki mevcut tartışmaların ve gelişmelerin odağında yer alan tam olarak bu ölçülülük ilkesidir. Anayasa'nın 41. maddesi, aileyi "*Türk toplumunun temeli*" olarak ifade etmekte ve devlete ailenin huzur ile refahını koruma yönünde pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Ancak bu anayasal ilke, yalnızca şekli bir hukukî bağı ne pahasına olursa olsun ayakta tutmayı

Düzenleme İhtiyacı", s. 388; Firdevs Yüzbaşı Tobaz ve Büşra Şahin Aydın, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, (2025): 83/2, s. 66; Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 270.

⁵ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 142; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 121; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 705; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 332; Çelikel, "166/IV Hükmüne İlişkin Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, Yeni Yasal Düzenleme ve Öneriler: Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanmada Yeni Dönem", s. 242.

⁶ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 122; Ünal, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 295; Pınar Alkım Bekar, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 32/ 4 (2024), s. 2244.

⁷ Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 293; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 24.

⁸ Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 167; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 293; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2363.

değil; bireylerin maddî ve manevî varlıklarını özgürce geliştirebilecekleri, barışçıl ve sağlıklı bir toplumsal zemini güvence altına almayı amaçlamaktadır. Nitekim, TMK m. 166/4 hükmü de bu anayasal yükümlülük ve hukukî yaklaşım üzerine inşa edilmiş olup fiilî ayrılığa dayalı boşanma kurumunu düzenlemektedir. İlgili hükme göre; herhangi bir sebeple açılan boşanma davasının reddi kararının kesinleşmesinden itibaren kanunda öngörülen süre boyunca, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliğinin temelden sarsıldığı mutlak bir yasal karine olarak kabul edilir ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir. Ne var ki söz konusu hüküm, kaleme alındığı günden bu yana doktrinde sürekli tartışmalara konu olmuş ve çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Nihayetinde, 2024 yılında, Anayasa Mahkemesi, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında makul bir denge sağlamadığından bahisle söz konusu hükmün iptaline karar vermiştir. Aynı yıl gerçekleştirilen kanun değişikliğiyle ayrılık süresi üç yıldan bir yıla indirilmiştir. Ancak yeni yasal düzenleme de doktrindeki eleştirileri bütünüyle bertaraf edememiştir.

Çalışmamızda, öncelikle fiilî ayrılık nedeniyle boşanmayı düzenleyen TMK m. 166/4 düzenlemesi ve bu boşanma sebebinin hukukî niteliği ele alınmıştır. Akabinde, Anayasa Mahkemesi'nin 2023/116 Esas ve 2024/56 Karar sayılı iptal kararı ve 7532 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik değerlendirilerek mevcut sorunun çözümündeki eksiklikler tespit edilmiştir. Son olarak, söz konusu sorunun giderilmesine yönelik bir kanun değişikliği önerisinde bulunulmuştur.

I. FİİLÎ AYRILIK NEDENİYLE BOŞANMA (TMK m. 166/4)

A. TMK m. 166/4 Düzenlemesi ve Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanmanın Hukukî Niteliği

Fiilî ayrılık nedeni ile boşanma, ilk defa⁹ 1988 yılında 3444 sayılı Kanun¹⁰ ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 134. maddesinde yapılan değişiklik

⁹ Fiilî ayrılık nedeniyle boşanma ilk olarak 1971 tarihli Medenî Kanun Öntasarısı'nda gündeme gelmiş olup ilgili hüküm kanunlaşmamıştır. Öntasarı m. 134/A hükmüne göre "Bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış olan boşanma davasının reddine karar verilmiş ve kararının kesinleştiği tarihten beş yıl geçtiği halde, her ne sebeple olursa olsun, ortak hayat yeniden kurulamamışsa, eşlerden birinin istemi üzerine herhalde boşanmaya karar verilir." Bkz. Ünal, "Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 292.

¹⁰ 3444 sayılı 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun, R.G. 12.05.1988- 19812. Söz konusu kanun değişikliği ile anlaşmalı boşanma da ilk kez boşanma nedeni olarak kabul edilmiştir.

neticesinde hukukumuzda genel bir boşanma sebebi olarak dahil edilmiştir¹¹. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu yasalaşırken bu hüküm aynen korunarak TMK m. 166/4'te yer almış ve Anayasa Mahkemesi'nin 2024 yılında vermiş olduğu iptal kararına kadar da aynı şekliyle yürürlükte kalmıştır.

İptal kararı öncesindeki TMK m.166/4 hükmüne göre herhangi bir boşanma sebebine dayanılarak açılmış ve reddedilmiş davanın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmesi ve bu süre içinde ortak hayatın yeniden kurulamaması hâlinde evlilik birliği temelden sarsılmış sayılmaktaydı. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından, 14 Kasım 2024 tarihli ve 7532 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik; ilgili hükümde yer alan üç yıllık süre, bir yıla düşürülmüştür.

Türk hukukunda boşanma sebepleri kanunda sınırlı olarak sayılmıştır ve boşanma davası ancak bu sebeplerden birinin varlığı hâlinde açılabilir. TMK m. 161-165 arasında özel olarak belirlenmiş olan boşanma sebepleri özel boşanma sebebi olarak adlandırılırken; TMK m. 166'da evlilik birliğini temelden sarsan çeşitli olgulara sonuç bağlanmış olduğundan bu düzenleme genel boşanma sebebi olarak nitelendirilmektedir¹². Bu kapsamda fiilî ayrılık nedeniyle boşanma genel boşanma sebeplerindendir¹³. Zira fiilî ayrılık nedeniyle boşanma, TMK m. 166'da evlilik birliğinin temelden sarsılması başlığı altında düzenlenmiş olup hükümde boşanmaya sebep olaylar tek tek sayılmamış, evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığına sonuç bağlanmıştır. TMK m. 166/4'te öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde

¹¹ 1988 tarihli değişikliğin madde gerekçesinde “eşlerin uzun süredir ayrı yaşamaları, tüm olay kapsamında değerlendirildiğinde evliliğin devamında yarar görülmemesi dahilinde, boşanma davası açılmış ve hangi sebep ile reddedilmiş olursa, red kararının kesinleşmesinden itibaren beş sene sonra açılan boşanma davasında, davanın kabulüne karar verileceği” belirtilmiştir. Bununla birlikte hüküm yasalaşırken beş yıl olarak ifade edilen ayrılık süresi üç yıl olarak düzenlenmiştir. Bkz. Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 293; Değişiklik öncesinde fiilî ayrılık müstakil bir boşanma nedeni sayılmadığı için, boşanma davası reddedilen eşler aynı gerekçelerle yeniden dava açamamakta ve kesin hüküm engeliyle karşılaşmaktaydı. Bkz. Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023, s. 123; Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 295; Şahin Şengül, *Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 108.

¹² Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 297; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 121; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 199-200; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 296; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiilî Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1052; Şahin Şengül, *Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 167.

¹³ Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 200; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 296; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiilî Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1051; Demir, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış”, s. 272; Şahin Şengül, *Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 168.

evlilik birliğinin temelden sarsıldığına ilişkin bir karine getirilmiştir¹⁴. Ayrıca doktrinde boşanma sebepleri hâkimin boşanmaya hükmedebilmesi için evlilik birliğinin çekilmez hâle gelip gelmediğini araştırma zorunluluğuna göre mutlak ve nisbî boşanma sebepleri olarak tasnif edilmektedir. Eğer hâkim, kanunda sayılan olayların yanı sıra bu sebeple evlilik birliğinin çekilmez hâle geldiğini de araştırmakla yükümlü ise nisbî bir boşanma sebebi söz konusudur¹⁵. Hükümde fiilî ayrılık nedeniyle boşanma için öngörülen koşulların gerçekleşmesi hâlinde hâkime evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığını inceleme yetkisi tanınmadığından bu boşanma sebebi, mutlak bir boşanma sebebidir¹⁶. Boşanma sebepleri aynı zamanda kusura dayanıp dayanmamasına göre de tasnif edilmektedir. Fiilî ayrılık nedeniyle boşanma davasında eşlerin kusurlu olup olmaması, boşanma kararı verilmesi bakımından bir etkiye sahip olmayıp yalnızca boşanmanın sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle fiilî ayrılık nedeniyle boşanma, kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir¹⁷.

¹⁴ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 142; Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 298; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1052; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 28, 167.

¹⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 107; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 295; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1052; Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 297; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 170; Ebru Ceylan, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6/ 12 (2018), s. 323.

¹⁶ Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 146; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 295; Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 124; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 215; Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 298; Demir, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış”, s. 272; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2371; Turan Başara, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”, s. 398; Ceylan, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirmesi”, s. 323; Çelikel, “166/IV Hükümüne İlişkin Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, Yeni Yasal Düzenleme ve Öneriler: Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanmada Yeni Dönem”, s. 227; Ahmet Ayar, “Evliliğin Sona Ermesi”, *Aile Hukuku*. (Ed. Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, s.148.

¹⁷ Acar, “Türk Medeni Kanunu’nun Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Düzenlemesinin (TMK m.166/4) Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, s. 160; Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 298-299; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2374; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 171; Turan Başara, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”, s. 403; Yüzbaşı Tobaz ve Şahin Aydın, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi”, s. 69; Demir, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış”, s. 272; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1052; Çelikel, “166/IV Hükümüne İlişkin Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, Yeni Yasal Düzenleme ve Öneriler: Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanmada Yeni Dönem”, s. 227.

Fiilî ayrılık nedeniyle evlilik birliğinin sona erdirilebilmesinin koşulları kanunda açıkça düzenlenmiştir. TMK m. 166/4 hükmüne göre bu sebeple boşanmaya hükmedilebilmesi için daha önce herhangi bir sebep ile açılıp reddedilen bir boşanma davasının bulunması, ret kararının kesinleşmesinin üzerinden belli bir sürenin geçmiş olması, geçen sürede ortak hayatın yeniden kurulamamış olması ve eşlerden biri tarafından ortak hayatın yeniden kurulamamış olması sebebiyle boşanma davasının açılması gerekir. Söz konusu koşullar, kümülatif olarak aranmaktadır. Hâkim, ancak koşulların tümü gerçekleştiğinde söz konusu sebebe dayanarak boşanmaya hükmedebilir¹⁸.

B. Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanmanın Koşulları

1. Daha Önce Herhangi Bir Sebeple Açılıp Reddedilen Bir Boşanma Davasının Bulunması

Fiilî ayrılık nedeniyle boşanmanın sağlanabilmesi için eşlerden biri tarafından daha önce herhangi bir boşanma sebebine dayanarak açılmış ve reddedilmiş bir boşanma davasının bulunması şarttır¹⁹. Bu nedenle eşlerin dava açılmaksızın ayrı yaşamalarının fiilî ayrılık nedeniyle boşanmaya dayanak oluşturması mümkün değildir²⁰. Hükümde açıkça boşanma

¹⁸ Şahin Şengül, *Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 213; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiilî Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2360.

¹⁹ Aydın Zevkliler, Emre Cumalıoğlu ve Beşir Acabey, *Medeni Hukuk III Aile Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024, s. 285; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 276; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 131; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 701; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 142; Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 124; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 329; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 215; Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 295, 299; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiilî Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2352; Şahin Şengül, *Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 214; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 143; Turan Başara, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”, s. 399; Yüzbaşı Tobaz ve Şahin Aydın, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiilî Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi”, s. 69; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiilî Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1060; Demir, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış”, s. 274; Bekar, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiilî Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler”, s. 2245; Abdulkemim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku*, Ankara: Monopol Yayınları, 2023, s. 83.

²⁰ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 131; Şahin Şengül, *Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 214; Ünal, “Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 295; Şahin Şengül, *Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 166, 214; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiilî Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1063; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiilî Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2353; Turan Başara, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal

davasından söz edilmiş olduğundan, evliliğin sona erdirilmesi için açılmış butlan veya evliliğin iptaline ilişkin davalar, dayanak dava olarak kabul edilemez²¹.

Açılan davanın genel ya da özel boşanma sebeplerine dayanması yahut kim tarafından açılmış olduğunun bir önemi bulunmamaktadır²². Dava, ileri sürülen boşanma sebeplerine ilişkin koşulların gerçekleşmemesi sebebiyle reddedilmiş olabileceği gibi davacının kusurundan ya da iddialarının ispat edilememesinden dolayı da reddedilmiş olabilir²³. Eşlerin ileri sürebileceği herhangi bir sebep yokken dahi boşanma davası açılmış olabilir; burada önem arz eden husus, açılmış ve reddedilmiş bir dayanak boşanma davasının bulunmasıdır. Fakat dava esastan değil de açılmamış sayılma, yetkisizlik

Düzenleme İhtiyacı", s. 399; Bekar, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler", s. 2246.

²¹ Ünal, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 301; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma* (TMK m. 166/IV), s. 218, 219; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 702; Yargıtay 2. HD, E. 1993/12395, K. 1993/12774, 29.12.1993; Aksi kanaat için bkz. Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2355.

²² Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 142; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 131; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 143; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 215; Yalçın, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma", s. 1060; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 329; Ünal, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 299; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma* (TMK m. 166/IV), s. 214, 215; Yüzbaşı Tobaz ve Şahin Aydın, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi", s. 69; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2353; Bekar, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler", s. 2245; Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 274. Dayanak davanın Türk mahkemelerinde açılmış olması şart değildir; yabancı ülke mahkemelerinde açılmış ve reddedilmiş olup Türk mahkemeleri tarafından tanınmış bir boşanma davası da fiili ayrılık nedeniyle boşanmaya dayanak teşkil edebilir. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 131, dn. 294; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 330; Ünal, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 303; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 276; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 216; ; Yalçın, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma", s. 1063; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma* (TMK m. 166/IV), s. 217; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2355; Bekar, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler", s. 2248; Ayar, "Evliliğin Sona Ermesi", s. 148.

²³ Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma* (TMK m. 166/IV), s. 214; Ünal, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 300; Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 274; Yalçın, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma", s. 1060; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2353. Örneğin, anlaşmalı boşanma davasında hâkimin protokol üzerindeki değişiklik önerisinin taraflarca kabul edilmemesi neticesinde davanın reddine karar verilmesi hâlinde, bu dava fiili ayrılık nedenine dayalı boşanma davası bakımından geçerli bir dayanak oluşturur. Bkz. Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 143; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma* (TMK m. 166/IV), s. 215; Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 274.

veya görevsizlik gibi bir sebeple, usulden reddedilmişse, Yargıtay'ın da kabul ettiği gibi, bu hâlde dayanak dava koşulu sağlanamamış olur²⁴. Davanın açılıp sonrasında davadan feragat edilmesi hâlinde ise Yargıtay, feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağından bahisle, feragat tarihinin üzerinden yasal sürenin geçmesi ile fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açılabileceğini kabul etmektedir²⁵. Uygulamada bir an önce evliliği sonlandırmak isteyen tarafın fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası için gerekli süreyi başlatabilmek amacıyla göstermelik bir boşanma davası açarak sonrasında davadan feragat ettiği ya da açılan boşanma davasında mahkemenin ayrılık kararı vereceğini anladığında davadan feragat ederek hükmün kesinleşmesini sağladığı örneklerle rastlanmaktadır²⁶. Doktrinde, sürenin başlangıcının açılmış olan davanın reddinin kesinleşmesi olarak değil, davanın açılması olarak belirlenmesi ile bu davranışların önüne geçilebileceği ifade edilmektedir²⁷.

²⁴ Yargıtay 2. HD, E. 1997/8162, K. 1997/9641, 25.09.1997, “Medeni Kanunun 134/son maddesine göre boşanmaya karar verilebilmesi için, taraflardan birinin herhangi bir hukuki sebebe dayalı boşanma davası açması ve bunun reddine karar verilmiş olması gereklidir. Dava dilekçesi şekli bir sebeple reddedilmişse (dilekçe iptali gibi) veya dava açılmamış sayılmışsa Medeni Kanunun 134/son uygulamasında dikkate alınmayacaktır. Ret kararının davanın esasına ilişkin olması zorunludur. Nitekim, dava feragat sebebiyle bile reddedilse hakkın esasını ilgilendirdiğinden (HUMK. madde 91, 95), 134/son maddenin uygulanmasına esas alınabilecektir (HGK.'nın, 12.4.1995 gün ve 138/384 sayılı kararı).”; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 131; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 701; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 329; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 216; Ünal, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 301; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1060; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2353; Doktrinde Kanun'da reddin nedenine ilişkin bir belirleme ya da ayırım yapılmamış olduğu belirtilerek usulden reddedilmiş davanın da dayanak dava olarak kabul edilebileceği savunulmaktadır. Bkz. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 142; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 218.

²⁵ Bkz. YHGK., E. 2012/730, K. 2013/251, 20.2.2013; Doktrinde ise bu durum tartışmalıdır. Feragat hâlinde dayanak davanın kabul edilebileceği kanaati için bkz. Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 143; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 216; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 322; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1060; Bekar, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler”, s. 2247. Davadan feragat edilmesi hâlinde; davanın reddi olmadığı, boşanma nedeninin ortadan kalktığı ve feragat edilen davaya dayanılarak fiili ayrılık nedeniyle boşanma davasının açılmayacağı kanaati için bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 131; Ünal, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 300.

²⁶ Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 124; Ünal, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 301; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2357; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 231, dn. 95.

²⁷ Hatemi, *Aile Hukuku*, s. 124.

2. Ret Kararının Kesinleşmesinin Üzerinden Belli Bir Sürenin Geçmiş Olması

Fiili ayrılık nedeniyle evliliğin sona erdirilebilmesi için boşanma davasının açılmış olması ve reddedilmiş olması tek başına yeterli değildir; ret kararının kesinleşmiş olması gerekir²⁸. Kararın kesinleşmesi, olağan kanun yollarının tüketilmesi ya da bu yollara başvurudan feragat edilmesi yahut kanun yolu için öngörülen sürelerinin geçmesiyle gerçekleşir²⁹.

Kanun koyucu ret kararının kesinleşmesinin üzerinden belli bir sürenin geçmiş olmasına rağmen ortak hayatın kurulamamış olmasını aramaktadır³⁰. Kanunda belirlenmiş olan bu ayrılık süresi dava şartıdır ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınır³¹. Fiili ayrılık süresinin tarafların anlaşması ya da hâkim kararıyla değiştirilmesi mümkün değildir³².

Fiili ayrılık süresi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde üç yıl olarak belirlenmişti. Bu süre, fiili ayrılık nedeniyle boşanma hükmünün ihdas edildiği 1988 yılından beri tartışma konusu olmuştur. Zira üç yıllık ayrılık süresi, ilk davanın reddi kararının kesinleşmesi için gerekli yargılama süresi

²⁸ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 702; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 276; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 131; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 142; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 329; Ünal, "Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 302; Yalçın, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma", s. 1060; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 236; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2352; Yüzbaşı Tobaz ve Şahin Aydın, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi", s. 70; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 144; Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 274; Bekar, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler", s. 2250.

²⁹ Taraflar arasında birden fazla boşanma davasının açılmış olması halinde fiili ayrılık nedeniyle boşanmaya dayanak teşkil edecek davanın son dava olması şart değildir; kesinleşen ilk davaya dayanılması mümkündür. Bkz. Ünal, "Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 303; Yalçın, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma", s. 1063; Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 274.

³⁰ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 142; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 216; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 144; Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 274; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 247; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2361.

³¹ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 702; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 132; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 216; Ünal, "Fiilî Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 302; Yalçın, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma", s. 1063; Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 274; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2361.

³² Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 274; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2360.

ile birleştğinde yaklaşık altı yıllık bir süreye tekabül etmekteydi, hatta sürecin çok daha uzun sürdüğü örnekleri de bulunmaktaydı³³.

Açılmış ve reddedilmiş davanın kesinleşmesi ve bunun üzerine üç yıllık sürenin geçmesi koşullarının birlikte aranması, fiilen evlilik birliği sona ermiş olmasına rağmen tarafların kâğıt üzerindeki bir evliliğe uzun süre boyunca mahkûm edildiği gerekçesiyle doktrinde de haklı olarak eleştirilmekteydi³⁴. İlk derece mahkemesinin ret kararı kesin nitelikte olmadığından, taraflardan birinin kanun yoluna başvurusu sürecin uzamasına neden olmaktadır. Üstelik fiili ayrılık nedeniyle açılacak olan yeni boşanma davası için yapılacak yargılama da belli bir zaman almaktadır³⁵. Doktrinde, fiili ayrılık nedeniyle boşanma için dayanak dava aranmasının gereksiz olduğu, diğer hukuk sistemlerinde sadece belirli süre ayrı yaşama olgusunun evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine olduğu; süre olarak ise bir ya da iki yıllık ayrılık süresinin belirlenmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir³⁶. Nitekim hem İsviçre hem de Alman hukukunda önceden açılmış ve reddedilmiş bir boşanma davasının varlığı aranmamaktadır³⁷. İsviçre hukukunda eşlerin iki

³³ Bkz. YHGK E. 2017/2909, K. 2021/1103, 28.09.2021; Yargıtay 2. HD., E. 2024/1019, K. 2024/8627, 18.11.2024.

³⁴ Bkz. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 143; Ünal, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 310; Demir, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış”, s. 280; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 303 vd.; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2363; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1077; Turan Başara, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”, s. 400; Bekar, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler”, s. 2246.

³⁵ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 143; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1064; Turan Başara, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”, s. 401.

³⁶ Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 143; Ünal, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 310; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1077; Demir, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış”, s. 280; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 305, 315; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2363; Turan Başara, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”, s. 400; Bekar, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler”, s. 2246; Çelikel, “166/IV Hükmüne İlişkin Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, Yeni Yasal Düzenleme ve Öneriler: Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanmada Yeni Dönem”, s. 248.

³⁷ İsviçre hukukuna ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1060 vd.; Alexandra Jungo, “Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB -Partnerschaftsgesetz”, CHK- Handkommentar zum Schweizer. Privatrecht. Schulthess Juristische Medien AG, 2023, ZGB Art.114 Rn.1; Ivo Schwander, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, OFK- Orell Füssli Kommentar, Orell Füssli Verlag AG. 2021, ZGB Art.114 Rn. 1; Roland Fankhauser, “Scheidung Band I: ZGB

yıl ayrı yaşamaları yeterli görülürken (ZGB³⁸ Art. 114)³⁹; Alman hukukunda tarafların üç yıl boyunca ayrı yaşamaları hâlinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve ortak hayatın yeniden kurulamayacağı kabul edilmektedir (BGB⁴⁰ § 1566/2)⁴¹.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından yapılan değişiklikler, açılmış ve reddedilmiş davanın kesinleşmesi koşulu korunarak fiili ayrılık karinesinin söz konusu olabilmesi için gereken ayrılık süresi bir yıl olarak belirlenmiştir.

3. Geçen Sürede Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamış Olması

Eşlerin fiili ayrılık nedeniyle boşanabilmesi için ret kararının kesinleşmesinden itibaren işleyecek yasal süre boyunca, mevcut düzenlemede bir yıl, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamış olmalıdır⁴². Ortak hayatın neden kurulamadığı veya bu konuda tarafların kusurlu olup olmaması önem arz etmez⁴³.

Ortak hayatın yeniden kurulduğunu söyleyebilmek için eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirecek şekilde bir araya gelmiş olmaları ve evlilik birliğinin fiilen ve sürekli olarak sürdürülüyor olması

und Band II: Anhänge", FamKomm, Stämpfli Verlag AG, 2022, Vorbemerkungen zu Art. 111-115, Rn. 6; Alman hukukuna ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Haluk Burcuoğlu, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 48/1-4, (1983), s.115 vd.; Ralph Neumann, "BGB § 1566 Vermutung für das Scheitern", BeckOK BGB, München: C. H. Beck, 2026, BGB § 1566 Rn. 11.

³⁸ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907, SR 210.

³⁹ Roland Fankhauser, "Vom clean break zum fast break? - Überlegungen zur geforderten Revision von Art. 114 ZGB", FamPra.ch, 2022, s. 471 vd.; CHK - Handkommentar zum Schweizer/Jungo, ZGB Art.114 Rn. 5; OFK- Orell Füssli Kommentar/Schwander, ZGB Art.114 Rn.1.

⁴⁰ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18. August 1896.

⁴¹ BeckOK BGB/Neumann BGB § 1566 Rn. 11.

⁴² Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 276; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 143; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 217; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 330; Ünal, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 304; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 144; Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Hiline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 276; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2361; Turan Başara, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı", s. 399; Bekar, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler", s. 2250.

⁴³ Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 217; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma* (TMK m. 166/IV), s. 257; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2361.

gerekmektedir⁴⁴. Bu nedenle düğün, doğum günü veya hastalık gibi önemli zamanlarda evlilik birliğini devam ettirme amacı olmaksızın eşlerin ailevi sebeplerle bir araya gelmesi TMK m. 166/4 hükmüne dayanarak boşanma davası açılmasına engel teşkil etmez⁴⁵.

Ortak hayat kurulamadan geçirilen bu süre kesintisiz olmalıdır⁴⁶. Bu süreçte eşler ortak hayatı yeniden tesis etmek amacıyla bir araya gelmiş

⁴⁴ Bkz. YHGK., E. 2021/825, K. 2023/136, 1.3.2023, "Ortak hayatın kurulması konusunda Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile getirdiği tanımlama karı-kocaya evlenmenin genel hükümlerinde tanınan hakların kullanılması, yükletilen görevlerin yerine getirilmesini üstelenecek şekilde eşlerin bir araya gelmesi olarak şeklinde ifade edilebilir. Eşlerin evlilik birliğini devam ettirmek amacı taşımayan bir araya gelmeleri eylemli ayrılık sebebine dayalı boşanma davasının kabulüne engel bir durum olarak nitelendirilemez."; Yargıtay 2. HD., E. 2019/5237, K. 2020/847, 6.2.2020, "...ortak hayatın yeniden kurulmuş olduğunun kabul edilebilmesi için, tarafların bu amaçla bir araya gelmiş ve birlikte yaşamış olmaları, evlilik birliğinin amacına uygun olarak tesis edilmiş olması, bu hususların delillerle ispatlanmış bulunması gerekir."; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 276; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 331; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 247; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2365; Yalçın, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma", s. 1066; Turan Başara, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı", s. 399.

⁴⁵ Bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2006/16869, K. 2007/4018, 14.3.2007, "Toplanan delillerden, reddedilen boşanma davasından sonra tarafların, sosyal ilişkiler, evin ihtiyaçlarını giderme ve çocukla bir araya gelmeye yönelik birliktelikleri, Türk Medeni Kanununun 166/4 hükmü kapsamında ortak hayatın yeniden kurulduğunun göstergesi değildir."; YHGK., E. 2021/825, K. 2023/136, 1.3.2023; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 143; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 703; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 276; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 217; Baygın ve Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*, s. 331; Ünal, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 304; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 146; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 248; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2366-2367; Yalçın, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma", s. 1067; Turan Başara, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı", s. 399; Bekar, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler", s. 2250; Ayar, "Evliliğin Sona Ermesi", s. 149.

⁴⁶ Bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2012/16835, K. 2012/22684, 27.9.2012, "Boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra davacı kocanın Almanya'da birlikte yaşamak için konsolosluk aracılığıyla belge gönderdiği, bu konuda girişimde bulundukları, kocanın Türkiye'ye geldiği 2005-2006 yılı yaz aylarında aynı evde birlikte yaşadıkları anlaşılmıştır."; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 132; Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, s. 217; Ünal, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", s. 304; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 145; Zevkliler, Cumalıoğlu ve Acabey, s. 285; Demir, "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış", s. 277; Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 253; Yalçın, "İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma", s. 1068; Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", s. 2361; Turan Başara, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı", s. 401. Eşlerin bir araya gelip sonrasında anlaşamayarak ayrılımlarının üzerinden kanunda öngörülen ayrılık süresi geçse de kesintisizlik şartı ihlâl edilmiş olacağından fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açılmaz. Bkz. Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, s. 254. Fiili ayrılık nedeniyle

olabilirler. Eşlerin bu şekilde bir araya gelip sonrasında anlaşamayarak ayrılmaları hâlinde kesintisizlik şartı ihlâl edilmiş olacağından fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açılmaz⁴⁷.

4. Eşlerden Biri Tarafından Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamış Olması Sebebiyle Boşanma Davasının Açılması

Evlilik birliğinin boşanma yoluyla sona erdirilmesi; boşanma için gerekli yasal şartlar oluşmuş olsa dahi tarafların tek taraflı irade beyanları veya karşılıklı mutabakatları ile kendiliğinden gerçekleşmeyip, kamu düzeni gereği inşai nitelikte bir hâkim kararının varlığına bağlıdır⁴⁸.

Fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası her iki eş tarafından da açılabilir. Davacı eşin, önceki davada davalı ya da davacı konumunda bulunmasının, kusurlu olup olmamasının veya ortak hayatın yeniden kurulamamasının bizzat kendisinden kaynaklanmasının açılacak olan bu yeni dava bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁴⁹.

boşanma davası açıldığında da ayrılık durumunun devam ediyor olması gerekir. Bkz. Ünal, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 295.

⁴⁷Bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2010/8440, K. 2011/8911, 23.05.2011, “...Boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra tarafların zaman zaman biraraya geldikleri ve aynı evde birlikte kaldıkları evlilik birliğini devam ettirdikleri anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 166/4. maddesinde yer alan ortak hayatın yeniden kurulamamış olması koşulu oluşmamıştır...”; Öztan, Aile Hukuku, s. 703; Ünal, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 304; Erdem ve Makaracı Başak, Aile Hukuku, s. 146; Dural, Ögüz ve Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, s. 132; Şahin Şengül, Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV), s. 254; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2368; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1067; Turan Başara, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”, s. 399. Fakat eşin sadece bu süreyi kesmek için kısa süreli olarak ortak yaşama dönmesinin yeniden ortak hayatın kurulması anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. Zevkililer, Cumalıoğlu ve Acabey, s. 285; Şahin Şengül, Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV), s. 248; Bekar, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler”, s. 2250-2251.

⁴⁸ Ünal, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 306; Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, s. 276; Baygın ve Nar, Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku, s. 331; Şahin Şengül, Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV), s. 269; Demir, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış”, s. 279; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1071; Bekar, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler”, s. 2251; Erdem ve Makaracı Başak, Aile Hukuku, s. 146; Yılmaz, Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku, s. 165; Yıldırım, Türk Aile Hukuku, s. 83.

⁴⁹ Öztan, Aile Hukuku, s. 705; Dural, Ögüz ve Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, s. 132; Yılmaz, Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku, s. 219; Ünal, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, s. 306; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 144; Akıntürk ve Ateş, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, s. 277; Baygın ve Nar, Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku, s. 331; Şahin Şengül, Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV), s. 269; Yalçın, “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”, s. 1071; Özgül, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, s. 2370; Bekar, “Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 22.02.2024 TARİHLİ İPTAL KARARI VE 7532 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

A. Anayasa Mahkemesi'nin 22.02.2024 Tarihli İptal Kararı

Fiili ayrılık nedeniyle boşanmayı düzenleyen TMK m. 166/4 hükmü, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmış⁵⁰ ve oy çokluğuyla Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı bulunarak 22 Şubat 2024 tarihinde iptal edilmiştir⁵¹.

Başvuruda bulunan Ankara 18. Aile Mahkemesi, söz konusu hükmün Anayasa'nın 5., 12., 14., 17. ve 41. maddelerine aykırılığını ileri sürmüştür. Mahkeme, kararın kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlayan üç yıllık bekleme süresinin adil olmadığını; insan ömrünün sınırlılığı göz önüne alındığında, birbirini izleyen her iki dava sürecinin yarattığı zaman kaybı nedeniyle eşlerin ancak uzun yıllar sonunda boşanabilmesinin temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmadığını belirterek; hükümde öngörülen sürenin kişilerin evlilik dışı ilişki yaşamalarına yol açtığını ve bu durumun kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı ile devletin aileyi koruma yükümlülüğünü de ihlâl ettiğini savunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 13. ve 20. maddeleri yönünden yapmış olduğu inceleme neticesinde; hükmün özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik bir sınırlama öngördüğünü; hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak sınırlama getiren yasal düzenlemenin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir nitelikte olması gerektiğini; boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından söz edebilmek için üç yıl geçmesi gerektiğinin öngörülmesi suretiyle Türk toplumunun temeli olarak kabul edilen aile

(Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler", s. 2246, 2251; Ayar, "Evliliğin Sona Ermesi", s. 149; YHGK., E. 2021/825, K. 2023/136, 1.3.2023 .

⁵⁰ Söz konusu hüküm geçmişte de Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş olup 08.04.1997 tarihli kararına konu olmuştur. Hükmün Anayasa'nın 41. maddesine aykırılığı savıyla yapılan başvuruda Mahkeme; reddedilmiş bir davanın ardından üç yıl boyunca fiilen ayrı kalan eşlere boşanma hakkı verilmesinin, kanun koyucunun meşru takdir yetkisi içinde olduğunu ve korunacak bir aile birliği kalmadığından aileyi koruma ilkesini (AY m. 41) ihlâl etmediğini ifade etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi E. 1996/47, K. 1997/43, 08.04.1997, R.G. 25.04.1998-23323. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1997/43>.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi E. 2023/116, K. 2024/56, 22.02.2024, R.G. 19.04.2024-32522, bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2024-56-nrm.pdf>. İptal kararının uygulanması, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonraya ertelenmiştir.

kurumunun ayakta tutulmasının hedeflendiğini ve hükmün meşru bir amacının bulunduğu; fakat kuralın meşru bir amaca yönelik olmasının yanı sıra ölçülü olması da gerektiği belirtilerek söz konusu hükümle ortak hayatın yeniden kurulamadığı hâllerde evlilik birliğini uzun bir süre boyunca sona erdirmeyen ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklendiği; hükmün özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında makul bir denge sağlamadığı ve orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlâl ettiğini ifade etmiştir⁵².

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla, fiilî ayrılığa dayalı boşanma sistemini ya da devletin aileyi koruma görevini reddetmemiş; aksine Mahkeme, boşanma için bir ayrılık süresi öngörülmesini aileyi ayakta tutmak için elverişli ve gerekli bir yöntem olarak görmüştür⁵³. Ancak hukuk devletinde hiçbir koruma amacı, bireyi ucu açık bir belirsizliğe hapsetmemelidir. Nitekim, Yüksek Mahkemenin de ifade ettiği gibi, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getiren düzenlemeler belirli ve öngörülebilir olmalıdır. Eski düzenlemedeki üç yıllık süre, yargılamanın hantallığıyla birleştiğinde artık aileyi korumaktan ziyade, birey için katlanılması imkânsız bir yüke dönüşüyordu. Zira evlilik birliğinin sona erdirilmesi de özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının bir gereğidir ve ilgili hükümdeki kesinleşmeden itibaren üç yıllık sürenin geçmesi şartı hakkın norm alanını daraltarak bu hakkı ölçsüzce sınırlandırmaktaydı⁵⁴. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, aileyi zayıflatan bir müdahâle olmaktan ziyade; fiilen bitmiş bir evliliğin taraflar üzerinde bir cezaya dönüşmesini engellemiştir.

İlgili hüküm hem fiilî ayrılık sebebiyle dava açabilmek için bu davanın öncesinde açılmış ve reddedilmiş bir dayanak davanın bulunması hem de davanın kesinleşmesinden sonra üç yıllık sürenin aranmış olması bakımından eleştirilmekteydi. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı incelendiğinde, esasen

⁵² Muhalefet şerhlerinde, üç yıllık sürenin ailenin korunmasına yönelik olduğu, bu sürenin ailenin korunması ile özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının korunması hakkı arasında makul bir denge kurduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bu süreçte başka bir boşanma sebebine dayanılarak ya da anlaşmalı olarak boşanmanın da mümkün olduğu belirtilmiştir. Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2024-56-nrm.pdf>.

⁵³ Acar, "Türk Medeni Kanunu'nun Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Düzenlemesinin (TMK m.166/4) Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", s. 168; Yüzbaşı Tobaz ve Şahin Aydın, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi", s. 78.

⁵⁴ Yüzbaşı Tobaz ve Şahin Aydın, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi", s. 97.

üç yıllık süre bakımından değerlendirme yapıldığı, dayanak davanın aranmasının Anayasa'ya aykırılığı konusunda ise özel ve açık bir değerlendirmede bulunulmadığı görülmektedir; Mahkeme, sadece dayanak davaya eklenecek üç yıllık sürenin uzun bir sürece tekabül ettiğini belirtmektedir.⁵⁵

B. 7532 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik

Anayasa Mahkemesi kararının ardından yürürlüğe giren 7532 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte, TMK m. 166/4 hükmünde yer alan üç yıllık ayrılık süresi bir yıla indirilmiştir. Ayrılık süresinin bir yıla indirilmesi, üç yıllık süre ile kıyaslandığında kuşkusuz olumlu bir adımdır. Ancak kanaatimizce bu düzenleme, mevcut hukukî sorunu kökten çözmekten uzaktır⁵⁶. Zira mülga hükmün yarattığı mağduriyetin temel sebebi, salt sürenin niceliği değil; bu sürenin başlangıç noktası, yani “ret kararının kesinleşmesi” şartıdır. Yeni düzenlemede de bu şart varlığını aynen korumaktadır.

Mevcut sistemde ayrılık süresi, ilk davanın reddine dair kararın kesinleşmesiyle işlemeye başlamaktadır. Bir boşanma davasının ilk derece, istinaf ve temyiz süreçlerinden geçerek kesinleşmesinin ülkemizde ortalama üç ilâ beş yılı bulabildiği göz önüne alındığında; kanunda yazan bir yıl kâğıt üzerinde kalmakta ve birey yine fiilen beş altı yıl süren hukukî bir belirsizliğe mahkûm edilmektedir.

III. TMK m. 166/4 HÜKMÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE ÇÖZÜM ÖNERİSİ

Fiili ayrılık nedenine dayalı boşanmaya ilişkin mevcut hukukî tartışmaların çözüme kavuşturulması, salt ayrılık süresinin niceliğini değiştirmeyi değil; sistemin hukukî gerçekliklere ve anayasal ilkelere uygun olarak baştan düzenlenmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda, yapılacak yeni düzenlemeye ilişkin belirlenmesi gereken ilk husus, İsviçre hukukunda olduğu gibi ön dava şartının tamamen kaldırılarak sadece fiili ayrılığın yeterli görülüp görülmeyeceğidir. Doktrinde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının öncesinde olduğu gibi yeni düzeleme sonrasında da ön dava

⁵⁵ Acar, “Türk Medeni Kanunu’nun Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Düzenlemesinin (TMK m.166/4) Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, s. 165-167.

⁵⁶ Çelikel, “166/IV Hükmüne İlişkin Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, Yeni Yasal Düzenleme ve Öneriler: Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanmada Yeni Dönem”, s. 247.

şartının kaldırılarak belli süre devam eden fiili ayrılığın boşanma için yeterli görülmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁷.

Uzun yıllardır ayrı yaşayan ve evlilikleri fiilen sona ermiş olan eşlerin, daha önce açılmış boşanma davası bulunmadığı için fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açamaması, buna karşılık reddedilmiş ve kesinleşmiş bir davası bulunan eşlerin belirli bir süre geçtikten sonra bu nedene dayanarak boşanabilmesi ilk bakışta çelişkili görülebilir. Öte yandan, Anayasa'nın 41. maddesinde Türk toplumunun temeli olan aile, devlet eliyle korunması gereken bir değer olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda devlet, evliliği tarafların iradesiyle rahatlıkla ortadan kaldırılabilecek basit bir sözleşmeden ibaret görmemeli, gerektiğinde boşanmayı zorlaştıracı tedbirler almalıdır. Bu tedbirleri almak devletin ödevi olmakla birlikte tedbirlerin içeriği kanun koyucunun takdirindedir. Muhakkak ki bu takdir, ailenin korunması ve bireysel özgürlükler arasında bir denge gözetmelidir. Anayasa Mahkemesi, iptal kararında, ön dava koşulunun aranmasını başlı başına bir iptal sebebi olarak görmemiş; bilakis, boşanmayı zorlaştıracı bu koşulun ailenin korunması ilkesiyle bağdaştığını açıkça ifade etmiştir. Mahkeme'nin iptal gerekçesi, ön davanın varlığına değil, reddedilen davanın kesinleşmesinin ardından geçmesi gereken ayrılık süresinin uzunluğunun bireysel özgürlüklere orantısız bir sınırlama getirmesine dayanmaktadır. Bu noktada, ön dava koşulunun benimsermesinin anayasal bir zorunluluk teşkil etmediğini belirtmemiz gerekir. Kanun koyucu takdir ederse, İsviçre örneğinde olduğu gibi ön dava koşulu aranmayan bir düzen de benimseyebilir. Ancak böyle bir durumda da dengeyi bireysel özgürlükler lehine bozarak ailenin korunmasını göz ardı etmemeli, fiili ayrılığın kapsamı ve süresi gibi hususlarda ailenin korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik başkaca tedbirler almalıdır.

Kanaatimizce, yapılacak olası bir düzenlemede de fiili ayrılık nedeniyle boşanmada ön dava koşulunun aranması yerinde bir tercihtir. Zira ön dava sayesinde taraflardan en az birinin evlilik birliğini sona erdirmeye iradesinden haberdar olan devlet, ailenin sarsılan temellerini onarma fırsatı elde eder. Böylece devlet, fiili ayrılık süresi içerisinde taraflara psikolojik danışmanlık ve aile rehberliği sağlanması gibi çeşitli tedbirlerle ailenin korunmasına yönelik politikalarını uygulayabilir; en azından bu sürecin eşler ve ortak çocuklar bakımından en az hasarla atlatılmasını sağlayabilir. Diğer taraftan,

⁵⁷ Bkz. Yüzbaşı Tobaz ve Şahin Aydın, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi", s. 100 vd.; Çelikel, "166/IV Hükmiine İlişkin Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, Yeni Yasal Düzenleme ve Öneriler: Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanmada Yeni Dönem", s. 248.

ön dava şartı aranmadan, sadece eşlerin bir süre fiilen ayrı yaşamaları üzerine kurulu bir düzenleme; eşlerden birinin diğerini boşanma fikrinden habersiz bırakarak veya onu bir şekilde oyalayarak bu süreyi doldurmasına yol açabilir. Oysa ön dava şartı, ayrılık iradesinin diğer eşe resmen bildirilmesini güvence altına alır. Boşanma davasının açılması, eşlerden en az birinin ortak hayatı sürdürme iradesinin ortadan kalktığının en kesin ifadesidir. Bu dava dilekçesi, ortak hayatı sürdürme iradesinin kırıldığını gösteren en net hukukî belgedir ve boşanmanın, tanık beyanlarıyla esnetilebilen muğlak bir olguya değil, resmiyet kazanmış bir ayrılık iradesine dayanmasını sağlar. Bu itibarla, fiili ayrılık nedeniyle boşanmada ön dava koşulu korunmalı; ancak mevcut düzenlemeden farklı olarak, ön davanın reddedilmiş ve kesinleşmiş olması aranmamalıdır. Kişileri bitmiş bir evliliğe mahkûm ederek bireysel özgürlüklerin orantısız biçimde kısıtlanmasına yol açan asıl etkenin, üç yıllık sürenin niceliği değil; sürenin başlangıç noktası, yani ret kararının kesinleşmesi şartı olduğuna dikkat edilmelidir.

Fiili ayrılık süresinin başlangıcı bakımından ilk boşanma davasının (dayanak davanın) davalıya tebliğ edildiği tarihin esas alınması yönünde bir kanun değişikliği yerinde olacaktır. Zira dava dilekçesinin diğer eşe tebliğ edildiği an, evlilik birliğinin temelini oluşturan ortak hayatı sürdürme iradesinin sarsıldığının resmî makamlar aracılığıyla belgelendiği andır. Sürenin tebliğ tarihinden itibaren işletilmesi, ilk davanın reddedilip istinaf ve temyiz aşamalarından geçerek kesinleşmesinin yıllar aldığı ülkemizde yargısal gecikmelerin faturasının bireylere kesilmesini de engelleyecektir.

Tebliğ tarihiyle başlayacak sürenin uzunluğu, önem arz eden bir diğer meseledir. Bu bağlamda, öngörülecek ayrılık süresi, hem aileyi kurtarmak için makul bir düşünme süresi sunacak hem de ucu açık yargılama süreçlerinin beklenmesi zarureti ortadan kaldırarak hukukî belirlilik sağlayacak nitelikte olmalı; aynı zamanda hukuk düzeni içerisinde tutarlılık arz etmelidir. 7532 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte ayrılık süresinin bir yıla indirilmesi pratik bir çözüm gibi görünse de kanaatimizce bu süre, Medenî Kanun'un kendi içindeki bütünlüğü ve tutarlılığı gereği üç yıl olarak belirlenmelidir⁵⁸. Nitekim TMK m. 171 hükmü uyarınca, hâkimin verebileceği ayrılık kararının süresi en fazla üç yıl olarak belirlenmiştir. Hâkim kararıyla

⁵⁸ Belirtilmelidir ki fiili ayrılık süresinin hukuk düzeni açısından tanınır olabilmesi için fiili ayrılığın kesintisiz olarak devam etmesi gerekir. Bu bakımdan fiili ayrılık süresinin başladığı tarihten sonra evlilik birliği fiilen yeniden sağlanırsa, bu sürenin yeniden başlaması için yeni bir dava açılmalıdır.

tesis edilen yasal ayrılık kurumunda dahi ortak hayatın yeniden kurulabilmesi için eşlere üç yıla kadar mühlet verilirken, fiilî ayrılık karinesinde bu sürenin bir yıla düşürülmesi, kanunun kendi sistematiği içinde bir uyumsuzluk yaratmaktadır. Dolayısıyla ayrılık sürelerine ilişkin yasal yeknesaklığın sağlanması adına, fiilî ayrılığa dayalı boşanmalarda da aranacak sürenin üç yıl olarak kurgulanması daha uygun bir çözümdür.

Fiilî ayrılık süresinin tebliğ tarihinden itibaren başlatılması hâlinde olası kanun değişikliğinin ilk davanın üç yıldan daha uzun sürmesi ihtimalini de gözetmesi, kendi içinde tutarlı ve usul ekonomisinin gereklerine uygun bir yaklaşım olur. Bu durumda tarafları ilk davanın kesinleşmesini beklemeye ve ardından yeni bir dava açmaya zorlamak, usul ekonomisiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla yargılama derdestken bu sürenin dolması hâlinde, eşlere doğrudan mevcut davada fiili ayrılık nedeniyle boşanmayı talep etme imkânı tanınmalıdır. Ancak bu talebin işletilebilmesi için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 141'de düzenlenen iddia veya savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yaşağına yasal bir istisna getirilmesi gerekir⁵⁹.

Devam eden yargılamada, dava dilekçesinin tebliğinden itibaren fiilî ayrılığın üç yılı bulması üzerine taraflardan en az birinin bu sebebe dayanan boşanma talebi sırasındaki dosya münderecatı da dikkate alınmalıdır. Üç yılın dolmasından sonra mahkemeye sunulacak bu talep, hükümden önce veya kanun yolu aşamasında ileri sürülebilir. Hüküm verilmeden önce sunulan bu talep, ilk derece mahkemesince değerlendirilecektir. Kanun yolu aşamasında fiilî ayrılık süresinin dolması hâlinde usulî hiyerarşi gözetilmelidir. İstinaf mercii bir vakıa mahkemesi olduğundan bu talebi doğrudan inceleyip karara bağlayabilmelidir. Ancak temyiz mercii olan Yargıtay, bir hukukilik denetimi makamı olduğundan esasa ilişkin yeni bir inceleme yapamaz. Bu nedenle, fiilî ayrılık sebebi Yargıtay aşamasında ileri sürülmüşse dosya, temyiz incelemesi yapılmaksızın yeni bir karar verilmek üzere Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmelidir. Ayrıca, derdest davada fiili ayrılık nedeniyle boşanmaya karar verilmesi durumunda kusurlu eşin süreci suistimal etmesini engellemek adına maddî manevî tazminat ve nafaka gibi boşanmanın fer'i sonuçlarında, ilk davanın açıldığı tarihteki iddiaların ve o tarihteki kusur durumunun esas alınması yasal bir zorunluluk olmalıdır.

⁵⁹ Boşanma davalarında dava sebeplerinin genişletilmesi ve değiştirilmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Süleyman Topak, *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 108 vd.

Kanaatimizce, ilk davanın reddedilerek kesinleşmesi sonrasında yeni bir kural benimsenmelidir: İlk dilekçenin tebliğinden itibaren üç yılın geçmesiyle doğan yeni boşanma talebi, öncelikle taraflar arasında görülmekte olan başka bir dava varsa o dosyada ileri sürülmelidir. Böylece, usul ekonomisinin bir gereği olarak, hem taraflar yeni harç ve külfetlerden korunup adalete hızlı erişimi sağlarken hem de birden çok davanın birleştirilmesinden veya bekletici mesele yapılmasından kaynaklanabilecek usulî sorunlar bertaraf edilmeli; evlilik birliğinin sona erdirilmesinde yargılamanın tekliği sağlanmalıdır. Boşanmanın fer'i sonuçlarının yine mevcut davanın açıldığı tarihteki kusur durumuna göre belirleneceğinin açıkça hüküm altına alınması da kusurlu eşin fiilî ayrılık karinesini suistimal etmesini engellemek bakımından önem arz etmektedir.

Dava dilekçesinin tebliğinden itibaren işleyen üç yıllık sürenin ilk davanın reddedilerek kesinleşmesinden sonra, fiilî ayrılık nedenine dayanan boşanma talebinin şartları oluşmuşsa ancak hâlihazırda bu talebin ileri sürülebileceği derdest bir dava söz konusu değilse talep, yeni bir dava yoluyla ileri sürülebilmelidir. Böylece, ret kararının kesinleşmesinden başlayan ek bir bekleme süresi söz konusu olmayacağından, mevcut düzenlemede ön davanın kesinleşmesinin uzun sürmesinden kaynaklanan mağduriyetlerin de önüne geçilmiş olur.

İfade edilen maddî ve usulî gerekçeler ışığında, TMK m. 166/4 hükmünün aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi önerilmektedir:

Açılmış bir boşanma davasında; dava dilekçesinin davalıya tebliğ edildiği veya eşlerin birlikte yaşadıkları tarihten başlayarak üç yıl geçmesine rağmen her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa, evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine mahkemece boşanmaya karar verilir. Boşanma istemi, iddia veya savunmanın genişletilmesi yasağına bakılmaksızın öncelikle görülmekte olan davada; bu davanın reddedilerek kesinleşmesi hâlinde ise varsa taraflar arasında devam eden başka bir davada, başka bir boşanma davasının derdest olmaması hâlinde yeni bir dava yoluyla ileri sürülür. İstemin istinaf aşamasında ileri sürülmesi hâlinde karar bölge adliye mahkemesince verilir; temyiz aşamasında ileri sürülmesinde ise dosya incelenmeksizin istem hakkında bir karar verilmek üzere bölge adliye mahkemesine gönderilir. İstemin görülmekte olan bir davada ileri sürülmesi hâlinde boşanmanın fer'i sonuçları, istemin ileri sürüldüğü davanın açıldığı tarihteki kusur durumu esas alınarak belirlenir.

SONUÇ

Kanun koyucu fiilen sona ermiş ancak hukuken devam eden evliliklerin sona erdirilmesi amacıyla, TMK m. 166/4 hükmünde genel, mutlak ve kusura dayanmayan bir boşanma sebebi öngörmüş; böylece eşlere fiili ayrılık olgusuna dayalı olarak boşanma talep etme imkânı tanımıştır. İlgili hüküm gereğince; hangi sebebe dayalı olursa olsun açılmış bir boşanma davasının reddedilmesi ve bu kararın kesinleşmesi akabinde, kanunda öngörülen süre zarfında her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yasal bir karine olarak kabul edilmekte ve eşlerden birinin istemiyle boşanmaya karar verilmektedir. Söz konusu ayrılık süresi başlangıçta üç yıl olarak belirlenmiş ancak 2024 yılında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine 7532 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle bir yıla düşürülmüştür.

Ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle açılacak olan sonraki davanın, mutlak bir boşanma nedeni teşkil etmesi için aranan fiili ayrılık süresi her ne kadar kısaltılmış olsa da yasal değişikliğin mevcut sorunları tamamen çözüme kavuşturduğunu söylemek güçtür. Nitekim yapılan yeni yasal düzenlemede de üç yıllık sürenin yarattığı hukukî ve sosyal tahribatın asıl kaynağı olan ilk davanın yargılama ve kesinleşme süreçlerinin uzunluğu sorunu varlığını korumaktadır. Bu bağlamda doktrinde, mevcut sorunların giderilmesi amacıyla; İsviçre hukukunda olduğu gibi, boşanma davasının reddinin kesinleşmesi şeklindeki ön dava şartının tamamen kaldırılması ve sadece belirli bir fiili ayrılık süresinin yeterli görülmesi; söz konusu ayrılık süresinin de bir ya da iki yıl olarak belirlenmesi yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Burada ön dava koşulu olmaksızın sadece fiili ayrılığın yeterli görülmesi düşünülebilir. Fakat sadece fiilen ayrı yaşamayı yeterli görmek, bir eşin diğerini habersiz bırakarak gizlice ayrılık süresini doldurması gibi suistimallere ve ciddi ispat güçlüklerine yol açabilir. Bu açıdan ön dava şartı, hem boşanma iradesinin diğer eşe resmî yoldan bildirilmesini sağlayan hem de tarafların ortak hayatı sürdürme yönündeki psikolojik ve hukukî bağlarının koptuğunu belgeleyen en somut hukukî delildir. Ayrılık iradesinin bu şekilde resmî bir mercî önünde somutlaşması ispat yükünü hafiflettiği gibi Anayasa'nın 41. maddesinde güvence altına alınan ailenin korunması ilkesiyle de açıkça örtüşmektedir.

Fiili ayrılık karinesine dayanabilmek için gerekli olan yasal sürenin ise TMK m. 171 hükmünde düzenlenen ayrılık kurumunun üst sınırı ile paralellik arz edecek şekilde yeniden üç yıl olarak belirlenmesi; ancak sürenin başlangıç anı olarak ilk dava dilekçesinin diğer eşe tebliğ edildiği tarihin esas

alınması, mevcut meseleyi çözüme kavuşturacaktır. Ayrılık süresinin başlangıcı olarak tebliğ tarihinin kabul edilmesi hâlinde, üç yıllık ayrılık süresi hem aileyi kurtarmak için makul bir düşünme süresi sunar hem de ucu açık yargılama süreçlerinin beklenmesi zaruretinin sona erdirmiş olur. Nitekim tebliğ tarihi, eşlerden birinin ortak hayatı sürdürme iradesinin sarsıldığının diğer eşe resmen bildirildiği andır. Sürenin bu tarihten itibaren işlemesi, yargı sisteminden kaynaklanan gecikmelerin olumsuz sonuçlarına bireylerin katlanmak zorunda bırakılmasını engelleyerek hukukî belirlilik sağlar.

Sürenin tebliğ tarihinden itibaren işletilmesi, yargılama sürecinin derdest olması veya davanın reddedilip kesinleşmesi ihtimallerine göre ikili bir yasal düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. Usul ekonomisi gereği, üç yıllık sürenin görülmekte olan bir davada dolması hâlinde eşlere mevcut davada doğrudan boşanma talep etme imkânı tanınmalıdır. Bu ihtimalde, iddia veya savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına yasal bir istisna getirilmeli ve suistimalleri önlemek adına fer'î sonuçlarda ilk davanın açıldığı tarihteki kusur durumu esas alınmalıdır. Diğer ihtimal olan ilk davanın reddedilerek kesinleşmesi hâlinde ise ayrılık süresinin başlangıcı tebliğ tarihi olduğundan, eşlerin yargılama süreci bittiğinde ek bir bekleme süresine maruz kalmaksızın evlilik birliğini sona erdirmesi mümkün olmalıdır. Bu aşamada eşler, usul ekonomisi gereği boşanma talebini varsa görülmekte olan başka bir davada ileri sürebilmeli; aksi durumda ise yeni bir dava açabilmelidir. İstem başka bir boşanma davasında ileri sürülmesi hâlinde de boşanmanın fer'î sonuçları bakımından mevcut davanın açıldığı tarihteki kusur durumu esas alınmalıdır.

Netice itibarıyla, Medenî Kanun'un ayrılık sürelerine ilişkin hükümleri arasında sistematik tutarlılığın sağlanması, salt yargısal gecikmeler nedeniyle kişilerin fiilen bitmiş evliliklere mahkûm edilmesinin önüne geçilmesi ve tarafların hukukî menfaatlerinin dengelenmesi adına; TMK m. 166/4 hükmünün aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi olması gereken hukuk bağlamında isabetli olacaktır:

Açılmış bir boşanma davasında; dava dilekçesinin davalıya tebliğ edildiği veya eşlerin birlikte başvurdukları tarihten başlayarak üç yıl geçmesine rağmen her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa, evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine mahkemece boşanmaya karar verilir. Boşanma istemi, iddia veya savunmanın genişletilmesi yasağına bakılmaksızın öncelikle görülmekte olan davada; bu davanın reddedilerek kesinleşmesi hâlinde ise varsa taraflar arasında devam eden başka bir davada, başka bir boşanma

davasının derdest olmaması hâlinde yeni bir dava yoluyla ileri sürülür. İstem in istinaf aşamasında ileri sürülmesi hâlinde karar bölge adliye mahkemesince verilir; temyiz aşamasında ileri sürülmesinde ise dosya incelenmeksizin istem hakkında bir karar verilmek üzere bölge adliye mahkemesine gönderilir. İstem in görülmekte olan bir davada ileri sürülmesi hâlinde boşanmanın fer'î sonuçları, istemin ileri sürüldüğü davanın açıldığı tarihteki kusur durumu esas alınarak belirlenir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. *“Türk Medeni Kanunu’nun Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Düzenlemesinin (TMK m.166/4) Anayasa Mahkemesi Tarafından İptali Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”*. Prof. Dr. Serap Helvacı’nın Anısına Armağan Cilt I. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2024.
- Ayar, Ahmet. *“Evliliğin Sona Ermesi”*, Aile Hukuku. (Ed. Şebnem Akipek Öcal ve Hayrunnisa Özdemir). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, (ss. 125-169).
- Baygın, Cem ve Ahmet Nar. *Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2025.
- Bekar, Pınar Alkim. *“Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler”*. SÜHFD. 32/ 4 (2024): (ss. 2241-2264).
- Burcuoğlu, Haluk. *“Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 48/1-4, (1983): (ss. 113-140).
- Ceylan, Ebru. *“İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirmesi”*. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 6/ 12 (2018), (ss. 315-334).
- Çelikel, Ali Yaşar. *“166/IV Hükmüne İlişkin Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, Yeni Yasal Düzenleme ve Öneriler: Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanmada Yeni Dönem”*. Prof. Dr. Şükran Şıpka'ya Meslekte 40. Yıl Armağanı. (Ed. Zeynep Özge Oğuz ve Nesli Beril Özen Çolak). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2025.
- Demir, Remzi. *“Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Haline Dayanan Boşanma Davasına Bakış”*. TBMM'nin 100. Yılı Anısına Armağan. (Ed. Ümit Süleyman Üstün ve Ebru Tüzemen Atık). İstanbul: On İki Levha Yayınları, (2021): (ss. 265 – 284).
- Dural, Mustafa, M. Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2025.
- Erdem, Mehmet ve Aslı Makaracı Başak. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2024.
- Fankhauser, Roland. *“Scheidung Band I: ZGB und Band II: Anhänge”*, FamKomm, Stämpfli Verlag AG, 2022.
- Fankhauser, Roland. *“Vom clean break zum fast break? - Überlegungen zur geforderten Revision von Art. 114 ZGB”*. FamPra.ch. (ss. 471-488).
- Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.
- Jungo, Alexandra. *“Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB -Partnerschaftsgesetz”*. CHK - Handkommentar zum Schweizer. Privatrecht. Schulthess Juristische Medien AG, 2023.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2025.
- Neumann, Ralph *“BGB § 1566 Vermutung für das Scheitern”*. BeckOK BGB. München: C. H. Beck, 2026.

- Özgül, Mehmet Emin. “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29/ 3 (2021): (ss. 2347-2385).
- Öztaş, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015.
- Şahin Şengül, Eda. *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022.
- Schwander, Ivo. *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch. OFK- Orell Füssli Kommentar*. Orell Füssli Verlag AG. 2021.
- Topak, Süleyman. *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Turan Başara, Gamze. “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 15/59 (2024): (ss. 387-406).
- Ünal, Akın. “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”. EÜHFD. 2/ 1-2 (2007): (ss. 291-311).
- Yalçın, Yasemin. “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Fiili Ayrılık Sebebine Dayanan Boşanma”. Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Türk Aile Hukuku*. Ankara: Monopol Yayınları, 2023.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2025.
- Yüzbaşı Tobaz, Firdevs ve Büşra Şahin Aydın. “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi”. Ankara Barosu Dergisi. 83/2 (2025): (ss. 54-119).
- Zevkliler, Aydın, Emre Cumalıoğlu ve Beşir Acabey. *Medeni Hukuk III Aile Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN ŞARTA BAĞLI OLMASI VE ETKİLERİ: BİR İŞ UYUŞMAZLIĞINA İLİŞKİN HUKUK GENEL KURULU KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Doç. Dr. Çiğdem YORULMAZ

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5160-4128>,
cyorulmaz@kku.edu.tr

Geliş Tarihi | Received: 06.04.2026

Kabul Tarihi | Accepted: 27.07.2026

doi: 10.59909/mhd.1924399

İntihal: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Plagiarism: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.



Bu eser [Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Atıf | Citation:

Yorulmaz, Çiğdem. "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Şarta Bağlı Olması ve Etkileri: Bir İş Uyuşmazlığına İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararının Düşündürdükleri". Medeni Hukuk Dergisi. 3/2 (2026), s. 258-282.

Yazar Beyanı

Mali Destek: Yazar, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır.

Yazarların Katkıları: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.

Etik Kurul Onayı Beyanı: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde MHD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde MHD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın MHD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

Author's Declaration

Financial Support: The author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Author's Contributions: This article was prepared by the author alone.

The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

The Declaration of Ethics Committee Approval: The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

The Declaration of Research and Publication Ethics: The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of MHD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Civil Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Civil Law Review.

ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN ŞARTA BAĞLI OLMASI VE ETKİLERİ: BİR İŞ UYUŞMAZLIĞINA İLİŞKİN HUKUK GENEL KURULU KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

ÖZ

Arabuluculuk, tarafların uyuşmazlıklarını yargı yoluna başvurmaksızın, karşılıklı serbest iradeye dayalı olarak çözmelerini amaçlayan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ile sonuçlanması halinde düzenlenen anlaşma belgesinin hukuki niteliği, bu belgenin geçerliliğinin hangi koşullara bağlı olduğu ve üzerinde anlaşılan hususlar bakımından “dava açma yasağı”nın uygulanabilirliği önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada, arabuluculuk anlaşmasının şarta bağlanması hukuki sonuçları, sözleşme serbestisi ve arabuluculuğun amacı çerçevesinde ele alınmıştır. Özellikle “tam ve eksiksiz ödeme” gibi şartlara bağlanarak yapılan düzenlemelerin, anlaşma belgesinin, kesinliği ve bağlayıcılığı üzerindeki etkisi incelenmektedir. Bu kapsamda, şarta bağlı düzenlemelerin, arabuluculuk anlaşmasının geçerliliğini ortadan kaldırıp kaldırmadığı ve “dava açma yasağı”nın hangi koşullarda uygulanabileceği bir iş uyuşmazlığına ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.05.2025 tarih, 2024/9-499 E, 2025/329 K sayılı kararı esas alınmak suretiyle değerlendirilmiştir. Çalışmada, arabuluculuk anlaşmasının sulh sözleşmesi niteliğinde olduğu, tarafların anlaşmayı şartlı olarak düzenleyebilmelerinin kural olarak mümkün bulunduğu; ancak şartın gerçekleşmemesi hâlinde, üzerinde anlaşılan hususların kapsamının ve “dava açma yasağı”nın sınırlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu yönüyle çalışma, arabuluculuk anlaşmalarında belirlilik ilkesinin önemine dikkat çekmekte ve uygulamada ortaya çıkan sorunlara yönelik çözüm önerileri sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Anlaşma Belgesi, Şarta Bağlı Sulh Sözleşmesi, Sulh Sözleşmesi, Dava Açma Yasağı.

**THE CONDITIONAL NATURE OF A MEDIATION SETTLEMENT
AGREEMENT AND ITS IMPLICATIONS: REFLECTIONS ON A GENERAL
ASSEMBLY DECISION REGARDING A LABOR DISPUTE**

ABSTRACT

Mediation is an alternative dispute resolution method aimed at enabling the parties to resolve their disputes based on mutual consent, without resorting to the courts. When mediation results in an agreement, the legal nature of the resulting agreement document, the conditions under which its validity is contingent, and the applicability of the “prohibition on filing a lawsuit” regarding the agreed-upon matters emerge as significant issues. In this study, the legal consequences of making a mediation agreement conditional are examined within the framework of contractual freedom and the purpose of mediation. In particular, the impact of provisions made subject to conditions such as “full and complete payment” on the finality and binding nature of the agreement document is analyzed. In this context, the question of whether conditional provisions nullify the validity of the mediation agreement and under what conditions the “prohibition on filing a lawsuit” may apply has been evaluated based on the Supreme Court of Appeals’ General Assembly of Civil Law’s decision dated May 21, 2025, No. 2024/9 -499 E, 2025/329 K, regarding a labor dispute. The study concludes that a mediation agreement constitutes a settlement agreement, and that, as a general rule, the parties may draft the agreement subject to a condition; however, if the condition is not fulfilled, the scope of the agreed-upon matters and the limits of the “prohibition on filing a lawsuit” must be reassessed. In this regard, the study highlights the importance of the principle of certainty in mediation agreements and offers solutions to the problems arising in practice.

Keywords: Mediation, Agreement Document, Conditional Settlement Agreement, Settlement Agreement, Prohibition on Filing a Lawsuit.

GİRİŞ

Hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde yargı yoluna alternatif yöntemlerin geliştirilmesi, çağdaş hukuk sistemlerinin ortak hedeflerinden biridir. Bu çerçevede arabuluculuk, taraflara uyuşmazlığı daha kısa sürede, daha düşük maliyetle ve karşılıklı iradeye dayalı olarak çözme imkânı sunan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Diğer bir ifadeyle arabuluculuk

Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini

ifade eder (HUAK¹ m. 2/b).

Türk hukukunda arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile yasal bir çerçeveye kavuşturulmuş; iş uyuşmazlıkları bakımından ise dava şartı olarak kabul edilmesiyle uygulama alanı genişlemiştir². Arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşmasıyla sonuçlanması hâlinde düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesi, yalnızca maddi hukuk bakımından değil, usul hukuku açısından da önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonuçların başında üzerinde anlaşılan hususlar bakımından dava açılmasını yasaklayan hüküm gelmektedir (HUAK m. 18/5).

Bununla birlikte uygulamada, arabuluculuk anlaşmalarının çoğu zaman belirli şartlara bağlandığı, özellikle anlaşılan işçilik alacaklarının taksitle ödenmesinin veya belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı imzalandığı görülmektedir. Bu durum arabuluculuk anlaşmasının hukuki niteliği ve geçerliliği üzerinde birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Arabuluculuk anlaşmasının şarta bağlanmasının, tarafların irade serbestisi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği; şartın gerçekleşmemesi hâlinde anlaşmanın hukuki akıbetinin ne olacağı ve “dava açma yasağı”nın uygulanıp uygulanamayacağı soruları önem kazanmaktadır. Sözleşme serbestisi ilkesi gereği tarafların anlaşmayı şartlı olarak düzenlemesi, arabuluculuk anlaşmasının kesinlik ve kalıcılık sağlamasını engeller mi, “dava açma yasağı”nın anlamını yitirmesine neden olur mu? sorularının cevapları,

¹ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, RG. 22.06.2012-28331.

² 7445 sayılı Kanunun 41. maddesiyle eklenmiştir. RG. 05.04.2023-32154.

özellikle işçi alacakları bağlamında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.05.2025 tarihli, 2024/9-499 E., 2025/329 K. sayılı kararı ışığında incelenmiştir.

I. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE “DAVA AÇMA YASAĞI”NIN KAPSAMI

A. Hukukî Niteliği

Arabuluculuk süreci sonunda taraflar, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların çözümü hususunda ortak bir noktada buluşmuşlarsa anlaşma sağlanmış olur³. Anlaşmada tarafların aralarındaki ihtilafın kalıcı şekilde çözüme kavuşturulması önemlidir⁴. Bu nedenle taraflar, belirsiz noktalar bırakmadan yeni sorunlar doğmayacak şekilde anlaşmanın içeriğini belirlemelidir (HUAK m. 18/1). Arabuluculuk anlaşması, şekle bağlı olmamakla birlikte anlaşmanın ispat kolaylığı açısından yazılı yapılması daha faydalı olacaktır⁵. Anlaşma hükümlerinin anlaşılır, tereddüte mahal vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekir⁶.

³ Ersin Erdoğan ve Büşra Cömert, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukukî Çareler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/138 (2018), s. 30; Leyla Akyol Aslan, *Arabuluculuk Son Tutanağı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2025, s. 96; Süha Tanrıver, *Makalelerim II (2006-2010)*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 243; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 674; Faruk Barış Mutlay, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, (ed. Tankut Centel), İstanbul: On İki Levha Yayınları, (2018), s. 25; Levent Börü ve Şeyda Parlak Börü, *Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2025, s. 39; Emre Kıyak, “Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 21 (2015), s. 524; Süleyman Topak, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali Talebinin Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *İbn Haldun Çalışmaları Dergisi*, (Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Özel Sayısı) 10 (2025), s. 115; Uğur Yazıcı, *Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2024, s. 50; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019, s. 108.

⁴ Gökçe Arıkan, “Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/2 (2021), s. 134; Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 108.

⁵ Emel Badur, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 18 (2021), s. 59; Melis Taşpolat Tuğsavul, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukukî Niteliği”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1 (2019), s. 344; Seda Baş, “6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/1 (2022), s. 178; Erdoğan ve Cömert, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukukî Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukukî Çareler”, s. 29; Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 108; Börü ve Börü, *Arabuluculuk*, s. 78; Topak, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali Talebinin Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, s. 117.

⁶ Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/2 (2018), s. 18; Özbek,

Kanunda, arabuluculuk süreci sonunda tarafların üzerinde anlaştıkları hususların yazılı olduğu metin için “anlaşma belgesi” ifadesi kullanılmıştır (HUAK m. 18). Dolayısıyla arabuluculuk anlaşma belgesi, arabuluculuk süreci sonunda tarafların üzerinde anlaştıkları hususların yazılı olduğu, taraflar ve arabulucu/eş arabulucular tarafından imzalanan sözleşmedir⁷.

Arbuluculuk anlaşma belgesi hukuki niteliği itibariyle borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşmedir⁸. Nitekim Yargıtay 2025 yılında verdiği bir kararda, arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin maddi hukuka ilişkin borçlar hukuku sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir⁹. Borçlar hukuku bakımından bir sözleşmenin varlığından söz edilebilmesi için tarafların hukuki bir sonuca yönelmiş karşılıklı irade açıklamalarının bulunması yeterlidir. Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun iradeleri ile kurulur (TBK m. 1). Elbette usul hukuku yönünden birtakım sonuçlar doğurmakta ise de anlaşma belgesi ile tarafların ulaşmak istediği sonuç, maddi hukuka ilişkindir¹⁰.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 769; Aslan, *Arbuluculuk Son Tutanağı*, s. 98-99; Kıyak, “*Arbuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği*”, s. 529.

⁷ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2025, s. 832; Ayşe Karaca Öz, “*Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali*”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11/2 (2023), s. 1409; Tanrıver, *Makalelerim II* (2006-2010), s. 108; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 70; Erdoğan ve Cömert, “*Arbuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler*”, s. 30; Börü ve Börü, *Arbuluculuk*, s. 61; Baş, “*6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali*”, s. 178; Topak, “*Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali Talebinin Arbuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, s. 117; Badur, “*Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*”, s. 63; Taşpolat Tuğsavul, “*Arbuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği*”, s. 344.

⁸ Canan Erdoğan ve H. Hilal Tiritioğlu Ersoy, “*İş Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/1 (2022), s. 57; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Arbuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2024, s. 66; Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arbuluculuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 236; Sevil Doğan ve Alper Yılmaz, “*İş Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin Geçersizliğine Yol Açan Sebeplerin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi*”, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29/4 (2025), s. 1887; Mustafa Serdar Özbek, “*Arbuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme*”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3/2 (2017), s. 71; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arbuluculuk*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2025, s. 65; Baş, “*6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali*”, s. 179; Kıyak, “*Arbuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği*”, s. 531; Mutlay, “*İş Hukukunda Zorunlu Arbuluculuk*”, s. 43; Arkan, “*Üçüncü Kişi Lehine Arbuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arbuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği*”, s. 135.

⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13.01.2025 Tarih, 2024/13091 Esas, 2025/348 Karar sayılı kararı.

¹⁰ Kılıçoğlu, *Arbuluculuk Sözleşmeleri*, s. 65; Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arbuluculuk*, s. 81; Badur, “*Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından*

Taraflar ortak iradeleriyle Borçlar Kanununda düzenlenmeyen bir sözleşme yapabileceği gibi, karma sözleşme¹¹ veya tamamen kendine özgü (sui generis) sözleşme de yapabilirler¹². Kanunda düzenlenen sözleşmelere ait esaslı unsurları tümüyle içermeyen sözleşmeler ise isimsiz sözleşmedir¹³.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu şekli hukuku düzenlemektedir. Kanunda Arabuluculuk anlaşma belgesinin niteliğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından bu husus öğretide tartışmalıdır.

BADUR'a göre arabuluculuk anlaşma belgesinin Türk Borçlar Kanunu'nda ya da herhangi bir özel kanunda tüm unsurları bulunmadığından -kural olarak- isimsiz (atipik) sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir¹⁴. Bu görüşü savunanlara göre sözleşmenin hukuki niteliğini

Değerlendirilmesi", s. 67; Taşpolat Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", s. 354; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 71; Mutlay, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s. 43. TANRIVER, 2022 yılında yayınladığı eserinde arabuluculuk sözleşmesinin, usul hukuku sözleşmesi olduğunu, sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği ile ilgili borçlar hukukunun ilke ve kurallarının uygulanmasının, maddi hukuk sözleşmesi kimliğini kazanmasında belirleyici bir işlevi yerine getirmeyeceğini ifade etmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 90. Aynı yönde Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 824; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 769; Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", s. 8. TANRIVER 2025 yılında yayınladığı eserinde ise daha önceki görüşünü değiştirerek arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliği itibarıyla usul hukuku sözleşmesi olmadığını, tipik maddi hukuk sözleşmesi, borçlar hukuku sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir, Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2025, s. 90. BÖRÜ ve BÖRÜ'ye göre ise arabuluculuk sözleşmesi hem usul hem borçlar hukukuna ait unsurları içerdiğinden karma karakterli bir sözleşmedir, Börü ve Börü, *Arabuluculuk*, s. 7; aynı yönde Hande Gül Küçükkaya, *Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk*, İstanbul 2023, s. 113.

¹¹ Kanunun çeşitli sözleşmelerde belirlediği unsurların kanunun düzenlemediği şekilde bir araya getirilmesi suretiyle yapılan sözleşme, karma sözleşmedir, Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*, Ankara: Legem Yayınları, 2025, s. 981; Aydın Zevkililer ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024, s. 19; Süleyman Yılmaz, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2025, s. 59; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2025, s. 84; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayınları, 2025, s. 14; Mustafa Şengül, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2025, s. 8; Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, s. 25.

¹² Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2025, s. 18; Eren ve Aktürk, *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*, s. 992; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 83; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, s. 16; Yılmaz, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 64; Zevkililer ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 12; Şengül, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 11.

¹³ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 79; Eren ve Aktürk, *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*, s. 975; Zevkililer ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 11-12; Yılmaz, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 58; Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s. 67.

¹⁴ Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, s. 66; Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s. 67; Karaca Öz, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali", s. 1413.

belirlemede arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriği önem taşımaktadır¹⁵. Bazı anlaşma belgeleri Kanunda düzenlenen sözleşmenin esaslı unsurlarını ihtiva edebilir¹⁶. Örneğin, iş ilişkisinin sona ermesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunarak sona erdirilmesine yönelik yapılan anlaşma belgesi niteliği itibarıyla sulh sözleşmesi olacaktır. Dolayısıyla her somut uyuşmazlık bakımından arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin tespitinin yapılması gerekir.

ERDOĞAN ve CÖMERT, icra edilebilirlik şerhi alınmadan önce anlaşma belgesinin mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğinde olduğunu, ancak taraflar, avukatlar ve arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesinin ilam niteliği taşıması nedeniyle adi sulh sözleşmesi benzeri olduğunu ifade etmektedir¹⁷.

TAŞPOLAT, Erdoğan ve Cömert'ten farklı olarak arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilir olup olmamasına bağlı olmaksızın "sulh benzeri sözleşme" niteliğinde olduğunu savunmaktadır¹⁸.

AKKAN ise arabuluculuk anlaşma belgesinin belirli bir sözleşme biçimine uygun olmaması nedeniyle kendine özgü (sui generis) sözleşme olduğunu belirtmektedir¹⁹.

¹⁵ Erdoğan ve Tiritoglu Ersoy, "İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme", s. 58; Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s. 67; Karaca Öz, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali", s. 1413.

¹⁶ Mutlay, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s. 43; Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s. 67; Kıyak, "Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", s. 545; Karaca Öz, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali", s. 1413.

¹⁷ Erdoğan ve Cömert, "Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler", s. 34. Aynı görüş için bkz. Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2025, s. 108; Kılıçoğlu, Arabuluculuk Sözleşmeleri, s. 104; Aslan, Arabuluculuk Son Tutanağı, s. 52; Topak, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali Talebinin Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", s. 117; Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, s. 237. Adi sulh, diğer bir ifadeyle mahkeme dışında yapılan sulh, mahkeme huzurunda yapılan sulhun (kazai sulh) karşılığıdır, Ayşe Kılınc, "Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 77/2 (2019), s. 509; Arıkan, "Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği", s. 135.

¹⁸ Taşpolat Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", s. 346.

¹⁹ Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Ulaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", s. 16; Kıyak, "Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", s. 545; Doğan ve Yılmaz, "İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Geçersizliğine Yol Açan Sebeplerin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", s. 1888.

Yargıtay, taraflar arasındaki ihtiyari arabuluculuk tutanağının maddi anlamda bir sulh sözleşmesi olduğunu kararlarında vurgulamıştır²⁰. Taraflar arasındaki mevcut hukuki ilişkiye dayalı uyuşmazlık, karşılıklı fedakarlığa dayalı olarak arabulucunun önünde “anlaşma belgesi” adı verilen sözleşme ile sona ermektedir. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgesinin sulh sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü kanımca daha isabetlidir.

B. Anlaşma Belgesinin Şarta Bağlanabilirliği

Sulh ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar karşılıklı fedakarlıkta bulunarak kısmen veya tamamen kendi iradeleri ile sonlanmaktadır²¹. Sulh sözleşmesi niteliğinde olan anlaşma belgesinin içeriğini taraflar serbestçe belirleyebilirler (HMK m. 313/2). Tarafların karşılıklı anlaşmaları suretiyle kısmi kabul ve kısmi feragat anlamına gelen sulh, bir sözleşmedir²². Hukuk Muhakemeleri Kanununda yalnızca mahkeme içi sulh tanımlanmıştır²³. Madde gerekçesinde Kanunda mahkeme dışı sulhun düzenlenmeme nedeninin borçlar hukukunun kapsamında olduğu belirtilmiştir²⁴. Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmediğinden isimsiz sözleşme niteliğinde olan mahkeme dışı sulh sözleşmesi, tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunarak aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen mahkeme dışında çözüme kavuşturmalarını sağlayan her iki tarafa borç

²⁰ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 12.09.2024 Tarih, 2023/2864 Esas, 2024/8516 Karar sayılı kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 13.01.2025 Tarih, 2024/13091 Esas, 2025/348 Karar sayılı kararı.

²¹ Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1972, s. 23, 33; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2025, s. 455; Fatma Hızır Asrav, *Sulh Sözleşmesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 55; Uğur Can Metin, “Maddi Hukuk Anlamında Sulh Sözleşmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1 (2016), s. 293; Cenk Akil, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/4, (2012), s. 2; Agah Kürşat Karauz, “Sulh Sözleşmesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2011): s. 172; Kılınç, “Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi”, s. 507; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 14; Erdoğan ve Cömert, “Arbuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, s. 30; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2025, s. 643; Şengül, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 13; Erdoğan ve Tiritöğlu Ersoy, “İş Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme”, s. 72.

²² Önen, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, s. 23-24; Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, s. 17; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 19; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s. 455.

²³ “Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.” (HMK m. 313/1).

²⁴ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-18a2-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6100#step-2>, (erişim:19.02.2026).

yükleyen bir sözleşmedir²⁵. Taraflar, dilerse mahkeme içi sulh yoluyla dilerse mahkeme dışında yapacakları sulh sözleşmesi ile aralarındaki uyuşmazlığı her zaman sona erdirebilirler. Mahkeme dışı sulh sözleşmesine uygun hareket edilmemesi halinde sözleşmeye aykırılık hükümleri kapsamında sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesini taraflardan biri, mahkemeye başvurarak talep edebilir²⁶.

6325 sayılı Kanun, anlaşmanın içeriğine ilişkin taraflara geniş bir özgürlük tanımaktadır. Arabuluculuk sürecinde taraflar sözleşme serbestisini sınırlandıran kurallara uygun hareket ederek anlaşma belgesinin içeriğini belirleyebilirler²⁷. Arabuluculuk anlaşma belgesi, tarafların serbest iradeleriyle belirledikleri koşullar çerçevesinde şarta da bağlanabilir²⁸. Şarta bağlanabilirlik arabuluculuğa özgü bir durum olmayıp sulh sözleşmesinin genel hukuki çerçevesinin arabuluculuğa yansımasıdır. Dolayısıyla arabuluculuk anlaşma belgesinin sulh sözleşmesi niteliği taşıdığı kabulünden hareket edildiğinde HMK m. 313/4 hükmü gereği şarta bağlı olarak yapılması mümkündür. Tarafların üzerinde anlaşmaları halinde sulh sözleşmelerine bozucu veya geciktici şarta bağlı hükümler konulabilir²⁹.

Anlaşma belgesindeki şartın geçerli olabilmesi için; şartın hiçbir tereddüte mahal bırakmayacak açıklıkta belirli veya belirlenebilir olması, gerçekleşmesi imkansız ve tesadüfe bağlı olmaması gerekir³⁰. Elbette her

²⁵ L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2025, s. 835; Barış Mıdık, *Medeni Usul Hukukunda Sulh ve Sulh Benzeri Müesseseler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024, s. 185; Hızır Asrav, *Sulh Sözleşmesi*, s. 156,157; Arslan, Yılmaz, Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 647; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 14; Karauz, "Sulh Sözleşmesi", s. 175; Börü ve Börü, *Arabuluculuk*, s. 77; Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, s. 83; Kılınç, "Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi", s. 510; Metin, "Maddi Hukuk Anlamında Sulh Sözleşmesi", s. 296; Erdoğan ve Cömert, "Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler", s. 26.

²⁶ Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, s. 237.

²⁷ Nesibe Kurt Konca ve Emel Badur, "Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi", *TAAD*, 56 (2023), s. 546.

²⁸ Arıkan, "Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği", s. 137.

²⁹ Arıkan, "Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği", s. 140; Metin, "Maddi Hukuk Anlamında Sulh Sözleşmesi", s. 303.

³⁰ Şart içeren anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhine konu olup olamayacağı, öğretide şarta bağlı hüküm verilip verilemeyeceği tartışmalarının da aslında uzantısı niteliğindedir. Şarta bağlı hüküm verileceği kabulünden hareket eden görüşe göre; şarta bağlı hükmün icrası mümkün olup icra memuru, ilam gibi açık, anlaşılır ve belirli olduğu durumlarda şartı da denetleyebilecektir, Nilüfer Boran Güneysu, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, Ankara: Adalet Yayınları, 2014, s. 129, Arıkan, "Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği", s. 154-155; aynı yönde İstanbul BAM 21. Hukuk Dairesi, 28.12.2020 Tarih, 2020/148 Esas, 2020/3066 Karar sayılı kararı. Bu durumda şart

sözleşme hükmü için geçerli olduğu gibi anlaşma belgesindeki şarta bağlı düzenleme de TBK m.27 uyarınca emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına veya genel ahlaka aykırı koşullar içermemelidir³¹.

1. Geciktirici Şarta Bağlı Anlaşma Belgesi

Geciktirici şarta bağlı sözleşmelerin hüküm ifade edebilmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olguya bırakıldığından aksine bir hüküm olmadığı sürece sözleşme, ancak şartın gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade edecektir (TBK m. 170). Sözleşmenin bütünü, şarta bağlı olabileceği gibi sözleşme içerisinde yer alan bazı hükümler de şarta bağlanabilir.³² Bu durumda geciktirici şarta bağlı hüküm, ancak şart

hükmü denetlenebilir nitelikte ise şarta bağlı anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi de mümkündür sonucuna ulaşılmaktadır. Ağırlıklı savunulan diğer görüşe göre ise hükmün açık olması ve tarafların hak ve yükümlülüklerinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi gerektiğinden hükmün sonuçlarının belli bir şarta bağlanmasının mümkün olamayacağı, şarta bağlı dava açılmayacağına göre şarta bağlı da hüküm verilmeyeceği, aksi halde uyuşmazlığın kesin olarak çözülemeyeceği ve icra edilememe tehlikesi ile karşı karşıya kalınacağı belirtilmektedir. Bu görüşü savunanlara göre şarta bağlı anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmemesi daha uygun olacaktır, Taşpolat Tuğsavul, “*Arbuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği*”, s. 358; Erdoğan ve Cömert, “*Arbuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler*”, s. 36; Meral Özkan Sungurtekin, “*Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*”, 1/2, MİHDER, (2005), s. 361-362; Akkan, “*Arbuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları*”, s. 18; Akil, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi*”, s. 14. Aynı yönde Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 26.09.2022 Tarih, 2022/9143 Esas, 2022/9318 Karar sayılı kararı, İstanbul BAM 24. Hukuk Dairesi, 20.03.2019 Tarih, 2018/3623 Esas, 2019/1025 Karar sayılı kararı. Özbay, Avukatlık Kanunun 35. maddesi kapsamında imzalanan uzlaştırma tutanağının şarta bağlı olarak yapılması halinde şartın geciktirici şarta bağlı olması halinde şart gerçekleşmedikçe tutanağın icrası mümkün değilken bozucu şarta bağlı olması halinde sözleşme, yapıldığı andan itibaren hukuki sonuçlarını doğurmaya başlayacağından ilâmlı icraya dayanak oluşturması hemen mümkün olabileceğini belirtmiştir, İbrahim Özbay, “*Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği*”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/3-4, (2004), s. 413-414.

³¹ O. Gökhan Antalya ve Faruk Acar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C V/1, 4, (ed. O. Gökhan Antalya), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025, s. 483; Hızır Asrav, *Sulh Sözleşmesi*, s. 158.

³² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Legem Yayınları, 2025, s. 1310; Antalya ve Acar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 486; Akil, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi*”, s. 10.

gerçekleştğinde sonuçlarını doğuracaktır³³. Şart gerçekleşene kadar hüküm ifade etmeyecektir³⁴.

Arabuluculuk anlaşma belgelerine geciktirici şarta bağlı hüküm konulabilir. Anlaşma belgesinde ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir bir olguya bağlı olarak geciktirici şarta bağlı düzenleme yapılabilir. Şartın gerçekleşmesi halinde şarta bağlı olarak belirlenen hüküm uygulanır. Şarta bağlı anlaşma belgesinde yer alan geciktirici şartın gerçekleşmesi anında geciktirici şarta bağlı hukuki işlemin hüküm ve sonuçları doğacak ve sulh sözleşmesinin icrası talep edilebilecektir³⁵.

Arabuluculuk anlaşma belgesinde geciktirici şarta bağlı düzenleme yapılması mümkündür. Örneğin işçinin işe iade talepli arabulucuya başvurduğu bir durumda arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde işe başlatma tarihini, boşa geçen süre ücret ve sosyal hakları ile işçinin işe başlatılmaması durumunda işe başlatmama tazminatının parasal miktarını belirlemeleri zorunludur (İşK m. 21/6). Bu anlaşma belgesine ayrıca *işçinin işe başlamasını takiben altı ay süreyle kesintisiz ve fiilen çalışması durumunda işverenin işçiye belli bir miktar prim ödemesi* yönünde geciktirici şarta bağlı hüküm konulabilir. İşçinin işe başlaması ve kesintisiz altı ay süreyle işe devam etmesine bağlı olarak belirlenen bu hüküm ile işverene prim ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu şart gerçekleşmediği, yani işçinin işe başladığı tarihten itibaren altı ay boyunca çalışmaması halinde işverenin prim ödeme yükümlülüğü de doğmayacaktır³⁶. Dolayısıyla

³³ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2025, s. 985; Altan Fahri Gülerci, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 178; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2024, s. 558; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 997; Antalya ve Acar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 479; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1320.

³⁴ Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 558; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1323; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 997; Gülerci, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 178; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 985; Antalya ve Acar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 479.

³⁵ Gülerci, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 180; Hızır Asrav, *Sulh Sözleşmesi*, s. 158.

³⁶ Anlaşma belgesinde geciktirici şarta bağlı bir hükme şöyle bir örnek verilebilir: Taraflar, işçinin işe iade talebi kapsamında işveren nezdinde yeniden işe başlatılması konusunda anlaşmışlardır. İşveren, işçiyi 16.06.2026 tarihinde aynı görevde işe başlatmayı kabul eder. Taraflar ayrıca, işçinin işe başlatılmasını takiben altı ay süreyle kesintisiz ve fiilen çalışması hâlinde, işveren tarafından işçiye iki aylık net ücreti tutarında prim ödenmesi hususunda anlaşmışlardır. İşbu prim ödemesi, işçinin işe başlatıldığı tarihten itibaren altı ay süreyle fiilen çalışması geciktirici şartına bağlıdır. Bu şart gerçekleşmedikçe işverenin prim ödeme borcu doğmaz ve prim alacağı muaccel hâle gelmez. İşçinin belirtilen süre dolmadan kendi isteğiyle işten ayrılması, haklı neden bulunmaksızın işe devam etmemesi veya iş sözleşmesinin işveren tarafından derhal feshi gerektiren bir durum nedeniyle feshedilmesi hâlinde prim ödeme şartı gerçekleşmemiş sayılır. Buna karşılık iş sözleşmesinin, belirtilen süre dolmadan işveren

anlaşma belgesinde yer alan tarafların serbest iradeleri ile belirlenen ve mutabık kaldıkları şart hükmü, diğer hükümler gibi tarafların üzerinde anlaşma sağladığı bir husustur. Uygulanmaması halinde hukuki sonuçları doğacaktır.

2. Bozucu Şarta Bağlı Anlaşma Belgesi

Bozucu şarta bağlı sözleşmeler, düzenlendiği anda hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamakla birlikte sona ermesi gelecekteki belirsiz bir olguya bağlıdır (TBK m. 173/1). Sözleşme geçerli bir hukuki işleme dayandığı için bozucu şart gerçekleşene kadar varlığını devam ettirir³⁷. Bozucu şarta bağlı sözleşme hükmü, koşul gerçekleştiği anda ortadan kalkar (m. 173/1).

Örneğin, arabuluculuk anlaşma belgesine işçinin mutabık kalınan kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarına ek olarak işçinin yeni bir iş arama sürecine destek olmak amacıyla ek bir ödeme yapılması konusunda hüküm konulabilir. Bu ödemenin en fazla üç aylık bir süre için yapılacağı, üç aylık süre içerisinde kalmak kaydıyla başka bir işverende ücretli bir iş ilişkisine başlaması hâlinde ek ödeme yükümlülüğünün ileriye etkili olacak şekilde ortadan kalkacağı kararlaştırılabilir. Dolayısıyla şart gerçekleştiğinde, yani işçi başka bir işveren yanında çalışmaya başladığında henüz ifaya konu olmayan kısım açısından işverenin ödeme yükümlüğü sona erecektir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflarının serbest iradeleri ile belirlediği, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olguya bağlanan bozucu şart düzenlemesi ile işçiye yeni bir iş arama sürecine destek olmak amaçlanmıştır³⁸.

tarafından haklı neden olmaksızın feshedilmesi veya işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini sona erdirmesi hâlinde, işçi primin tamamına hak kazanır. İşçinin prim alacağı, fesih tarihinden itibaren 7 iş günü içinde işçinin banka hesabına ödenir.

³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1325; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 986; Antalya ve Acar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 505; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 1003; Gülerci, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 181; Arıkan, “Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği”, s. 140-141.

³⁸ Anlaşma belgesinde bozucu şarta bağlı bir hükme şöyle bir örnek verilebilir: “İşveren, işçinin yukarıdaki belirtilen kıdem ve ihbar tazminatı ödemesine ek olarak işçinin yeni bir iş arama sürecine destek olmak amacıyla, işbu belgenin imza tarihinden itibaren azami üç (3) ay süreyle, aylık ...TL tutarında aşağıdaki takvime uygun şekilde "ek ödeme" yapmayı kabul eder. Taraflar, işçinin işbu belgenin imza tarihinden itibaren üç (3) aylık süre dolmadan önce başka bir işverende ücretli bir iş ilişkisine başlaması hâlinde, bozucu şartın gerçekleşmiş sayılacağını ve bu tarihten itibaren işverenin “ek ödeme” yükümlülüğünün, herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın, kendiliğinden ortadan kalkacağı hususunda mutabık kalmışlardır. Taraf işçi, üç ay içerisinde yeni bir işveren yanında çalışmaya başlarsa bu durumu takip eden gün içerisinde taraf işverene yazılı olarak (e-posta dâhil) bildirmekle yükümlüdür. Taraf işçinin anılan

C. Anlaşma Belgesinin Ceza Şartına Bağlanabilirliği

Tarafların sözleşmede belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmesi beklenir. Borçlunun edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ihtimaline karşı alacaklının alacağını güvence altına almak istemesi halinde sözleşmeye ceza şartı getirilmesi mümkündür. “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.” (TBK m.179). Sözleşmeye ceza şartı konulması, zararı tazmin etmeyi değil, borçlunun ödemeyi zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesini sağlamayı amaçlar³⁹. Dolayısıyla ceza şartı, asıl borca bağlanan bir borçtur⁴⁰. Asıl borç var olduğu sürece ona bağlanan ceza şartı da geçerliliğini korur⁴¹.

Arabuluculuk anlaşma belgesine taraflar, sözleşmede belirlenen edimlerin yerine getirilmesini güvence altına almak için ceza şartı getirebilirler. Örneğin anlaşma belgesinde yer alan ve tarafların mutabık kaldığı miktarın zamanında tam ve eksiksiz ödenmemesi halinde ilave bir miktar daha ödenmesi kararlaştırılabilir. Bu durumda geçerli bir hukuki işleme dayanan sözleşmede yer alan “tam ve eksiksiz ödeme yapma” yükümlülüğünün yerine getirilmemesine bağlanan şart hükmü ile ilave bir miktar daha ödeme borcu doğacaktır⁴². Bu örnekte ceza şartı, tam ve eksiksiz ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesine bağlanmış ve ilave bir ödeme yapma yükümlülüğü getirmiştir. Yargıtay’ın da ceza şartına bağlı anlaşma belgelerinin geçerli olduğu yönünde verdiği kararlar mevcuttur⁴³.

bildirim yükümlülüğünü süresi içinde yerine getirmemesi hâlinde, taraf işveren, işçinin yeni iş ilişkisine başladığı tarihten sonraki döneme tekabül eden ve bu tarihten sonra taraf işçiye ödenmiş olan ek ödeme tutarlarını, herhangi bir ihtarla gerek olmaksızın taraf işçiden talep edebilir.”

³⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1331; Antalya ve Acar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 531; Gülerci, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 267- 268; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 1008.

⁴⁰ Antalya ve Acar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 533; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 565; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 1009; Gülerci, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 264; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1332.

⁴¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1333; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 1010; Gülerci, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 264; Antalya ve Acar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 533; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 565.

⁴² Hızır Asrav, *Sulh Sözleşmesi*, s. 158.

⁴³ İlk Derece Mahkemesi, taraflar arasında imzalanan 18.11.2019 tarihli anlaşma belgesinin içeriğinde toplam 134.100,00 TL'lik borcun altı eşit taksitle ödenmesi ve taksitlerden herhangi birinin aksatılması halinde takibe devam edileceğinin kararlaştırıldığını, arabuluculuk anlaşma belgesinin borçlu tarafından kabul edildiği ve icra edilebilirlik şerhi ile ilam niteliği kazanan belgeye dayalı olarak takip başlatılmasında hukuka aykırı bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar vermiştir. Karara yönelik itirazı inceleyen Bölge Adliye

D. “Dava Açma Yasağı”nın Kapsamı

Arabuluculuk, “gönüllülük” ve “iradilik” esasına dayalı olduğundan arabuluculuk süresinin sonunda anlaşmak veya anlaşmamak tarafların ortak iradelerine bağlıdır⁴⁴. Arabuluculuk sürecinde yapılan müzakereler neticesinde tarafların ortak iradeleri belirleyicidir. Kontrolün taraflarda olması, arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıkan sonucun tüm sorumluluklarını üstlenmelerini sağlamaktadır⁴⁵. Bunun doğal bir sonucu da anlaşma yönünde tarafların mutabık kalması halinde uyuşmazlığın çözümüne ilişkin içeriği serbestçe belirlemeleridir⁴⁶.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar bir tutanakla tespit edilecektir (HUAK m.18/1). Maddede anlaşmanın kapsamının doğrudan taraf iradesiyle belirleneceği açıkça düzenlenmiştir⁴⁷. Arabuluculuk anlaşması, içeriği kanun tarafından değil, tarafların ortak iradesiyle şekillenen bir hukuki işlem niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla müzakere edilen uyuşmazlıkların tamamı üzerinden bir anlaşma yapılabileceği gibi yalnızca belirli talepler veya alacak

Mahkemesi, arabuluculuk tutanağında taksitlerden herhangi birinin aksatılması halinde başvurunun icra dosyası kapak hesabı üzerinden takibe devam edebileceği hususunun karar altına alındığını, borçlunun arabuluculuk sözleşmesindeki şartları yerine getirmedeği gerekçesiyle takibe devam edilmesinde yasal bir engel bulunmadığını belirterek İlk Derece Mahkemesinin vakıa ve hukuki değerlendirmesi bakımından usul ve esas yönünden yasaya aykırı bir durum bulunmadığına, davacının istinaf başvurusunun esasın reddine karar vermiş, verilen karar temyiz incelemesini yapan Yargıtay tarafından da onanmıştır, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 13.04.2023 Tarih, 2022/9640 Esas, 2023/2630 Karar sayılı kararı.

⁴⁴ Görgün, Börü ve Kodakoglu, *Medeni Usul Hukuku*, s. 835; Mıdık, s. 185; Doğan ve Yılmaz, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Geçersizliğine Yol Açan Sebeplerin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, s. 1886; Pekcanıtez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s. 647 Arslan, Yılmaz, Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 851; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 816; Küçükkaya, *Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk*, s. 56; Erdoğan ve Cömert, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, s. 29; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 1522-1523; Aslan, *Arabuluculuk Son Tutanağı*, s. 37; Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, s. 50; Tanrıver, *Makalelerim II (2006-2010)*, s. 186; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 28; Börü ve Börü, *Arabuluculuk*, s. 39; Topak, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali Talebinin Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, s. 113; Badur, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, s. 72; Yazıcı, *Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Suçu*, s. 26.

⁴⁵ Topak, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali Talebinin Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, s. 115; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 55.

⁴⁶ Badur, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, s. 72; Karaca Öz, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali”, s. 1410.

⁴⁷ Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, s. 39; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 108; Aslan, *Arabuluculuk Son Tutanağı*, s. 100; Yazıcı, *Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Suçu*, s. 69.

kalemleri bakımından da uzlaşabilir⁴⁸. Bu durum, arabuluculuk sürecinin taraflara tanıdığı irade serbestisini göstermektedir. Kanun koyucu, arabuluculuk anlaşmasının mutlaka uyumsuzluğun tümünü kapsamaması gerektiğine ilişkin bir zorunluluk öngörmediğinden “tam anlaşma” ve “kısmi anlaşma” mümkündür. Önemli olan nokta, anlaşılan hususların yeni bir uyumsuzluğa neden olmayacak şekilde, tereddüt uyandırmayacak açıklıkta belirlenmiş olmasıdır. Arabuluculuk anlaşma belgesi, hukuki niteliği itibariyle öncelikle borçlar hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir sözleşmedir⁴⁹. Sözleşme serbestisi ilkesi gereği, Kanunun belirlediği sınırları ihlal etmemek kaydıyla taraflar arabuluculuk anlaşmasının kapsamını, edimin türünü ve ifa şeklini serbestçe belirleyebilir; anlaşmayı belirli şartlara bağlayabilir⁵⁰.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar bakımından dava açılmayacaktır (HUAK m. 18/5)⁵¹. Bu düzenleme ile kanun koyucu, arabuluculuk süreci sonunda ulaşılan anlaşmanın hukuki güvence altına alınmasını ve taraflar arasında yeniden uyumsuzluk doğmasını önlemeyi amaçlamıştır⁵². Dolayısıyla dava açma yasağının temel amacı, taraflar arasında bağlayıcı bir anlaşma sağlayarak aynı uyumsuzluk konusunda tekrarlanan davaların önüne geçilmesidir⁵³.

Kanunun gerekçesinde

6325 sayılı Kanunun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkra ile, arabulucu huzurunda anlaşılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Anlaşılan hususların bilahare

⁴⁸ Erdoğan ve Tiritöğlu Ersoy, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme”, s. 56; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 1541; Aslan, *Arabuluculuk Son Tutanağı*, s. 100-101; Küçükkaya, *Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk*, s. 255; Karaca Öz, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali”, s. 1410.

⁴⁹ Özbek, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, s. 71; Baş, “6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali”, s. 179; Kıyak, “Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, s. 531.

⁵⁰ Karaca Öz, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali”, s. 1414.

⁵¹ “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.” hükmü 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 24. maddesiyle 12.10.2017 tarihinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18. maddesine beşinci fıkra olarak eklenmiştir.

⁵² Badur, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, s. 80.

⁵³ Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, s. 5. HUAK. m.18/5 hükmünün eleştirisi için bkz. Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 113 vd.

dava edilemeyeceği dikkate alındığında arabulucu tarafından düzenlenecek ve taraflar ve varsa temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanacak anlaşma tutanağında "anlaşılan hususların" net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Örneğin işçi ve işveren tarafı kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti konusunda anlaştıklarında arabulucunun bu kalemleri ayrıca ve açıkça tutanağa bağlamasında fayda görülmektedir. Anlaşma tutanağının içeriğinden "anlaşılan hususlar" net bir şekilde görülebilmek ve bilahare dava açma yasağına tabi olan bu hususlar tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça tespit edilebilmelidir.

ifadelerine yer verilmiştir⁵⁴.

Arabuluculuk, tarafların serbest iradeleriyle uyuşmazlığı sona erdirmeyi hedefleyen bir yöntem olduğundan, bu süreç sonunda varılan anlaşmanın bağlayıcılığının sağlanması büyük önem taşımaktadır. Aksi hâlde, taraflardan birinin arabuluculuk anlaşmasına rağmen yeniden dava açabilmesi, arabuluculuk kurumunun etkinliğini ve güvenilirliğini zedeleyecektir. Bu bağlamda HUAK m. 18/5 hükmü arabuluculuk sürecini yalnızca şekli bir aşama olmaktan çıkararak, maddi sonuç doğuran bir uyuşmazlık çözüm mekanizması hâline getirmektedir. Dava açma yasağı, tarafları anlaşmaya sadık kalmaya zorlayan bir hukuki sonuç doğurmakta; arabuluculuk sürecinin ciddiyetini ve bağlayıcılığını pekiştirmektedir.

Dava açma yasağının uygulanabilirliği, doğrudan doğruya “*üzerinde anlaşılan hususlar*”ın ne olduğunun belirlenmesine bağlıdır. 6325 sayılı Kanun’da bu kavramın tanımı yapılmamış; anlaşma kapsamının nasıl belirleneceği hususu tamamen taraf iradesine ve anlaşma metninin içeriğine bırakılmıştır. Uygulamada, sıklıkla “*tüm alacaklar*” şeklinde genel ve soyut ifadelerle yer verildiği görülmekle bu ifadelerden hangi alacak kalemlerinin kastedildiği ve dava açma yasağının hangi sınırlar içinde uygulanacağı anlaşılamamaktadır. Arabuluculuk anlaşma belgesinde tarafların üzerinde anlaştıkları hususlar, açık, net ve denetlenebilir biçimde belirlenmelidir⁵⁵. Aksi halde dava açma yasağının uygulanma alanı belirsizleşecek ve arabuluculuk sürecinin sağlamak istediği menfaat ortadan kalkabilecektir. Örneğin, iş sözleşmesi kapsamında farklı işçi alacaklarının oluşabileceği göz önüne alındığında hangi alacakların anlaşmaya konu olduğunun belirsizliği gibi durumlar beraberinde yeni bir ihtilafı gündeme getirecektir. “*...üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*” hükmünü yalnızca anlaşmaya konu edim olarak düşünmek doğru değildir. Anlaşma belgesinde

⁵⁴ İlknur Güngördü, *Arabuluculuk Mevzuatı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 39-40.

⁵⁵ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 108.

yer alan ve tarafların serbest iradesi ile belirlenen her hüküm, üzerinde anlaşılan hususlara dahildir. Dolayısıyla tarafların edimlerin “tam ve eksiksiz ödenmesi” için belirlediği hükümler de üzerinde anlaşılan hususlardandır ve bu hükümlere de tarafların uyma borcu bulunmaktadır. Taraflardan birinin veya her ikisinin de anlaşmaya aykırı hareket etmesi halinde bunun hukuki sonuçlarından sorumlu olacağı aşikardır. Diğer yandan arabuluculuk anlaşma belgesinin sözleşme olması nedeniyle sözleşmenin geçerliliğinin de denetlenmesi gerekir⁵⁶. İrade sakatlığının, ehliyetsizliğin mevcut olup olmadığı, aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınırlarının aşılması (TBK m. 27/1), aşırı yararlanma (TBK m. 38) hallerinden en az birinin varlığı halinde anlaşma belgesinin iptali de talep edilebilir⁵⁷.

II. İŞÇİLİK ALACAKLARINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKTAKİ “TAM VE EKSİKSİZ ÖDEME” ŞARTINA BAĞLANAN ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN HUKUK GENEL KURULU’NUN 21.05.2015, E.2024/9-499, K.2025/329 SAYILI KARARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

A. Kararın Özeti

Arabuluculuk anlaşmalarının ceza şartına bağlanması ve bu durumun “dava açma yasağı”na etkisi, Hukuk Genel Kurulu kararına konu olmuştur. Somut olayda işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan alacakları için davalı işverenlik aleyhine dava şartı arabuluculuğa başvurulduğu, arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlanamaması nedeniyle arabulucu tarafından son

⁵⁶ Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, s. 236; Arıkan, “Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği”, s. 136. Detaylı bilgi için bkz. Küçükkaya, *Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk*, s. 279, 288; Erdoğan ve Tiritoglu Ersoy, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme”, s. 82, 83; Doğan ve Yılmaz, “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Geçersizliğine Yol Açan Sebeplerin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, s. 1892. Yargıtay bir kararında ihtiyari arabuluculuk tutanağının maddi anlamda sulh sözleşmesi niteliğinde olması nedeniyle özellikle aşırı yararlanma kapsamında geçersizliği ileri sürüldüğünden davacının iş kazasına bağlı maddi tazminat alacağı hesaplanarak manevi tazminatın bölünemezliği ilkesi ve davacının fazlaya dair talep haklarını saklı tutup tutmadığı da gözetilerek dosya kapsamındaki bilgi ve belgelere göre aşırı yararlanmanın gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durularak hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 12.09.2024 Tarih, 2023/2864 Esas, 2024/8516 Karar sayılı kararı.

⁵⁷ Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, s. 22; Aslan, *Arabuluculuk Son Tutanağı*, s. 172; Batur, s. 70. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan ve Cömert, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, s. 40-42; Aslan, *Arabuluculuk Son Tutanağı*, s. 178. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13.01.2025 Tarih, 2024/13091 Esas, 2025/348 Karar sayılı kararı. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 31.10.2022 Tarih, 2022/11077 Esas, 2022/13780 Karar sayılı kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30.06.2025 Tarih, 2024/4863 Esas, 2025/5550 Karar sayılı kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.02.2024 Tarih, 2023/2065 Esas, 2024/3897 Karar sayılı kararı.

tutanağın düzenlendiği, sonraki bir tarihte dava açılmadan önce işçi ile davalı işverenliklerden Yıl...Ltd. Şti arasında ihtiyari arabuluculuk sürecinin başlatıldığı anlaşılmaktadır. İhtiyari arabuluculuk süreci sonunda taraflar aşağıda belirtilen hususlarda anlaşmışlardır.

Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin “Anlaşmanın Şartları” başlıklı 1. maddesinde Yıl...Ltd. Şti’nin, başvurucunun iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi nedeniyle alacakları olan kıdem tazminatı, ücret, yıllık izin ücreti, fazla çalışma, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları için hesaplanan net miktarlar üzerinden iyiniyet çerçevesinde indirim yapmaları nedeniyle aynı iyiniyet çerçevesinde toplam net 45.970,12 TL ödemeyi kabul ve taahhüt ettiği, ödemenin ne şekilde yapılacağına düzenlendiği anlaşma belgesinin 2. maddesine göre Yıl...Ltd. Şti, başvuru işçiye 1. maddede belirtilen bedeli dört eşit taksit halinde ödemeyi kabul ve taahhüt etmiş olup ilk taksidin anlaşmanın imzalandığı gün, diğer taksitlerin ise 31.03.2021, 30.04.2021 ve 31.05.2021 tarihinde ödenmesi hususunda taraflar mutabık kalmıştır.

Anlaşmanın 3. maddesinde

Yıl...Ltd. Şti tarafından belirtilen **taksitlerin zamanında ödenmemesi** halinde bir sonraki taksitler muaccel hale gelip işbu anlaşma belgesi ile yasal işlem başlatılabileceği gibi başvuru gerek anlaşma belgesi konusu gerekse diğer işçilik alacakları için yapılan indirim neticesinde tanzim edilen işbu anlaşma belgesinde belirtilen miktar ile sınırlı kalmaksızın tüm alacaklarını talep edebilecek/yargı yoluna başvurabilecektir. Özetle; yukarıda belirtilen miktarlar, belirtilen vadelerde Yıl...Ltd. Şti tarafından tam ve eksiksiz şekilde ödenmezse, Başvurucu bu anlaşma belgesi ile neticeye bağlanan kısım için (yapılan ödemeler mahsup edildikten sonra) işverene karşı icra takibi yapabileceği gibi buna ilaveten aynı zamanda indirim yapılan bakiye alacakları için de yasal yollara müracaat edebilecek, dava açabilecek ya da icra takibi yapabilecektir.

Yıl...Ltd. Şti’nin anlaşma belgesinin 2. maddesinde belirtilen 3. taksiti zamanında ödenmemesi nedeniyle 3. maddeye dayalı olarak anlaşılan miktarla ve alacak kalemleri ile sınırlı olmaksızın dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi, 6325 sayılı Kanunun 18/5 hükmü gereği anlaşılan hususlar hakkında dava açılmayacağı gerekçesiyle dava şartı yokluğundan usulden davanın reddine karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin verdiği karara karşı istinaf mahkemesine yapılan itirazların reddine karşı yapılan temyiz incelemesinde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bölge adliye mahkemesi kararını ortadan kaldırarak ilk derece mahkemesi kararının bozulması yönünde karar

vermiştir⁵⁸. Yargıtay'ın bozma kararına ilk derece mahkemesinin direnmesi üzerine dosya, Hukuk Genel Kurulu tarafından incelenerek Dairenin bozma kararına uyulması gerekirken ilk derece mahkemesinin direnme kararı vermesinin doğru olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Karara konu uyuşmazlık, ihtiyari arabuluculuk süreci sonunda tarafların irade serbestliği çerçevesinde anlaşma belgesinde düzenlenen ödemelerin tam ve zamanında yerine getirilmemesine bağladıkları sonuçların geçerli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

B. Hukuk Genel Kurul Kararının Değerlendirilmesi

Sözleşmelerin belirli şartlara bağlanması, kural olarak irade serbestisi kapsamında mümkündür. Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlığa konu anlaşma belgesi, mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğindedir. Arabuluculuk anlaşmalarının da bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliği taşıması nedeniyle, taraflar anlaştıkları hususların geçerliliğini, hukuki sonuç doğurmasını belirli bir şartın gerçekleşmesine bağlayabilirler. Müzakereler neticesinde tarafların arabuluculuk anlaşma belgesini şarta bağlamaları mümkündür. Şartın gerçekleşmemesi durumunda ise tarafların sulh olduğundan bahsedilemez.

Taraflar, arabuluculuk anlaşma belgesindeki ödeme tutarlarını güvence altına almak için birtakım şartlar getirebilirler. Arabuluculuk anlaşmalarının önemli bir kısmında, özellikle işçi alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda, ödeme yükümlülüğünün “tam ve eksiksiz” olarak yerine getirilmesini sağlayıcı birtakım hükümler konulabilir. Tarafların genellikle belirli bir miktarın taksitler hâlinde ödenmesini kararlaştırdığı durumlarda ödemenin tam olarak gerçekleştirilmesi hâlinde uyuşmazlığın kesin olarak sona ereceği, ancak ödemenin tam ve eksiksiz yapılmaması halinde bunu anlaşmaya aykırı hareket eden aleyhine bir sonuca bağlayarak anlaşma yapabilir. Bu belirtilen hususlar ışığında ceza şartına bağlı hükümler içeren anlaşma belgesi için HUAK m. 18/5 hükmünün uygulanması, anlaşma belgesinde yer alan tüm maddeler üzerinde anlaşılan tarafların iradesini yok saymak anlamına gelecektir. Üzerinde anlaşılan maddelere aykırı hareket eden tarafın bu davranışına bir sonuç bağlamak gerekir. Anlaşmanın hüküm ve sonuçlarının, örneğin “tam ve eksiksiz ödeme” gibi bir şartın gerçekleşmesine bağlandığı

⁵⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi “...somut uyuşmazlıkta, taksitlerin zamanında ödenmediği sabit olup davacının anlaşma belgesinde kararlaştırıldığı gibi ödenen miktarları mahsup ederek alacağın tamamını dava konusu yapması anlaşma belgesine uygun düşmektedir. Bu ihtimalde, anlaşmanın yapılmamış sayılması gerektiği kabul edildiği halde geçerli bir anlaşma olduğu yönünde değerlendirme yapılması”nın hatalı olduğunu belirterek bozma kararını gerektirmiştir.

hâllerde, dava açma yasağının doğrudan uygulanması, amacını aşan bir yorum niteliği taşıyacaktır. Özellikle anlaşma belgesinde, uyuşmazlığın kesin olarak sona ermesinin tam ödeme şartına bağlandığı hâllerde, şartın gerçekleşmemesi durumunda dava açma hakkının bulunmadığının kabulü gerekir.

Hukuk Genel Kurulunun kararından uyuşmazlığı kesin olarak sona erdirmeye iradesini, ceza şartının gerçekleşmesine bağlayan tarafların bu hususta mutabık kaldıkları anlaşılmaktadır. Şarta bağlı arabuluculuk anlaşmalarında “dava açma yasağı”nın, şart gerçekleşmeden önce yürürlüğe girdiğinin kabulü, taraf iradeleriyle bağdaşmayacağı gibi, arabuluculuk kurumunun güvenilirliğini de zedeleyebilecektir. “Dava açma yasağı”, ancak anlaşmada öngörülen şartın gerçekleşmesi hâlinde uygulanabilir. Anlaşma belgesinde yer alan tüm hükümler, “üzerinde anlaşılan hususlar”dır. Ediminin ifasına bağlanan şartın gerçekleşmemesi halinde “üzerinde anlaşılan husus”a aykırı davranıldığı için “dava açma yasağı” söz konusu olmamalıdır.

Şartın gerçekleşmemesi hâlinde arabuluculuk anlaşmasının hukuki akıbeti hem borçlar hukuku hem de usul hukuku bakımından değerlendirilmelidir. Borçlar hukuku açısından, şartın gerçekleşmemesi, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmamasına veya tarafları bağlayıcı etkisinin ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Bu durumda, taraflar arasında uyuşmazlığın kesin olarak çözüldüğünden söz etmek de mümkün değildir.

Usul hukuku bakımından ise, arabuluculuk anlaşmasının “dava açma yasağı” doğurabilmesi için uyuşmazlığın kalıcı biçimde sona ermiş olması gerekir. Şarta bağlı bir anlaşmada, uyuşmazlığın sona ermesi, şartın gerçekleşmesine bağlı kılındığından, şartın gerçekleşmesi hâlinde “dava açma yasağı”nın da doğmadığı kabul edilmelidir. Aksi bir yaklaşım, şeklen var olan ancak fiilen sonuç doğurmayan bir anlaşmaya, tarafların dava hakkını sınırlayan bir etki tanımak anlamına gelecektir. Anlaşma metni mevcuttur; ancak uyuşmazlığı sona erdiren ve “dava açma yasağı”nı doğuran hukuki sonuçlar, şart gerçekleşinceye kadar ortaya çıkmamaktadır. Bu yaklaşım hem sözleşme hukuku ilkeleriyle hem de arabuluculuğun amaçladığı adil ve dengeli çözüm anlayışıyla uyumludur.

Şarta bağlı arabuluculuk anlaşmalarında, özellikle ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde işçinin dava açma hakkının ortadan kalktığına kabul edilmesi, işçinin korunması ilkesini zedeleyici sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, işçi alacaklarına ilişkin anlaşmalarda “dava

açma yasağı”, ancak açık, kesin ve şartları gerçekleşmiş bir anlaşmanın varlığı hâlinde uygulanmalıdır.

Hukuk Genel Kurulunun da belirttiği gibi anlaşma belgesi ile kalıcı şekilde uyuşmazlığın sona erdiğinden bahsedilebilmesi için, “tam ve eksiksiz ödeme” şartının yerine getirilmiş olması gerekir. Bu şart yerine getirilmediğinden tarafların müzakere ettikleri anlaşma belgesinin 3. maddesi gereği varsa yapılan ödemelerin mahsubu ile davacının vazgeçtiği, indirim yaptığı tutarların dava yoluyla talep edilmesi mümkündür. 6325 sayılı Kanunun m.18/5 hükmü kapsamında üzerinde anlaşılan hususlarda dava açılmayacağını belirten ilk derece mahkemesinin direnme kararının hatalı olduğu, Özel Daire bozma kararına uyulması gerektiği yönündeki karar, kanımca isabetlidir.

SONUÇ

Bu çalışmada, arabuluculuk anlaşmalarının hukuki niteliği, “dava açma yasağı” ve özellikle şarta bağlı düzenlemelerin etkileri, işçi alacakları bağlamında incelenmiştir. Arabuluculuk anlaşmasının “sözleşme” olarak nitelenmesi, tarafların irade serbestliği ve anlaşma kapsamının belirlenmesi, şekil şartları ve geçerlilik unsurları temelinde ele alınmıştır.

Arabuluculuk anlaşmaları yalnızca bir arabuluculuk tutanağı olmayıp tarafların üzerinde anlaştığı hukuki sonuçlar doğuran bir sözleşme niteliğindedir. Arabuluculuk anlaşma belgesi ile taraflar arasındaki uyuşmazlığa konu hususların kalıcı olarak çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır. Anlaşma belgesi, yeni sorunları ortaya çıkarmayacak açıklıkta düzenlenmeli, üzerinde anlaşılan hususlar açık ve net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesi, Hukuk Genel Kurulu’nun kararında da belirtildiği üzere maddi hukuka ilişkin borçlar hukuku sözleşmesidir ve genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla taraflar, anlaşma belgesini, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla serbest iradeleriyle düzenleyebilirler.

Şarta bağlı arabuluculuk anlaşmalarında “dava açma yasağı”nın sınırları, taraf iradeleri, anlaşmanın içeriği ile birlikte değerlendirilmelidir. “Dava açma yasağı”, ancak şartların gerçekleşmesiyle birlikte uygulanmalı, şart gerçekleşmeden uyuşmazlığın kesin olarak sona erdiği kabul edilmemelidir. Bu yaklaşım, arabuluculuk kurumunun amaçlarına ve sözleşme hukuku ilkelerine uygun bir yorum sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16/4, (2012): (ss. 1-18)
- Akkan, Mine, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20/2 (2018): (ss. 1-31).
- Antalya, O. Gökhan ve Faruk Acar. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C V/1, 4, (ed. O. Gökhan Antalya), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2025.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2025.
- Arıkan, Gökçe. “Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi ile Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25/2 (2021): (ss. 129-164).
- Arslan Azaklı, Betül. *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2025.
- Aslan Akyol, Leyla. *Arabuluculuk Son Tutanağı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2025.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2025.
- Badur, Emel. “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 18 (2021): (ss. 49-87).
- Baş, Seda. “6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13/1 (2022): (ss. 176-189).
- Boran Güneysu, Nilüfer. *Medeni Usul Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet Yayınları, 2014.
- Börü, Levent ve Şeyda Parlak Börü. *Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2025.
- Doğan, Sevil ve Alper Yılmaz. “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Geçersizliğine Yol Açan Sebeplerin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”. Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29/4 (2025): (ss. 1877-1926).
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınevi, 2025.
- Erdoğan, Canan ve H. Hilal Tiritioğlu Ersoy. “İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin Hukuki Niteliğine Dair Değerlendirme”. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/1 (2022): (ss. 51-90).
- Erdoğan, Ersin ve Büşra Cömert. “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”. Terazi Hukuk Dergisi, 13/138 (2018): (ss. 27-47).
- Eren, Fikret ve İpek Yücer Aktürk. *Borçlar Hukuk Özel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınları, 2025.

- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınları, 2025.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoglu. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2025.
- Gülerci, Altan Fahri. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Güngördü, İlknur. *Arabuluculuk Mevzuatı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Hızır Asrav, Fatma. *Sulh Sözleşmesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Karaca Öz, Ayşe. “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/2 (2023): (ss. 1406-1428).
- Karauz, Agah Kürşat, “Sulh Sözleşmesi”. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2011): (ss. 169-204).
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Arabuluculuk Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2025.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2025.
- Kılınç, Ayşe. “Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi”. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77/2 (2019): (ss. 503-521).
- Kıyak, Emre. “Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 21 (2015): (ss. 523-548).
- Kurt Konca, Nesibe ve Emel Badur. “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi”. *TAAD*, 56 (2023): (ss. 539-568).
- Küçükkaya, Hande Gül. *Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Metin, Uğur Can, “Maddi Hukuk Anlamında Sulh Sözleşmesi”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1 (2016): (ss. 291-307).
- Mıdık, Barış. *Medeni Usul Hukukunda Sulh ve Sulh Benzeri Müesseseler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Mutlay, Faruk Barış. “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”. *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, (ed. Tankut Centel), İstanbul: On İki Levha Yayınları, (2018): (ss. 23-173).
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2024.
- Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1972.
- Özbay, İbrahim. “Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/3-4, (2004): (ss. 387-471).
- Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Özbek, Mustafa Serdar. “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/2 (2017): (ss. 69-85), (Yetkili Mahkeme).
- Özkan Sungurtekin, Meral. “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, 1/2, MİHDER, (2005): (ss. 353-369).

- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2025.
- Sarısözen, M. Serhat. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (15/1-2), (2011): (ss. 255-271).
- Şengül, Mustafa. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2025.
- Tanrıver, Süha. *Makalelerim II (2006-2010)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2025.
- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1 (2019): (ss. 333-329).
- Topak, Süleyman. “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali Talebinin Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”. *İbn Haldun Çalışmaları Dergisi*, (Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Özel Sayısı) 10 (2025): (ss. 111-125).
- Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2025.
- Yazıcı, Uğur. *Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Suçu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2024.
- Yılmaz, Süleyman. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2025.
- Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2024.

