

Av. Şahap Demirer'in anısına...



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Ulusal Süreli Yayın

Nisan 2025 Tüm Hakları Saklıdır. ISSN 1305-7731

Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir.

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

Sahibi Eskişehir Barosu Adına

Av. Barış GÜNAYDIN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Ecir AYAŞ

Sayı Editörleri

Av. Almila KEPENEK Av. Burcu HEPGÜVEN

Av. Emre Can YÜREKLİ Av. Fatma ATAMAN

Av. Gubse ÖZDEMİR KOÇAR Av. Kerim Görkem GÖKKAYA

Av. Neslihan KAYA Av. Nihal KARA

Av. Merve Hilal YILDIRIM ÇIRKAN Av. Öykü Nur KOYUNCU

Av. Recep Mete AYTEKİN Av. Serdar TÜZÜN

Av. Samet SARIKAYA

Mizanpaj & Kapak Tasarımı

Av. Samet SARIKAYA

Eskişehir Barosu Dergisi Danışma Kurulu

Prof. Dr. Ahmet KARAKOCALI

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Berrin AKBULUT

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Elif UZUN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Esra YAKUT

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selman KARAKUL

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Bülent YÜCEL

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Duygu ÖZER SARITAŞ

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk fakültesi

Doç. Dr. Koray DOĞAN

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Pelin KARAASLAN

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Reşit KARAASLAN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN KARAKUL

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aziz Erman BAYRAM

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Burcu İRGE ERDOĞAN

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Hatice Derya ORMANOĞLU

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Ozan Ercan TAŞKIN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Özge ÖZSOY

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Eskişehir Barosu Yayınları Koordinatörü

Av. Samet SARIKAYA

Eskişehir Barosu Yayınları Koordinatör Yardımcıları

Av. Dr. Deniz AKTAŞ

Av. Bedirhan ACARTÜRK

Av. Nihal KARA

Eskişehir Barosu Yayınları Yayın Kurulu Üyeleri

Av. Dr. Ali ÖNAL

Av. Dr. Deniz AKTAŞ

Av. Ahmet Alpaslan ÇANKAYA

Av. Almila KEPENEK

Av. Aslıhan ÇAKMAKER

Av. Bedirhan ACARTÜRK

Av. Beyza Nur KARAÇAM

Av. Beyza YILMAZ

Av. Burcu CANTÜRK

Av. Burcu HEPGÜVEN

Av. Ceren ATMACA

Av. Ebru ÖZKAN

Av. Ece DANACI

Av. Ege Tuğberk BIYIK

Av. Elif UÇAR

Av. Emre Can YÜREKLİ

Av. Esra ASLAN

Av. Ezgi GÖCEN

Av. Fatma ATAMAN
Av. Gaye ARSLAN
Av. Gizem ANAMURLUOĞLU
Av. Gubse ÖZDEMİR KOÇAR
Av. Işıl Gülce GAZİOĞLU
Av. Kerim Görkem GÖKKAYA
Av. Mehmet Ali ATA
Av. Mekin DURCEYLAN
Av. Merve Hilal YILDIRIM ÇIRKAN
Av. Murat KANDIR
Av. Mürsel Mert AKKUYU
Av. Neslihan KAYA
Av. Nihal KARA
Av. Ömer AYTAÇ
Av. Öykü Nur KOYUNCU
Av. Recep Mete AYTEKİN
Av. Samet SARIKAYA
Av. Seda SARI
Av. Selin Besen ÖZAY
Av. Serdar TÜZÜN
Av. Şahap ARPACI
Av. Vera SEVİMLİ
Av. Zeynep AYKIN
Av. Zeynep ÖZÇAMUR
Av. Zeynep ÜRE

Eskişehir Barosu Dergisi Editör Kurulu

Av. Dr. Ali ÖNAL

Av. Almila KEPENEK

Av. Burcu HEPGÜVEN

Av. Elif UÇAR

Av. Emre Can YÜREKLİ

Av. Fatma ATAMAN

Av. Gaye ARSLAN

Av. Gubse ÖZDEMİR KOÇAR

Av. Kerim Gökem GÖKKAYA

Av. Merve Hilal YILDIRIM ÇIRKAN

Av. Neriman ERSİN

Av. Öykü Nur KOYUNCU

Av. Recep Mete AYTEKİN

Av. Samet SARIKAYA

Av. Serdar TÜZÜN

Av. Zeynep ÜRE

İÇİNDEKİLER

Başkandan/ Avukatlık Mesleğinin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi.....	XI
--	----

Av. Barış Günaydın

Eskişehir Barosu Özel Dosyası

Eskişehir Barosunun Kuruluş Tarihinin Tespiti.....	1
--	---

Av. Samet Sarıkaya

Eskişehir Barosu Geçmiş Dönem Başkanları.....	11
---	----

Av. Elif Uçar

Hakemli Makaleler

Yargıtay Kararları Işığında, Malvarlığına Karşı Suçlarda, Zararın Kısmen Giderilmesi Durumunda Etkin Pişmanlık.....	19
---	----

Elif Dağ

Evlenen Kadının Kıdem Tazminatı Hakkı Üzerine Yeniden Düşünmek.....	63
---	----

Dr. Esra ÖZEN

Ayıplı Mal Tesliminde Seçimlik Haklar Ve Misliyle Değişim Hakkının Kullanılması.....	88
--	----

Av. Muhammed Emin BULUT

Tıbbi Müdahalelerde Küçüklerin Rızası.....	126
--	-----

Av. Gaye ARSLAN

Yargılamanın İadesi Sebepleri.....	162
------------------------------------	-----

Av. Ahmet SEYHAN

İnançlı İşlemler.....	190
-----------------------	-----

Av. Fadime TOPÇU EKİNCİ

Makaleler

İki Soru İki Cevap.....	221
-------------------------	-----

Av. Talih UYAR

Güncel Gelişmelerle Amatör Denizcilik Belgesi.....	229
--	-----

Av. Fatih Emre CANSU



Değerli Meslektaşlarım,

Kıymetli Okuyucular,

Şu an elinizde bulunan bu dergi, ortak değerlerimizi, mücadelelerimizi ve geleceğe dair umutlarımızı yansıtan bir mesleki hafıza kaydı aynı zamanda. Her satırında emek, her sayfasında dayanışma bulunan bu yayının hazırlanmasında katkı sunan başta Eskişehir Barosu Yayınları Koordinatörü Av. Samet Sarıkaya olmak üzere tüm yayın kurulumuza, editörlerimize ve meslektaşlarımıza, yazarlarımıza ve emeği geçen herkese içten teşekkürlerimizi sunuyorum.

Baroların yayın organları; düşünce üretmenin, bilgi paylaşımının ve mesleki bilincin güçlendirilmesinin vazgeçilmez araçlarıdır. Bu yayınlar, mesleğin sadece bugünüyle değil, yarınıyla da ilgilenmemizi sağlar. Dergimiz de bu bilinçle, hem hukuki gelişmeleri takip etmek hem de meslektaşlarımızın kaleminden yaşadığımız çağa dair izler bırakmak amacıyla hazırlanmıştır.

Bu sayıda özellikle dikkatinize sunmak isteğim bir konu daha var. **Avukatlık Mesleğinin Korunmasına Yönelik Avrupa Konseyi Sözleşmesi**, mesleğimiz adına tarihi bir adımdır. 11-12 Mart 2025 tarihlerinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen bu sözleşme; avukatların bağımsızlığını, güvenliğini ve mesleki faaliyetlerini tehdit eden durumlara karşı uluslararası düzeyde hukuki koruma sağlamayı hedeflemektedir. Söz konusu metin, sadece bireysel haklarımızı değil, savunma hakkının teminatı olan avukatlık mesleğini topyekûn korumaya yönelik bir kazanımdır. Metnin İngilizce ve Türkçe çevirisini de dergimizde yer verdik. Bu bağlamda, sözleşmenin ülkemizde de hukuk devleti ilkesine uygun şekilde kabul edilmesi ve iç hukukun parçası haline gelmesini temenni ediyoruz.

Biz biliyoruz ki Savunmanın sesi susarsa, adaletin terazisi dengesini kaybeder. Bu bilinçle, savunmayı savunmaya her zaman devam edeceğiz.

Sevgi, saygı ve mesleki dayanışma ile,

Av. Barış Günaydın

Eskişehir Barosu Başkanı

Avukatlık Mesleğinin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ¹

BAKAN VEKİLLERİ

CM Belgeleri

CM(2024)191-
add1final

12 Mart 2025

1522. toplantı, 11 ve 12 Mart 2025

10 Hukuki sorular

10.1 Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesi (CDCJ)

Avukatlık Mesleğinin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi

Giriş

Avrupa Konseyi üyesi Devletler ve bu Sözleşme'nin diğer imzacıları,

Avrupa Konseyi'nin amacının üyeleri arasında daha fazla birlik sağlamak olduğunu göz önünde bulundurarak;

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'yi (ETS No. 5, 1950) ve Protokolleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını hatırlatarak;

Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahına ilişkin Sekizinci Birleşmiş Milletler Kongresi (Havana, Küba, 27 Ağustos-7 Eylül 1990) tarafından kabul edilen Avukatların Rolüne ilişkin Temel İlkeler'i dikkate alarak;

Bakanlar Komitesinin avukatlık mesleğini icra etme özgürlüğüne ilişkin üye devletlere yönelik Rec(2000)21 sayılı Tavsiye Kararı'nı dikkate alarak;

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi tarafından 16 Temmuz 2020 tarihinde kabul edilen yargı organlarının, üyelerinin ve uzmanlarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile avukatların bağımsızlığına ilişkin 44/9 sayılı Kararı dikkate alarak;

Avukatların ve meslek kuruluşlarının hukukun üstünlüğünün desteklenmesi, adalete erişimin

¹ İşbu metin resmi tercüme olmayıp yalnızca bilgilendirme amacı ile Türkiye Barolar Birliği Uluslararası İlişkiler ve AB Merkezi tarafından hazırlanmıştır.

güvence altına alınması ve insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasında oynadıkları temel rolün altını çizerek;

Avukatların mesleki faaliyetleri nedeniyle giderek daha fazla saldırı, tehdit, taciz ve gözdağına maruz kalmalarının yanı sıra meşru mesleki faaliyetlerini yerine getirirken uygunsuz engelleme veya müdahaleye maruz kalmalarını ciddi bir endişeyle kaydederek;

Bu tür saldırı, tehdit, taciz, gözdağı ve uygunsuz engelleme veya müdahaleleri kınayarak;

Avukatlık mesleğinin Avrupa Konseyi üyesi Devletlerde ve bu Sözleşme'yi imzalayan diğer Devletlerde mesleki olarak farklı şekillerde örgütlenebileceğini göz önünde bulundurarak;

Avukatlık mesleğini icra etme özgürlüğünü sağlamak için uluslararası hukuki çerçeveyi güçlendiren ihtiyacını göz önünde bulundurarak,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

Bölüm I - Amaç, Kapsam ve Tanımlar

Madde 1 – Sözleşme'nin Amacı

1. Bu Sözleşme'nin amacı, avukatlık mesleğinin ve bu mesleği bağımsız olarak, ayrımcılığa, uygunsuz engelleme ve müdahaleye yahut saldırı, tehdit, taciz veya gözdağına maruz kalmadan icra etme hakkının korunmasını güçlendirmektir.

2. Bu Sözleşme, hükümlerinin Taraflarca etkili bir şekilde uygulanmasını temin etmek amacıyla özel bir mekanizma oluşturur.

Madde 2 - Kapsam

1. Bu Sözleşme, avukatların ve meslek kuruluşlarının mesleki faaliyetlerini kapsar.

2. Bu Sözleşme'nin 5 ilâ 9'uncu maddelerinde yer alan hükümler, kendi özel durumlarıyla ilgili olduğu ölçüde, Taraf'taki unvanları uyarınca hukuki danışmanlık, yardım veya temsil sağlayan;

a. Bu Sözleşme'nin 20'nci maddesinin birinci paragrafı uyarınca diğer bir Tarafça yapılan bir beyanın kapsamında yer alan, veya

b. Belirtilen faaliyetleri, söz konusu Taraf'ın kanunları, Avrupa Birliği hukuku veya uluslararası anlaşmalar uyarınca yapan avukatlara uygulanır.

3. Bu Sözleşme'nin 6'ncı (avukatların mesleki hakları), 7'nci (ifade özgürlüğü) maddeleri ile 9'uncu (koruyucu tedbirler) maddesinin dördüncü paragrafında yer alan hükümler aşağıdaki kişilere de

uygulanır:

a. Bu Sözleşme'nin 5'inci ve 8'inci maddelerine aykırı olarak, avukatlık unvanı veya ruhsatı reddedilen ya da iptal edilen veya askıya alınan kişiler;

b. İlgili işlerde danışmanlık yapmaları veya rol almaları durumunda, uluslararası bir mahkeme veya yargı mercii yahut uluslararası bir örgüt tarafından kurulmuş bir organ tarafından, bunların nezdindeki davalarda rol almaya yetkili kılınan kişiler.

4. Bu Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin üçüncü paragrafının b ve c bentleri ile 9'uncu maddesinin dördüncü paragrafında yer alan hükümler, avukatların mesleki faaliyetlerinin yerine getirilmesine doğrudan katkıda bulundukları ölçüde, avukatlar tarafından kendilerine yardımcı olmak üzere istihdam edilen veya görevlendirilen kişilere de uygulanır.

5. Bu Sözleşme'nin 9'uncu maddesinin dördüncü paragrafında yer alan hükümler, meslek kuruluşlarının mesleki faaliyetlerinin kendileri tarafından yürütülmesi söz konusu olduğu ölçüde, bu kuruluşlara yardımcı olmak üzere istihdam edilen veya görevlendirilen kişilere de uygulanır.

Madde 3 - Tanımlar

Bu Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda:

a. "Avukat", ulusal hukuka göre avukatlık mesleğini icra etmeye ehil ve yetkili olan herhangi bir gerçek kişi anlamına gelir;

b. "Müvekkil", bir avukat tarafından danışan verilen, yardım veya temsil edilen herhangi bir gerçek veya tüzel kişi anlamına gelir;

c. "Müvekkil adayı", doğrudan veya dolaylı olarak, ilgili avukattan danışan veya yardım almak yahut avukat tarafından temsil edilmek isteyen herhangi bir gerçek veya tüzel kişi anlamına gelir;

d. "Meslek kuruluşu", avukatların bir kısmının ya da tamamının doğrudan veya dolaylı olarak üye veya kayıtlı olduğu ve ulusal hukuk uyarınca mesleği teşkilatlandırmak veya düzenlemek üzere bazı sorumlulukları olan temsili kuruluş anlamına gelir;

e. "Avukatların mesleki faaliyetleri", hem yerleşik oldukları Taraflarda hem de uluslararası bir mahkemenin veya yargı merciinin yahut uluslararası bir örgüt tarafından kurulan bir organın yargılamaları ve çalışmalarıyla bağlantılı olanlar da dahil olmak üzere, bir müvekkil veya müvekkil adayı için, ulusal, yabancı veya uluslararası hukukun yorumlanması veya uygulanmasıyla bağlantılı olarak tavsiye, yardım ya da temsilin hazırlanması ya da sunulmasına yönelik her türlü eylem anlamına gelir;

f. "Meslek kuruluşlarının mesleki faaliyetleri" bu Sözleşme'nin 4'üncü maddesinin ikinci paragrafı kapsamına giren her türlü faaliyet anlamına gelir;

g. “Kamu makamları” aşağıdaki anlamlara gelir:

- i. ulusal, bölgesel ve yerel düzeylerde hükümet ve idare;
- ii. ulusal hukuka göre idari işlevleri yerine getirdikleri ölçüde yasama organları ve yargı makamları;

iii. idari yetki kullandıkları ölçüde gerçek veya tüzel kişiler;

h. “Kanunla öngörülmüş” ve “demokratik bir toplumda gerekli” ifadeleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yorumlandığı şekliyle İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme anlamında anlaşılır.

Bölüm II - Maddi hükümler

Madde 4 - Meslek Kuruluşları

1. Taraflar, ulusal düzeydeki hukuki ve düzenleyici çerçevenin meslek kuruluşlarının bağımsız ve kendi kendini yöneten kuruluşlar olduğunu güvence altına almasını temin eder. Meslek kuruluşlarının yürütme organlarının seçimleri, yürürlükteki kurallara uygun olarak ve dış müdahale olmaksızın gerçekleştirilir.

2. Taraflar, meslek kuruluşlarının aşağıdakileri yapabilmesini temin eder:

- a. Avukatların ve mesleğin çıkarlarını teşvik ve temsil etmek;
- b. Avukatların bağımsızlığını ve toplumsal rollerini geliştirmek ve savunmak;
- c. Bu Sözleşme’ye uygun olarak mesleki davranış standartlarını hazırlamak ve bunlara uyulmasını sağlamak;
- d. Mesleğe erişimi ve avukatların sürekli eğitim ve öğretimini desteklemek;
- e. Avukatların rolünün geliştirilmesi ve korunması da dahil olmak üzere, hukuki meselelerde ve hukuk uygulamasında avukatlarla, diğer meslek kuruluşlarıyla ve uluslararası, hükümetler arası veya hükümet dışı kuruluşlarla iş birliği yapmak; ve
- f. Avukatların refahını güçlendirmek ve gerektiğinde onlara ve ailelerine yardımda bulunmak.

3. Taraflar, avukatların mesleki faaliyetlerini ve mesleğin düzenlenmesini doğrudan etkileyen mevzuatta, usuli veya idari kurallardaki her türlü değişikliklerle ilgili hükümet teklifleri hakkında meslek kuruluşlarına zamanında ve etkili bir şekilde danışılmasını temin eder.

4. Taraflar, bir meslek kuruluşuna üye olma zorunluluğunun, avukatların mesleki çıkarlarını ve faaliyetlerini geliştirmek için başka birlikler kurnalarına ve bu birliklerde yer almalarına engel

olmamasını temin eder.

Madde 5 – Mesleği İcra Ehliyeti

1. Taraflar, avukatlık mesleğine kabulün, ehliyetin sürekliliğinin ve yeniden kabulün kanunla öngörülmesini ve:

- a. Adil şekilde uygulanan objektif, uygun ve şeffaf kriterlere dayanmasını; ve
- b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı tarafından yasaklanan herhangi bir temelde ayrımcılığa tabi tutulmamasını temin eder.

2. Taraflar, avukatlık mesleğine kabul, ehliyetin sürekliliği ve mesleğe yeniden kabul ile ilgili kararların bir meslek kuruluşu veya başka bir bağımsız organ tarafından alınmasını ve bu kararlara karşı kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme veya yargı mercii önünde itiraz edilebilmesini temin eder.

Madde 6 - Avukatların Mesleki Hakları

1. Taraflar, avukatların aşağıdakileri yapabiliyor olmalarını temin eder:

- a. İnsan hakları ve temel özgürlüklerin savunulması amacı da dahil olmak üzere hukuki tavsiye, yardım ve temsil sunmak ve sağlamak;
- b. Herhangi bir gerçek veya tüzel kişiyi müvekkilleri olarak kabul veya reddetmek ve avukat-müvekkil ilişkisini sona erdirmek;
- c. Özgürlüklerinden mahrum bırakılmış olsalar dahi, müvekkillerine ve müvekkil adaylarına hızlı ve etkili bir şekilde erişebilmek;
- d. Müvekkillerine tavsiyede bulunmaya, yardımcı olmaya veya onları temsil etmeye yetkili kişiler olarak kabul edilmek;
- e. Müvekkillerine vekalet ederken yetkili kamu makamlarının, mahkemelerin ve yargı mercilerinin elinde veya kontrolünde bulunan ilgili materyallere gereksiz gecikme ve kısıtlamalar olmaksızın etkili bir şekilde erişebilmek;
- f. Huzuruna çıkmaya yetkili oldukları bir mahkeme, yargı mercii veya benzeri bir organa etkili bir şekilde erişebilmek ve bunlarla iletişim kurabilmek;
- g. Somut bir davada karar vermek üzere görev yapan hâkin, savcı veya organ üyesinin reddi ve yargılananın yürütülmesine ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, müvekkilleri adına başvuru yapabilmek veya dilekçe sunabilmek;
- h. Müvekkillerine vekalet ettikleri tüm yargılamalara etkin bir şekilde katılmak;

i. Hizmetleri hakkında kamuoyunu bilgilendirmek.

2. Taraflar, avukatların müvekkilleri adına tüm işlemlerin yürütülmesi sırasında iyi niyetle ve özenle yaptıkları sözlü ve yazılı beyanlardan dolayı hukuki veya cezai sorumluluğa maruz bırakılmamalarını temin eder.

3. Taraflar, avukatlar için şunları temin eder:

a. Müvekkilleriyle veya müvekkil adaylarıyla yüz yüze görüşürken baş başa kalarak hukuki tavsiyelerde bulunabilmek,

b. Müvekkilleri veya müvekkil adaylarıyla her ne şekilde ve her ne yolla olursa olsun mahremiyet içinde iletişim kurabilmek,

c. Müvekkillerinden veya müvekkil adaylarından doğrudan veya dolaylı olarak aldıkları herhangi bir bilgi veya materyali, onlarla yaptıkları görüşmeleri ve bu görüşmelerle veya onlar adına hukuki işlemlerin yürütülmesiyle bağlantılı olarak hazırlanan herhangi bir materyali açıklamak, teslim etmek ya da bunlarla ilgili kanıt sunak zorunda kalmamak.

4. Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü paragraflarında belirtilen hakların kullanılmasına, kanunla öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında hiçbir kısıtlama getirilmez. Bu tür kısıtlamalar, hukuki tavsiye, yardım ve temsil herkes için ulaşılabilir olmasını sağlamaya yönelik gereklilikleri içerebilir, ancak bunlarla sınırlı değildir.

5. Taraflar, avukatların müvekkilleriyle veya müvekkillerinin davalarıyla özdeşleştirilmeleri nedeniyle olumsuz sonuçlara maruz kalmamalarını temin eder. Bu madde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ve iç hukuk tarafından korunan ifade özgürlüğüne hâlel gelmeksizin uygulanır.

Madde 7 - İfade Özgürlüğü

1. Taraflar, avukatların müvekkillerinin davalarıyla ilgili konularda kamuoyunu bilgilendirme hakkını, yalnızca kanunla öngörülen ve mesleki sorumluluklardan, adaletin işleyişinin gereklerinden ve özel hayata saygıdan kaynaklanan ve demokratik bir toplumda gerekli olan kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla temin eder.

2. Taraflar, bireysel veya kolektif olarak avukatların ve meslek kuruluşlarının hukukun üstünlüğünü ve buna bağlılığı teşvik etme; yürürlükte bulunan veya teklif edilen düzenlemeleri ve yargı kararlarının esası, yorumlanması ve uygulanması ile adaletin idaresi ve adalete erişimin, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması hakkındaki kamusal tartışmalara katılma; ve bu konularla ilgili reform önerilerinde bulunma haklarını temin eder.

Madde 8 - Disiplin

1. Taraflar, avukatlara disiplin cezası verilmesine ilişkin sebeplerin, yalnızca kanunla öngörülen ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerle tutarlı olan mesleki davranış standartlarına dayanmasını temin eder.

2. Taraflar, avukatlar aleyhindeki disiplin kovuşturmalarının,

a. Şu makamlardan birinin önüne getirilmesini;

- i. bir meslek kuruluşu tarafından kurulan bağımsız ve tarafsız bir disiplin komitesi,
- ii. bağımsız ve tarafsız bir makam veya
- iii. kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme veya yargı mercii;

b. Hızlı bir şekilde işleme konulmasını;

c. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 6'ncı maddesi uyarınca adil yargılanma gerekliliklerine uygun olarak ve kendi seçtikleri bir avukat tarafından tavsiye ya da yardım alma veya temsil edilme hakkına sahip olarak sürdürülmesini;

d. Kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme veya yargı mercii önünde itiraza tâbi olmasını temin eder.

3. Taraflar, avukatlara uygulanan disiplin yaptırımlarının kanunilik, ayrımcılık yapmama ve orantılılık ilkelerine uygun olmasını temin eder. Mesleği icra hakkına ilişkin herhangi bir yasak, yalnızca mesleki standartların en ciddi ihlalleri için uygulanmalıdır.

Madde 9 - Koruyucu Tedbirler

1. Taraflar, kanunla öngörülen ve demokratik bir toplumda suçun önlenmesi, soruşturulması veya kovuşturulması yahut başkalarının haklarının korunması için gerekli olan kısıtlamalara tabi olmak kaydıyla, avukatların;

a. Özgürlüklerinden mahrum bırakılmaları durumunda kendi seçtikleri bir avukata erişebilmelerini,

b. Meslek kuruluşlarının bir temsilcisini, özgürlüklerinden mahrum bırakılmaları, bunun yasal dayanağı ve tutuldukları yer hakkında gereksiz gecikme olmaksızın bilgilendirebilmelerini;

c. Aşağıdaki durumlarda bağımsız bir avukatın veya meslek kuruluşu temsilcinin hazır bulunmasını:

- i. hukuki, cezai veya idari bir soruşturma veya sürecin parçası olarak kendilerinin veya mesleki faaliyetleri için kullandıkları herhangi bir bina, araç veya

cihazın aranması; veya

ii. mesleki faaliyetleri için kullandıkları belgelere, diğer verilere ve her türlü ekipmana el konulması veya kopyalanması;

belge veya verilerin arama veya el koyma işlemini gerçekleştirenler tarafından incelenmeyeceği durumlar hariç olmak üzere;

d. Özgürlüklerinden mahrum bırakıldıklarında ve aramalara veya belgelere el konulmasına veya kopyalanmasına tâbi tutulmadan önce bu paragrafın a, b ve c bentlerindeki hakları konusunda bilgilendirilmelerini temin eder.

2. Taraflar, mesleğin gözetim ve denetimi uyarınca incelemeler veya diğer tedbirler uygulanırken uygun güvencelerin varlığını ve bunlara uyulmasını temin eder.

3. Taraflar, meslek kuruluşlarının, kanunla öngörülen ve demokratik bir toplumda suçun önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması veya başkalarının haklarının korunması için gerekli olan kısıtlamalara tâbi olarak, aşağıdakiler de dahil olmak üzere, bu Sözleşme’de belirtilen hakları koruyabilmelerini temin eder:

a. İlgili avukatların talep etmesi halinde, temsilcileri aracılığıyla, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin avukatlarına fiilen erişebilmek,

b. Kolluk kuvvetlerinin haberdar olduğu, avukatların mesleki faaliyetleri nedeniyle saldırıya uğradığını veya öldürüldüğünü düşünmek için gerekçelerin bulunduğu ve bu olayların başka bir şekilde kamuoyuna duyurulmadığı ve avukatların kendilerini bilgilendirecek durumda olmadıkları durumlarda, bu durumlar hakkında gereksiz gecikme olmaksızın bilgilendirilmek,

c. Mesleki faaliyetleri nedeniyle olduğunu düşünmek için gerekçelerin bulunduğu durumlarda, avukatlara karşı açılan davalarda duruşmalara katılma imkanına sahip olmak.

4. Taraflar,

a. Avukatların ve meslek kuruluşlarının mesleki faaliyetlerini yürütebilmelerini ve bu Sözleşme’nin 7’nci maddesi kapsamındaki haklarını aşağıdaki durumların hedefi olmaksızın kullanabilmelerini temin eder:

- i. her türlü fiziksel saldırı, tehdit, taciz veya gözdağı; veya
- ii. herhangi bir uygunsuz engelleme veya müdahale.

b. Bu paragrafın a bendinde belirtilen davranışlarda bulunmaktan kaçınır; ve

c. Bu fıkranın a bendinde belirtilen davranışların suç teşkil edebileceğini düşünmek için bir gerekçe varsa, bu davranışların ortaya çıkmasıyla ilgili etkili bir soruşturma yürütür.

5. Taraflar, meslek kuruluşlarının bağımsızlığını ve kendi kendini yönetme niteliğini zayıflatacak herhangi bir tedbir almaktan veya herhangi bir uygulamayı desteklemekten kaçınır.

Bölüm III - İzleme Mekanizması

Madde 10 - Avukatlık Mesleğinin Korunmasına İlişkin Uzmanlar Grubu

1. Tarafların bu Sözleşme'yi tatbiki Avukatlık Mesleğinin Korunması Uzmanlar Grubu (bundan böyle GRAVO - *Group of Experts on the Protection of the Profession of Lawyer* - olarak anılacaktır) tarafından izlenir.

2. GRAVO en az sekiz ve en fazla on iki üyeden oluşur. Üyeleri, bu Sözleşme'nin 11'inci maddesi ile kurulan Taraflar Komitesi tarafından, Taraflarca kendi yurttaşları arasından gösterilen adaylar esas alınarak dört yıllık bir görev süresi için, bir kez yenilenebilecek şekilde seçilir.

3. Sekiz üyenin ilk seçimi bu Sözleşme'nin yürürlüğe girmesini takip eden bir yıl içinde yapılır. İlave dört üyenin seçimi, Sözleşme'nin yirmi beşinci Taraf tarafından onaylanmasını veya katılımını takiben yapılır.

4. GRAVO üyelerinin seçimi aşağıdaki ilkelere dayanır:

- a. Üyeler, yüksek ahlaki karaktere sahip ve bu Sözleşme kapsamındaki alanlarda mesleki deneyim sahibi kişiler arasından şeffaf bir usule göre seçilir;
- b. GRAVO'nun herhangi iki üyesi aynı Devletin vatandaşı olamaz;
- c. Üyeler farklı hukuk sistemlerini temsil eder;
- d. GRAVO'nun oluşumunda cinsiyet ve coğrafi denge sağlanır;
- e. Üyeler bireysel sıfatlarıyla görev yaparlar; görevlerini yerine getirirken bağımsız ve tarafsız davranmaya ve görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmeye hazır bulunurlar.

5. GRAVO üyelerinin seçim usulü, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından, Taraflara danışıldıktan ve oybirliğiyle rızaları alındıktan sonra, bu Sözleşme'nin yürürlüğe girmesini takip eden altı aylık bir süre içinde belirlenir.

6. GRAVO kendi usul kurallarını kabul eder.

7. GRAVO üyeleri ve bu Sözleşme'nin 12'nci maddesinde belirtilen ülke ziyaretlerini gerçekleştiren heyetlerin diğer üyeleri, bu Sözleşme'nin ekinde belirtilen ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanırlar.

Madde 11 – Taraflar Komitesi

1. Taraflar Komitesi bu Sözleşme'nin Taraflarının temsilcilerinden oluşur ve Taraflar Komitesinin oluşumunda cinsiyet dengesi sağlanmaya çalışılır.
2. Taraflar Komitesi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından toplanır. İlk toplantısı bu Sözleşme'nin yürürlüğe girmesini izleyen bir yıl içinde yapılır. Daha sonra Tarafların üçte birinin, Taraflar Komitesi Başkanı'nın veya Genel Sekreterin talebi üzerine toplanır.
3. Taraflar Komitesi kendi usul kurallarını kabul eder.

Madde 12 - Usul

1. Değerlendirme usulleri turlara ayrılır. Tarafların uygulamalarının değerlendirilmesi usulüne temel teşkil edebilecek anketler gibi bu usulün yürütülebileceği kapsamı ve uygun araçları GRAVO tanımlar.
2. GRAVO, ilgili Taraf'tan Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin bilgi alır. Ayrıca, hükümet dışı kuruluş ve sivil toplumdan, meslek kuruluşlarından ve insan haklarının korunmasına yönelik ulusal kurumlardan da Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin bilgi alabilir. GRAVO ayrıca, bu Sözleşme'nin kapsamına giren alanlarda, diğer Avrupa Konseyi belgeleri ve organlarının yanı sıra diğer bölgesel ve uluslararası örgütlerden elde edilen bilgileri de dikkate alır.
3. GRAVO, ulusal makamlarla iş birliği içinde ve gerektiğinde bağımsız ulusal uzmanların yardımıyla, elde edilen bilgilerin yetersiz olması ve güvenilir bilgi elde etmenin başka uygun yollarının bulunmaması halinde veya bu Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin ikinci paragrafında öngörülen durumlarda ülke ziyaretleri düzenleyebilir. Ziyaretler ikincil niteliktedir ve GRAVO'nun bilginin yetersiz olduğuna karar verdiği alanlarla ve bu Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin ikinci paragrafında belirtilen durumlarla sınırlıdır.
4. Ziyaretler GRAVO heyeti tarafından gerçekleştirilir. Ziyaretler sırasında heyete belirli alanlardaki uzmanlar yardımcı olabilir. Ziyaretler sırasında heyet:

- i. İlgili iç hukuk alanında seyahat özgürlüğünden yararlanmalıdır;
- ii. Devlet yetkilileriyle temas kurabilmelidir;
- iii. Görüşmek istediği kişilerle özel olarak görüşmeleri engellenmemelidir;
- iv. Ülke ziyareti ile ilgili materyallere erişime sahip olmalıdır.

5. GRAVO, değerlendirmenin dayandığı hükümlerin uygulanmasına ilişkin analizinin yanı sıra ilgili Taraf'ın tespit edilen sorunları nasıl ele alabileceğine ilişkin öneri ve tekliflerini içeren bir taslak rapor hazırlar. Taslak rapor, değerlendirmeye tâbi tutulan Taraf'a görüşlerini bildirmesi için iletir. GRAVO, nihai raporu kabul ederken bu yorumları dikkate alır.

6. GRAVO, alınan tüm bilgilere ve ilgili Taraf'ın yorumlarına dayanarak, Taraf'ın bu Sözleşme hükümlerini uygulamak için aldığı tedbirlere ilişkin raporunu ve sonuçlarını kabul eder. Bu rapor ve sonuçlar ilgili Taraf'a ve Taraflar Komitesine gönderilir. GRAVO'nun raporu ve vardığı sonuçlar, ilgili Taraf'ın yorumlarıyla birlikte, kabul edildikten sonra kamuoyuna açıklanır.

7. Taraflar Komitesi, bu maddenin 1 il  6'ncı paragraflarındaki usule hâl gelmeksizin, GRAVO'nun rapor ve sonuçlarına dayanarak, ilgili Taraf'a yönelik aşağıdaki nitelikteki tavsiyeleri kabul edebilir:

- a. Gerekli olması durumunda bunların uygulanmasına ilişkin bir tarih belirlemek suretiyle, GRAVO'nun sonuçlarının uygulanması için alınması gereken tedbirlere ilişkin olanlar ve
- b. Bu Sözleşme'nin düzgün bir şekilde uygulanması için Taraf ile iş birliğini teşvik etmeyi amaçlayanlar.

Madde 13 - Acil Durum Usulü

1. GRAVO, Sözleşme'nin ciddi ihlallerini önlemek veya bunların boyutunu veya sayısını önlemek yahut sınırlandırmak için sorunların acil müdahaleyi gerektirdiğini gösteren güvenilir bilgiler alırsa, ilgili Taraf'tan, bu tür ihlalleri önlemek için alınan tedbirlere ilişkin özel bir raporun ivedilikle sunulmasını talep edebilir.

2. İlgili Tarafça sunulan bilgiler ve mevcut diğer güvenilir bilgiler dikkate alınarak, GRAVO bir veya birden fazla üyesini bir inceleme yapmak ve bulguları GRAVO'ya ivedilikle rapor etmek üzere görevlendirebilir. Gerektiğinde ve ilgili Taraf'ın rızasıyla, bu inceleme Taraf'ın topraklarına yapılacak bir ziyaretini de içerebilir.

3. GRAVO, bu maddenin ikinci paragrafında belirtilen incelemenin bulgularını inceledikten sonra, bu bulguları ilgili Taraf'a ve uygun olduğu durumlarda Taraflar Komitesine, Bakanlar Komitesine ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisine, yorun ve tavsiyeleriyle birlikte iletir. GRAVO'nun raporu ve sonuçları, ilgili Taraf'ın yorumlarıyla birlikte, kabul edildikten sonra kamuoyuna açıklanır.

Madde 14 - Mütalaalar

GRAVO, uygun olduğu durumlarda, bu Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin mütalaaları kabul edebilir.

Madde 15 - Diğer Organlarla İlişki

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi, bu Sözleşme'nin uygulanması hakkında düzenli olarak bilgilendirilir.

Bölüm IV - Diğer Uluslararası Belgelerle İlişki

Madde 16 - Diğer Uluslararası Belgelerle İlişki

1. Bu Sözleşme, Tarafların taraf oldukları veya olacakları, bu Sözleşme kapsamında düzenlenen konulara ilişkin hükümler içeren ve avukatların mesleklerini serbestçe icra etme hakkına daha geniş bir koruna sağlayan diğer uluslararası belgelerden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri etkilemez.

2. Bu Sözleşme'nin Tarafları, Sözleşme'de düzenlenen konulara ilişkin hükümleri tamamlamak, güçlendirmek veya içerdikleri ilkelerin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla birbirleriyle ikili veya çok taraflı anlaşmalar yapabilir.

Bölüm V - Nihai hükümler

Madde 17 - İmza ve Yürürlük

1. Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi üye devletleri, Sözleşme'nin hazırlanmasına katılan üye olmayan Devletler ve Avrupa Birliği'nin imzasına açıktır.

2. Bu Sözleşme, onaylama, kabul veya uygun bulmaya tabidir. Onay, kabul veya uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi edilir.

3. Bu Sözleşme, en az altısı Avrupa Konseyi üye Devletleri olmak üzere, sekiz imzacının önceki paragrafta belirtilen hükümler uyarınca Sözleşme ile bağlı olma iradelerini bildirdikleri tarihten sonraki üç aylık sürenin sona ermesini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girer.

4. Sözleşme ile bağlı olma iradesini daha sonra bildiren herhangi bir imzacı bakımından bu Sözleşme, onay, kabul veya uygun bulma belgesinin tevdi edildiği tarihten sonraki üç aylık sürenin sona ermesini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girer.

Madde 18 - Sözleşmeye Katılım

1. Bu Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinin ardından, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Sözleşme'ye Tarafların görüşünü ve oybirliği ile onaylarını aldıktan sonra, Sözleşme'nin hazırlanmasında yer almamış herhangi bir Avrupa Konseyi üyesi olmayan Devleti, Avrupa Konseyi Statüsü'nün 20.d maddesinde öngörüldüğü üzere çoğunluk kararı ve Bakanlar Komitesi'ne üye olma yetkisine sahip Taraf Devletlerin temsilcilerinin oybirliği ile bu Sözleşme'ye katılmaya davet edebilir.

2. Katılım aşamasındaki herhangi bir Devlet bakımından, Sözleşme, katılım belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi edilmesinden sonra üç aylık sürenin sona erdiği ayın ilk günü yürürlüğe girer.

3. Avrupa Konseyi üyesi olmayan Taraflar, GRAVO ve Taraflar Komitesinin faaliyetlerine, Bakanlar Komitesi tarafından belirlenen usullere göre katkıda bulunur.

Madde 19 – Bölgesel Uygulama

1. Herhangi bir Devlet veya Avrupa Birliği, imza sırasında ya da onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgesini tevdi ederken, bu Sözleşme'nin uygulanacağı bölge ya da bölgeleri belirtebilir.

2. Taraflardan herhangi biri, daha sonraki bir tarihte, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben bir beyan yoluyla, bu Sözleşme'nin uygulanmasını kendi sorumluluğunda olan ya da adına taahhütlerde bulunma yetkisine sahip olduğu başka bir bölgeye genişletebilir. Bu tür bir bölge bakımından, Sözleşme, Genel Sekreter'in bu beyanı aldığı tarihten sonraki üç aylık sürenin sona ermesini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girer.

3. Önceki iki paragraf kapsamında yapılan herhangi bir beyan, belirtilen herhangi bir bölge bakımından, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapılan bir bildirimle geri çekilebilir. Bu geri çekme, Genel Sekreter'in bu bildirimi aldığı tarihten sonraki üç aylık sürenin sona ermesini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girer.

Madde 20 – Beyanlar

1. Bu Sözleşme'nin her bir Taraf Devleti, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgesini tevdi ederken, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben bir beyan yoluyla, 3'üncü maddenin a bendinin amaçları doğrultusunda bu Sözleşme'nin kapsamına giren mesleki unvanları bildirir. Bu beyan daha sonra aynı şekilde değiştirilebilir. Bu beyan ve ilgili değişiklikler, Sözleşme'nin amacını ve sağladığı korumayı zayıflatamaz.

2. Bu Sözleşme'nin her bir Taraf Devleti, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgesini tevdi ederken, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben bir beyan yoluyla, "kamu makamları" tanımına aşağıdaki organlardan bir veya daha fazlasının dahil olduğunu beyan edebilir:

i. Diğer faaliyetleri açısından yasama organları;

ii. Diğer faaliyetleri açısından yargı makamları;

iii. Ulusal hukuka göre kamu işlevlerini yerine getiren ya da kamu fonlarıyla faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişiler.

Bu beyan daha sonra aynı şekilde değiştirilebilir.

Madde 21 – Çekinceler

1. Herhangi bir Devlet veya Avrupa Birliği, imza sırasında ya da onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgesini tevdi ederken, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben bir beyan yoluyla, bu Sözleşme'de yer alan Madde 2 paragraf 3'ün b bendi bakımından 6'ncı Maddede belirtilen hükümleri uygulamama veya yalnızca özel durum ve koşullarda uygulama hakkını saklı tuttuğunu beyan edebilir. Sözleşmenin hükümleri ile ilgili herhangi diğer bir çekince koyulamaz.
2. Taraflardan herhangi biri, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine hitaben yapacağı bir beyanla çekincesini tamamen veya kısmen geri çekebilir. Bu beyan, Genel Sekreter tarafından alındığı tarihten itibaren geçerli olur.

Madde 22 – Sözleşme'de Değişiklik

1. Taraflardan biri tarafından Sözleşme'ye ilişkin sunulan herhangi bir değişiklik önerisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne iletilir ve Genel Sekreter tarafından Avrupa Konseyi üye Devletlerine, hazırlanmasına katılan üye olmayan Devletlere, her bir imzacı Devlete, Taraf Devlete, Avrupa Birliğine ve 18'inci maddenin birinci paragrafı uyarınca Sözleşme'ye katılmaya davet edilen herhangi bir Devlet'e iletilir.
2. Taraflardan biri tarafından teklif edilen herhangi bir değişiklik Taraflar Komitesine iletilir; Taraflar Komitesi ise teklif edilen değişikliğe ilişkin görüşünü Bakanlar Komitesi'ne sunar.
3. Bakanlar Komitesi, önerilen değişikliği ve Taraflar Komitesi'nin görüşünü değerlendirir ve üye olmayan Taraf Devletler ile istişareden sonra bu değişikliği kabul edebilir.
4. Bakanlar Komitesi tarafından bu maddenin üçüncü paragrafı uyarınca kabul edilen herhangi bir değişikliğin metni, kabul edilmek üzere Taraf Devletlere iletilir.
5. Bu maddenin üçüncü paragrafı uyarınca kabul edilen herhangi bir değişiklik, Tarafların tamamının ilgili değişikliği kabul ettiklerini Genel Sekreter'e bildirdikleri tarihten sonraki bir aylık sürenin sona ermesini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girer.

Madde 23 – Sözleşmeden Çekilme

1. Taraflardan herhangi biri, herhangi bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirimde bulunarak bu Sözleşme'den çekilebilir.
2. Çekilme, Genel Sekreter'in bildirimini aldığı tarihten sonraki üç aylık sürenin sona ermesini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girer.

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri; Avrupa Konseyi üye Devletlerine, hazırlanmasına katılan üye olmayan Devletlere, her bir imzacı Devlet'e, Taraf Devlet'e, Avrupa Birliği'ne ve 18'inci madde uyarınca bu Sözleşme'ye katılmaya davet edilen her Devlete aşağıdaki hususları bildirir:

- a. Herhangi bir imza;
- b. Herhangi bir onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgesinin tevdii;
- c. Bu Sözleşme'nin 17 ve 18'inci maddeler uyarınca yürürlüğe giriş tarihi;
- d. 22'nci maddeye uygun olarak kabul edilen herhangi bir değişiklik ve bu değişikliğin yürürlüğe giriş tarihi;
- e. 20'nci maddeye uygun olarak yapılan herhangi bir beyan;
- f. 21'inci maddeye uygun olarak yapılan herhangi bir çekilme veya çekince,
- g. 23'üncü madde hükümleri uyarınca yapılan sözleşmeden çekilme;
- h. Bu Sözleşme'ye ilişkin herhangi diğer bir eylem, bildirim veya iletişim.

Ek - Ayrıcalık ve Dokunulmazlıklar (Madde 10)

1. Bu ek, bu Sözleşme'nin 10'uncu maddesinde bahsedilen GRAVO üyeleri ile ülke ziyareti heyetlerinin diğer üyelerine uygulanır. Bu ekin amaçları doğrultusunda, "ülke ziyareti heyetlerinin diğer üyeleri" ifadesi, bu Sözleşme'nin 12'nci maddesinin üçüncü ve dördüncü paragraflarında belirtilen bağımsız ulusal uzmanlar ve bilirkişiler, Avrupa Konseyi personeli ve GRAVO'ya ülke ziyaretlerinde eşlik eden Avrupa Konseyi tarafından görevlendirilmiş tercümanları kapsar.

2. GRAVO üyeleri ve ülke ziyareti heyetlerinin diğer üyeleri, ülke ziyaretlerinin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, takip işlemleri ve bu görevlerle bağlantılı seyahatler sırasında aşağıdaki ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanır:

- a. Kişisel tutuklama veya gözaltı ve kişisel bagajlarına el konulmasına karşı dokunulmazlık, ayrıca resmî görevleri kapsamında söyledikleri sözler, yazdıkları metinler ve gerçekleştirdikleri tüm eylemlerle ilgili her türlü hukuki sürece karşı dokunulmazlık;
- b. İkamet ettikleri ülkeden çıkış ve dönüşlerinde ve görevlerini ifa ettikleri ülkeye giriş ve çıkışlarında seyahat özgürlüklerine ilişkin her türlü kısıtlamadan muafiyet ve görevlerinin ifası sırasında ziyaret ettikleri ya da geçiş yaptıkları ülkelerde yabancı kayıt prosedürlerinden muafiyet.

3. Görevlerini yerine getirmek amacıyla seyahat eden GRAVO üyeleri ve ülke ziyareti heyetlerinin diğer üyeleri, gümrük ve döviz kontrolü konularında, geçici resmî görevle bulunan

yabancı hükümet temsilcilerine tanınan imkanlardan yararlanır.

4. GRAVO üyeleri ve ülke ziyareti heyetlerinin diğer üyeleri tarafından taşınan, bu Sözleşme'nin uygulanmasının değerlendirilmesine ilişkin belgeler dokunulmazdır. GRAVO'nun resmî yazışmalarına ya da GRAVO üyeleri ve ülke ziyareti heyetlerinin diğer üyelerinin resmî iletişimlerine hiçbir kısıtlama veya sansür uygulanmaz.

5. GRAVO üyeleri ve ülke ziyareti heyetlerinin diğer üyelerine, görevlerini yerine getirirken tan bir ifade özgürlüğü ve tan bağımsızlık sağlanması için, görevlerini yerine getirirken söyledikleri sözler, yazdıkları metinler ve gerçekleştirdikleri tün eylemlerle ilgili hukuki süreç dokunulmazlıkları, bu kişiler artık bu görevlerde bulunmasalar bile devam eder.

6. Bu ekin birinci paragrafında belirtilen kişilere tanınan ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar, bu kişilerin kişisel çıkarları için değil, GRAVO'nun bağımsız görevlerini yerine getirmesi amacıyla sağlanmıştır. Bu ekin birinci paragrafında belirtilen kişilerin dokunulmazlıklarının feragati, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından, Genel Sekreterin bu dokunulmazlıkların adaletin işleyişine engel olacağına ve GRAVO'nun çıkarlarına hanel getirmeksizin kaldırılabilceğine kanaat getirdiği durumlarda yapılır.

Dergimizin bu ve önceki dört sayısında en az Doktor unvanına sahip, Türkiye'nin dört bir yanındaki hukuk fakültelerinde yer alan akademisyenler kör hakemlik usulüne uygun olarak hakemlik yapmışlardır. Bu sayımızdaki iki eser, tarafsız hakemlerce kör hakem usulüne uygun olarak (yazar ve hakem hiçbir aşamada birbirini tanımaz) incelenmiş ve bu doğrultuda yayımlanmaları kabul edilmiştir. Bu sayımızda hakem değerlendirmesinden geçen eserler şunlardır: Yargılamanın İadesi Sebepleri, İnançlı İşlemler, Tıbbi Müdahalelerde Küçüklerin Rızası, Ayıplı Mal Tesliminde Seçimlik Haklar ve Misliyle Değişim Hakkının Kullanılması, Evlenen Kadının Kıdem Tazminatı Hakkı Üzerine Yeniden Düşünmek, Malvarlığına Karşı Suçlarda Yargıtay Kararları Dikkate Alınarak Kısmen Zararın Giderilmesi Durumunda Etkin Pişmanlık. Derginin başlıksal bütünlüğünün bozulmaması adına söz konusu eserlere; Hakemli Makaleler bölümleri altında yer verilmiştir. Diğer eserler ise yazarların talepleri doğrultusunda hakeme gönderilmemiştir.

Eskişehir Barosu Dergisi Editörlüğü

ESKİŞEHİR BAROSU

ÖZEL DOSYASI



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

ESKİŞEHİR BAROSUNUN KURULUŞ TARİHİNİN TESPİTİ

Av. Samet SARIKAYA^{1*2*}

Öz

13 Eylül 2023 - 30 Ocak 2025 tarihleri arasında yürüttüğümüz araştırma kapsamında; Eskişehir Barosu Sicil Defterleri, Eskişehir Barosu Arşivi, Ankara Barosu Sicil Defterleri, Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi, Devlet Arşivleri Başkanlığı Cumhuriyet Arşivi, Eskişehir İl Nüfus Müdürlüğü, Eskişehir Odunpazarı Nüfus Müdürlüğü, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Barolar Birliği Hukuk Müzesi, Eskişehir Adliyesi kurumlarıyla iletişime geçilmiş ve araştırma yapılmıştır. Sonuç olarak Eskişehir Barosunun 1924 yılında kurulduğu, İlk başkanının Osman Cûdî Bey olduğu, ikinci -muhtemelen- başkanının İsmail Hakkı Bey olduğu, Eskişehir Barosu Sicil Defterlerinin 1938 yılından itibaren tutulduğu bulgularına ulaşılmıştır. Çalışmamızda bu bulgular ışığında Eskişehir Barosunun kuruluş tarihinin tespiti sağlanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Eskişehir Barosu, Türkiye Baroları, Baro Tarihi, Avukatlık Tarihi, Türk Hukuk Tarihi.

¹ Avukat, Eskişehir Barosu, Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, av.sametsarikaya@gmail.com. Orcid: 0000-0003-4110-9144.

² Bu çalışmanın her aşamasında sunduğu kıymetli rehberlik ve desteği için Prof. Dr. Esra Yakut'a en içten teşekkürlerimi sunarım. Türkiye'de baro tarihi araştırmalarına yaptığı önemli katkılarla çalışmamıza ilham veren Tugay Aydın'a, Eskişehir Barosunda yürüttüğümüz arşiv araştırmaları esnasında değerli yardımlarını esirgemeyen Arif Kocatorun, Mesut Hancı, Münir Meriç ve Özlem Bayrak başta olmak üzere Eskişehir Barosunun tüm kıymetli personeline teşekkür ederim. Çalışmaya değerli fikirleriyle katkı sağlayan Türkiye Barolar Birliği Hukuk Müzesi Müdürü Havva Alkış'a ve Ankara Barosundaki arşiv çalışmalarında desteklerini esirgemeyen Ankara Barosu Genel Sekreteri Av. Elçin Özge Şimşek Çağlayan'a şükranlarımı sunarım. Ayrıca, çalışmanın hazırlanmasında gösterdiği özveri, katkı ve desteğiyle büyük emeği geçen Av. Vera Sevimli'ye, araştırmaya verdikleri destekleri için Eskişehir Barosu Yönetim Kuruluna ve çalışmaya değer vererek her zaman yanımızda olan Eskişehir Barosu Başkanı Av. Barış Günaydin'a sonsuz teşekkürlerimi ifade etmek isterim.



ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

DETERMINATION OF THE ESTABLISHMENT DATE OF THE ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION

Abstract

Within the scope of the research we conducted between September 13, 2023, and January 30, 2025, we established communication and carried out investigations with the following institutions: the Eskişehir Bar Association Registry Books, the Eskişehir Bar Association Archives, the Ankara Bar Association Registry Books, the Ottoman Archives of the Directorate of State Archives, the Republican Archives of the Directorate of State Archives, the Eskişehir Provincial Directorate of Civil Registration, the Eskişehir Odunpazarı Directorate of Civil Registration, the Union of Turkish Bar Associations, the Legal Museum of the Union of Turkish Bar Associations, and the Eskişehir Courthouse. As a result of this research, it has been determined that the Eskişehir Bar Association was founded in 1924, that its first president was Osman Cûdî Bey, that its second president was—likely—İsmail Hakkı Bey, and that the Registry Books of the Eskişehir Bar Association have been maintained since 1938. In our study, efforts will be made to ascertain the founding date of the Eskişehir Bar Association in light of these findings.

Keywords

Eskişehir Bar Association, Bar Associations in Turkey, History of Bar Associations, History of Advocacy, History of Turkish Law

GİRİŞ

Türkiye’de Barolar, yalnızca birer meslek kuruluşu olmanın ötesinde, bulundukları şehirlerin hukuki ve toplumsal tarihine yön veren önemli kurumlardır. Bu yönüyle baroların kuruluş tarihi, o bölgedeki adalet teşkilatının ve hukuk kültürünün gelişimini yansıtan önemli bir göstergedir. Bu doğrultuda Eskişehir Barosunun kuruluş tarihinin doğru şekilde tespit edilmesi, yalnızca kurumsal geçmişin aydınlatılması açısından değil, Eskişehir’in hukuk tarihinde sahip olduğu yerin doğru anlaşılması bakımından da ayrı bir önem taşımaktadır. Baro tarihi üzerine yapılacak her çalışma, hukuk kurumlarının tarihi sürekliliğinin korunmasına da katkı sunacaktır.

Buna karşılık, Eskişehir Barosunun mevcut kaynaklarda kuruluş yılı olarak 1934’ün belirtilmesi, bazı tutarsızlıkları ve soru işaretlerini beraberinde getirmiştir. Özellikle baro sicil defterleri, döneme ilişkin hukuki düzenlemeler ve tarihi belgeler incelendiğinde, mevcut bilgilendirmede önemli eksiklikler ve yanlış yorumlamalar olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, yalnızca bir tarihi hata olmanın ötesinde, baronun kurumsal kimliğini ve geçmişine dair algıyı da doğrudan etkilemektedir.

Bu çalışmada, Eskişehir Barosunun kuruluş yılına ilişkin mevcut bilgilere ve elde ettiğimiz bilgilere yer verilecek; elde edilen yeni belge ve bulgular ışığında baronun gerçek kuruluş tarihinin 1924 yılı olduğu ortaya konulacaktır. Eskişehir Barosu sicil defterleri, Eskişehir Barosu Dergisinin geçmiş sayıları, dönem basını, hukuki mevzuat ve diğer tarihi belgeler ışığında yapılacak analizler sonucunda, hem baronun kurumsal kimliğinin doğru temellere oturtulması hem de tarihi bir yanlışlığın giderilmesi amaçlanmaktadır.

I. ESKİŞEHİR BAROSUNUN KURULUŞ TARİHİNİN HATALI TESPİTİNİN OLASI NEDENİ

A. Eskişehir Barosu İnternet Sitesinde Yer Alan Bilgiler

Günümüz itibarıyla Eskişehir Barosunun kuruluş yılı 1934 olarak belirtilmektedir. Bu doğrultuda, Eskişehir Barosunun güncel olarak kullanmış olduğu logonun alt kısmında Eskişehir Barosu ibaresi yazarken, üst kısmında da bu tarihe atıf yapılmakta ve 1934 yazmaktadır. Ayrıca Eskişehir Barosunun internet sitesinde “Eskişehir Barosu Tarihçesi”

başlığı altında şu bilgilere yer verilmektedir: “Cumhuriyetin ilanından sonra, Eskişehir' in il olduğu 1925 yılında, Arifiye Mahallesinde şu anda Adalet İlköğretim okulunun bulunduğu yerde, adliye binası ve temyiz mahkemesi kurulmuştur. Bu konuda, yazılı hiçbir belge ve kaynak olmamakla birlikte, Eskişehir Barosunun yine bu adreste, 1934 yılında kurulduğu baro sicil kayıtlarından anlaşılmaktadır. Baro Levhasına kayıtlı 1 sicil no.lu ilk Avukat Osman Saip Özeş'tir. İlk Baro Başkanı ise, 1934-1939 yıllarında görev yapmış olan Avukat Sebahattin Akbıyık'tır.³”. Belirtmiş olduğumuz bu paragrafta değiştirilmesi gereken bilgiler yer almaktadır.

B. Eskişehir'in İl Olduğu Tarih

İlk olarak, Eskişehir'in il olması metinde belirtildiği üzere 1925 yılında değil, 1923 yılında gerçekleşmiştir. “1841 yılından sonra değişen idari taksimatta Eskişehir, merkezi Bursa olan Hüdavendigar Eyaleti'ne bağlanmış ve 1923 yılına kadar kaymakamlıkla idare edilmiştir...Cumhuriyetin ilanından sonra, sancak ve mutasarrıflıkların il yapılmaları üzerine, Eskişehir'de 1923 yılında il olmuştur.^{4,5}”.

C. Eskişehir Barosu Sicil Defterinde Yer Alan Kayıtlar

Eskişehir Barosu sicil kayıtları incelendiğinde ise 1 numaralı sicilin Avukat Osman Saip Özeş'e ait olduğu görülmektedir. Osman Saip Bey 1295 (M. 1879/1880) Selanik doğumlu olup 1317 (M. 1901/1902) yılında İstanbul Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur⁶. Sicilinde yer alan kayıta ise 14.11.1934 tarihinde Eskişehir Barosuna kaydedildiği anlaşılmaktadır.

Buna karşın Eskişehir Barosu avukat sicilleri 1938 yılından itibaren tutulmaktadır. “1 Aralık 1938 tarihinde yeni Avukatlık Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanuna göre; baronun sadece vilayet merkezinde ve vilayet sınırları dâhilinde en az on beş avukatın bulunması halinde kurulabileceği hükmü yer almaktadır. Baro kurulamayan yerlerin en yakın baroya bağlanması veya bunların birleştirilerek ayrı bir baro teşkili ve merkezlerinin neresi

³ <https://eskisehirbarosu.org.tr/hakimizda-kisa-tarihce> Erişim Tarihi: 27.04.2025.

⁴ <http://www.eskisehir.gov.tr/tarihce> Erişim Tarihi: 27.04.2025.

⁵ Benzer yönde bkz. Zafer Koylu, *Belgelerle Eskişehir*, Eskişehir, Eskişehir Ticaret Odası Yayınları, 2023, s. 96.

⁶ Eskişehir Barosu Sicil Defteri 1 Numaralı Sicil.

olacağı ise Adalet Bakanı'nın yetkisine verilmişti. Barolar, kurulduktan sonra Adalet Bakanlığı'na kurulduklarını bildirmek durumundaydılar.⁷ Eskişehir Barosu sicilleri de bu tarihten itibaren tutulmaya başlanmıştır. Bu nedenle 1938 yılı öncesi vefat etmiş veya barodan ayrılmış olan avukatlar bu sicilde yer almamaktadır.

Nitekim, 1927 yılında vefat eden Osman Cûdî Bey, 29 Ekim 1936 Tarihli Tan Gazetesi'nden anlaşılaçağı üzere 1936 yılında tren kazasında vefat eden Avukat Hulusi Bey⁸, 30 Eylül 1936 tarihinde Ankara Barosuna naklolan, Ankara Barosu 80 sicil numaralı avukatı İsmail Hakkı Çevik⁹, 1927-1935 tarihleri arasında (Eskişehir) Avukat Mecmuası¹⁰ yayımlayan ve sonrasında Ankara'da yayın faaliyetlerini devam ettiren Avukat Hilmi Bey gibi isimler Eskişehir Barosu Sicil Defterinde yer almamaktadırlar.

Tüm bunların yanı sıra, Eskişehir Barosu Sicil Defterleri incelendiğinde, ilerleyen sicillerde de ilgi çekici bulgulara rastlanmaktadır. Nitekim; 3 numaralı sicilde yer alan “26 t.sani 933 tarihli hal tercümesinden” (..26 Kasım 1933...), 5 numaralı sicilde yer alan “Beypazarı asliye reisliğinden çekilerek 927 senesinde kaydının icrası için baroya müracaat ettiği...”, 6 numaralı sicilde yer alan “17 haziran 929 tarihinde baroya kayıt kabulüne karar verilerek”, 7 numaralı sicilde yer alan “baroya kayıt ve kabulüne karar verilmiştir 1-12.1931”, 8 numaralı sicilde yer alan “18.6.1932 tarihli ruhsatname”, 9 numaralı sicilde yer alan “18.7.1933 tarihinde baroya kayıt...” ve 10 numaralı sicilde yer alan “Eskişehir barosunun 9.11.1931 tarihinde...edilen kayıt ve kabul...baromuza kayıt tarihinin 9.11.1931 olarak tesbitine...” ifadeleri hem ilk tutulan sicillerin tarihsel anlamda doğrusal bir biçimde ilerlemediğini hem de 1927, 1929, 1931, 1932 ve 1933 tarihlerinde Eskişehir Barosunun mevcut olduğunu ve kayıtların yapıldığını göstermektedir.

⁷ Mithat Atabay, “Çanakkale Barosu Nasıl Kuruldu”, 2020, canakkaleaynalipazar.com/yazarlar/dr-mithat-atabay/canakkale-barosu-nasil-kuruldu/343/ Erişim Tarihi: 27.04.2025.

⁸ Tan Gazetesi, 29 Ekim 1936, s. 2.

⁹ Ankara Barosu Sicil Defteri 80 Numaralı Sicil.

¹⁰ Mecmuanın 15 Aralık 1927 tarihli 12. Sayısı, *lâedri* isimli kullanıcı tarafından Latin harflerine tercüme edilmiştir. Bkz. <https://www.osmanlicagazeteler.org/Sayfa.php?il=Eski%C5%9Fehir&GazeteID=Avukat%20Mecmua s%C4%B1> Erişim Tarihi: 27.04.2025.

II- ESKİŞEHİR BAROSUNUN KURULUŞ YILININ 1924 OLARAK TESPİTİ

Bir önceki başlıkta belirttiğimiz nedenlerden dolayı Eskişehir Barosunun kuruluş tarihi 1934 değil, daha eski bir tarihtir. Bu başlık altında bu tarihin tespitine yönelik elde ettiğimiz bulgulara yer verilecektir.

A. Teşkilatına Göre Taksimât-ı 'Adliyye Haritasında Yer Alan Bilgiler

Türkiye Barolar Birliği Hukuk Müzesinde sergilenen “1341 (1925) Teşkilatına Göre Taksimât-ı 'Adliyye Haritası” çalışmamız için çok önemli bir yere sahiptir¹¹. Bu haritada Türkiye genelinde 11 yerde baronun mevcut olduğu görülmektedir. Bunlar; İstanbul, Ankara, Bursa, Eskişehir, Samsun, Mersin, Adana, Konya, İzmir, Edirne, Adapazarı ve Menemen'dir¹². Açık bir biçimde görüleceği üzere 1925 yılında mevcut olan 11 barodan birisi, Eskişehir Barosudur.

B. Eskişehir Barosunun İlk Baro Başkanı Osman Cûdî Bey Hakkındaki Vefat Haberi

Bir diğer bulgu ise Eskişehir Barosunun ilk başkanı hakkında İstanbul Barosu Mecmuasında yer alan vefat haberidir¹³. Buna göre Eskişehir Barosunun ilk başkanı, 1927 yılında vefat eden Osman Cûdî Bey'dir. Vefat haberi, İstanbul Barosu Mecmuasında yayımlanmıştır. Vefat haberinin latin harflerine tercümesi *Aydın* tarafından yapılmış ve şu şekildedir: “Eskişehir Baro Reisi Osman Cûdî Bey'in İrtihali: Eskişehir Barosu'nun reisi Osman Cûdî Bey'in dūcâr olduğu böbrek hastalığından dolayı berây-ı tedavi geçenlerde şehrimize gelmiş ve Şişli Sıhhat Yurdunda, bilâhare Etfâl Hastahanesi'nde taht-ı tedaviye alınmış idi. Zavallı meslek arkadaşımız Haziran'ın 13. günü akşamı bu illetten rehâ-yab olamayarak terk-i hayat eylemiştir. Merhum 1300 senesinde İstanbul'da tevellüd etmiş, idadi tahsili Mercan Mektebi'nde ikmal ettikten sonra Mekteb-i Hukuk'a girerek 330 senesinde mezuniyet istihsal eylemişti. Bir müddet Makriköy Numune Mektebi'nde muallimlikle

¹¹ Haritanın orijinaline ve latin harflerine tercüme edilmiş hali için bkz. <http://muze.barobirlik.org.tr/record/-/record/display/manifestation/RECORD2444/ac48f0a8-b02c-403b-803c-8dd9006a6af9/solr/0/24/3/4/score/DESC> Erişim Tarihi: 28.04.2025.

¹² Cengiz Özel. “Cumhuriyetin İlk Yıllarında ‘1341 (1925) Teşkilatına Göre Taksimât-ı Adliye Haritası’ Zaviyesinden Adalet Teşkilatı”. *Adalet Dergisi*, Sayı 62-63, Aralık 2019, s. 204.

¹³ Osman Cûdî Bey'in fotoğrafına *Aydın*'in çalışmasının ekinde yer verilmiştir. Bkz. Tugay Aydın. “Türkiye'de Avukatlığın Tarihi ve İlk Kurulan Barolar Hakkında”. *Adalet Dergisi*, Sayı. 71, Kasım 2023, s. 524.

istigal ettikten sonra seferberlik dolayısıyla ihtiyat zâbiti olarak Beşinci Kafkas Fırkasında Kelkit cephesinde mülâzım-ı sânilikle ifâ-yı hizmet etmiş, beş senelik hayat-ı askerisinde Kayseri’de imalathâne müdürlüğünde bulunmuş, mütâreke de terhisen İstanbul’a avdet etmiş ise de İngilizlerin işgali ve yangında evlerinin de yanması üzerine 335 senesinde Eskişehir’e hicret ve asıl mesleği bulunan avukatlığa intisap etmiştir. Baronun teşkilinden beri meslektaş ve arkadaşlarının tensibiyle baro riyasetinde bulunuyordu. Eskişehir Meclis-i Umumî-i Vilayet, Türk Ocağı, Himaye-i Etfal şubesi âzâlıklarıyla Heykel Komisyonu riyâsetini de ifâ etmiştir.¹⁴”. Buna göre Eskişehir Barosunun ilk başkanı, Osman Cûdî Bey olup Baronun kurulduğu tarihten, İstanbul’da böbrek hastalığından vefat ettiği tarihe kadar Eskişehir Barosu başkanlığı yapmıştır.

C. Eskişehir Barosunun Muhtemelen İkinci Başkanı İsmail Hakkı Bey Hakkındaki Bilgiler

Osman Cûdî Bey’in vefatının ardından yeni bir başkan seçilmiş olma ihtimali çok kuvvetlidir. Nitekim, Av. Sebahattin Akbıyık 1934 yılında göreve başlamıştır¹⁵. Bu doğrultuda Milliyet Gazetesi’nin 16 Mayıs 1930 tarihli sayısında çok kıymetli bir bilgi bulunmaktadır. 6. sayfada, Mahmut Esat Bozkurt ve Haydar Rıfat Yorulmaz davasına yer verilmiştir¹⁶. Davanın ayrıntıları çalışmamızın sınırları içerisinde yer almamaktadır ancak Haydar Rıfat Bey’in beyanı bu çalışma kapsamında çok önemlidir. Haydar Rıfat Bey “O halde yeni şahitlerimi yazdırıyorum. Eskişehir Barosu reisi İsmail Hakkı Bey, Edirne Barı reisi Halil Bey, İzmir’de Ömer Fuat Bey, İstinaf müddeiumumiliği başkatibi Rüstem Bey.”. Görülebileceği üzere 1934 öncesi Eskişehir Barosunun bir başkanı daha mevcuttur ve ismi İsmail Hakkı’dır.

İsmail Hakkı Bey’in soyadına ise Eskişehir Çiftçi Bankasının kayıtlarından ulaşılma ihtimali mevcuttur. Osman Cûdî Bey’in 30 Kasım 1926 tarihinde Eskişehir Çiftçi Bankasının hissedarı olduğu ve olağanüstü genel kurulda söz alıp bankanın kurtarılması için çaba sarf

¹⁴ Aydın, s. 513, dn. 32; orijinal metin için bkz. İstanbul Barosu Mecmuası, Sayı 7, Temmuz 1927, s. 436.

¹⁵ <https://eskisehirbarosu.org.tr/gecmis-donem-baskanlari> Erişim Tarihi: 28.04.2025.

¹⁶ Milliyet Gazetesi, 16 Mayıs 1930, s. 6.

ettiği ve önerilerinin kabul edildiği anlaşılmaktadır¹⁷. Buradaki diğer avukat hissedarlar ise Av. İsmail Hakkı Karapazar ve Av. Hasan Basri Aytöre'dir. Kuvvetle muhtemel 1930 yılında Eskişehir Barosu başkanı olan İsmail Hakkı Bey, İsmail Hakkı Karapazardır.

D. 1984 Yılında Yapılan Eskişehir Barosunun 60. Yıl Dönümü Kutlamaları

Eskişehir Barosunun kuruluş yılıyla ilgili bir ifadeye ise Eskişehir Barosu Dergisi'nin 1984 yılındaki sayılarında yer verilmektedir.

Dönemin başkanı olan Av. Akın Çamoğlu, “Başlarken” isimli derginin giriş yazısında şu ifadelerle yer vermiştir: “...Avukatlık yasasında yapılan değişiklikler, ekonomik şartlar, mesleki birikimimiz, savunma hukukunun ve savunmada Avukatın etkinlik ve saygınlığının önemini büyük ölçüde arttırmıştır. Baro olarak bu değerlere gerekli önemi vererek avukatlık mesleğine etkinlik ve saygınlık kazandırmayı düşündüğümüzden baromuzun kuruluşunun 60. yıldönümünde mesleki sorunlarımızı gidermede, dayanışmamızı ve savunma hukukunun etkinliğini kuvvetlendirmede yararı olacağı düşüncesiyle ilk temyiz mahkemesinin kurulduğu şehrimizde Eskişehir Barosu Dergisi adı altında tüm hukukçuların katkısıyla yaşayacak bir baro dergisi hazırlayarak tüm hukukçuların hizmetine sunmanın yararlı olacağını düşündük...¹⁸”.

İkinci sayıda ise “Meslek Haberleri” başlıklı yazıda Eskişehir Barosunun kuruluşuyla ilgili bir bilgiye daha ulaşmak mümkündür. Burada yer alan ifade ise şu şekildedir; “Baromuzun kuruluşunun 60. yıldönümü nedeniyle Baro Yönetim Kurulunun 2 Mart 1984 Cuma günü verdiği kutlama yemeği çok görkemli geçti...¹⁹”. Görüleceği üzere iki ayrı sayıda Eskişehir Barosunun altmış yıl önce kurulduğu belirtilmiştir.

SONUÇ

Geçmiş yıllarda, Eskişehir Barosunun kuruluş tarihinin 1934 olarak tespiti, muhtemelen ilk sicilde yer alan 1934 kaydının okunması ve hatalı bir biçimde

¹⁷ Halime Doğru. “Eskişehir Çiftçi Bankası (1918-1930)”, *Anadolu Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 1990, s. 276-277; Zafer Koylu ve Melis Birgün, *Eski Bir Şehrin Hikayesi 1923-1938*, Eskişehir Ticaret Odası Yayınlar, 2015, s. 130.)

¹⁸ Akın Çamoğlu. “Başlarken”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1984, s. 4.

¹⁹ Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı 2, 1984, s. 17.

yorumlanmasıyla gerçekleşmiştir. Buna karşın siciller 1938 yılından itibaren tutulmuş, bu tarihten önce Eskişehir Barosundan ölüm ya da nakil yoluyla kaydı silinen avukatlara sicil numarası verilmemiştir. Ayrıca ilerleyen kayıtlarda 1927'ye kadar eski tarihli baro kayıtlarına rastlanmaktadır.

1925 yılında hazırlanan Teşkilatına Göre Taksimât-ı 'Adliyye Haritası, Eskişehir Barosunun 1925'te var olan 11 Barodan birisi olduğu göstermektedir. İstanbul Barosu Mecmuasında yer alan vefat haberine göre ise 1927 yılında vefat eden Osman Cûdî Bey, Eskişehir Barosunun kuruluşundan itibaren başkanlık yapmıştır. 16 Mayıs 1930 tarihli Millet Gazetesi'nde yer alan Haydar Rıfat Bey'in ifadelerine göre ise 1930 yılında Eskişehir Barosu mevcuttur ve başkanı İsmail Hakkı Beydir. 1984 yılında yayımlanan Eskişehir Barosu Dergisinin 1. ve 2. sayılarında ise 1984 yılında Eskişehir Barosunun 60. yıldönümünü kutladığı iki ayrı yazıda belirtilmektedir.

3 Nisan 1924 tarihinde Muhamat Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla birlikte on avukatın mevcut olduğu yerlerde, Baro adında bir heyet kurulacağı belirtilmiştir. Çalışmamızdaki tüm bilgiler ışığında Eskişehir Barosu 3 Nisan 1924-31 Aralık 1924 arasında bir tarihte, 1924 yılında kurulmuştur. Bu doğrultuda Eskişehir Barosu internet sitesindeki bilgiler güncellenmeli ve Eskişehir Barosu logosunda değişikliğe gidilerek 1934 ifadesi kullanımdan kaldırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Ankara Barosu Sicil Defterleri.

Eskişehir Barosu Sicil Defterleri.

Aydın, Tugay. “Türkiye’de Avukatlığın Tarihi ve İlk Kurulan Barolar Hakkında”. *Adalet Dergisi*, Sayı. 71, Kasım 2023, s. 503-526.

Çamoğlu, Akın. “Başlarken”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1984, s. 4.

Doğru, Halime. “Eskişehir Çiftçi Bankası (1918-1930)”, *Anadolu Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 1990, s. 267-282.

Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı 2, 1984.

İstanbul Barosu Mecmuası, Sayı 7, Temmuz 1927, s. 436.

Koylu, Zafer , *Belgelerle Eskişehir*, Eskişehir, Eskişehir Ticaret Odası Yayınları, 2023.

Koylu, Zafer ve Melis Birgün, *Eski Bir Şehrin Hikayesi 1923-1938*, Eskişehir Ticaret Odası Yayınlar, 2015.

Milliyet Gazetesi, 16 Mayıs 1930.

Özel, Cengiz. “Cumhuriyetin İlk Yıllarında ‘1341 (1925) Teşkilatına Göre Taksimat-ı Adliye Haritası’ Zaviyesinden Adalet Teşkilatı”. *Adalet Dergisi*, Sayı 62-63, Aralık 2019, s. 189-210.

Tan Gazetesi, 29 Ekim 1936.

Atabay, Mithat. “Çanakkale Barosu Nasıl Kuruldu”, 2020, canakkaleaynalipazar.com/yazarlar/dr-mithat-atabay/canakkale-barosu-nasil-kuruldu/343/ Erişim Tarihi: 27.04.2025.

<http://muze.barobirlik.org.tr/> Erişim Tarihi: 28.04.2025.

<http://www.eskisehir.gov.tr/tarihce> Erişim Tarihi: 27.04.2025.

<https://eskisehirbarosu.org.tr/gecmis-donem-baskanlari> Erişim Tarihi: 28.04.2025.

<https://eskisehirbarosu.org.tr/hakkimizda-kisa-tarihce> Erişim Tarihi: 27.04.2025.

<https://www.osmanlicagazeteler.org/> Erişim Tarihi: 27.04.2025.



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

ESKİŞEHİR BAROSU GEÇMİŞ DÖNEM BAŞKANLARI

Av. Elif UÇAR^{1*2*}

1. OSMAN CÜDÎ BEY:

Eskişehir Barosunun ilk başkanı olan Osman Cûdî Bey, 1300 (M. 1884) yılında İstanbul'da doğmuş, lise eğitimini Mercan Lisesinde tamamladıktan sonra Hukuk Mektebine girmiş ve 1330 (M. 1914) yılında mezun olmuştur. Bir süre Bakırköy Numune Mektebinde öğretmenlik yaptıktan sonra, seferberlik nedeniyle yedek subay olarak Beşinci Kafkas Tümeni'nde Kelkit Cephesi'nde teğmen rütbesiyle görev yapmış, beş yıl süren askerlik görevi sürecince Kayseri'de imalathane müdürlüğü görevinde de bulunmuştur. Mütareke döneminde terhis edilerek İstanbul'a dönmüş, ancak İngiliz işgali ve çıkan yangında evlerinin yanması üzerine 1335 (M. 1919) yılında Eskişehir'e göç etmiş ve asıl mesleği olan avukatlığa başlamıştır. Aynı zamanda Eskişehir Vilayet Genel Meclisi, Türk Ocağı ve Himaye-i Etfal (Çocuk Esirgeme Kurumu) şubesi üyeliklerinde bulunmuş, Heykel Komisyonu Başkanlığı görevini yerine getirmiştir. 13 Haziran 1927 tarihinde böbrek hastalığı nedeniyle İstanbul'da tedavi gördüğü hastanede vefat etmiştir.

¹ Avukat, Eskişehir Barosu, av.elifucar@gmail.com.

² Bu çalışmanın hazırlık sürecinde destekleriyle yanımda olan, bilgi ve tecrübeleriyle katkı sağlayan herkese teşekkür etmek istiyorum. Öncelikle geçmiş dönem baro başkanlarımızın hayat hikâyelerini saygıyla ve titizlikle araştırmamıza imkân sunan Eskişehir Barosuna, Baro Başkanımıza ve arşiv kaynaklarıyla bizlere kapılarını açan baro personeline teşekkür ederim. Bu süreci birlikte yürüttüğüm değerli meslektaşım Av. Samet Sarıkaya'ya özveriyle emeği, araştırmacı yaklaşımı ve motivasyon kaynağı olan katkıları için teşekkür ederim. Ayrıca, aile dostumuz ve çok kıymetli büyüğümüz merhum Av. Aydın Ünlüce'ye gönülden bir teşekkürü borç bilirim. Kendisi, geçmiş dönem baro başkanlarının özgeçmişlerini derleyerek yaptığı çalışmayla bizlere ilham olmuş, oluşturduğu metin ile bu çalışmaya zemin hazırlamıştır. Onun emeğinden ve vizyonundan faydalanmış olmak bizim için son derece kıymetlidir. Kendisini saygı ve rahmetle anıyorum. Bu vesileyle geçmişten bugüne Eskişehir Barosu'na katkı sunan tüm meslek büyüklerimizi de saygıyla anıyor ve bu çalışmanın gelecekte nice çalışmalara katkı sunmasını temenni ediyorum.

2. İSMAİL HAKKI BEY:

İsmail Hakkı Bey hakkında günümüzde, elimizdeki bilgiler ne yazık ki sınırlıdır. Hakkındaki tek bilgi, 1930 yılında Eskişehir Barosu Başkanı sıfatıyla görevde olduğudur.

3. SELAHATTİN AKBIYIK:

Selahattin Akbıyık 1318 (1902/1903 M.) Halep doğumludur ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. Adapazarı Barosundan nakil ile gelen Akbıyık, Eskişehir Barosunda 23.01.1933 tarihinde staja başlamıştır. 1934-1939 yılları arasında Eskişehir Baro Başkanı olarak görev yapmıştır.

4. HASAN BASRİ AYTÖRE:

Hasan Basri Aytöre, 1310 (1894/1895 M.) Çorlu doğumludur. 1916 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. 18.06.1932 tarihinde ruhsatını almıştır. Eskişehir’de uzun yıllar serbest avukatlık yapmıştır. 1939-1946 yılları arasında Eskişehir Barosu başkanlığı yapan Basri Aytöre, Eskişehir Belediye Başkanlığı görevinde de bulunmuştur.

5. CELALLETTİN ASIM BOYNUK:

Celalettin Asım Boynuk, 1911 İstanbul doğumludur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. 22.02.1940 tarihinde Eskişehir Barosunda Staja başlamıştır. Gümüşhacıköy ve Bilecik Sorgu Hâkimliği görevinde bulunmuştur. 1939’da İbrahim Kâmil Efendi ile Pakize Hanımın kızı Türkân Hanımla evlenmiş olan Celal Boynuk’un (1920–1963). Mehmet Asım (1941 doğumlu), Mehmet Sinan (1943 doğumlu) ve Mehmet Sedat (1944 doğumlu) adlarında üç oğlu olmuştur. 1946-1950 yılları arasında Eskişehir Barosu başkanlığı yapmıştır. Bir dönem Eskişehir ve bir dönem Çankırı Milletvekilliği görevlerinde bulunmuştur. 9. Dönem Çankırı Milletvekilliği görevi sırasında Avukatlık Kanunu’nda - Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunun geçici 65. maddesi II işaretli fıkrasının (K) bendi- değişiklik yapılması için teklif vermiştir. Boynuk, Eskişehir ve Eskişehir Barosundaki bilek güreşi müsabakalarındaki başarıları ile tanınmıştır. 1963 yılında geçirdiği trafik kazası neticesinde 21 Mayıs 1964 tarihinde vefat etmiştir.

6. ŞERAFFETİN YAŞAR EĞİN:

1916 Eskişehir doğumludur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. Akseki Hâkim Yardımcılığı ve Sivrihisar Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur. 1950-1962 yılları arasında baro başkanlığı yapmıştır. 1960 ihtilalinden sonra, 6 Ocak 1961 – 25 Ekim 1961 tarihleri arasında Kurucu Meclis üyeliği yapmıştır. 1961 Anayasasının hazırlanması sürecinde katkıda bulunmuş ve teklifler sunmuştur. Halkevi Başkanlığı, Belediye Meclisi ve Encümen Üyeliği, Vilayet Meclisi Umumi Üyeliği, Belediye Başkanvekilliği yapmıştır. Evli ve beş çocuk babası olan Eğin, 5 Şubat 1991 tarihinde vefat etmiştir.

7. NUSRET ESEN:

Niğde doğumlu olan Nusret Esen, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. Eskişehir Barosunda stajına 27.07.1953 tarihinde başlamıştır. 31.10.1956 tarihinde Hazine Muhakemat İl Müdürlüğü görevinde de bulunmuş olan Nusret Esen, uzun yıllar Vakıflar Genel Müdürlüğünde avukat olarak çalışmıştır. Baro Başkanı Yaşar Eğin'in 23.06.1962-31.12.1962 yılında kurucu meclis üyeliğine getirilmesi sebebiyle, 2. Başkan olduğu Eskişehir Barosu başkanlık görevine getirilmiştir. 13.09.2007 tarihinde vefat etmiştir.

8. ALİ HİKMET TUNCAY:

Ali Hikmet Tuncay, 1936 Orhangazi doğumludur ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. 12.04.1952 tarihinde Eskişehir Barosuna kaydolmuştur. 1963-1969 yılları arasında Eskişehir Barosu başkanlığı görevinde bulunmuştur. Avukatlık mesleğinden önce Hakimlik görevinde de bulunmuş olan Tuncay, 1970 yılında kurulan Türkiye Barolar Birliğinin ilk yönetim kurulu üyelerindendir. 04.10.1972 tarihinde vefat etmiştir.

9. HÜSNÜ GÖK:

Hüsnü Gök, 1921 Sivas doğumludur. Avukatlık mesleğinden önce Hakimlik görevinde bulunmuştur. Eskişehir Barosunda 01.02.1969-30.06.1972 tarihleri arasında Baro başkanlığı yapmıştır. Başkanlığının ardından Emirdağ ve Bakırköy Noterliği görevinde de bulunmuştur. Bakırköy üçüncü noteri olduğu, 01.07.1972 tarihinde barodan kaydı silinmiştir.

10. ŞAHAP DEMİRER:

01 Eylül 1928 tarihinde Bozüyük'te doğmuştur. Eskişehir lisesinden mezun olan Demirer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. 04.11.1954 tarihinde Eskişehir Barosunda avukatlık stajına başlamıştır. Eskişehir'de 49 yıl serbest avukatlık yapmıştır. 01.07.1972-06.12.1980 tarihleri arasında Eskişehir Barosu başkanlığı görevinde bulunmuştur. Evli ve üç çocuk babası olan Demirer, Başkanlık görevinin yanı sıra, Eskişehir Barosu Genel Sekreterliği, Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyeliği, Barolar Birliği Genel Sekreterliği ve Başkanlığı Yardımcılığı görevlerinde de bulunmuştur. Anadolu Üniversitesinin kurulması için düzenlenen yardım yemeğinde Yönetim Kurulu Üyeliği ve Şehir Kulübü Başkanlığı gibi sosyal amaçlı görevlerde bulunmuştur. 14 Ocak 2021 tarihinde vefat etmiştir.

11. MUVAFFAK OYSUL:

10 Haziran 1937 tarihinde Eskişehir'de doğmuştur. Eskişehir Lisesi mezunu olan Oysul, bir süre Hava İkmal merkezinde memur olarak çalışmıştır. 1960 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olduktan sonra 1964 yılında Eskişehir'de serbest avukatlığa başlamıştır. 06.01.1980-08.01.1984 tarihleri arasında Eskişehir Barosu başkanlığı yapmıştır. Sonrasında serbest avukat olarak çalışmaya devam etmiştir. Kızılay ve başka pek çok dernekte yöneticilik yapmıştır. Evli olan Oysul, iki çocuk babasıdır.

12. AKIN ÇAMOĞLU:

29 Şubat 1944 tarihinde Sivrihisar'da doğmuş olan Çamoğlu, İstanbul Kabataş Lisesinden mezun olduktan sonra, 1965 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. 1968 sonrası Eskişehir'de serbest avukatlık yapmaya başlamıştır. 09.01.1984-25.10.1992 tarihleri arasında Eskişehir Barosu başkanlığı yapmıştır. Baro başkanlığı dışında, Eskişehir Belediyesi Meclis Üyeliği, CHP İl Başkanlığı, Eskişehir Baro Yönetim Kurulu Üyeliği ve Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyeliğinde bulunmuştur. 1999-2001 yılları arasında İstanbul'da serbest avukatlık yapmış olan Çamoğlu, daha sonra tekrar Eskişehir'de avukatlığa devam etmiştir. Evli ve iki çocuk babasıdır.

13. RAUF AYDIN GÜNGÖR:

1949 yılında Eskişehir’de doğmuştur. Eskişehir Maarif Kolejinin ardından, Ankara Hukuk Fakültesi mezun olmuştur. Ankara Üniversitesi’nde hukuk alanında doktora eğitimine başlamış ancak Eskişehir’e dönmesiyle eğitime devam etmemiştir. 1973 yılında serbest avukatlığa başlamıştır. 1992-1998 yılları arasında Eskişehir Baro Başkanlığı görevinde bulunmuştur. Başkanlık görevinden önce Eskişehir Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığı da yapmıştır. CHP İl Başkanlığı, Odunpazarı ve Tepebaşı Kolej Spor Kulüp Başkanlıkları, Eskişehir Maarif Koleji Mezunlar Derneği Başkanlığı ve Kızılay Derneği Yönetim Kurulu Üyeliği ile İstikbal Gazetesi Genel Yayın Müdürlüğü görevlerinde bulunmuştur. Evli ve iki çocuk babasıdır.

14. YUSUF SEVER:

1948 yılında Eskişehir’de doğan Sever, Eskişehir Atatürk Lisesini bitirdikten sonra, İstanbul Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. 1973 yılı itibariyle Eskişehir’de serbest avukatlık yapmıştır. 1998-2002 yılları arasında Eskişehir Baro Başkanlığı yapmıştır. Başkanlık görevinden önce 5 yıl Baro Yönetim kurullarında görev almıştır. Yusuf Sever, evli ve üç çocuk babasıdır. 5 Eylül 2017 tarihinde vefat etmiştir.

15. OĞUZ SEZER ARSLAN:

1959 yılında Eskişehir’de doğmuştur. Ülkü İlkokulu, Mehmetçik Ortaokulu ve Bahçelievler Lisesini bitirdikten sonra İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde eğitim görmüştür. 1984 yılından itibaren avukatlık yapmaktadır. 1998-2002 arasında iki dönem Eskişehir Barosu Genel Sekreteri olarak görev almıştır. 2002-2006 yılları arasında iki dönem Eskişehir Barosu Başkanlığı yapmıştır. Halen Eskişehir Barosunun bir üyesidir ve avukatlık yapmaktadır.

16. YUSUF YILDIRIM:

Yusuf Yıldırım 1964 yılında Eskişehir’de doğmuştur. İlk, orta ve lise öğrenimini Eskişehir’de tamamlamasının ardından 1989 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olup 1991 yılında Eskişehir Barosunda avukatlık stajı yapmaya başlamıştır. 1991 yılında Avukatlık ruhsatını aldıktan sonra aynı yıl serbest olarak çalışmaya başlayan Yusuf Yıldırım Eskişehir Barosuna kayıtlıdır ve avukatlık mesleğine devam

etmektedir. Bir süre Türkiye Buz Hokeyi Federasyonu Disiplin Kurulu, Eskişehir Hasta Hakları Merkezinde, çeşitli STK yönetimlerinde görev almanın yanı sıra Eskişehir Büyükşehir Belediyesinde meclis üyeliği yapmıştır. 2002-2006 yıllarında Eskişehir Barosu Yönetim Kurulunda görevlerde bulunan Yıldırım, 2006 ve 2010 yıllarında yapılan Eskişehir Barosu Başkanı olarak görev yapmıştır. 2012-2014 yıllarında Eskişehir Barosu Barolar Birliği delegesi olarak görev almıştır. Evli ve iki çocuk babasıdır.

17. RIZA ÖZTEKİN:

22 Mayıs 1967 Sivrihisar doğumlu olan Öztekin Mayıs 1992'de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 02 Kasım 1993 tarihinde Eskişehir Barosuna kaydolup serbest avukatlık faaliyetine başlayan Öztekin 2006 - 2008 yılları arasında Eskişehir Barosu Yönetim Kurulu Üyesi - Genel Sekreter olarak görev yapmıştır. 2010- 2018 yılları arasında 4 dönem Eskişehir Barosu Başkanı olarak görev yapan Öztekin, Başkanlık görevi döneminde, Uğur Mumcu'yu anma etkinlikleri kapsamında 2012 yılında " Yılın Hukukçusu ", 2014 yılında "Hukuk Savaşçıları " ödüllerine layık görülmüş olup 2012 ve 2014 yıllarında Ankara Barosunun düzenlediği "Uluslararası Hukuk Kurultayı" başta olmak üzere "Meslek Sorunları, Hukuk Devleti, Yargı Bağımsızlığı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Yeni Anayasa" gibi konularda Baroların ve Demokratik Kitle Örgütlerinin düzenlediği bir çok etkinliğe konuşmacı olarak katılmıştır. 2018- 2020 yılları Eskişehir Barosu TBB Delegesi olarak görev yapan Öztekin evli ve 2 çocuk babasıdır.

18. MUSTAFA ELAGÖZ:

1978 yılında Afyonkarahisar Emirdağ'da dünyaya gelen Mustafa Elagöz, 1999 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. Mezuniyetinin ardından Eskişehir Barosunda avukatlık stajını tamamladıktan sonra, 2000 yılında Eskişehir Barosuna kayıtlı olarak serbest avukatlık yapmaya başlamıştır. Meslek hayatının büyük bir kısmını, bağlı olduğu Eskişehir Barosunun çeşitli kurullarında aktif görevler üstlenerek geçirmiştir. 2007 yılında Eskişehir Barosu Denetleme Kurulu üyeliğine seçilmiş, 2011 yılından itibaren aralıksız şekilde Eskişehir Barosu Yönetim Kurulu üyeliği, Adli Yardım Büro Başkanlığı, Avukat Hakları Merkezi Başkanlığı ve Baro Başkanlık Divanı üyesi sıfatıyla Baro Saymanlığı görevlerinde bulunmuştur. 2018-2024 yılları arasında Eskişehir Barosu Başkanlığı yapmıştır. Evli ve bir çocuk babasıdır.

HAKEMLİ MAKALELER



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA, MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARDA, ZARARIN KISMEN GİDERİLMESİ DURUMUNDA ETKİN PİŞMANLIK

Elif DAĞ*

Öz

Failin işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyarak mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidererek mağdurun malvarlığını suç işlenmeden önceki haline döndürdüğü durumlarda, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gündeme gelmektedir. Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması durumunda zararın soruşturma yahut kovuşturma aşamasında giderilmesine göre failin cezasından indirim yapılmaktadır. Failin mağdurun zararını soruşturma aşamasında giderdiği durumlarda kovuşturma aşamasında gidermesine göre hakkaniyete uygun olarak cezasından daha fazla indirim yapılmaktadır.

Malvarlığına karşı suçlarda mağdurun uğradığı zararın aynen iade veya tazmin suretiyle tamamen giderildiği durumlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması bakımından bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak failin mağdurun zararını kısmen giderdiği durumlarda TCK m.168/4'e göre etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun rızası aranmaktadır. Zira burada mağdurun zararı tamamen giderilmediğinden mağdurun malvarlığında suçtan önceki haline göre eksilme bulunmaktadır. Çalışmamızın amacını ve kapsamını da malvarlığına karşı işlenen suçlarda zararın kısmen giderilmesi durumunda etkin pişmanlığın ne şekilde uygulanacağı hususu oluşturmaktadır.

Kanunda kısmen zararın giderilmesinden bahsedilse de kısmen kavramından ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Doktrinde zarar kısmen giderilmiş olsa da bu gidermenin belirli bir yoğunluğa ulaşması gerektiğini savunanlar bulunmaktadır. Ancak kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı uyarınca zararın çok küçük bir kısmı dahi giderilse burada zararın kısmen giderildiği kabul edilmeli ve mağdura etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rızasının olup olmadığı sorulmalıdır.

Anahtar Kelimeler

Kısmi İade, Etkin Pişmanlık, Mağdurun Rızası, Zararın Giderilmesi, Malvarlığı.

* Sakarya Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, T. C. Adalet Bakanlığı, Cumhuriyet Savcısı, elif.dag3@ogr.sakarya.edu.tr, Orcid: 0009-0009-3660-8361

Bu makale hakem değerlendirmesinden geçmiştir.

Gönderilme Tarihi: 5 Mart 2025 Kabul Tarihi: 23 Nisan 2025.



**IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE SUPREME COURT,
EFFECTIVE REPENTANCE IN CASES WHERE THE DAMAGE IS PARTIALLY
COMPENSATED IN CRIMES COMMITTED AGAINST PROPERTY**

Abstract

The relevance of the provisions on active remorse emerges in circumstances where the perpetrator, driven by sincere regret for the offense committed, fully rectifies the harm inflicted upon the victim-either through direct restitution or financial compensation-thereby reinstating the victim's property to its prior condition before the commission of the crime. When the provisions of effective remorse are invoked, the offender's penalty is mitigated depending on whether the harm is rectified during the investigation or trial phase. In instances where the offender remedies the victim's harm during the investigation stage, a more significant reduction is applied to the sentence in line with principles of fairness, compared to when the harm is addressed during the prosecution stage.

There is no ambiguity in applying effective remorse provisions in cases where the harm suffered by the victim in property-related offenses is entirely remedied through restitution or compensation. However, in scenarios where the offender provides only partial reparation to the victim, the victim's consent is required to implement the provisions of effective remorse as per Article 168/4 of the Turkish Penal Code. This is because, in such cases, since the victim's harm is not fully addressed, their property remains diminished compared to its state prior to the offense. The aim and scope of this analysis are to explore how effective remorse is applied in cases where the harm is only partially compensated in property-related offenses.

Although the legislation refers to partial restitution of harm, no clarification has been provided regarding what should be understood by the term "partial." Within the doctrine, some argue that even if the harm is only partially remedied, this restitution must reach a certain degree of significance. However, based on the principle of legality and the prohibition of analogy, it should be acknowledged that even if only a very small portion of the harm is addressed, the harm is still partially remedied, and the victim's consent should be sought for the application of the provisions on effective remorse.

Keywords

Partial Compensation, Effective Remorse, Victim's Approval, Redress of Harm, Assets

GİRİŞ

Hırsızlık, yağma, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, karşılıksız yararlanma gibi suçlar kişilerin malvarlığına yönelik bir tehlike arz ettiğinden malvarlığına karşı suçlar kapsamında düzenlenmiştir¹. Malvarlığına karşı işlenen suçlarla kişilerin mülkiyet hakları ihlal edilmekte ve bu kişiler maddi olarak bir kayba uğramaktadırlar. Etkin pişmanlık ise malvarlığına karşı suçlarda düzenlenen ortak hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır.

Suç tamamlandıktan sonra failin işlediği fiil nedeniyle ortaya çıkan zararı gidermeye yönelik bir çaba gösterdiği durumlarda kanunun bu çabasına değer atfederek failin lehine olacak şekilde cezasını kaldırması veya hafifletmesine imkân sağlayan düzenlemelere yer verdiği kuruma etkin pişmanlık denilmektedir². Etkin pişmanlık durumunda faile ceza verilmemesi yahut verilecek cezada indirim yapılması söz konusudur³. Bu nedenle kişiye verilecek cezayı kaldıran veya hafifleten bir kurum olarak etkin pişmanlığın ne şekilde uygulanması gerektiği sorunu önem arz etmektedir.

Etkin pişmanlık kurumunun özünü, mağdura verilen zararın giderilerek mevcut durumu eski haline döndürme çabası oluşturmaktadır⁴. Uygulamada bu zararın tamamen değil de kısmen giderildiği durumlarda etkin pişmanlığın ne şekilde uygulanacağı konusunda birtakım sıkıntılar yaşanmaktadır. Şöyle ki kısmen zararın giderilmesi hususunda kanunda mağdurun rızasının şart olduğu ifade edilmişse de kısmen zararın giderilmesi kavramından ne anlaşılması gerektiği, mağdurun rızasının

¹ Timuçin Köprülü, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, *TBB Dergisi*, Sayı 71, 2007, s. 254.

² Fatih Çam, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Özdem Özyayın), İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 546336), s.95-98.

³ Asuman Aytekin İnceoğlu, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2018, s.75-76.

⁴ Ahmet Mertcan Develi, *Dolandırıcılık Suçunun Bir İşleniş Şekli Olarak Piramitsel Dolandırıcılık Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Çetin Arslan), Ankara, Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2020, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 649694), s.73-74.

ne şekilde olacağı vb. hususlara dair kanunumuzda detaylı bir açıklama yer almamaktadır. Bu doğrultuda çalışmamızda söz konusu hususlara ilişkin detaylı açıklamalara ve mahkeme kararlarına yer verilerek bu konudaki tereddütler giderilmeye çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK

Ceza hukukunda malvarlığı, ekonomik değeri olan şeyler yanında ekonomik hiçbir değere sahip olmamakla birlikte sahibi açısından manevi bir değer taşıyan şeyleri de kapsayan hak ve borçlar bütünüdür⁵. Bu hak ve borçların sağladığı yararların yok edilmesine veya azaltılmasına yönelik eylemleri cezalandırabilmek ve kişilerin malvarlığı değerlerini koruyabilmek amacıyla Türk Ceza Kanunumuzda (TCK) malvarlığına karşı işlenen suçlar ayrı bir bölüm altında düzenlenmiştir⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre mülkiyet; “Toplum yararı ile sınırlı, sahibine gerek yetki ve gerekse ödevler yükleyen kamu ve özel hukuk karakterli, kendine özgü bir haktır⁷.” şeklinde tanımlanmaktadır. Türk Medeni Kanunu (TMK) 683’üncü maddenin birinci fıkrasında da mülkiyet hakkının içeriği tanımlanmıştır⁸. Bu madde doğrultusunda mülkiyet hakkının sahibine en geniş yetkiler tanıyan hakların başında geldiğini söylememiz mümkündür⁹. Ancak maddede de izah edildiği üzere mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı bu yetkiler hukuk düzeni çerçevesinde kullanıldığı müddetçe meşru sayılmaktadır¹⁰. Bu nedenle TCK’nın malvarlığına karşı suçlar bölümünde mülkiyet hakkının ihlali olarak sayılabilecek suçlara ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Çalışmamızın asıl konusu ise

⁵ Mustafa Emrah Şeyhanlıoğlu, *Hırsızlık Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Muharrem Özen), Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Hukuku) Ana Bilim Dalı, 2010, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 265466), s.7-10.

⁶ R. Yılmaz Yazıcıoğlu, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, Aralık 2013, s.758-761.

⁷Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14 Şubat 2007 Tarih ve E.2007/72, K.2007/74 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁸” Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.” Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

⁹ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, 2016, s. 27.

¹⁰ Eraslan Özkaya, *Eşya Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, c. I-A, s. 74

malvarlığına karşı suçlar bakımından kanunumuzda düzenlenen etkin pişmanlık müessesesidir.

Sözlük anlamı ile etkin kelimesi “hareket halinde olan; faal”, pişmanlık kelimesi ise “pişman olma durumu; nedamet” anlamına gelmektedir¹¹. Dolayısıyla sözlük anlamına göre zarar verici davranışlar sergileyen kişinin bu davranışlarından ötürü pişmanlık duymak suretiyle harekete geçerek söz konusu durumu telafi etmeye çalışmasını etkin pişmanlık olarak ifade etmemiz mümkündür¹². Ceza hukukunda ise etkin pişmanlık soruşturma aşamasında şüpheli, kovuşturma aşamasında ise sanığın işlediği fiil nedeniyle meydana gelen suçun tamamlanmasından sonra samimi bir şekilde pişmanlık duyarak işlediği fiil nedeniyle meydana getirdiği zararları aynen geri verme veya tazmin suretiyle gidermesi şeklinde tanımlanmaktadır¹³.

Kişinin işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyarak mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderdiği durumlarda cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak karşımıza çıkan etkin pişmanlık, cezanın bireyselleştirilmesi açısından önem arz etmektedir¹⁴. Bu hususa TCK madde 168’in gerekçesinde de yer verilerek hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma gibi suçlarda etkin pişmanlığın cezada indirim gerektiren şahsi sebep olduğu ifade edilmiştir¹⁵. Yargıtay da kararlarında etkin pişmanlığın cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler arasında yer aldığını ifade etmiştir¹⁶.

¹¹ Türk Dil Kurumu (TDK), “Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 25 Kasım 2024).

¹² Esra Şule Korkmaz, *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 138.

¹³ Hüseyin Talha Duman, *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık Kurumu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Behiye Eker Kazancı), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2024, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 865281), s.2-3.

¹⁴ İrmak Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024, s.319-320.

¹⁵ Şeymanur Arslan, *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Ömer Çelen), Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2023, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 790985), s.24-25.

¹⁶ “...5237 sayılı TCK’nın kabul ettiği suç teorisi uyarınca, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleşmesiyle, ortaya cezalandırmaya layık bir haksızlık çıkmakta, kusuru kaldıran bir sebebin de bulunmaması hâlinde fail hakkında bir cezaya hükmolunmaktadır. Fakat

İzah edilen bu hususlar doğrultusunda etkin pişmanlığın kusurluluğa etkisinin bulunmadığı yalnızca failin kusurunu örttüğünü söylememiz mümkündür¹⁷. Dolayısıyla fail etkin pişmanlığın şartlarını yerine getirmiş olsa da suçun varlığı ortadan kalkmamakta, yalnızca cezada indirimle gidilmesine veya cezanın kaldırılmasına imkân sağlanmaktadır¹⁸.

TCK madde 1’de ceza kanunumuzun amacı düzenlenmiş olup “...kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.” şeklinde ifade edilmiştir¹⁹. Esasında etkin pişmanlık ile amaçlanan durum da burada yer alan husustan farklı değildir²⁰. Şöyle ki; etkin pişmanlık kurumu ile bozulan kamu düzeni eski haline döndürülmeye çalışılmış, bu şekilde hem mağdurun uğradığı zararın giderilmesi hem de failin işlediği suçtan ötürü pişmanlık duyması sağlanarak ceza hukukunun amaçlarından olan faili ıslah amacının gerçekleşmesi hedeflenmiştir²¹. Bu şekilde fail, işlemiş olduğu suçun farkında olup meydana getirdiği zararları gidererek bir bedel ödemiş olmakta ve ceza hukukunun temel ilkelerinden olan onarıcı adalet de sağlanmış olmaktadır²². Bu durum ayrıca ceza hukukunda yer alan kefarete teorisiyle

bazı hâllerde kanunkoyucu, failin cezalandırılması. için başka birtakım. unsurların da bulunması ya da bulunmamasını aramıştır. İşte haksızlık ve kusur isnadı dışında kalan bu gibi hususlar “suçun unsurları dışında kalan hâller başlığı altında ele. alınmaktadır. Bunlardan failin cezalandırılması için gerekli olanlara “objektif cezalandırılabilme şartları, bulunmaması. gerekenlere de, “şahsi cezasızlık sebepleri veya “cezaı kaldırın veya azaltan şahsi sebepler denilmektedir. (...) Bu yönüyle etkin pişmanlık cezaı kaldırın veya cezada indirim yapılmasını. gerektiren şahsi sebepler arasında yer almaktadır...” Yargıtay On Sekizinci Ceza Dairesi, 27 Mart 2017 Tarih ve E. 2017/1202, K.2017/3349, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹⁷ İbrahim Özer, *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Murat Aksan), Konya, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2011, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 274199), s. 6.

¹⁸ Melik Kartal, *Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Adem Sözüer), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2013, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 340431), s. 57.

¹⁹ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

²⁰ Arif Emre Sümer, “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, Aralık 2023, s.1237-1239.

²¹ Özer, *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık*, op. cit., s. 6.

²² Ömer Altay, *Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Muhammed Demiral), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler

de bağdaşmaktadır²³.

Kanun koyucunun etkin pişmanlığı TCK'nin genel hükümler kısmında değil özel hükümler kısmında düzenlemesi de bize etkin pişmanlığın her suç tipinde değil, yalnızca kanunda yer verilen suçlar bakımından uygulanabileceğini göstermektedir²⁴. Bu doğrultuda etkin pişmanlık, malvarlığına karşı suçlarda ortak hüküm olarak TCK madde 168'de karşımıza çıkmaktadır²⁵. Söz konusu maddede kanun koyucu, failin ortaya çıkan zararı kovuşturma başlamadan önce gidermesi durumunda kovuşturma başladıktan sonra gidermeye kıyasen daha fazla bir indirim öngörmüştür. Kanun koyucu, bu şekilde mağdurun malvarlığında gerçekleşen eksilme nedeni ile daha fazla zarar görmesinin önüne geçmeyi amaçlamıştır. Bu husus etkin pişmanlığın kanunumuza getiriliş amacına da hizmet etmektedir²⁶.

Etkin pişmanlık, karşılıksız yararlanma suçu hariç cezada indirim yapan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır²⁷. Karşılıksız yararlanma suçu bakımından ise etkin pişmanlık, TCK'nin 168'inci maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir²⁸.

Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2024, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 905094), s.125-127.

²³ Yasemin Baba, *Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Adem Sözüer), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2011, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 287694), s.30-31.

²⁴ Berrin Akbulut, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2023, s.47-49.

²⁵ “Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs (...)61 suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir. Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.”, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

²⁶ Muhammed Yasin Yavrutürk, *Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s.138-141.

²⁷ Zahit Yılmaz, Özge Apiş, “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, Aralık 2013, s. 1773.

²⁸ “Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.”, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

Bu fıkra göre karşılıksız yararlanma suçunda zarar soruşturma tamamlanmadan önce tamamen giderilirse kişi hakkında kamu davası açılmayacaktır. Ancak kovuşturma başladıktan sonra, hüküm verilinceye kadar zararın giderilmesi durumunda etkin pişmanlık yine cezada indirim yapan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹.

Yağma suçu bakımından da TCK madde 168'in üçüncü fıkrasına bakıldığında etkin pişmanlık nedeniyle cezadan yapılacak indirim oranı hususunda farklı bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Bu fıkra göre; "Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkra giren hallerde yarısına, ikinci fıkra giren hallerde üçte birine kadar indirilir³⁰." denilmektedir. Yağma suçunun meydana gelmesinde cebir veya tehdit kullanıldığı da dikkate alınacak olursa yağma suçu, malvarlığına karşı işlenen diğer suçlara kıyasen daha ağır bir suç olduğundan bu suç bakımından uygulanacak olan etkin pişmanlık indiriminin de diğer suçlara nazaran daha az olması hakkaniyetin bir gereğidir³¹.

II. MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARDA ETKİN PİŞMANLIĞIN ŞARTLARI

A. BELİRLİ SUÇLAR BAKIMINDAN UYGULANABİLMESİ

Etkin pişmanlığın her suç bakımından uygulanması mümkün değildir³². Etkin pişmanlık, ancak kanunda o suç için uygulanması düzenlenmişse uygulanabilmektedir³³. TCK madde 168'e baktığımızda ise etkin pişmanlığın mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs, yağma

²⁹ Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2024, s.877-879.

³⁰ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

³¹ Necati Meran, *Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2013, s.496-497.

³² Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2024, s. 296.

³³ Veli Özer Özbek et al., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2024, s. 505.

ve karşılıksız yararlanma suçları için düzenlendiğini görmekteyiz³⁴. Dolayısıyla bu maddede yer almayan suçlar, malvarlığına karşı suçlar içerisinde yer alsa da sınırlı sayı ilkesi uyarınca etkin pişmanlık yalnızca bu maddede yer alan suçlar bakımından uygulanabilecektir³⁵.

İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme, hakkı olmayan yere tecavüz etme, bedelsiz senedi kullanma, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf etme, şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi, bilgi vermeme suçları malvarlığına karşı suçlar içerisinde yer alsa da kanunda bu suçlar bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği ayrıca düzenlenmediğinden, yer verilen bu suçlar açısından etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır³⁶.

B. SUÇUN TAMAMLANMIŞ OLMASI

Bir suçta etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için öncelikle o suçun tamamlanmış olması gerekmektedir³⁷. Suçun tamamlanması ile kastedilen ise söz konusu suç için kanunda öngörülen unsurların tamamının olgunlaşması, gerçekleşmesi gerektirir³⁸. Bu nedenle teşebbüste kalmış suçlar hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir³⁹. Ancak şartlarının bulunması halinde teşebbüste kalmış suçlar açısından gönüllü vazgeçme durumu

³⁴ Yasemin Baba, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 34.

³⁵ Gökhan Taneri ve Gani Kamışlı, *Dolandırıcılık – Sahtecilik – Güveni Kötüye Kullanma Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2024, s. 139.

³⁶ Mustafa Arslantürk, *Etkin Pişmanlık – Vazgeçme – Cezasızlık*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 57.

³⁷ Murat Aytekin, *Bilişim Sistemleriyle İşlenen Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 77.

³⁸ Devrim Aydın, “Suça Teşebbüs”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayfa 1, Mart 2006, s. 87.

³⁹ İsmail Aydın, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yer Alan Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mehmet Emin Alşahin), İstanbul, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı, 2019, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 550309), s. 181.

gündeme gelebilir⁴⁰.

C. ZARARIN GİDERİLMESİ

Kanun metninde de ifade edildiği üzere failin pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi gerekmektedir⁴¹. Failin zararı kısmen gidermesi durumunda ise etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için mağdurun rızası aranacaktır⁴². Bu hususa ileriki başlıklarda detaylı bir şekilde yer verileceğinden burada ayrıyeten açıklama yapılmayacaktır.

D. ZARARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN GİDERİLEBİLMESİ

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için zararın bizzat fail tarafından giderilmesinin gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Şöyle ki bir görüşe göre failin işlediği suçtan dolayı samimi bir pişmanlık göstermesi arandığından zararı bizzat kendisinin gidermesi gerektiği düşünülürken⁴³ bu görüşün tam tersini savunanlar ise bu hususun geniş yorumlanması gerektiğini ve failin rızası, izni doğrultusunda zararın üçüncü kişiler tarafından da giderilebileceğini ileri sürmektedir⁴⁴. Arslantürk ve Korkmaz'a⁴⁵ göre ise iade veya tazmin failin izni dışında, habersizce üçüncü kişiler tarafından giderilirse burada fail bakımından samimi bir pişmanlık söz konusu olmayacağından fail etkin pişmanlık hükümlerinden

⁴⁰ Göksel Aslan, *Örneklerle Uygulamada Dolandırıcılık, Hırsızlık ve Mala Zarar Verme Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 164.

⁴¹ Baturalp Gülenç, *Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Etkin Pişmanlık Uygulamasının Değerlendirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Feride Bakar Türegün), Bursa, Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye Ana Bilim Dalı, 2024, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 896055), s.78-81.

⁴² Necati Meran, *Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2016, s. 69.

⁴³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 21. Baskı, 2023, s. 862-863.

⁴⁴ Eyüp Savcı, *Yağma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Recep Gülşen), Diyarbakır, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2010, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 353189), s. 141; Sümer, “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, op. cit., s. 1250-1252; Baba, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, op. cit., s. 102-105.

⁴⁵ Korkmaz, op. cit., s.139.

faydalanamayacaktır⁴⁶.

Kanaatimizce de zarar failin yönlendirmesi ve izni doğrultusunda üçüncü kişiler tarafından da giderilebilecektir. Zira failin cezaevinde bulunması, mağdur ile aynı şehirde yaşamaması, yurt dışında olması vb. durumlarda mağdurun zararının bizzat fail tarafından giderilmesi beklenemez olursa hem zarar giderilemediğinden ortadaki mağduriyet gittikçe artacak, hem de fail mağdurun zararını giderme noktasında samimi bir pişmanlık ve heves gösterse bile o anın şartlarında mağdura bizzat ulaşarak zararını gideremediğinden dolayı failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması da engellenmiş olacaktır⁴⁷. Bu ise fail lehine getirilen bir düzenlemenin fail aleyhine sonuç doğurmasına neden olabilecektir.

Suçta konu eşyanın şüphe üzerine failin üzerinin, evinin yahut arabasının aranması durumunda bulunması veya failin yakalanacağını anlayınca söz konusu eşyayı polise rızasıyla vermesi durumlarında ortada gerçek anlamda bir pişmanlık bulunduğundan bahsedilemeyecektir⁴⁸. Burada fail, suçüstü nedeniyle veya yakalanacağını anlamasından dolayı başka çaresi kalmadığından söz konusu eşyayı vermektedir. Bu nedenle burada etkin pişmanlık durumundan bahsedilemeyecektir⁴⁹. Bu tür durumlarda zararın iadesi veya tazmini cebri icra yoluyla gerçekleştirilmiş olmaktadır⁵⁰.

E. ZARARIN HÜKÜM VERİLMEYEN ÖNCE GİDERİLMESİ

Suç şüphesinin öğrenilmesiyle başlayan ve iddianamenin kabulüne kadar geçen evreye soruşturma evresi denilmektedir⁵¹. İddianamenin kabulüyle başlayarak yargılama sonunda verilen hükümle sona eren evreye ise kovuşturma evresi

⁴⁶ Arslantürk, *Etkin Pişmanlık – Vazgeçme – Cezasızlık*, op. cit., s. 56; Arslan, op. cit., s. 39.

⁴⁷ Duman, op. cit., s. 26.

⁴⁸ Raif Bıkmaz, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu* (Doktora Tezi, Danışman Durmuş Tezcan), İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2023, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 845576), s. 258.

⁴⁹ Aslan, op. cit., s. 167.

⁵⁰ Devrim Aydın, “Dolandırıcılık Suçu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayfa 2, Aralık 2021, s. 695.

⁵¹ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 32.

denilmektedir⁵². Hüküm ile kastedilen husus mahkeme tarafından yapılan yargılamanın sonunda verilen, yargılamayı sona erdiren nihai karardır⁵³. Hükümün kesinleşmesi ise mahkeme tarafından verilen bu karara karşı başvurulacak herhangi bir kanun yolunun bulunmaması veya başvurulabilecek bir kanun yolu bulunmasına rağmen davanın tarafları tarafından bu kanun yoluna başvurulmaması suretiyle karar hakkında gidilebilecek bir itiraz merciinin kalmaması anlamına gelmektedir⁵⁴.

Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için ise mağdurun malvarlığında ortaya çıkan zararın ya kovuşturmaya başlamadan önce ya da kovuşturmaya başlanmış olsa dahi hüküm verilmeden önce fail tarafından giderilmiş olması gerekmektedir⁵⁵. Aksi durumda yani hüküm verildikten sonra gerçekleşecek olan bir geri verme veya tazminin verilecek olan cezaya bir etkisi olmayacaktır⁵⁶. Burada hüküm verilmeden önce kavramı ile kastedilen şey ilk derece mahkemesi tarafından nihai olarak verilecek karardan önceki zamanı ifade etmektedir⁵⁷. Yani kararın kesinleşmesi aranmamaktadır⁵⁸.

Doktrinde ise ilk derece tarafından verilen kararın bozma üzerine yeniden ilk derece mahkemesine geldiği durumlarda da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürenler bulunmaktadır⁵⁹. Bu görüşün tam tersini

⁵² Bahri Öztürk et al., *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, s.427-428.

⁵³ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, s.708-709.

⁵⁴ Sümer, “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, op. cit., s.1245-1246.

⁵⁵ Beyza Melek Eryiğit, *Dolandırıcılık Suçu ve Özel Olarak Bilişim Sistemlerinin, Banka Veya Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Nitelikli Dolandırıcılık Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mehmet Maden), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), Tez No: 591273), s. 140.

⁵⁶ Şeyhanlıoğlu, op cit., s. 137.

⁵⁷ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, 2024, s.807-810.

⁵⁸ Arif Emre Sümer, *Yargı Kararları Çerçevesinde Örgüt Suçlarında Etkin Pişmanlık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Zafer İçer), İstanbul, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2021, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), Tez No: 677894), s.16-18.

⁵⁹ Müslüm Kuzudişli, *Yağma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Ali Uğur Eriş), Ankara, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2012,

savunanlar ise bozmadan sonra dosyanın tekrar ilk dereceye gelmesi durumunda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasının fail hakkında takdiri hafifletici sebep olacağını bu nedenle etkin pişmanlığın mahkeme tarafından ilk hüküm verilene kadar uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler⁶⁰.

Kanaatimizce de bozma üzerine ilk dereceye dönen dosyalarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmaması gerekmektedir. Şöyle ki fail bakımından mağdurun zararını gidermesi için önünde hüküm verilinceye kadar uzun bir süre bulunmaktadır. Fail hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında bu imkana sahiptir. Failin tüm bu süreç boyunca mağdurun zararını gidermeyerek ilk derece tarafından verilen kararın bozulmasından sonra zararı gidermesi, etkin pişmanlık müessesesinin amacıyla da uygun düşmemektedir. Böyle bir durumda failin gerçekten işlediği suçtan dolayı samimi bir pişmanlık duyarak mağdurun zararını giderdiğini kabul etmek mümkün değildir. Burada failin amacı, mağdurun zararını gidermekten ziyade cezasında indirim gerçekleşmesini sağlamaktır⁶¹. Ayrıca kararın bozularak ilk dereceye gelmesine kadar geçecek süreçte de mağdurun zararının ve mağduriyetinin gittikçe artacağı hususları da göz önünde bulundurulduğunda etkin pişmanlık hükümlerinin bu şekilde uygulanmasının mağdurun aleyhine olacağı da açıktır.

F. FAİLDE SAMİMİ BİR PİŞMANLIK BULUNMASI

Etkin pişmanlığın hukukumuza getirilme amacı da göz önünde bulundurulduğunda aslolanın hem mağdurun zararının giderilerek mağdurun malvarlığının suçtan önceki haline getirilmesi, hem de failin işlediği suçtan dolayı gerçekten pişman olarak kendi isteği ile mağdurun zararını gidermesi olduğu anlaşılabacaktır⁶². Ancak uygulamada ne yazık ki failin mağdurun zararını gidermesi yeterli görülmemekte olup failin gerçekten işlediği suçtan dolayı pişman olup olmadığı

(<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 350262), s. 131; Özer, *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık*, op. cit., s.27-29.

⁶⁰ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yurhan Kitapevi, 6. Baskı, 2006, s. 617.

⁶¹ M. Emin Artuk et al., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 21. Baskı, 2024, s. 685.

⁶² Ensar Baki, "Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 2016/2, Temmuz 2016, s.42-48.

hususla araştırılmamaktadır.

Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle birlikte artan dolandırıcılık suçları da göz önüne alındığında uygulamada yalnızca mağdurun zararının giderilmesine çalışılması her ne kadar pratikliği ve mağdurun zararın giderilmesini sağlasa da kanunilik ilkesi dikkate alındığında bu durumun birtakım sakıncalarının bulunduğu da görülecektir⁶³. Zira TCK madde 168'in birinci fıkrasında kanun koyucu, failin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun zararını gidermesini aramıştır⁶⁴.

Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için yukarıda yer verilen bu şartların hepsinin bir arada bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde o suç için etkin pişmanlığın uygulanmasından bahsedilemeyecektir. Etkin pişmanlığın unsurlarıyla ilgili Yargıtay On Sekizinci Ceza Dairesinin bir kararında da⁶⁵ her suçun doğası gereği

⁶³ Feyza Kır, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık Kurumu* (Doktora Tezi, Danışman Özde Dereboylular), Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2023, (<https://docs.neu.edu.tr/library/9597542640.pdf>), s.143-144.

⁶⁴ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

⁶⁵ "...Gerek Türk Ceza Kanunundaki gerekse özel ceza kanunlarındaki etkin pişmanlık düzenlemeleri incelendiğinde ve öğreti ile yargısal kararlardaki görüşler değerlendirildiğinde "etkin pişmanlığın" unsurlarının;

1-Kanunda etkin pişmanlığa imkân tanıyan bir düzenleme bulunması,

2-Suçun tamamlanmış olması,

3-Failin kanunda öngörülen biçimde aktif bir davranışının olması,

4-Failin bu davranışın iradi olması,

Şeklinde belirlenmesi mümkündür.

Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için öncelikle kanunda o suç ve faili bakımından buna imkân tanıyan özel bir düzenleme bulunması gerekir. Her suç açısından etkin pişmanlığın uygulanması mümkün değildir. Esasen niteliği gereği her suç etkin pişmanlığa elverişli de değildir. O suç tipi bakımından kanunda etkin pişmanlık düzenlemesi öngörülmemişse "kanunilik ilkesi" uyarınca kıyas veya yorum yoluyla da olsa etkin pişmanlık uygulanamaz. Örneğin; TCK'nın 168. maddesinde malvarlığına yönelik bazı suçlar bakımından etkin pişmanlık düzenlemesi öngörülmüştür. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bu suçlar arasında sayılmadığından, bu suç da malvarlığına yönelik bazı bir suç olmasına karşın TCK'nın 168. maddesinin uygulanması mümkün değildir.

Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekir. Teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından etkin pişmanlıktan söz edilemez ancak şartları var ise "gönüllü vazgeçme" gündeme gelebilir.

Etkin pişmanlığın diğer bir şartı failin kanunda öngörülen biçimde aktif bir davranışının bulunmasıdır. Gerçekten de etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemeler incelendiğinde "suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım etme", "mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderme", "örgütü dağıtma veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlama", "iftiradan dönme", "gerçeği söyleme" gibi

etkin pişmanlığa elverişli olmadığı, bu nedenle ancak kanunda düzenlenen suçlar bakımından yukarıda yer verdiğimiz bu şartların da bulunması halinde etkin pişmanlığın uygulanabileceği hususu detaylı bir şekilde açıklanmıştır.

III. ZARARIN KISMEN GİDERİLMESİ DURUMUNDA ETKİN PİŞMANLIK

A. ZARARIN KISMEN GİDERİLMESİ KAVRAMI

Kanun metninde zararın kısmen giderilmesi durumundan bahsedilmesine rağmen kısmen giderme kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır⁶⁶. Bu durum ise uygulamada birtakım sorunlara yol açmaktadır. Bu nedenle öncelikle kısmen zararın giderilmesi kavramından bahsetmemiz çalışmamızın gidişatı açısından faydalı olacaktır. Zararın kısmen giderilmesi failin mağdurun malvarlığını suçtan önceki haline aynen değil eksik bir şekilde geri getirmesi durumudur⁶⁷.

Kısmen zararın giderilmesinden ne anlaşılması gerektiğine dair doktrinde birtakım görüş farklılıkları bulunmaktadır. Şöyle ki; bir görüşe göre etkin pişmanlık müessesesinin bir amacının da mağdurun suçtan gördüğü zararın giderilmesi ve uğradığı haksızlığın meydana getirdiği sonuçların onarılması olduğu göz önüne

çeşitli şekillerde failden işlediği suçla gerçekleşen haksızlığın neticelerini mümkün olduğunca ortadan kaldırmaya yönelik aktif davranışlarda bulunmasının arandığı görülmektedir. Gerçekleştirdiği haksızlığın neticelerini kanunun aradığı biçimde ortadan kaldırmaya yönelik hiçbir aktif davranışta bulunmayan fail hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanması mümkün değildir.

Etkin pişmanlığın varlığının kabul edilebilmesi için sanığın suç sonrası sergilediği aktif davranışın iradi olması da lazımdır. Bu şart etkin pişmanlığın subjektif unsurunu teşkil etmektedir. Etkin pişmanlığın varlığının kabulü için tek başına failin haksızlığın sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik davranışlarda bulunmuş olması yeterli değildir. Etkin pişmanlıkta fail, suç sonrası zararı gidermeyi, engellemeyi, düzeltmeyi ya da tehlikeyi önlemeyi iradi yani gönüllü olarak yapmalıdır. Çoğu zaman fail bu tür davranışları, suçu işledikten sonra duyduğu pişmanlığın tesiri ile yapmaktadır. Etkin pişmanlıkta ceza verilmesinden vazgeçilmesinin yahut cezadan indirim yapılmasının temelinde failin bu pişmanlığı yatmaktadır. Zira cezalandırılmada güdülen asıl amaç kişinin pişmanlık duymasını sağlayıp yeniden topluma kazandırılmasıdır ...” Yargıtay On Sekizinci Ceza Dairesi, E.2017/1202, K.2017/3349.

⁶⁶ Emre Polat, *Yargı Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Murat Aksan), Konya, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2023, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 824391), s. 105.

⁶⁷ Mehmet Gödekli, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 29, Ocak 2017, s. 312.

alındığında, kısmi iadenin mağduru tatmin edecek miktarda ve mağdur açısından doğrudan sonuç doğurucu nitelikte olması, ayrıca bunun sonucu olarak da mağdura ilave külfet yüklememesi gerekmektedir⁶⁸. Yargıtay'ın da bu yönde birtakım kararları bulunmaktadır⁶⁹.

Bu görüşün tam tersini savunanlara göre ise kısmen zararın giderilmesi durumundan ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili kanunda bir açıklama yer almadığından ve kısmen zararın giderilmesi durumunda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun rızası arandığından, neyin kısmen zarar giderimi kapsamında kalıp kalmayacağı da mağdurun bu duruma rıza gösterip göstermemesine göre şekillenmelidir⁷⁰.

Biz de konuyla ilgili ikinci görüşe katılmaktayız. Şöyle ki; Türk Dil Kurumuna (TDK) göre kısmen kelimesinin anlamı; “bütünüyle değil yalnızca bir bölümüyle,

⁶⁸ Gani Kamışlı, *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hırsızlık Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.278-279; Hüseyin Eker, “Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 100, Mayıs – Haziran 2012, s. 377.

⁶⁹ “...Bu bağlamda sanık tarafından çalınan malın kullanılmayacak bir durumda mağdura iade edilmesi veya malın kullanılabilmesi için mağdurun ayrıca bir işlem ve masraf yapması gereken durumlarda kısmi iadeden bahsedilemeyeceği gibi, bütünlüğü bozulan malların parça parça olarak iade edilmesi durumunda da kısmi iadeden bahsedilemeyecektir.

Çalınan şeyin bütünlüğü bozulduktan sonra parçalanarak iade edilmesi ve parçaların tek başına bir değerinin bulunması durumlarında kısmi iade veya tazmin şartlarının oluşup oluşmadığına gelince; parça olarak tek başına değeri olan malın satılabilmesi, mağdurun emek ve mesai sarf etmesini gerektirmesi, buna bağlı olarak iadenin doğrudan sonuç doğurmaması, ayrıca iade edilen parçaların satılması külfetinin zaten suçun işlenmesinden dolayı zarar görmüş olan mağdura yükletilmesinin hakkaniyete uygun olmaması nedeniyle kısmi iadenin şartlarının oluşmadığının kabulü gerekmektedir.

Diğer taraftan, kısmi iade şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde, suça konu eşyanın niteliği de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, misli bir eşya olan 1.000 Lira paranın çalınmasında, çalınan paranın 900 Lirasının iadesi halinde kısmi iadeden söz edilebilecektir. Bölünemeyen bir eşya olan bisikletin fonksiyonunu gerçekleştirme engel oluşturmayan sepeti olmaksızın, yine bölünemeyen bir eşya olan otomobilin işlevini yerine getirmesine engel oluşturmayan dikiz aynası ya da teybi olmaksızın geri verilmesi hallerinde kısmi iadenin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak, eşyanın kendisinden beklenen işlevini yerine getirmesini sağlayacak parça veya parçaları olmaksızın geri verilmesi, ya da eşyanın işlevini yerine getiremeyecek şekilde bütünlüğü bozularak, bir kısım parçalarının geri verilmesi, örneğin çalınan motosikletin motoru olmaksızın geri verilmesi halinde işlevini yerine getiremeyecek bir durumda olması nedeniyle kısmi iadeden söz edilemeyecektir...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30 Nisan 2013 Tarih ve E.2012/1437, K.2013/153 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁷⁰ Şölen Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.190-194.

kimi bakımdan, kimi yönden, bir bölüm olarak.” şeklinde ifade edilmektedir⁷¹. TCK’de kısmen zararın giderilmesi kavramıyla ilgili bir açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle ilk görüşü savunanlara göre kısmen zararın giderimi için bu kısmi gidermenin belli bir yoğunluğa ulaşması gerektiğinden bahsedilse de TCK’nin 2’nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz⁷².” denilmektedir. Dolayısıyla burada kısmen tazminin ne olduğu konusunda “kısmen” kelimesinin sözlük anlamına itibar etmek kıyas yasağının bir gereğidir⁷³. Zira aksi durum TCK’nın 2’nci maddesinde düzenlenen kıyas yasağına aykırılık teşkil edecektir⁷⁴. Konuyla ilgili bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da kanun metninde yer almayan bir hususun sanık aleyhine olacak şekilde uygulanmasının kanunilik prensibine aykırı olduğu, kaldı ki suçun maddi unsurlarından biri olan mağdurun rızasını görmezden gelmenin de maddenin konuluş amacıyla bağdaşmayacağı ifade edilmiştir⁷⁵.

⁷¹ Türk Dil Kurumu (TDK), “Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 10 Ocak 2025).

⁷² 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

⁷³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2024, s.64-67.

⁷⁴ Muhammed Emre Tulay, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, Aralık 2016, s. 2718.

⁷⁵ “...TCK’nun 168. maddesinin son fıkrasında kısmen geri verme ya da tazminde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, mağdurun aynen iade ya da tazmine rıza göstermesi aranırken herhangi bir orandan bahsedilmediği halde, anılan maddenin gerekçesinde zararın mümkün olduğunca azaltılmak suretiyle tazmininden söz edilmiştir. Yargıtay 6. Ceza Dairesi’nin 2008/273 E-2008/19969 K sayılı ilamında ise ‘Sanığın, gündüz saat 14.30 sıraları yağmaladığı, yakınana ait Hyundai marka 2005 model minibüsten, silahla ateş edildiği ihbarı üzerine geceleyin saat 22.10 sıraları kovalama sonucu yakalandığı, araç bilgilerinin sorgulanmasında suça konu araç olduğunun belirlenmesi nedeniyle etkin pişmanlık gösterilerek iadeden söz edilemeyeceğinin ve sanığın ödemek istediği cep telefonu ve televizyonun 200 YTL değerinin de yağmalanan eşyaların toplam değerine göre çok düşük bir miktar olduğunun anlaşılması karşısında; zararın tamamen ve mümkün olduğu kadar aza indirilerek iade ve tazmin edilmemesi nedeniyle TCY’nın 168/4. maddesindeki kısmi iadeye ilişkin indirim hükmünün uygulama olanağı bulunmadığından, tebliğnamedeki bozma isteyen düşünce benimsenmemiştir’ denilerek zararın dolaylı olarak büyük oranda karşılanmasından söz edilmiştir. Zararın mümkün olduğu kadar aza indirilmesi ile büyük oranda aza indirilmesinin aynı anlama gelmediğini şu örnekle somut bir şekilde açıklamak mümkündür. ‘Çaldığı 10.000 YTL paranın 100 YTL’sini elinde bulundururken diğer kısmını harcadığı için iade etme olanağı bulunmayan şahsın elindeki 100 YTL’yi iade etmesi durumunda zararın mümkün olduğu ölçüde aza indirilmesinden söz etmek mümkün iken zararın büyük ölçüde aza indirildiğini kabul etmek

Kanun koyucu, kısmen zararın giderilmesi hususuyla ilgili herhangi bir asgari sınır belirlememiştir⁷⁶. Bu nedenle ayrıntılı haline bir önceki dipnotta yer verilen karardan da anlaşılacağı üzere madde metninde açıklaması bulunmayan bir hususun bu şekilde yorumlanması, hem sanığın aleyhine olacak hem de kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki, kısmi iade durumunda mağdurun rızasının aranması gerektiği kanunda açıkça yer almaktadır. Bu nedenle burada kısmi iadenin koşullarının oluşup oluşmadığı hususuna mağdurun rıza göstermesi daha yerinde olacaktır. Örneğin ortada 10.000,00 TL'lik bir zararın söz konusu olduğu durumda failin bu zararın yalnızca 1.000,00 TL'sini giderebilmesi, belki bizim savunduğumuz görüşün tam tersini savunanlara göre belli bir yoğunluğa ulaşmamış olsa da o an mağdur için önem arz edebilir. Kısmen kelimesinin anlamının bir şeyin bütününe ya da büyük çoğunluğuna değil, yalnızca bir bölümünün olduğu da kabul edilecek olursa 1.000,00 TL'nin 10.000,00 TL'nin bütünü olmasa da bir bölümü olduğu açıktır. Bu nedenle burada da kısmen zararın giderildiği kabul edilmeli ve etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi açısından mağdura kısmen zarar giderimine rızası olup olmadığı sorulmalıdır.

Söz konusu madde ile ilgili Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerde “kısmi iade durumunda geri verme oranının mağduru tatmin edecek düzeyde olması” hususunun madde metnine yazılması önerisinin reddedilmesi de bu hususu destekler

mümkün değildir. Yine aynı şekilde çaldığı 10.000 YTL paranın 9.900 YTL'sini elinde bulunduran şahsın elinde bulundurduğu paranın 9.800 YTL'sini iade etmesi durumunda zararı büyük ölçüde aza indirdiği konusunda kuşku bulunmamasına karşın, mümkün olduğu ölçüde aza indirdiğinin kabul edilmesi mümkün değildir'. Bu nedenle Yargıtay 6. Ceza Dairesinin yukarıdaki ilamda benimsediği gerekçenin, 5237 sayılı TCK'nun 168. maddesinin gerekçesine de uygun olmadığı açıktır. Ayrıca madde metninde yer almadığı halde madde gerekçesinde yer alan bir kavramın sanık aleyhine hüküm doğuracak şekilde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için ön koşul olarak kabul edilmesinin yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatılan kanunilik prensibine aykırı olacağı açıktır. Kaldı ki maddenin konuluş amaçlarından biri de toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir Hukuk Toplumunda yaşama hakkına sahip olan mağdurun zararının giderilmesidir. Zira suçun maddi unsurlarından birini mağdur oluşturmaktadır. Kanun koyucunun gerçek iradesini, kısmi iade halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını, mağdurun iade edilen kısma rıza göstermesi; başka bir deyişle iade edilmeyen kısım üzerindeki hakkından vazgeçmesi koşuluna bağlayan TCK'nun 168/son maddedeki düzenlemeden de anlamak mümkündür...”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26 Ekim 2010 Tarih ve E.2010/173, K.2010/208, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁷⁶ Baba, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, op. cit., s. 64.

niteliktedir⁷⁷. Ayrıca madde metnine bu hususun eklenmesi, failin mağdur üzerinde baskı kurmasına da yol açabileceğinden birtakım sakıncalar doğurabilecektir⁷⁸.

B. ZARARIN KISMEN GİDERİLMESİYLE ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

Etkin pişmanlık, kişinin işlediği suçtan dolayı özgür iradesiyle sonradan pişman olması, suç teşkil eden fiilin meydana getirdiği olumsuzlukları gidermesi ve ceza adaletine olumlu davranışlarıyla katkı sunması halinde kanunumuzda yer alan ilgili hükümlerin uygulanmasını sağlayan bir ceza hukuku kurumudur⁷⁹. Normal şartlar altında etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme yahut tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir⁸⁰. Bu şekilde fail, mağdurun malvarlığını bu suç işlenmeden önceki haline döndürmüş olmaktadır.

Fail ise çoğu zaman mağdurun uğradığı zararı tamamen tazmin edememekte, bu da hem faili hem de mağduru zor durumda bırakmaktadır. Fail ya çaldığı eşya üzerinde tasarrufta bulunarak değerini eksiltmekte, ya da zarar büyük olduğu için bu miktarı tamamen ödeyememektedir. Oysaki mağdur, bazı durumlarda zararının tamamen giderilemeyecek olmasındansa kısmen de olsa giderilmesini kabul edebilmektedir. Bu şekilde mağdurun uğradığı zarar bir miktar da olsa tazmin edilmekte ve mağdurun durumu iyileştirilmektedir.

Zararın kısmen giderilmesine kanunen herhangi bir sonuç bağlanmaması durumunda ise fail de mağdurun zararını kısmen de olsa gidermeye yanaşmayacaktır. Bu nedenle TCK'nin 168'inci maddesinin dördüncü fıkrasında: "Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca

⁷⁷ Mustafa Arslantürk, *Yargıtay ve İstinaf Bakışıyla Dolandırıcılık Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 321.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Atilla Geyik, *Türk Ceza Hukuku'nda Mala Zarar Verme Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Handan Sevik), Diyarbakır, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2014, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 373351), s. 104.

⁸⁰ Hasan Yıldırım ve Remzi Demir, *Yağma Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 158.

mağdurun rızası aranır⁸¹.” denilerek kanun koyucu kısmen zararın giderilmesi durumunda da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğini düzenlemiştir. Ancak kanun koyucu, kısmen tazmin durumunda etkin pişmanlığın uygulanabilmesi hususunu mağdurun bu duruma rıza göstermesi koşuluna bağlamıştır⁸². Bu şekilde taraflar arasında bir denge kurularak adaletsiz bir durumun ortaya çıkması engellenmeye çalışılmıştır. Konuyla ilgili bir kararda söz konusu durum;

“...Tüm dosya içeriğine göre; devriye görevi ifa eden kolluk görevlileri tarafından şüphe üzerine durdurulan araçta ele geçirilen malzemelerin, hakkında ayrı yargılama yürütülüp mahkumiyet kararı verilen sanık ...‘ın suça konu eşyaları aldıkları yeri göstermesi sonucu henüz müracaatı bulunmayan mağdura iadesinin sağlandığı somut olayda; mağdurun yaşı büyük sanıkların yargılandığı dava sırasında, kendisine teslim edilen eşyalarının bazılarının hasarlı olduğunu ancak kalan zararın giderilmesine yönelik bir talebi bulunmadığına dair beyanı dikkate alınarak; mağdurdan kısmi iade nedeniyle suça sürüklenen çocuk hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rızası olup olmadığı sorularak, sonucuna göre 5237 sayılı TCK’nın 168/1-4. maddesinin uygulama koşullarının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi⁸³...”

şeklinde ifade edilmiştir. Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun malvarlığında meydana gelen eksilmenin tamamen giderilerek eski haline döndürülmesi gerekmektedir. Yer verilen kararda ise mağdura teslim edilen eşyaların bazıları hasarlı olduğundan kısmi iade durumu söz konusudur. Kısmi iade durumunda ise etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için TCK madde 168’in dördüncü fıkrası uyarınca mağdurun bu konuda muvafakatinin alınması gerekmektedir. Zira aksi durumda zarar tamamen giderilmiş olmayacağından mağdurun rızası alınmadan etkin pişmanlık hükümleri uygulanmak suretiyle failin cezasından indirim yapılması kanuna aykırı olacaktır. Mağdurun kamu kurumu olması halinde de kısmi iadeye

⁸¹ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

⁸² Meran, *Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar*, op. cit., s. 484.

⁸³ Yargıtay İkinci Ceza Dairesi, 5 Ekim 2021 Tarih ve E.2020/19767, K.2021/15985, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

rızanın olup olmadığının kamu kurumundan yazı ile sorulması gerekmektedir⁸⁴.

Etkin pişmanlık hükümlerinin mağdurun rızasına bırakılmaksızın uygulanabilmesi için mağdurun zararının tam ve eksiksiz bir şekilde giderilmesi gerektiğinden bahsetmiştik. Özellikle uygulamada karşımıza çıkan cep telefonlarının çalınması durumunda; çalınan cep telefonunun sim kartsız, kılıfsız yahut zarar görmüş bir şekilde verilmesi hallerinde tam ve eksiksiz bir iadeden bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle, bu gibi durumlarda mağdura yapılan iadenin kısmi iade olduğu kabul edilerek etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına mağdurun rızasının olup olmadığının sorulması gerekmektedir. Aksi durumda kısmi iade olduğu dikkate alınmadan mağdurun etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rıza gösterip göstermediğinin sorulmaması, Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılacaktır⁸⁵.

Mağdur sayısının birden fazla olduğu durumlarda tüm mağdurların rızası

⁸⁴ “...öncelikle ilgili kurum yetkilisinin duruşmaya çağrılarak, sanık tarafından zararın tamamen veya kısmen giderilip giderilmediği hususunun sorulması, buna dair belgelerin dosyaya konulması, bu duruma göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunun karar yerinde tartışılması ile yapılan ödemenin tam veya kısmi olup olmadığının belirlenmesinden sonra, kısmi ödeme varsa; 5237 sayılı TCK’nın 168/4. maddesi kapsamında, ilgili kurum yetkilisine kısmi ödemeye rızası olup olmadığının sorularak, sonucuna göre sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 168/2. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”, Yargıtay On Beşinci Ceza Dairesi, 13 Ekim 2014 Tarih ve E.2013/25975, K.2014/16162, (<https://www.lexpera.com.tr/>) ; “...Mahkemece katılma hakkı olmayan ...'ya bu hususun sorulduğu, katılan kurum olan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ye kısmi iadeye rızasının bulunup bulunmadığı sorulmadan kabloların teslimi ile aynen iadenin sağlandığı şeklindeki yanlış gerekçeyle yazılı şekilde sanık hakkında TCK'nın 168/1 maddesinin uygulanması...”, Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi, 27 Nisan 2021 Tarih ve E.2020/10361, K.2021/8284, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁸⁵ “... olaydan hemen sonra şüphe üzerine durdurulduğu sırada cep telefonunu çalan diğer arkadaşının yerini bildirdiği, beyanları doğrultusunda bildirdiği yerde diğer sanığın yakalandığı ve suçla konu cep telefonunun müştekiye iadesinin sağlandığından bahisle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulandığı ancak, telefonun müştekiye sim kartsız ve kılıfsız bir şekilde teslim edildiği, tam ve eksiksiz bir iadenin söz konusu olmadığı, kısmi iade sağlanmış olması nedeniyle müştekinin kısmi iade nedeniyle ceza indirimine muvafakat edip etmeyeceği sorulduktan sonra sanık hakkında TCK'nın 168. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılıp değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...”, Yargıtay On Yedinci Ceza Dairesi, 19 Kasım 2015 Tarih ve E.2015/25520, K.2015/9702, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

olmadığı sürece etkin pişmanlık hükümleri uygulanamaz⁸⁶. Bu rıza; açık veya örtülü olabilir. Ancak mağdurun salt şikayetçi olmadığını bildirmesi, zararın kısmen giderilmesine rıza gösterdiği şeklinde yorumlanamaz⁸⁷. Zira fail hakkında şikayetçi olmayan mağdur, kısmi iadeye rıza göstermeyebilir. Yargıtay da bu konuda şikayetten vazgeçmenin ya da mağdurun faille arasındaki sorunları çözdüğünü beyan etmesinin zararının giderildiği şeklinde yorumlanamayacağı, bu hususun açıkça mağdurdan sorulması gerektiği görüşünü benimsemektedir⁸⁸.

Kısmi iade söz konusu olduğunda tüm çabalara rağmen mağdura ulaşılamaz ve kısmi iadeye rıza gösterip göstermediği sorulamazsa yerleşik Yargıtay uygulamalarına göre fail lehine uygulama yapılarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiği benimsenmiştir⁸⁹. Kanaatimizce, bu tür durumlarda somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Somut olayın şartlarına bakıldığında failin gerçekten zararın o kadarını mı giderebildiği yahut kötü niyetli davranarak bu durumdan istifade mi etmeye çalıştığı hususu araştırılmalıdır. Bu husus araştırılmadan mağdura ulaşılamamasının fail lehine değerlendirilmesi suretiyle fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması doğru olmayacaktır. Zira aksi durum mağdurun daha da fazla zarar görmesine ve failin bu durumdan kötü niyetli bir şekilde yararlanmasına neden olacaktır. Bu ise ceza hukukumuzun temel ilkelerine uygun düşmemektedir.

⁸⁶ Yüksel Günarslan, *Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 101.

⁸⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, op. cit., s. 858.

⁸⁸ "...Mağdur ...'in kovuşturma aşamasında talimat yolu ile alınan 02/01/2019 günlü ifadesinde "Zararım giderilmemiştir. Kısmen zararımın giderilmesi halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına muvafakatim yoktur." dediği; adı geçen mağdurun mahkemeye ibraz ettiği, dosyaya eklenen ve 18/06/2019 günlü oturumda okunan 13/06/2019 tarihli dilekçesinde ise "Şikayetimden feragat ediyorum. Sanıklar ile aramızdaki sorunları çözüme kavuşturup, barıştık." yazdığı dikkate alındığında; mağdurun kovuşturma aşamasında verdiği dilekçesinde belirttiği "sorunları çözüme kavuşturma" ifadesinin yağma suçuna konu zararının giderildiği anlamına gelip gelmediğinin kendisinden sorulup, bu konuda denetime olanak verecek şekilde beyanı alınarak; sonucuna göre TCK'nın 168/3. maddesinde tanımlanan etkin pişmanlık hükmünün uygulama olanağının yeniden değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması...", Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi, 8 Şubat 2021 Tarih ve E.2020/2662, K.2021/1987, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁸⁹ Arslantürk, *Etkin Pişmanlık – Vazgeçme – Cezasızlık*, op. cit., s. 56.

İzah edilen hususlar doğrultusunda fail, içinde bulunduğu hal ve şartlara göre zararın yalnızca bir kısmını giderebiliyor ve bu konuda kötü niyetli bir davranışı da bulunmuyorsa, ancak bu durumda mağdura ulaşılamaması fail lehine değerlendirilerek etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır. Burada mağdura ulaşılamadığından mahkemece bir ödeme noktası belirlenmek suretiyle faile zararı giderme imkânı tanınmaktadır⁹⁰. Uygulamada çoğunlukla ilgili mahkemece mağdurun T.C kimlik numarasıyla PTT hesabına ödeme yapılmasına karar verilmektedir.

Mağdur, failden hiçbir şey istemediğini ve şikayetçi olmadığını söylese dahi faile etkin pişmanlık hükümleri derhal uygulanmaz⁹¹. Zira bu durum, etkin pişmanlık müessesinin doğasına da aykırı olacaktır. Burada etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için failin, kısmen de olsa zararı gidererek söz konusu suç nedeniyle gerçekten samimi bir şekilde pişmanlık göstermesi gerekmektedir. Ayrıca mağdurun zararın kısmen giderilmesini kabul etmesi, kalan kısımdan vazgeçtiği anlamına gelmeyecek ve mağdur, zararının giderilmeyen kısmı için hukuk mahkemelerinde talepte bulunabilecektir⁹².

Kısmi iadenin mağdura parçalar halinde yapılması durumunda rıza hangi aşamada gerçekleşirse o aşama baz alınarak etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır⁹³. Örneğin fail, iadenin bir kısmını soruşturma aşamasında yapar ve bu aşamada mağdurun rızası bulunmazsa kısmi iade gerçekleşmiş olsa da rıza olmadığı için etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak fail, kısmi iadenin bir kısmını da kovuşturma aşamasında yapar ve mağdur kovuşturma aşamasında kısmi iadeye rıza gösterdiğini beyan ederse, bu durumda soruşturma aşamasında yapılmış bir kısmi iade olsa da mağdur kovuşturma aşamasında kısmi

⁹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 9 Şubat 2016 Tarih ve E.2013/735, K.2016/55, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁹¹ İsmail Turgut Kıldan, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanabilme Koşulları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 8, Ocak 2012, s. 125.

⁹² Şua Çavga, *Yeni TCK'da Suçun Unsurları ve Özel Görünüş Şekilleri Etkin Pişmanlık* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman Veli Özer Özbek), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, (<https://www.academia.edu/>), s. 31.

⁹³ Meran, *Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar*, op. cit s. 484.

iadeye rıza gösterdiğinden etkin pişmanlık hükümleri zararın kovuşturma aşamasında giderildiği esas alınarak uygulanacak ve bu şekilde failin cezasından indirim yapılacaktır. Yargıtay da bu konuda benzer bir anlayış benimsemektedir⁹⁴.

IV. KISMİ İADE DURUMUNDA ETKİN PİŞMANLIK

Malvarlığına karşı suçlar içerisinde günümüzde yaygın olarak görülen suçlardan biri olan hırsızlık suçlarında en çok karşılaştığımız durum; failin mağdurun cüzdanını veya çantasını çalması durumudur. Bu gibi durumlarda failin asıl amacı, mağdurda bulunan para ya da banka veya kredi kartlarını çalmak olsa da cüzdanın içerisinde kimlik kartı, sürücü belgesi gibi mağdura ait kişisel kartlar da bulunduğundan bunlar da çalınmış olmaktadır.

Uygulamada ise etkin pişmanlık hükümleri uygulanırken nüfus cüzdanı ve sürücü belgesi gibi belgelerin de birer ekonomik değeri bulunduğu unutulmakta, bu da etkin pişmanlık açısından hatalı uygulamalara yol açmaktadır. Şöyle ki; bu eşyalar çalındığında mağdur yenisini çıkartana kadar zor durumda kalmak suretiyle manevi olarak bir zarara uğramakta, ayrıca bu belgelerin yenisini çıkartmak için tekrardan bir ücret ödemesi gerektiğinden maddi olarak da zarara uğramaktadır. Dolayısıyla fail bu eşyaları mağdura geri verdiğinde ortada giderilecek başkaca zararlar bulunsa da zararın kısmen de olsa giderildiğini kabul etmek gerekmektedir. Bu nedenle de bu gibi durumlarda zararın kısmen giderilmesi nedeniyle etkin pişmanlık gündeme gelecek ve mağdura rızasının sorulması gerekecektir. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında da söz konusu durumun;

⁹⁴ “... Soruşturma aşamasında, eşyalarının bir bölümü iade edilmesine karşın, ısrarla kısmi iadeye rızası bulunmadığını ve sanıktan şikâyetçi olduğunu, kovuşturma aşamasında ise, önce sanıktan şikâyetçi olduğunu ve davaya katılmak istediğini beyan eden mağdurun, ancak suça konu eşyaların ağırlıklı bölümünü teşkil eden ve kısmi iadenin gerçekleştirildiğinin kabulünü gerektirir nitelikteki parasal ödemeden sonra kısmi iadeye rıza gösterdiğini ve şikâyetinden vazgeçtiğini belirtmiş olması karşısında; mağdurun değer verdiği iadenin gerçekleştirildiği ve kısmi iadeye rızasını gösterdiği hüküm verilmezden önceki evreyi esas almak suretiyle sanık hakkında TCY’nın 168. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca uygulama yapan yerel mahkeme direnme hükmünde isabetsizlik bulunmamaktadır...” , Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12 Haziran 2012 Tarih ve E.2011/489, K.2012/231 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

“...Sanık tarafından iade edilen nüfus cüzdanı ile sürücü belgesinin yenisini çıkartmak için ücret ödenmesi gerektiği düşünüldüğünde maddi bir değerlerinin bulunduğu ve sanık hakkında kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rızası olup olmadığı mağdurdan sorularak TCK'nın 168.maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına buna göre tartışılması gerekirken nüfus cüzdanı ve sürücü belgesinin maddi değeri olmadığı bu nedenle kısmen zararın tazmininden söz edilemeyeceği şeklindeki gerekçeyle sanık hakkında TCK'nın 168.maddesinin uygulanmamasına karar verilmesi⁹⁵...”

şeklinde ifade edildiği, dolayısıyla Yargıtay'ın da nüfus cüzdanı ve sürücü belgesinin maddi değeri olduğunu kabul ettiğini görmekteyiz.

Hırsızlık suçlarında sıklıkla karşılaştığımız bir başka konu ise failin çaldığı eşyayı yakalanmamak amacıyla hemen elden çıkartmaya çalışması durumudur. Fail, yakalandığı zaman bu suç eşyasını sattığı üçüncü kişiden almak suretiyle mağdura geri vermektedir. Oysaki fail ile üçüncü kişi arasında yapılan satış işleminde, üçüncü kişi söz konusu suç eşyasına sahip olurken fail ise bu satış karşılığında bir miktar para elde etmektedir. Dolayısıyla üçüncü kişiye herhangi bir ödeme yapılmaksızın eşyanın kendisinden alınarak mağdura verilmesi durumunda mağdurun zararı giderilmiş gibi gözükse de hem üçüncü kişinin elinden söz konusu eşya alındığı için üçüncü kişinin zararı bulunmakta hem de fail eşyayı sattığı üçüncü kişiden bu satış işlemi karşılığında para aldığından dolayı haksız yere zenginleşmiş olmaktadır. Bu nedenle Yargıtay ve

⁹⁵ Yargıtay İkinci Ceza Dairesi, 31 Mart 2014 Tarih ve E.2013/20083, K.2014/8728 (<https://uyap.gov.tr/>); “...Ekonomik değeri olan nüfus cüzdanı, sürücü belgesi ve kartların sanık yakalandıktan sonra yeri gösterilmek suretiyle yakınana iade edilmiş olması karşısında ilk derece Mahkemesince katılana, kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rızası olup olmadığının sorulmaması eksiklik olarak görüldüğünden tensiben katılana kısmi iadeye rızası olup olmadığı hususunda beyanı alınacağından duruşma salonunda hazır olması aksi takdirde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rıza gösterdiğinin kabul edileceğine dair meşruhatlı davetiye çıkartılmış, usulüne uygun tebligata rağmen katılanın duruşmaya gelmediği, bu nedenle katılanın kısmi iadeye rıza göstermiş olduğu Dairemizce kabul edilmiştir...”, Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi Dördüncü Ceza Dairesi, 6 Mart 2019 Tarih ve E.2018/322, K.2019/512 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

Bölge Adliye Mahkemesi⁹⁶ kararlarında belirtildiği ve tarafımızca da benimsendiği üzere failin eşyayı sattığı üçüncü kişinin de zararını gidermesi gerekmektedir⁹⁷.

Burada gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus ise üçüncü kişinin iyi niyetli olmasıdır. Burada iyi niyet ile kastedilen üçüncü kişinin failden eşyayı satın alırken bu eşyanın suç eşyası olduğunu bilmemesi ve bilebilecek durumda da olmaması hususudur⁹⁸. Aksi durumda, -yani üçüncü kişinin bu eşyanın suç eşyası olduğunu bilerek satın alması durumunda- üçüncü kişi de TCK madde 165'te düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun faili konumuna

⁹⁶ "...somut olayda; katılanın şikayeti sonrasında sanığın kolluk tarafından yakalandığında suça konu telefonu Bayrak GSM isimli 2. el telefon alım satımı yapan dükkanda 300 TL'ye sattığını ifade etmesi ve üst aramasında bulunan telefon kılıfının da bu telefona ait olduğunu söyleyerek teslim etmesi üzerine kolluk kuvvetleri tarafından bahsi geçen iş yerine gidildiğinin ve yapılan görüşmede iş yeri sahibi ...'ın suça konu cep telefonunu 300 TL'ye kimlik fotokopisiyle birlikte sanıktan satın aldığını ve çalıntı olduğunu bilmediğini ifade ederek rızasıyla kolluk görevlilerine teslim etmesi sonrasında katılana iadesinin sağlandığının ve katılanın kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına muvafakat ettiğinin anlaşılması karşısında, hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilen ...'ın aynen geri verme veya tazmin suretiyle zararının giderilip giderilmediği araştırılarak, sonucuna göre; zararının giderilmesi halinde soruşturma aşamasında gerçekleşen kısmi iadeye bağlı olarak TCK'nın 168/4. maddesinin atfıyla aynı Kanunun 168/1. maddesi gereğince etkin pişmanlık indirimi yapılabileceği, zararının giderilmemesi halinde ise etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden 3. kişi zararının giderilip giderilmediği hususunda hiçbir araştırma yapılmaksızın, sanığın bu kişinin zararını giderdiğine yönelik mücerret beyanına itibar edilerek TCK'nın 168/1. maddesi gereğince etkin pişmanlık indirimi yapılması...", Ankara Bölge Adliye Mahkemesi On Beşinci Ceza Dairesi, 16 Haziran 2022 Tarih ve E.2021/1399, K.2022/1522 (<https://uyap.gov.tr/>) .

⁹⁷ "...Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Dairemizce de benimsenen 26.03.2013 günlü, 2012/6-1232 Esas ve 2013/106 Karar sayılı içtihadında belirtildiği üzere, çalınan malın üçüncü kişiye satılması halinde; 5237 sayılı TCK'nun 168. maddesinin uygulanabilmesi için hırsızlık suçunun failinin, sattığı yeri veya kişiyi söyleyerek çalınan malın, hırsızlık suçunun mağduruna iadesini sağlamanın tek başına yeterli olmadığı, failin bizzat pişmanlık göstererek, satın alan iyiniyetli ise; sattığı yeri veya kişiyi söyleyerek çalınan malın hırsızlık suçunun mağduruna iadesini sağlamanın yanında aynen geri verme veya tazmin suretiyle satın alınan zararını da gidermesi, kötü niyetliyse; satın alandan elde ettiği para veya sağladığı menfaati, kazanç müsaderesine konu edilmek üzere soruşturma makamlarına teslim etmesi gerekir. Esasen iyiniyetli olan satın alanda bulunan ve hırsızlık suçuna konu olan eşyaya elkonulamaz. Hırsızlık suçuna konu eşyaya elkonulmasına rağmen, failin satın alandan aldığı para veya sağladığı menfaatin satın alana iade edilmemesi halinde, satın alana Devlet eliyle haksızlık yapılmış olur...", Yargıtay İkinci Ceza Dairesi, 22 Mart 2021 Tarih ve E.2020/23030, K.2021/6054 (<https://www.lexpera.com.tr/>) .

⁹⁸ Pelin Çavdar, "Türk Hukukunda Dürüstlük ve İyiniyet İlkelerinin Karşılığı Olarak İngiliz Hukukunda "Good Faith" İlkesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, Haziran 2022, s. 166.

gelecektir⁹⁹. Üçüncü kişinin bu şekilde kötü niyetli olması durumunda failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için üçüncü kişiden suç eşyasını satın alma karşılığı aldığı parayı kazanç müsadereğine konu olmak üzere yargılama makamına vermesi gerekmektedir.

Yukarıda izah ettiğimiz üzere suç eşyasının üçüncü kişiye satıldığı bu gibi durumlarda failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için samimi bir pişmanlık göstererek suç konusu eşyayı sattığı kişiyi ilgili makamlara bizzat kendisinin göstermesi gerekmektedir¹⁰⁰. Kolluğun kendi araştırmaları sonucu suç konusu eşyanın satıldığı üçüncü kişiyi bulmak suretiyle eşyayı ondan alarak mağdura vermesi gibi durumlarda failde söz konusu suçtan dolayı oluşan bir pişmanlıktan bahsedilemeyeceğinden etkin pişmanlık durumu da gündeme gelmeyecektir¹⁰¹. Bu nedenle bu tarz durumlarda failin üçüncü kişinin zararını gidermesi de etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi açısından bir anlam ifade etmeyecektir.

Bölge Adliye Mahkemelerinin de genel kabul ettiği görüşe göre, failin suç konu eşyanın mağdura teslimi konusunda bir katkısı bulunmuyorsa failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmaması gerekmektedir¹⁰². Ancak hukukta tek bir doğru ve tek bir kural olmadığı, her kuralın somut olaya göre kendi içinde değerlendirilmesi gerektiği hususunun da unutulmaması gerekmektedir. Şöyle ki

⁹⁹ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

¹⁰⁰ Orçun Koç, *Teoride ve Uygulamada Hırsızlık Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s. 197.

¹⁰¹ Erhan Günay, *Dolandırıcılık ve Belgede Sahtecilik Davalarında Yargılama Süreci*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2024, s. 39.

¹⁰² "... suçta konu televizyonu hakkında suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçundan dolayı ek kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen iyi niyetli 3. kişi tanık ...'e sattığının da yine kolluk tarafından olay mahallinde yapılan çalışmalar sonucunda tespit edildiğinin ve tanığın rızaen teslimi sonrasında 25/07/2021 tarihinde mağdurun eşine tesliminin sağlandığının, dolayısıyla sanığın suçta konu televizyonun mağdura teslimi hususunda katkısının bulunmadığının anlaşılması karşısında; sanığın etkin pişmanlık iradesinin bulunmadığı ve bu kapsamda sanık hakkında "nitelikli hırsızlık" hırsızlık suçu yönünden etkin pişmanlık nedeniyle ceza indirimini öngören TCK'nın 168/1. maddesinin uygulanması koşullarının oluşmadığı gözetilmeden, iyi niyetli 3. kişi tanık ...'ün maddi zararının soruşturma aşamasında sanığın yakınları tarafından giderildiği gerekçesiyle nitelikli hırsızlık suçundan verilen cezada bu madde gereğince indirim yapılmak suretiyle eksik ceza tayini...", Ankara Bölge Adliye Mahkemesi On Beşinci Ceza Dairesi, 25 Ekim 2022 Tarih ve E.2022/233, K.2022/2579 (<https://uyap.gov.tr/>) .

Yargıtay'ın bir kararında;

“...Suça sürüklenen çocuğun müştekiye ait motosikleti çaldığı ve kolluk tarafından yakalandığı olayda; her ne kadar motorun ilk müştekiye hasarlı olarak iade edilmesinde rızai bir teslim olmamış ise de; sanığın motorda meydana gelen zararı serbest iradesi ile giderdiği ve bu hususa ilişkin müştekinin 06.09.2012 tarihli celsedeki beyanında zararının giderilmiş olup herhangi bir talebinin bulunmadığını ve uzlaşma taraftarı olduğunu söyleyerek şikayetinden vazgeçtiğini beyan etmesi ve bu zararın giderilmesinin kısmi iade niteliğinde olduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğu anlaşılmıştır¹⁰³...”

şeklinde belirtilerek her ne kadar suça sürüklenen çocuk çaldığı motosikleti kendi rızası ile teslim etmemiş ve suçüstü halinde yakalanmış olsa da motorda meydana gelen hasarı suça sürüklenen çocuğun kendi rızası ile gidermiş olması kısmi iade olarak kabul edilmiştir. Kanaatimizce de bu husus doğrudur. Şöyle ki; TDK'ye göre pişmanlık, “Pişman olma durumu, nedamet” demektir. Pişman ise “Yaptığı bir işin veya davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülen, nadim¹⁰⁴” anlamına gelmektedir. Bir olayda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için failin kendi rızasıyla, herhangi bir baskı altında kalmaksızın mağdurun uğradığı zararı tazmin etmesi ve mağdurun malvarlığını bu olay yaşanmadan önceki haline döndürmesi gerekmektedir¹⁰⁵. Ancak fail, bunu yaparken kendi özgür iradesiyle hareket etmeli ve bunu işlediği suçtan ötürü pişmanlık duyduğu için yapmalıdır.

Yargıtayın yer verilen kararında ise suça sürüklenen çocuk motosikleti çalarken yakalanmış ve bu nedenle rızası dışında çaldığı eşyayı mağdura teslim etmiştir. Ancak suça sürüklenen çocuğun yakalandıktan sonra hasarlı olan motoru pişman olarak kendi iradesi ile tamir etmesi ve mağdurun zararını gidermesi

¹⁰³ Yargıtay Yirmi İkinci Ceza Dairesi, 23 Mart 2016 Tarih ve E.2015/13569, K.2016/4362 (<https://uyap.gov.tr/>) .

¹⁰⁴ Türk Dil Kurumu (TDK), “Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 13 Ocak 2025).

¹⁰⁵ Bekir Karagülle, *Avukatlar İçin Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2023, s. 374.

durumunun “pişman” olduğu şeklinde yorumlanması kanaatimizce de doğrudur. Şöyle ki TDK’nin sözlük anlamına göre yaptığı işin olumsuz sonucunu görerek üzülen kişi pişmandır. Burada da suça sürüklenen çocuk işlediği suçtan dolayı pişman olmuş ve motora ilişkin zararı kısmen de olsa gidermiştir.

Malvarlığına karşı suçların birden fazla kişi tarafından iştirak iradesi içerisinde işlenmesi durumlarında ise etkin pişmanlık hükümlerinin faillerden hangisi için ve ne şekilde uygulanacağı hususu önem arz etmektedir. Faillerden biri tarafından zararın tamamen giderilmesi söz konusu ise diğer failler açıkça bu duruma karşı çıkmadıkça etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanacaktır¹⁰⁶. Zira zarar tamamen giderildiğinden dolayı ortada diğer faillerce giderilebilecek bir zarar bulunmamaktadır¹⁰⁷. Aksi durumun kabulü halinde ise diğer failler açısından aleyhe bir durum söz konusu olabilecektir. Yargıtayın görüşü de bu yöndedir¹⁰⁸. Ancak zararı tamamen gideren failin, diğer faillerden zarardan paylarına düşen kısmı isteyebileceği hususu unutulmamalıdır¹⁰⁹.

Faillerden birinin mağdurun zararını kısmen gidermesi durumu ise zararın tamamen giderilmesi durumundan farklılık arz etmektedir. Bu tür bir durumda mağdurun da rıza göstermesi koşuluyla yalnızca kısmi iadede bulunan fail etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilecektir¹¹⁰. Zira burada zarar kısmen

¹⁰⁶ M. Emin Artuk et al., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, 2024, s. 648.

¹⁰⁷ Eker, op. cit., s. 374.

¹⁰⁸ “...zararın tamamının giderilmesi halinde açıkça karşı duruşu bulunmayan eylemin diğer failleri hakkında da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiği göz önüne alınarak...”, Yargıtay İkinci Ceza Dairesi, 4 Temmuz 2024 Tarih ve E.2024/195, K.2024/10934 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹⁰⁹ Mesut Bilen, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu* (Doktora Tezi, Danışman M. Hakan Hakeri), Konya, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2012, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 325822), s. 265.

¹¹⁰ “... kısmi iade nedeniyle yapılacak indirimden yalnızca kısmi iadeyi gerçekleştirenin yararlanacağı dikkate alınarak , mağdurdan kısmi iadenin kim tarafından ve ne zaman gerçekleştiği ayrıca gerçekleşen kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rızasının bulunup bulunmadığı sorulup, rıza gösterilmesi halinde, sonucuna göre kovuşturma başlamadan önce kısmi iadede bulunulmuş ise hırsızlık suçundan kurulan hükümde 5237 sayılı TCK’nın 168/1-4. maddesinin uygulanması, aksi halde aynı Kanunun 168/2-4. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi...”, Yargıtay İkinci Ceza Dairesi, 21 Haziran 2022 Tarih ve E.2021/22646,

giderildiğinden dolayı ortada halen diğer failer tarafından giderilebilecek bir zarar bulunmaktadır. Bu nedenle, böyle bir durumda diğer failer açısından da etkin pişmanlık hükümlerini uygulamak mağdur aleyhine bir sonuç doğurabilecektir. Çünkü mağdurun halen tazmin edilmeyen bir zararı bulunmaktadır. Konuyla ilgili Yargıtay bir kararında;

“... somut olayda; öncelikle mağdurdan ele geçirilen eşyaların tam ve sağlam olarak kendisine teslim edilip edilmediği çelişkiye yer bırakmayacak şekilde sorularak bu hususun açıklığa kavuşturulması, soruşturma aşamasında kısmi iade gerçekleştiğinin tespiti halinde kısmi iade nedeniyle indirimden sadece kısmi iadede bulunan kişinin yararlanabileceği de nazara alınarak, sanık ... hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rızası bulunup bulunmadığının belirlenmesi, rızanın bulunduğu tespiti halinde sanık ... hakkında TCK'nın 168/1-4. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi¹¹¹...”

şeklinde ifade ederek kısmi iade durumunda mağdurun rıza göstermesi koşuluyla yalnızca kısmi iadede bulunan kişinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabileceğini ortaya koymuştur.

Son olarak malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinin

K.2022/12863 (<https://www.lexpera.com.tr/>); “...müştekinin kalan tüm zararının soruşturma aşamasında giderildiği anlaşılmakta ise de; suça konu malzemeyi satın alan ve hakkında suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan beraat kararı verilmiş bulunan üçüncü kişi ...'ın zararının giderildiğine dair dosya kapsamında bilgi ve belgeye rastlanmadığı belirlendiğinden; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/03/2013 gün ve 2012/6-1232 Esas - 2013/106 Karar sayılı kararında da açıklandığı üzere; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 763. maddesi uyarınca suça konu eşyayı bir üçüncü kişiye satmak suretiyle zilyetliği devreden sanığın, satıştan elde ettiği menfaati iade etmeden üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan eşyayı sattığı yeri göstermesi, etkin pişmanlık olarak değerlendirilemeyeceği gibi, eşyanın satın alınan kişiden alınarak mağdura iade edilmiş olmasının da 5237 sayılı TCK'nın 168. maddesi kapsamında sanık tarafından gerçekleştirilmiş bir iade veya tazmin olarak kabulünün mümkün olmaması nedeniyle...”, Yargıtay İkinci Ceza Dairesi, 23 Haziran 2021 Tarih ve E.2021/11734, K.2021/12970 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹¹¹ Yargıtay İkinci Ceza Dairesi, 21 Eylül 2021 Tarih ve E.2020/13588, K.2021/14586 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

uygulanması söz konusu olduğunda kısmi iade veya tazminin yargılamanın hangi aşamasında gerçekleştirildiği hususu önem arz etmektedir¹¹². Zira failin kısmi iadeyi soruşturma veya kovuşturma aşamasında gerçekleştirmesine göre cezasından yapılacak indirim de farklılık arz edecektir¹¹³. Fail, kısmi iadeyi soruşturma aşamasında gerçekleştirirse kovuşturma aşamasında gerçekleştirmesine göre cezasından daha fazla indirim yapılacaktır¹¹⁴. Bu sebeplerle etkin pişmanlık hükümlerinin kanuna uygun bir şekilde uygulanabilmesi için kısmi iadenin hangi aşamada gerçekleştiğinin doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Yargıtayın genel kabul gören uygulamaları da bu yönde gelişmiştir¹¹⁵. Örneğin Yargıtayın bir kararında söz konusu durum;

“... 1-Suçta sürüklenen çocuğun soruşturma aşamasında şüphe üzerine yakalandığında 925 Dolar, 600 Euro, 1200 TL para, 2 adet cep telefonu ile sarı renkli 30 adet yuvarlak top şeklinde zincire sarılı bilekliği kendiliğinden sakladığı yerden alıp getirerek müştekiye teslimini sağladığı, müştekinin 16/08/2011 tarihli dilekçesi içeriğine göre de; kalan paranın ise kovuşturma aşamasında tesliminin sağlandığı anlaşılmakla; soruşturma aşamasında suçu kabullenerek kısmen iadeyi sağlayan suça sürüklenen çocuk hakkında 5237 sayılı Kanunun 168/1-

¹¹² Eker, op. cit., s. 377.

¹¹³ Hasan Elmalica, *Öğreti ve Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 233.

¹¹⁴ Sami Öztürk, *Güveni Kötüye Kullanma Bedelsiz Senedi Kullanma Dolandırıcılık Suçları ve TCK Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 818.

¹¹⁵ “...Sanıkların yakınana ait benzin istasyonundan çalışanları silahla tehdit edip 3.040 TL parayı yağmaladıkları, olay gecesi yakalanan sanık Soner’in kollukta verdiği 04.03.2014 tarihli ifadesinde bir kısım parayı polis aracında arka koltuğa sıkıştırdığını beyan ettiği, görevlilerin 475 TL parayı sanığın söylediği yerde buldukları, evine arama yapmak üzere giden kolluk güçlerine sanık Ozan’ın 605 TL parayı teslim ettiği, sanık Çağlar’ın kolluk kuvvetleri tarafından bir alışveriş merkezinde yakalandığında suçunu şifahen kabul edip, suçtan elde ettikleri paradan 700 TL paranın evde bulunan ceketinde olduğunu, 50 TL paranın da üzerinde olduğunu belirttiği, kısmi iadenin soruşturma aşamasında gerçekleştirildiği ve mağdurun 18.07.2014 günlü oturumda sanık Çağlar’ın babasının dava açıldıktan sonra yağmalanan paradan kalan miktarı da ödediğini, sanıklar hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasına rıza gösterdiğini söylediğinin anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK’nın 168/3. madde ve fıkrasının 1.cümlesi gereğince, cezalardan 1/3 oranından daha fazla indirim yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması...”, Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi, 11 Mayıs 2015 Tarih ve E.2015/188, K.2015/40469, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

4. maddesi gereğince müştekinin soruşturma evresindeki pişmanlığa dayalı kısmı iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rıza gösterip göstermediği araştırılmadan ve müştekinin 16.11.2011 tarihli duruşma ve aynı tarihli dilekçedeki ifadeleri de dikkate alınmadan, tüm zararın kovuşturma aşamasında karşılandığı kabul edilerek anılan Yasanın 168/2. maddesi gereğince 1/2 oranında indirimle yetinilmesi¹¹⁶...”

şeklinde izah edilerek failin soruşturma aşamasında kısmen de olsa giderdiği bir zarar bulunuyorsa bu konuda mağdurun soruşturma evresindeki kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rıza gösterip göstermediği hususunun ayrıca sorulması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Zira daha önce de bahsettiğimiz üzere zararın soruşturma veya kovuşturma aşamasında tazmin edilmesine göre yapılacak indirim oranı da farklı olacağından, zararın hangi aşamada giderildiğinin net bir şekilde tespiti yapılarak ona göre etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu konuda yapılacak yanlış bir tespit, fail lehine getirilen bir kurumun fail aleyhine sonuç doğurması gibi sorunlara neden olabilecektir.

SONUÇ

Failin işlediği suçtan dolayı hiçbir baskı altında kalmaksızın samimi bir şekilde pişman olması, işlediği suç nedeniyle meydana gelen zararı yine kendi iradesiyle özgür bir şekilde gidermesi durumunda etkin pişmanlık hususu gündeme gelmektedir¹¹⁷. Etkin pişmanlık ile amaçlanan, işlenen suçun meydana getirdiği tüm zararlardan ve olumsuzluklardan kurtulmak, adeta mevcut durumu suç işlenmeden önceki haline döndürmektir. Bu şekilde etkin pişmanlığın gündeme geldiği durumlarda failin cezasından indirim yapılması yahut hiç ceza verilmemesi yoluna gidilmektedir¹¹⁸.

¹¹⁶ Yargıtay Yirmi İkinci Ceza Dairesi, 8 Şubat 2016 Tarih ve E.2015/9969, K.2016/1375, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹¹⁷ Arslantürk, *Etkin Pişmanlık – Vazgeçme – Cezasızlık*, op. cit., s. 22.

¹¹⁸ Veli Kafes, “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 60, Sayı 1, Mart 2011, s. 130.

Fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için sadece mağdurun zararının giderilmesi yetmemektedir. Aynı zamanda failin samimi bir şekilde işlediği bu suç nedeniyle pişmanlık da göstermesi gerekmektedir¹¹⁹. Zira TCK’de tazminden çok pişmanlık esasına dayanmaktadır¹²⁰. Konuyla ilgili örnek bir kararda;

“...Yasa koyucunun da, 5237 sayılı TCY’nın 168. maddesinde, “tek başına iade ve tazmine” değil, “pişmanlık sonucu olan iade ve tazmine” önem verdiği madde ile ilgili Meclis Komisyonunda yapılan görüşmelerde kullanılan ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır . Bu açıklamaların sonucu olarak; iade ve tazminin cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi, zararın failin rızası hilafına veya ondan habersiz olarak üçüncü kişilerce giderilmesi, failin yakalanmamak için kaçarken atması sonucu eşyanın ele geçirilmesi, kaçarken yakalanan failin üzerinde ele geçmesi gibi hallerde failin gerçek anlamda pişmanlığından söz edilemeyeceğinden 5237 sayılı TCY’nın 168. maddesinin uygulanma koşulları oluşmayacaktır¹²¹...”

denilmiştir. Bu karara göre de bir olayda etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için zararın tamamen ya da kısmen tazmini tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda failin bu tazmini, işlediği suçtan pişmanlık duyarak gerçekleştirmesi gerekmektedir¹²². Failin işlediği suçtan dolayı herhangi bir pişmanlık içerisinde bulunmaması, mağdurun zararını yalnızca etkin pişmanlık hükümleri uygulanmak suretiyle cezasından indirim yapılmasını sağlamak için tazmin etmesi, etkin pişmanlığın gerçekleşmesi için yeterli değildir. Daha önce de izah ettiğimiz üzere TCK’de etkin pişmanlıkta tazmin esasından ziyade pişmanlık esasına dayanmaktadır.

¹¹⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 19. Baskı, 2024, s. 657.

¹²⁰ Arslantürk, *Etkin Pişmanlık – Vazgeçme – Cezasızlık*, op. cit., s. 22.

¹²¹ Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi, 6 Mart 2014 Tarih ve E. 2011/17952, K. 2014/3764 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹²² Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021, s. 208.

Zararın tamamen giderildiği durumlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir sıkıntı bulunmamaktadır. Zararın kısmen giderildiği durumlarda ise ancak mağdurun rızası bulunduğu takdirde etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir¹²³. Doktrinde mağdurun zararın kısmen giderilmesini kabul etmediği durumlarda da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunanlar vardır¹²⁴. Ancak bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Kanunda zararın kısmen giderilmesi durumunda etkin pişmanlık hükümlerinin fail hakkında uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi, mağdurun rızasına bırakılmıştır¹²⁵. Kanun bu konuda açıktır. Aksi durumun kabulü hem kanunilik ilkesine hem de hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir¹²⁶.

Zararın kısmen giderilmesinden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu ise uygulamada birtakım tartışmalara yol açmaktadır. Bir görüş; zararın büyük oranda giderildiği, mağdura ilave külfet yüklemeyen, mağduru tatmin edecek oranda bir gidermenin zararın kısmen giderilmesi olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır¹²⁷. Bu görüşün tam tersini savunanlar ise bu konunun mağdurun rızasına bırakılması gerektiğini ifade etmektedirler. Kanaatimizce de mağduru neyin tatmin edeceğinin mağdura sorulmadan bilinmesi mümkün değildir. Şöyle ki; fail o an için belki de zararın çok küçük bir kısmını giderebilmektedir. Ancak mağdurun o an içinde bulunduğu durumda o zarar giderimi onu tatmin edebilecek miktarda ise bunun da zararın kısmen

¹²³ "... Sanığın Emniyet Müdürlüğü'ne kendiliğinden gelerek aldığı 270 TL paranın 260,00 TL'sini mağdura iade ettiği ve mağdurun da olay nedeniyle şikayetten vazgeçmiş olmasına göre, kısmi iade nedeniyle TCK'nın 168. maddesinin uygulanma şartlarının oluştuğu, bu hususta mağdurun rızasının bulunup bulunmadığı sorulup, rıza göstermesi durumunda sanık hakkında TCK'nın 168. maddesinin uygulanması gerekirken, hatalı şekilde şartlarının oluşmadığından bahisle ve eksik soruşturma sonucu sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmayarak fazla ceza tayini...", Yargıtay Yirmi Üçüncü Ceza Dairesi, 10 Şubat 2016 Tarih ve E. 2015/6948, K.2016/1185 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹²⁴ Begüm Datlı, *Türk Ceza Kanununda Hırsızlık (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Burcu Ertem)*, Ankara, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2020, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 625352), s. 112.

¹²⁵ Esra Alan Akcan, "Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Özel Sayı, Temmuz 2014, s.3988.

¹²⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 20. Baskı, 2024, s. 121.

¹²⁷ Mustafa Arslantürk, *Hırsızlık Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 328.

giderilmesi kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir. Kaldı ki, kısmen kelimesinin sözlük anlamına bakıldığında da “bütünüyle değil yalnızca bir bölümüyle, kimi bakımdan, kimi yönden, bir bölüm olarak” olduğu görülmektedir¹²⁸. Açıklanan bu hususlar doğrultusunda failin, mağdurun zararının çok küçük bir miktarını dahi giderdiği durumlarda mağdura, fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için rızasının olup olmadığının sorulması ve buna göre etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2023.

Alan Akcan, Esra, “Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Özel Sayı, Temmuz 2014, s. 3987 – 3988.

Altay, Ömer *Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Muhammed Demiral), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2024, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 905094).

Arslan, Şeymanur, *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Ömer Çelen), Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2023, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 790985).

Arslantürk, Mustafa, *Etkin Pişmanlık – Vazgeçme – Cezasızlık*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Arslantürk, Mustafa, *Hırsızlık Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

¹²⁸ Türk Dil Kurumu (TDK), “Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 13 Ocak 2025).

- Arslantürk, Mustafa, *Yargıtay ve İstinaf Bakışıyla Dolandırıcılık Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Artuk, Mehmet Emin et al., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, 2024.
- Artuk, Mehmet Emin et al., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 21. Baskı, 2024.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitapevi, 6. Baskı, 2006.
- Aslan, Göksel, *Örneklerle Uygulamada Dolandırıcılık, Hırsızlık ve Mala Zarar Verme Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, 2016.
- Aydın, Devrim, “Suça Teşebbüs”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 1, Mart 2006, s. 86 – 88.
- Aydın, Devrim, “Dolandırıcılık Suçu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, Aralık 2021, s. 695 – 696.
- Aydın, İsmail, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Yer Alan Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mehmet Emin Alşahin), İstanbul, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı, 2019, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 550309).
- Aytekin İnceoğlu, Asuman, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2018, s.75-76.
- Aytekin, Murat, *Bilişim Sistemleriyle İşlenen Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Baba, Yasemin, *Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Adem Sözüer), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2011,

(<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 287694).

Baba, Yasemin, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Baki, Ensar,” Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 2016/2, Temmuz 2016, s.42-48.

Bıkmaz, Raif, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu* (Doktora Tezi, Danışman Durmuş Tezcan), İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2023, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 845576).

Bilen, Mesut, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu* (Doktora Tezi, Danışman M. Hakan Hakeri), Konya, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2012, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 325822).

Çakıroğlu, Şölen, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Çam, Fatih, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Güveni Kötüye Kullanma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Özdem Özyaydın), İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 546336)

Çavdar, Pelin, “Türk Hukukunda Dürüstlük ve İyiniyet İlkelerinin Karşılığı Olarak İngiliz Hukukunda “Good Faith” İlkesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, Haziran 2022, s. 164 – 167.

Çavga, Şua, *Yeni TCK'da Suçun Unsurları ve Özel Görünüş Şekilleri Etkin Pişmanlık* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman Veli Özer Özbek), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, (<https://www.academia.edu/>).

Datlı, Begüm *Türk Ceza Kanununda Hırsızlık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Burcu

- Ertem), Ankara, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2020, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 625352).
- Develi, Ahmet Mertcan, *Dolandırıcılık Suçunun Bir İşleniş Şekli Olarak Piramitsel Dolandırıcılık Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Çetin Arslan), Ankara, Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2020, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 649694).
- Duman, Hüseyin Talha, *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık Kurumu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Behiye Eker Kazancı), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2024, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 865281).
- Dülger, Murat Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2024.
- Eker, Hüseyin, “Mala Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 100, Mayıs – Haziran 2012, s. 376 – 379.
- Elmalica, Hasan, *Öğreti ve Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Eryiğit, Beyza Melek, *Dolandırıcılık Suçu ve Özel Olarak Bilişim Sistemlerinin, Banka Veya Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Nitelikli Dolandırıcılık Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Mehmet Maden), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 591273).
- Geyik, Atilla, *Türk Ceza Hukuku'nda Mala Zarar Verme Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Handan Sevük), Diyarbakır, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2014, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 373351).

- Gödekli, Mehmet, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 29, Ocak 2017, s. 312- 315.
- Gülenç, Baturalp, *Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Etkin Pişmanlık Uygulamasının Değerlendirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Feride Bakar Türegün), Bursa, Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye Ana Bilim Dalı, 2024, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 896055).
- Günarşlan, Yüksel, *Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Günay, Erhan, *Dolandırıcılık ve Belgede Sahtecilik Davalarında Yargılama Süreci*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2024.
- Kafes, Veli, “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 60, Sayı 1, Mart 2011, s. 129 – 131.
- Kamışlı, Gani, *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hırsızlık Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Karagülle, Bekir, *Avukatlar İçin Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2023.
- Kartal, Melik, *Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Adem Sözüer), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2013, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 340431).
- Kıldan, İsmail Turgut, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanabilme Koşulları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 8, Ocak 2012, s. 124- 126.
- Kır, Feyza, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık Kurumu* (Doktora Tezi, Danışman Özde Dereboylular), Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2023,

(<https://docs.neu.edu.tr/library/9597542640.pdf>).

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2024.

Koç, Orçun, *Teoride ve Uygulamada Hırsızlık Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023.

Korkmaz, Esra Şule, *Türk Ceza Hukukunda Yağma Suçu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Koruculu, Irmak, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2024.

Köprülü, Timuçin, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, *TBB Dergisi*, Sayı 71, 2007, s. 254 – 257.

Kuzudişli, Müslüm, *Yağma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Ali Uğur Eriş), Ankara, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2012, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 350262).

Meran, Necati, *Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2013.

Meran, Necati, *Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2016.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2024.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, 2024.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 19. Baskı, 2024.

Özbek, Veli Özer et al., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin

Yayıncılık, 15. Baskı, 2024.

Özer, İbrahim *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Murat Aksan), Konya, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2011, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 274199).

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 20. Baskı, 2024.

Özkaya, Eraslan, *Eşya Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Cilt I-A, 2022.

Öztürk, Bahri et al., *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, 2024.

Öztürk, Sami, *Güveni Kötüye Kullanma Bedelsiz Senedi Kullanma Dolandırıcılık Suçları ve TCK Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

Polat, Emre, *Yargı Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Murat Aksan), Konya, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2023, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 824391).

Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

Savcı, Eyüp, *Yağma Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Recep Gülşen), Diyarbakır, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2010, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 353189).

Sümer, Arif Emre, *Yargı Kararları Çerçevesinde Örgüt Suçlarında Etkin Pişmanlık* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Zafer İçer), İstanbul, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2021,

(<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 677894).

Sümer, Arif Emre, “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, Aralık 2023, s. 1237-1239.

Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2024.

Şeyhanlioğlu, Mustafa Emrah, *Hırsızlık Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Muharrem Özen), Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Hukuku) Ana Bilim Dalı, 2010, , (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Tez No: 265466).

Taneri, Gökhan ve Gani Kamışlı, *Dolandırıcılık – Sahtecilik – Güveni Kötüye Kullanma Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2024.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 21. Baskı, 2023.

Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021.

Tulay, Muhammed Emre, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, Aralık 2016, s.2718-2719.

Türk Dil Kurumu (TDK), “Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 25 Kasım 2024).

Yavrutürk, Muhammed Yasin, *Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023.

Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, Aralık 2013, s.758-761.

Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, 2024.

Yıldırım, Hasan ve Remzi Demir, *Yağma Suçları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

Yılmaz, Zahit ve Özge Apiş, “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, Aralık 2013, s. 1773 – 1777.

MAHKEME KARARLARI

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2007/72, K: 2007/74 T: 14.02.2007.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2010/173, K: 2010/208, T: 26.10.2010.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2011/489, K: 2012/231, T: 12.06.2012.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2012/1437, K: 2013/153, T: 30.04.2013.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2013/735, K: 2016/55, T: 09.02.2016.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2013/20083, K: 2014/8728, T: 31.03.2014

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2020/13588, K: 2021/14586, T: 21.09.2021

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2020/19767, K: 2021/15985, T: 05.10.2021.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2020/23030, K: 2021/6054, T: 22.03.2021.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2021/11734, K: 2021/12970, T: 23.06.2021.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2021/22646, K: 2022/12863, T: 21.06.2022.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2024/195, K: 2024/10934, T: 04.07.2024.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 2011/17952, K: 2014/3764, T: 06.03.2014.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 2015/188, K: 2015/40469, T: 11.05.2015.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 2020/2662, K: 2021/1987, T: 08.02.2021.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E: 2020/10361, K: 2021/8284, T: 27.04.2021.

Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E: 2013/25975, K: 2014/16162, T: 13.10.2014.

Yargıtay 17. Ceza Dairesi, E: 2015/25520, K: 2015/9702, T: 19.11.2015.

Yargıtay 18. CD, E: 2017/1202, K: 2017/3349, T: 27.03. 2017.

Yargıtay 22. Ceza Dairesi, E: 2015/9969, K: 2016/1375, T: 08.02.2016.

Yargıtay 22. Ceza Dairesi, E: 2015/13569, K: 2016/4362, T: 23.03.2016.

Yargıtay 23. Ceza Dairesi, E: 2015/6948, K: 2016/1185, T: 10.02.2016.

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARLARI

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 15. Ceza Dairesi, E: 2021/1399, K: 2022/1522, T: 16.06.2022.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 15. Ceza Dairesi, E: 2022/233, K: 2022/2579, T: 25.10.2022.

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, E: 2018/322, K: 2019/512, T: 06.03.2019.



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

EVLENEN KADININ KIDEM TAZMİNATI HAKKI ÜZERİNE YENİDEN DÜŞÜNMEK

Dr. Esra ÖZEN, LL.M. (Göttingen)¹

Öz

1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi kadın işçiye evlenmesi halinde iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alma hakkı tanımıştır. Bu hali ile maddenin kadın istihdamını olumsuz etkileyebileceği düşünülmektedir. Normun eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile pozitif ayrımcılığın amacıyla çeliştiği hem hukuk literatüründe hem de diğer sosyal bilim dallarındaki araştırmalar ile dile getirilmiştir. Buna rağmen norm, kadının ailevi sorumluluklarını yerine getirebilmesi, ailenin korunması ve bilhassa kadının korunması gerekçesiyle ayakta tutulmuştur. Asıl gerekçe ise sosyal devletin, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının fiilen inkişafı için alınması gereken önlemleri almaması veya alınan önlemlerin yetersiz olmasıdır. Kıdem tazminatı ile bir nevi kadının evlenerek işten ayrılmasının diyeti ödenmektedir. Halbuki, sosyal devlete düşen görev, toplumsal cinsiyet algılarının demokratik, laik ve çağdaş hukuk düzenini, bu düzenin gereklerinden biri olan eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacak bir biçimde şekillendirmesinin önüne geçmek, kadın istihdamını desteklemek, kadına ev ile iş arasında seçim yapmak mecburiyetinde bırakmayacak çalışma şartlarını sağlamak ve böylece hem aile birliğini korumak hem de kadının da istihdamı ile ekonomik, sosyal ve toplumsal bir değer kazanmak ve kazandırmak olmalıdır.

Anahtar Kelimeler

Kıdem Tazminatı, 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi, Cinsiyet Ayrımcılığı, Kadın-Erkek Eşitliği, Pozitif Ayrımcılık, Kadın İstihdamı, Ekonomik Refah.

¹ Öğr. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, esra.ozen@aybu.edu.tr, Orcid: 0000-0002-0861-5961.

Bu makale hakem değerlendirmesinden geçmiştir.

Gönderilme Tarihi: 21 Şubat 2025 Kabul Tarihi: 26 Mart 2025.



RETHINKING ABOUT THE RIGHT OF MARRIED WOMEN TO SEVERANCE PAY

Abstract

Article 14 of Law No. 1475 provides women right to severance pay in case of marriage. It is considered that the norm negatively affects women's employment. The norm's contradictions with the principle of equality, the prohibition of discrimination and the purpose of positive discrimination have been repeatedly pointed out both in the legal literature and in other social sciences. Nevertheless, the norm has been justified on the grounds of women's family responsibilities, the protection of the family, and particularly the protection of women. The actual excuse is that the social state does not take the necessary measures, or the actions taken are insufficient for the *de facto* implementation of the principle of equality and the prohibition of discrimination. Severance pay is a kind of “payback” for a women's leaving her job by getting married. However, the duty of the social state should be to prevent gender preconceptions from shaping the democratic, secular and modern legal order in a way that is contrary to the principle of equality, which is one of the principles of this order, to support women's employment, to provide working conditions that do not have to make women choose between home and work, and thus both to protect the family unity and to create an economic, social and social value with the participation of women in employment.

Keywords

Severance Pay, Article 14 of Law No. 1475, Gender Discrimination, Gender Equality, Positive Discrimination, Women's Employment, Economic Welfare.

Giriş

Türk iş hukukunda kıdem tazminatına hak kazanmanın şartları 1475 sayılı Kanun² 14. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, belirli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesi ile en az bir yıllık fiili çalışma süresine sahip iken, iş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun³ 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen iyiniyet ve ahlâka aykırı haller ve benzeri haklı sebepler dışında bir sebeple feshedilmesi veya işçi tarafından 24. maddesi kapsamında haklı nedenle feshedilmesi gerekmektedir.⁴ Buna ek olarak, 1475 sayılı Kanun 14. maddesi, kadın işçiye evlilik tarihinde bir yıl içinde iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alma imkânı tanımaktadır.⁵ Söz konusu feshin ihbar öneli gerektirip gerektirmediği hususu literatürde tartışma konusu olup,⁶ çalışmamızın özünü oluşturmadiğundan bu tartışmalara değinilmeyecektir. Burada, kıdem tazminatına hak kazanacak işçinin hem belirli hem de belirsiz süreli sözleşme ile çalışabileceği dikkate alındığında fesih için ihbar öneli gerekmediğini söylemek yeterli görülmektedir.

Sadece kadınlara ve evlenmeleri halinde tanınan kıdem tazminatı hakkı, bugüne kadar hukuk literatüründe tartışmalara konu olmuş ve hatta normun iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.⁷ Kadın işçileri koruyan düzenlemeler arasında anılan⁸ 1475 sayılı Kanun 14. maddesi, Anayasa 10. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılık bağlamında irdelenmiştir. Sonuç olarak maddenin,

² RG: 1.9.1971/13943.

³ RG: 10.6.2003/25134.

⁴ Emine Tuncay Senyen- Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, 2017, s. 314; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioglu, ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Beta, 36. Baskı, 2023, s. 706; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, Ankara, Seçkin, 27. Baskı, 2024, s. 130; Türk hukukunda kıdem tazminatının tarihsel gelişimi hakkında derlemeler için bkz., Zeynep Aslı Özkan, „Evlenen Kadın İşçilere Yönelik Kıdem Tazminatı Düzenlemesinin Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasakları ve Pozitif Ayrımcılık Yönünden Değerlendirilmesi“, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 18, Sayı 71, 2021, s. 1110.

⁵ Cinsiyet değiştirme hallerinde kıdem tazminatı hakkı üzerine değerlendirmeler için bkz., Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin, 3. Baskı, 2023, s. 379 vd.

⁶ İlgili tartışmalar için ayrıntılı bkz. Akyiğit, s. 380 vd.

⁷ Anayasa Mahkemesi, 19 Haziran 2008 Tarih E.2006/156, K.2008/125 Sayılı Kararı, İzmir 6. İş mahkemesi itiraz yolu Başvurusu, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Cilt 2, Sayı 45, 2008, s. 1327.

⁸ Ali Cengiz Köseoğlu ve Ayça Kaya, „Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması“, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 29, 2011, s. 61.

kadınların çalışma hayatı ile evlenmelerinin beraberinde getirdiği ailevi sorumluluklarını yerine getiremeyip işten ayrılmaları sonucu tazminat alamamaları halinde doğacak mağduriyetin telafisi için getirilmiş olduğu ve kural olarak da varlığını sürdürmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.⁹ Buna karşı çıkan görüşler ise normun, kadınları çalışma hayatından uzaklaştırmaya elverişli olduğunu ileri sürmekte ve kadın ve erkek arasındaki var olan eşitsizliği daha da derinleştirdiğini savunmaktadır.¹⁰

14. maddenin varlığı, toplumsal değerlerin, cinsiyet algısı üzerindeki yansıması olarak tanımlanabilecek toplumsal cinsiyet¹¹ ve bu doğrultuda kadının Türk toplumunda üstelenebileceği temel rolün anne veya eş olmak olarak algılanması ile yakından ilişkilidir. Ancak söz konusu görüşlerin dayanağı olan çalışmaların büyük bir kısmı, salt hukuki tartışmaların ürünü olup, savunulan görüşlerde 14. maddenin Avrupa Birliği (AB) ve diğer uluslararası normlar ile uyumuna ve eşitlik ilkesi ile pozitif ayrımcılığın anayasal yorumuna yeteri kadar değinilmemiştir. Ayrıca 14. maddenin Türk hukukundaki yeri sorgulanırken normun, kadın istihdamı üzerindeki olası olumsuz etkisi, sosyal devletin aile ve çalışma hayatının uyumu için yapabilecekleri ve kadının aleyhine çalışan toplumsal cinsiyet algısını kırmanın sadece hukuki değil, sosyal ve ekonomik bir gereklilik olduğu konusu kapsamlı bir biçimde dikkate alınmamıştır. Bu çalışmada, söz konusu hususlar üzerinde durulacak ve 1475 sayılı Kanun 14. maddesinin kadını nasıl istihdam noktasında erkekten dezavantajlı duruma düşürdüğü somut veriler ile açıklanmaya çalışılacaktır. Bunun için öncelikle kıdem tazminatının hukuki çerçevesi ve amacı ile normun bugüne kadarki yargısal ve doktrinel değerlendirmelerine kısaca yer verilmesi gerekmektedir.

⁹ Kadriye Bakırcı, „Anayasa Mahkemesi’nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı “, *Sicil*, Cilt 3, Sayı 12, Aralık 2008, s. 123.

¹⁰ Kübra Doğan Yenisey, „Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuk ile Olası Uyum Sorunları “, *Kamu-Is* Cilt 6, Sayı 4, 2002, s. 2.

¹¹ Merve Hilal Yıldırım Çırkan, „Kadınların Adalete Erişimi ve Arabuluculuk: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Bir Değerlendirme “, *Eskişehir Barosu Dergisi*, Sayı 40, Yıl Özel Sayısı, 2024, s. 161.

I. İş Kanunu Kapsamında Evlenme Nedeniyle Kıdem Tazminatının Hukuki Çerçevesi ve Amacı

1475 sayılı Kanun’a 1983 yılında eklenen¹² 14. maddeyle dönemin toplumsal değerleri dikkate alınarak, evlilik nedeniyle kadının işten çıkması gerektiğinde kendisine kıdem tazminatı hakkı tanıyarak bir nevi işten çık(ar)manın diyetinin ödemesi amaçlanmıştır. Zira bu dönemde kadın, 1926 tarih ve 743 sayılı Medeni Kanun¹³ 159. maddesine göre, kural olarak ancak kocasının izniyle çalışabilmekteydi. Koca izin vermez ise bu izni kadın, göreceği işin aile birliğinin veya tüm ailenin menfaatine olduğunu ispat etmesi halinde ilgili yetkili mahkemeden alabilirdi. 14. madde getirilmeden önce bu durumun uygulamada genellikle, kadının evlendikten sonra işten ayrılması ve kıdem tazminatı alamaması sonucunu doğurduğu bilinmektedir.¹⁴ İşte bu durumda kadının kıdem tazminatı alabilmesi 1475 sayılı Kanun 14. maddesi ile sağlanmıştı. 743 sayılı Medeni Kanun 159. maddesi, 1990 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından normun Anayasanın 10. maddesinde güvence altına alınan kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş¹⁵ ve 4721 sayılı yeni Medeni Kanun’un¹⁶ 192. maddesi ile de eşlerin meslek seçiminde özgürce karar verebilecekleri ve birbirlerinden izin almak zorunda olmadıkları düzenlenmiştir. 1475 sayılı Kanun 14. maddesinin müsebbibi 743 sayılı Kanun’un 159. maddesi kadına yönelik ayrımcı olduğu gerekçesiyle iptal edilirken, 14. madde ise bugün hala yürürlüktedir. 14. maddenin varlığına gerek duyulup duyulmadığı ayrı bir tartışma konusu olup buna devam eden başlıklarda yer verilecektir.¹⁷ Bu tartışmaya katkısı olacağı için, öncelikle bu normun amacının ve kapsamının yargı kararları ile nasıl somutlaştırıldığına işaret edilmesi gerekmektedir.

¹² Özkan, s. 1117.

¹³ RG: 4.4.1926/339.

¹⁴ Tankut Centel, „Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık“, *Sicil*, Cilt 4, Sayı 15, Eylül 2009, s. 6.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi 29 Kasım 1990 Tarih ve E.1990/30, K.1990/31 Sayılı Kararı, RG: 02.07.1992/21272.

¹⁶ RG: 8.12.2001/24607.

¹⁷ Bkz. II, III.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında 14. maddenin kadın işçi lehine olacak şekilde oldukça geniş yorumlandığı gözlemlenmektedir. Yargıtay birçok kararında evlenen kadının kıdem tazminatı hakkını, aile birliğinin korunması, kadına yüklenen ailevi sorumlulukların yerine getirilebilmesi, çalışma hayatı ile evliliğin birlikte yürütülmesinin güçlüğü gibi hususlar ile temellendirmiştir.¹⁸ 14. maddenin kadını koruma amacından hareketle Mahkeme öyle ki, bu hakkın amacıyla uygunluğu tartışmaya açık hususlarda dahi kadının kıdem tazminatını korumuştur. Örneğin Mahkeme, evlilik sebebiyle işten çıkıp kıdem tazminatı alan kadın işçinin başka bir işverenin veya aynı işverenin işyerinde tekrar işe girmesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmemiştir.¹⁹ Yargıtay aksine bir uygulamanın Anayasa'nın 49. maddesi ile güvence altına alınmış olan çalışma hakkı ile çelişeceği ifade etmemiştir.²⁰ Hakkın kötüye kullanılması istisnai olup bu durum örneğin, kadının sırf kıdem tazminatı almak için evli olduğu eşinden boşanıp tekrar onunla evlenmesi halinde söz konusudur. Bu durumda mahkeme, işverenin kıdem tazminatının iadesini talep edebileceğine hükmetmiştir.²¹ Buna karşılık kadının eski eşiyle evlenmesi, somut olayın özelliklerine göre değerlendirildiğinde her zaman hakkın kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilmeyebilir.²² Zira kadın iyi niyetle eski eşiyle tekrar bir araya gelmek istemiş olabilir.

II. Anayasal Hak ve Güvenceler Bağlamındaki Değerlendirmeler

Evlenen kadına tanınan kıdem tazminatı bugüne kadar ağırlıklı olarak Anayasal düzlemde kadın erkek arasında eşitliğin sağlanması ve eşitlik ilkesi ile birlikte ele

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12 Ekim 2016 Tarih E.2014/1136, K.2016/968 Sayılı Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#collapseDetayl%C4%B1Arama> (s.e.t. 17.3.2025).

¹⁹ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 26 Mayıs 2016 Tarih E. 2015/43996, K. 2016/11482, Sayılı Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (s.e.t. 17.3.2025); Centel, s. 8 vd.

²⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22 Eylül 2014 Tarih E. 2014/26431, K. 2014/26565, Sayılı Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (s.e.t. 17.3.2025).

²¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 17 Şubat 2020 Tarih E. 2017/14500, K. 2020/2329, Sayılı Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (s.e.t. 17.3.2025).

²² Akyiğit, s. 381; Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku*, Beta Yayınevi, 24. Baskı, 2024, s. 795 vd.

alınan cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilmiştir.²³ Ayrıca kıdem tazminatının kadına yönelik pozitif ayrımcılık teşkil edip etmediği hususu dikkate alınmıştır.

A. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Kadın- erkek eşitliği, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olmasını ifade eder.²⁴ Ayrımcılık yasağı ile birlikte değerlendirildiğinde ise kadın-erkek ayrımcılığı, taraflardan birinin diğerine göre belli haklardan ve fırsatlardan yararlanmak noktasında dezavantajlı duruma düşmesi veya düşürülmesi ile buna karşılık herhangi bir önlem alınmaması olarak tanımlanabilir.²⁵ İzmir 6. İş Mahkemesi, 1475 sayılı Kanun 14. maddesinin, kadın işçilere kıdem tazminatı hakkı tanıyıp, erkekleri bu haktan mahrum etmesini, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi ile çeliştiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne ilgili maddenin iptali istemiyle başvurmuştur. Böylece, kadın işçiye tanınan kıdem tazminatı düzenlemesi ilk kez 2008 yılında anayasal bir denetime tabi tutulmuştur. İlk derece mahkemesi ayrıca 14. maddenin müsebbibi olan eski Medeni Kanun'un, kadının çalışmasını erkeğin iznine bağlayan normunun iptal edilmiş olmasına ve bu nedenle de 14. maddenin artık çağdaş iş kanununda yerinin olmadığına işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi oy çokluğu ile söz konusu itirazı reddetmiştir.²⁶ Mahkemeye göre, eşitlik ilkesi eşit durumda olanlara eşit davranmayı gerektirir. Kadının ise toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabilceğinden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Yüksek Mahkeme ayrıca bu kararını Anayasanın kadın ve çocukların korunması düzenleyen 50. maddesine ve ailenin

²³ Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının birlikte değerlendirilişine ilişkin olarak bkz., Ulaş Karan, „Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı“, in *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınevi, 3. Baskı, 2013, s. 459 vd.

²⁴ Karan, s. 460.

²⁵ Ayrımcılık yasağının genel olarak tanımı için bkz., Karan, s. 461.

²⁶ Anayasa Mahkemesi, 19 Haziran 2008 Tarih E.2006/156, K.2008/125 Sayılı Kararı, İzmir 6. İş mahkemesi itiraz yolu Başvurusu, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Cilt 2, Sayı 45, 2008, s. 1328.

huzur ve refahının korunmasını öngören 41. maddesine atıf yaparak desteklemiştir. Mahkemenin karara katılmayan üyeleri ise ilk derece mahkemesi ile aynı doğrultuda, düzenlemenin kadın ve erkek arasındaki eşitliğe aykırı olduğunu görüşünü savunmuş, söz konusu eşitsizliğin toplumsal cinsiyet rollerinden kaynaklandığını ifade etmiştir. Buna ek olarak, evlenen kadına tanınan kıdem tazminatı hakkının, kadının istihdamını olumsuz etkileyebileceği vurgulanmıştır. Doktrinde de bu görüşe destek verilmiştir. Literatür haklı olarak, Anayasa Mahkemesi'nin “kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler” ifadelerini, kadının yerinin evi olduğu, evlilik halinde çalışma hayatından kural olarak çekilmesi gerektiği şeklinde bir yoruma sebebiyet verdiği için eleştirmiştir.²⁷ Bunun dışında normun, AB'nin kadın erkek arasında eşit muameleyi sağlamaya yönelik çıkarmış olduğu direktifleri ile uyuşmadığı dile getirilmiş,²⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bu direktifleri kaynak alarak vermiş olduğu kararlarına kıyasen, 14. maddenin cinsiyet temelli ayrımcılığa sebep olduğu ve bu ayrımcılığın meşru ve ölçülü olmadığı ileri sürülmüştür.²⁹ Bu değerlendirmelere ek olarak, mezkûr maddenin yürürlükte kalması ile kadının çalışmasının hala erkeğin iznine tabi olduğuna dair inancın kanun ile devamının sağlandığına dikkat çekilmelidir. Zira her ne kadar kadın, hukuken çalışma hayatına dair kararlar alabilecek durumda olsa da kadının evlenerek işten ayrılmasının kıdem tazminatıyla ödüllendirilmesi, erkek nezdinde kadını işten çıkmaya ikna edecek bir araç olarak kullanılabilir. Anayasa Mahkemesi'nin eski Türk Medeni Kanunu'nun 159. maddesini eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiş iken bu maddenin ürünü olan 1475 sayılı Kanun 14. maddesini eşitlik ilkesine aykırı bulmaması kanımızca çelişkilidir.

B. Pozitif Ayrımcılık Argümanı

Pozitif ayrımcılık, eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi için, belli hak ve özgürlüklerden faydalanmak noktasında dezavantajlı durumda bulunan kimselere yönelik daha

²⁷ Centel, s. 8.

²⁸ İlgili direktifler için bkz. aşağı, III, A.

²⁹ Özkan, s. 1138.

avantajlı muamelede bulunmayı gerektirmektedir.³⁰ Bu şekilde ‘fiili eşitsizlik’ alınacak ‘özel önlemlerle’ giderilecektir.³¹ İlk derece mahkemesi 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesini öncelikli olarak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı açısından değerlendirmiştir. Bunun sebebi, somut olayda işverenin evlenen kadın işçisine kıdem tazminatı ödemek istememesi ve gerekçe olarak da normun Anayasa’da güvence altına alınan eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüş olması olabilir.³² Halbuki evlenme nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanmanın yalnızca kadın işçiye tanınması düzenlemesi cinsiyete dayalı ayrımcılık içermesinden ziyade, normun iddia edildiği gibi gerçekten de kadını koruma amacına hizmet edip etmediği, diğer bir deyişle “zayıf” olan tarafı korumak amacıyla pozitif ayrımcılık içeren bir norm olup olmadığı tartışılmalıdır.³³ Anayasa Mahkemesi normun bu yönüne, ilk derece mahkemesinin talebi dışında Anayasa’nın 41 ve 50. maddelerine değinerek işaret etmiştir. Anayasa’nın 41. maddesi gereği devlet, toplumun temelini teşkil eden ailenin huzur ve refahının korunması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Anayasa’nın 50. maddesi 2. fıkrası ise “küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak” korunacaklarını ifade etmektedir. Mahkeme, 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesinin eşitlik ilkesine aykırı olmadığını bu hükümlere dayanarak temellendirmeye çalışmıştır. Hâlihazırda atıfta bulunulan Anayasa’nın 50. maddesinin 2. fıkrasında kadının “bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar” kapsamında “zayıf” bir varlık olarak görülmesi başlı başına kadına yönelik ayrımcı bir bakış açısını ifade etmektedir. Mahkemenin bir de bu normu amacıyla çelişen bir biçimde kullanması kanımızca açık bir mantık safasasına örnek teşkil etmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkemenin çoğunluk kararına katılmayan hakimlerinin de ifade ettiği gibi, evlenme nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanma kadınları çalışma yaşamından uzaklaşmaya teşvik edici nitelikte olup ve bu durum pozitif ayrımcılığın amacıyla

³⁰ Necmi Yüzbaşıoğlu ve Bülent Tanör, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 22. Baskı, 2024, s. 131.

³¹ Karan, s. 477.

³² Anayasa Mahkemesi, 19 Haziran 2008 Tarih E.2006/156, K.2008/125 Sayılı Kararı, İzmir 6. İş mahkemesi itiraz yolu Başvurusu, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Cilt 2, Sayı 45, 2008, s. 1327.

³³ Centel, s. 10.

çelişmektedir. Doktrinde de bu görüşün paylaşıldığı görülmektedir.³⁴ Zira pozitif ayrımcılık, toplumda belli grupların anayasa ve yasalarca tanınmış bazı sosyal veya ekonomik haklardan yararlanmak noktasında diğer gruplara nazaran dezavantajlı durumda olmaları halinde, bu durumun ortadan kalkması için bu gruplara yönelik olumlu yönde ayrımcılık yapılmasını, bir diğer deyişle bu grupların kayırılmasını ifade etmektedir.³⁵ Örneğin; işe alım ilanlarında, alınacak kişide aranan nitelikler sayıldıktan sonra, şartları taşıyanlar arasında kadın başvuranlara öncelik tanınacağıının bildirilmesi, iş hayatına girmede çoğu kez annelik ve eş olma vazifelerinden ötürü dezavantajlı durumda kalan kadınların istihdamı için yapılan bir pozitif ayrımcılık teşkil edebilir. Buna göre 14. maddenin “kadını korumaya yönelik ve onun lehine bir pozitif ayrımcılık” olduğunu savunmak mantık dışıdır. Zira çalışma yaşamında kadına yönelik pozitif ayrımcılığa dayanan normun, kadını çalışma hayatına katılmaya veya bu hayatta tutunmasına teşvik etmesi gerekir. 14. madde ise kadının evlendikten sonra aile birliğinin korunması, kadının toplumsal aile yapısının gerektirdiği ödevleri yapabilmesi gerekçesiyle kıdem tazminatını alarak işten çıkmasına olanak sağlamaktadır. Her ne kadar Yargıtay kararları ile kıdem tazminatı almış kadının tekrar işe başlamasında bir engel olmadığı sabit ise de bu durum, kadının yeniden işe girmesi için motivasyonunun olacağına dair bir güvence vermemektedir. Aksine, evlenme ile ailevi sorumluluklar üstlenmiş kadının, eşinin ve ailesinin de etkisi ile toplumun da kendisinden beklediği gibi “evde oturmaya” daha fazla eğilim göstermesi olasıdır. Ayrıca, kıdem tazminatı alıp işten ayrılan kadınların ne kadarının tekrar işe girmek istediği veya girdiğine dair somut bir veri bulunmamaktadır. Sonuç olarak, kıdem tazminatının, evlenme ile kadını çalışma hayatının dışına itme olasılığı göz ardı edilemez bir gerçektir.

III. Dikkate Alınması Gereken Diğer Hususlar

Türk iş hukuku mevzuatının, ülkenin uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülükleri ve AB mevzuatına uyum noktasında eksiklikler içerdiği doktrinde

³⁴ Centel, s. 8.

³⁵ Devrim Ulucan, „Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık“, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 376; Yenisey, s. 15.

ifade edilen bir husustur.³⁶ Dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, kadınların erkekler ile eşit biçimde istihdam edilebilmeleri, biyolojik, kültürel ve sosyal etkenler sebebiyle maruz kalabilecekleri mağduriyetlerin en aza indirilmesi veya bunların telafisi için, eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılık kavramlarının amaca uygun yorumlanması gerektiğidir. Ayrıca, toplumsal cinsiyet temelli ayrımcılığın, hukuken kadın erkek eşitliğinin sağlanmasında engel teşkil etmemesi ve bunun için hem yasal hem de yargısal hassasiyetin gösterilmesi gerekmektedir. Son olarak kadının korunması ve kadının istihdamı ile ekonomik büyüme arasındaki pozitif yönlü ilişkinin farkında olunması, devleti ayrıca kadın erkek eşitliğini fiilen sağlayacak çalışmalar yapmaya ve bunları etkin bir biçimde hayata geçirmeye teşvik etmelidir. Tüm bu çalışmalar, kadın istihdamının ne durumda olduğu, meslek kolları, sektör, yaş, eğitim düzeyi ve benzeri birçok husus dikkate alınarak yapılmış araştırmalar veya istatistikler ile destekli olmalıdır ki, toplumun ihtiyaçlarına ve gerçeklerine göre yasal önlemler alınabilsin ve bu önlemler amacına ulaşsın.

A. Uluslararası Sözleşmelerden Doğan Yükümlülükler

Anayasa'nın 90. maddesine göre, usulüne göre imzalanmış ve yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ifade etmektedir. Yani bu anlaşmalar diğer kanunlar gibi yargıcı bağlar. Anayasa Mahkemesi de ilk derece mahkemesinin başvurusunu değerlendirirken, kadınları korumaya yönelik bazı uluslararası anlaşmalara atıf yaparak, 14. maddeyi gerekçelendirmeye çalışmıştır. İşaret ettiği anlaşmalar arasında ülkemizin de taraf olduğu 1979 tarihli Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme,³⁷ 1951 tarihli Eşit Değerde İş için Erkek ve Kadın İşçiler Eşit Ücret Verileceğine Dair Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesi,³⁸ 1958 tarihli 111 sayılı İş ve Meslek

³⁶ Yenisey, s. 43.

³⁷ The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), adopted in 1979 by the UN General Assembly, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.html>, (s.e.t. 16.3.2025).

³⁸ 100 sayılı ILO Sözleşmesi, 19 Temmuz 1967 Türkiye'de yürürlüğe girmiş, 13 Haziran 1967 tarih, 12620 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

Bakımından Ayrım Yapılmaması Hakkında ILO Sözleşmesi³⁹ ve 1964 tarihli 122 sayılı İstihdam Politikaları Hakkında Sözleşme ve Tavsiye Kararı⁴⁰ bulunmaktadır.⁴¹ Ancak, ne yazık ki ilgili Sözleşmeler ve Tavsiye Kararı Anayasa Mahkemesi'nin kararına etki etmemiştir. Nitekim bu uluslararası belgeler, kadının kıdem tazminatı alıp işten çıkarılarak “korunmasını” desteklememektedir. 1979 tarihli Sözleşmenin 5. maddesi açıkça imzacı devletlerin, “a) *Her iki cinsten birinin aşağı veya üstün olduğu veya erkekler ile kadınların basma kalıp rollere sahip oldukları düşüncesine dayanan bütün önyargılar ve gelenekler ile her türlü uygulamayı tasfiye etmek amacıyla erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış tarzlarını değiştirmek; b) Ailede verilen eğitimin, toplumsal bir işlev olarak anneliğin gerektiği şekilde anlaşılmasını ve çocuğun büyüülmesinde ve yetiştirilmesinde erkeklerin ve kadınların ortak sorumluluğunun kabul edilmesini, yani çocuğun menfaatlerinin her durumda öncelik taşıdığını de içermesini sağlamak*” ile yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Mez-kûr Sözleşme'nin 11. maddesi taraf Devletleri kadınlara istihdamda erkekler ile eşit koşulları sağlamakla yükümlü kılmaktadır. Devlet, kadını “kadın işçi” kategorisi oluşturarak, sırf kadın olmak sebebiyle farklı muamele görmelerine sebep olacak uygulamalara izin vermemelidir.⁴² 11. madde, 4. madde ile birlikte yorumlandığında, Devletin kadını toplumsal cinsiyet kalıplarına hapsedmeden, onun erkekler ile eşit biçimde istihdamda var olabilmesi için istihdamları önündeki engelleri kaldırması gerekmektedir. Yine ülkemizce imzalanmış ILO'nun 122 sayılı İstihdam Politikaları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre imzacı devletlerin cinsiyet, ırk veya inanç gibi ayrımcılık unsurlarına başvurmaksızın, herkese yeteneklerine göre istihdam edilebilecekleri alanlar yaratmalıdır. Son olarak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 6. maddesi üye Devletleri, herkesin

³⁹ 111 sayılı ILO Sözleşmesi, 19 Temmuz 1967 Türkiye'de yürürlüğe girmiş, 21 Eylül 1967 tarih, 12705 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

⁴⁰ 122 sayılı ILO Sözleşmesi, 13 Aralık 1977 Türkiye'de yürürlüğe girmiş, 23 Ekim 1977 tarih, 16093 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, 19 Haziran 2008 Tarih E.2006/156, K.2008/125 Sayılı Kararı, İzmir 6. İş mahkemesi itiraz yolu Başvurusu, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Cilt 2, Sayı 45, 2008, s. 1336.

⁴² İbrahim Ertuğrul, „6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında Bireysel İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Meselesine Bir Bakış“, *TBB Dergisi*, Sayı 131, 2017, s. 365.

çalışma hakkına sahip olduğunu tanımakla yükümlü kılar. Buna göre, “*çalışma hakkı, herkesin özgürce seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatına sahip olma hakkını içerir ve üye devlet, bu hakkı korumak için uygun adımları atacaktır*”.⁴³ Buna karşılık 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesi ile kadının evlenmesi sebebiyle kıdem tazminatı olarak işten çıkmasının kolaylaştırılması, kadının çalışma hakkını kullanması üzerinde evlilikle beraber eşinin etkisi olabileceğini kanunen kabul etmek demektir. Dolaylı da olsa erkeğe, kadının çalışma özgürlüğü üzerinde söz söyleme, kadının kararına etki etme imkân sağlanmaktadır. Buna karşılık erkeğin, evlenmesini gerekçe göstererek kıdem tazminatı alıp işten çıkması söz konusu değildir. Yani erkek eşin, ne zaman ve nerede çalışacağına kendisinin karar verebileceği, evlenmiş olması ile eşinin, erkeğin bu kararı üzerinde bir etkisinin ol(a)mayacağı ön kabulü söz konusudur. Bu nedenle kadını, istihdama katılımda erkeklerden dezavantajlı duruma getirecek bir kural veya uygulama ne Anayasa’da güvence altına alınan kadın erkek eşitliğinin korunması ve çalışma hakkı ile ne de bu haklara yönelik uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerimiz ile bağdaşmaktadır.

B. Toplumsal Cinsiyet Temelli Ayrımcılığa Karşı Önlemler: Avrupa Örneği

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve AB Direktifleri, toplumsal önyargılar, kadının biyolojik özellikleri, evlenmesi ve anne olması gibi durumların beraberinde getirdiği mağduriyetlerin giderilmesi ve kadın erkek arasındaki hukuki eşitliğin fiilen de sağlanabilmesi için düzenlemeler yapmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve ABAD içtihatları ile de bu düzenlemeler somutlaştırılmış, işçiye ve işverene hak ve yükümlülükleri hakkında yol gösterilmiştir.

Anayasanın 10. maddesi ile benzer şekilde formüle edilmiş olan AİHS’nin 14. maddesine göre “*Cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin herkes bu*

⁴³ 16.12.1966 adopted by General Assembly Resolution 2200A (XXI), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>, (s.e.t. 16.3.2025).

Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanabilir”. Bu maddeye dayanarak vermiş olduğu kararlarında AİHM, yasal veya meşru bir amacı olmayan, amaç ile orantılı veya demokratik toplumda gerekli olmayan düzenleme ve uygulamaları 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırı bulmaktadır.⁴⁴

AB’nin 1957 tarihli kurucu Sözleşmesini⁴⁵ yenileyen 2009 tarihli Lizbon Antlaşması’nda⁴⁶, çalışanların sosyal ve ekonomik haklarının korunmasının yansısı, kadın ve erkek arasında eşitsizliğe yol açan durumların ortadan kaldırılması için üye ülkelerin pozitif ayrımcılık yapmaları hususuna yer verilmiştir. Buradaki amaç kadın ve erkeğin çalışma hayatında eşit bir biçimde var olabilmesini sağlamaktır.⁴⁷ Lizbon Antlaşması’nın 15. maddesine göre, “*İş hayatında erkeklerin ve kadınların etkili bir biçimde eşit duruma getirilmeleri için üye devletlerin temsil gücü olmayanların çalışmalarını kolaylaştırmak veya meslek yaşamındaki olumsuzlukları gidermek için onlara özel ayrıcalıkların tanınması veya bu konuda karar almaları eşitlik ilkesine bir aykırılık*” oluşturmayacaktır. Buradan yola çıkılarak kadının korunması, çalışma hayatına entegrasyonu ve erkeklerle sosyal ve ekonomik haklardan eşit bir biçimde faydalanabilmelerinin sağlanması için bir dizi AB Direktifi kabul edilmiştir. 2006 tarihli 2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Edinmede Kadın ve Erkeğin Eşit Muamele Görmesi ve Fırsat Eşitliği Sağlanmasına İlişkin Direktif, 1978 tarih 79/7 sayılı Kadın ve Erkeğin Eşit Muamele Görmesine İlişkin İlkenin Sosyal Güvenlik Bağlamında Uygulanmasına Dair Direktif ve 2006 tarih ve 2006/54 sayılı Kadın ve Erkek Arasında İş Bulma ve Meslek Edinmede Fırsat Eşitliği Sağlanması İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif bunlardan sadece bir kaçıdır. AB, bu Direktiflerin giriş kısımlarında kadın erkek eşitliğini Birliğin temel prensiplerinden biri olarak gördüğünü

⁴⁴ AİHM, *Bazhenov ve Diğerleri v. Rusya*, [3. Daire], No 8825/22 ve 19130/22 4, Şubat 2025; AİHM, *Bakradze v. Gürcistan*, [5. Daire], No 20592/21, 7 Kasım 2024.

⁴⁵ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Rom, den 25. März 1957, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT> (s.e.t. 16.3.2025).

⁴⁶ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, C:2007:306:TOC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2007:306:TOC> (s.e.t. 16.3.2025).

⁴⁷ Yenisey, s. 11.

vurgulamaktadır.⁴⁸ Bu bağlamda örneğin 2006/54 sayılı Direktifin 19. maddesi, kadın ve erkek arasında iş bulma ve meslek edinme hususunda fırsat eşitliğinin sağlanmasının kural olduğunu ve bu kurala ancak, işin gereklerini yalnızca bir cinsin yerine getirebilecek olması halinde istisna getirilebileceğini düzenlemektedir.⁴⁹ Buna göre, kadın veya erkeğin bu tür bir işe girmekte sınırlamalar ile karşılaşması halinde, sınırlama ancak, yasal bir amacının olması ve sınırlamanın amaçla ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olması halinde geçerlidir.⁵⁰

AB mevzuatında kadın ve erkeğin eşit olması, cinsiyetleri sebebiyle herhangi bir gruba ayrımcı veya kayırmacı davranmamayı gerektirmektedir. Yani kadına, sırf kadın olduğu için öncelik tanımak da ayrımcılıktır.⁵¹ Buna karşılık, kadının erkeklerle aynı iş pazarında istihdam olanağına sahip olabilmesi için kadın olmasından kaynaklı dezavantajların giderilmesi amacını taşıyan pozitif ayrımcılık, kadın erkek arasındaki eşitliğin fiilen sağlanmasına hizmet etmektedir ve hukuken korunmaktadır. Bunun ötesinde uygulamada kadınların şirket yönetimi gibi erkeklere nazaran daha az temsil edildiği bilinen alanlarda adil bir biçimde var olabilmelerini sağlayan, belli sayıda kadın çalışanın hedeflenmesi ve kadın kotası olarak tanımlanan düzenlemeler kadın ve erkek arasında fırsat eşitliğini sağlamayı amaçlamaktadır.⁵²

ABAD da aynı şekilde kadın ve erkek arasındaki eşitlik ilkesine aykırı uygulamaları konu alan davalarda ilgili direktifleri ve Birliğin temel prensiplerini göz önünde bulundurarak, toplumsal cinsiyete dayalı veya çeşitli politikalardan doğan ayrımcı uygulamaların son bulmasına katkı sağlamaktadır. Mahkeme, kadın ve erkeğin eşitliğe aykırı biçimde ücret almasını öngören ulusal bir düzenlemenin Birlik hukuku

⁴⁸ Bkz. 2006/54 Sayılı Direktif, 2. madde. Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/54/oj> (s.e.t. 16.3.2025).

⁴⁹ 2006/54 Sayılı Direktif, 19. madde 1. cümle.

⁵⁰ 2006/54 Sayılı Direktif, 19. madde 2. cümle.

⁵¹ ABAD, 17 Ekim 1995 tarihli Karar, *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, EU:C:1995:322, § 22.

⁵² Kadriye Bakırcı, „İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler“, *Kadın Araştırmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 10, 2012, s. 3.

ile uyumunu irdelediği ve 1976 yılında karara bağladığı *Defrenne II* kararında, kadın ve erkek arasındaki ücret eşitliğinin Birliğin temel prensibi olması hasebiyle, bu prensibin yalnızca üye devlete karşı ileri sürülmekle kalmayıp, iş hukuku gibi özel hukuka tabi kişiler arasında da doğrudan uygulama bulabileceğine hükmederek, cinsiyeti sebebiyle ücret eşitsizliği ile karşılaşan kadının, yetkili ulusal mahkemelerde bunu doğrudan işverene karşı ileri sürebilmesine olanak sağlamıştır.⁵³ İşverenin ekonomik kaygıları ise Mahkemenin hükmüne etki etmemiştir. Yine Mahkeme *Allonby* kararında, üye ülkenin sosyal güvenlik sistemine dahil olma şartlarının erkeklere nazaran kadınlar için çok daha zor olduğunu somut verilere dayanarak tespit etmiş ve bunun dolaylı bir ayrımcılık teşkil ettiğine işaret etmiştir.⁵⁴ ABAD ayrıca toplumsal cinsiyet algılarının, Birlik hukukunun eşitlik anlayışına aykırı biçimde ayrımcılığa sebebiyet vermesinin önüne geçecek kararlara da imza atmıştır. *Gruber v. Silhouette International* kararında Mahkeme, çocuk bakımı için yeterli hizmet alamadığı gerekçesiyle iş sözleşmesini fesheden işçinin üye ülke mevzuatına göre kıdem tazminatına hak kazanamamasının bir ayrımcılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.⁵⁵ Mahkeme, toplumsal değerlerin kadına yüklediği çocuk bakımı sorumluluğunun tek başına, işten çıkmayı gerektiren bir sebep olmadığını ve böylece geleneksel cinsiyet rollerinin, hukukun koruduğu ve teşvik ettiği kadın erkek eşitliği anlayışına şekil vermesine müsaade etmemiştir.

Yukarıda ifade edilen kararlar, Türk yargısı ve kanun koyucusu için toplumsal cinsiyet temelli ayrımcılık ile mücadele adına örnek teşkil edebilecek niteliktedir. Bugüne kadar Türk hukuk sisteminde de sosyal devlet, kadın erkek arasında istihdam konusunda fırsat eşitliğinin sağlanması ve kadının biyolojik ve sosyolojik faktörlerden kaynaklı mağduriyetinin giderilmesi için birtakım önlemler almıştır. Ancak yapılan düzenlemelerin yeterliliği tartışılmakla birlikte bunların halen, toplumsal aile yapısının etkisinde oldukları ve çocuk bakma ve eş olma gibi ailevi rolleri tek başına

⁵³ ABAD, 8 Nisan 1976 tarihli Karar, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, C-43/75, EU:C:1976:56, § 24 vd.

⁵⁴ ABAD, 13 Ocak 2004 tarihli Karar, *Debra Allonby v Accrington & Rossendale College ve diğerleri*, C-256/01, EU:C: 2004:18, § 48 vd.

⁵⁵ ABAD, 14 Eylül 1999 tarihli Karar, *Gabriele Gruber v Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG*, C-249/97, EU:C:1999:405, § 34.

kadına biçtikleri anlaşılmaktadır. Örneğin, İş Kanunu'nun 74. maddesi ile kadın çalışanlara doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık ücretli doğum izni verilmektedir. Ancak, babanın çocuk bakımında eşine yardımcı olabilmesi için kendisine babalık izni adı altında yeterli ve/veya ücretli bir izin süresi öngörülmüş değildir.⁵⁶ İş Kanunu ek 2. maddesi, eşin doğum yapması halinde babaya yalnızca beş gün ücretli izin verileceğini öngörmektedir. Halbuki çocuk bakımında anne ile babanın birlikte sorumluluk alması gerektiği bilinci topluma aşılmalıdır.⁵⁷ Yine kadın işçinin hamileliği halinde kendisinin ve bebeğinin sağlığını olumsuz etkileyecek işlerde ve zamanlarda çalışması İş Kanunu'nun 74. maddesi 5. fıkrasına dayanılarak doktor raporu ile yasaklanabilir, gerekli görüldüğü halde kadın işçinin sağlığına uygun hafif işlerde çalıştırılabilir. Ancak kadına, iş ve aile hayatını beraber sürdürmesinin zorlaşması durumunda kendisine, çalışma şartlarının aile ve iş hayatının uyumunu sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesini talep etme hakkı tanınmamıştır. Bu bağlamda örneğin, İş Kanunu'nun kısmi süreli çalışmayı düzenleyen 13. maddesine çocuk, hasta, yaşlı veya engelli bakım gibi aile yükümlülüğü olan işçilerin, istekleri halinde kısmi süreli çalışabilme imkânlarının kendilerine öncelikli olarak tanınması tavsiye edilmektedir.⁵⁸ Bunun dışında Gebe ve Emziren Kadınlar Yönetmeliği 13. maddesi, işverenleri, emzirme odası ve yurt açmakla yükümlü kılmaktadır.⁵⁹ İşverenin sunacağı bu imkândan kadın eş ve eşi vefat etmiş erkek eş faydalanabilmektedir. Ancak işverenin bu yükümlülüğünün doğması için işyerinde cinsiyet fark etmeksizin çalışan sayısı dikkate almak yerine⁶⁰ kanun koyucu yalnızca kadın işçi sayısını dikkate almaktadır. Burada dahi, çocuk bakımının öncelikli olarak kadının görevi olduğu algısı görülmektedir. Halbuki çocuk bakım hizmetlerinin çalışan kadın ve erkek için uygun koşullarda ve kolay erişilebilir hale getirilmesi ve kreş imkânlarının artırılması gerekmektedir.⁶¹ Kadınların iş hayatında

⁵⁶ İş kanunu ek madde 2'e göre işçiye evlenmesi, evlat edinmesi ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü halinde üç gün, eşinin doğum yapması halinde ise beş gün ücretli izin verilir.

⁵⁷ Saniye Dedeoğlu, „Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye’de Sosyal Devlet, Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı“, *Çalışma ve Toplum*, Cilt 2, Sayı 21, 2009, s. 52.

⁵⁸ Bakırcı 2012, s. 22.

⁵⁹ RG: 16.8.2013/28737.

⁶⁰ Bakırcı, 2012, s. 17.

⁶¹ Bakırcı 2012, s. 18 vd.

ihtiyaç duyulan yetenekleri edinmeleri için eğitim imkânları sunulması, bu imkânları hamilelik sürecinde kaçırmaları hali dikkate alınarak bu eğitimlerin, belli aralıklar ile tekrar edilmesi gerekmektedir.

Geleneksel aile profili ve bu profile kadının yerinin büyük ölçüde “ev” olduğuna dair toplumsal algının kanun koyucuyu da dolaylı olarak etkilediği, kasıtlı olarak olmasa da kadını çalışma hayatından uzaklaştıran normları göz ardı ettirdiği gözlemlenmektedir. Buna karşılık bu profilin zamanla değişmesinin, yani kadın ve erkek arasındaki rollerin giderek daha eşit paylaşıyor olmasının ve bunun dışında kadınların eğitim ve öğretim görmesi, aile ve kadın hakları konusunda bilincin artması ve boşanma oranlarının artmasının, yani kadının eş olma sorumluluğunu terk etmesinin, kadının çalışma hayatına katılımını artırdığı yapılan çalışmalar ile ortaya konmuştur.⁶² Bu nedenle hem aile birliğini korumak hem de kadın istihdamını artırabilmek için devletin önlemler alması gerekmektedir. Son yıllarda demografik yapımızın giderek yaşlanan nüfus ile şekillendiği ve buna karşı alınabilecek önlemler arasında devletin gündeminde evlenmenin ve çocuk sayısının artırılmasının teşviki olduğu da düşünüldüğünde,⁶³ literatürdeki bu tavsiyelerin değerlendirilmesi kaçınılmaz görülmelidir.

C. Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılığın Amaçsal Yorumu

Anayasanın 10. maddesi kadın ve erkeğin eşit olduğunu vurgulamaktadır. Yalnız eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı tek başına, eşitliğin fiilen sağlanmasını mümkün kılmamakta, bunun yanında ayrımcı durumların tespiti ve önlenmesi için özel önlemler alınması gerekmektedir.⁶⁴ Anayasanın 10. maddesinin 2. fıkrası bu eşitliğin fiilen hayata geçmesi için devlete dezavantajlı durumda olan gruplara yönelik pozitif ayrımcılık yapma yetkisi vermektedir. Eşitlik, biçimsel eşitlik olarak algılandığında ortaya çıkan sonuç, kadınların erkekler ile eşit haklara sahip olmalarına rağmen bu

⁶² Demet Eroğlu Sevinç, „The Effect of Divorce on Women’s Employment: An Application for Turkey with Regional Data“, *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 58, 2022, s. 116.

⁶³ Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı 2022 Faaliyet Raporu, s. 42, https://www.aile.gov.tr/media/129482/ashb_2022-idare-faaliyet-raporu.pdf (s.e.t. 17.3.2025).

⁶⁴ Karan, s. 476 vd.

haklarını toplumsal biyolojik ve benzeri sebeplerden doğan dezavantajlı durumlarından dolayı erkekler kadar etkin kullanamamaları ve dolayısıyla dolaylı olarak ayrımcılığa maruz kalmaları olacaktır.⁶⁵

Uzun yıllar çalışıp, evlendikten sonra işten ayrılmak isteyen kadının iş sözleşmesini feshetmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanamaması halinin hakkaniyete aykırı bulunması sebebiyle 14. madde ile, evlenen kadın işçiye evliliği haklı sebep göstererek sözleşmesini feshetme ve kıdem tazminatı alma imkanı sağlaması pozitif ayrımcılık olarak nitelenmiştir.⁶⁶ Halbuki söz konusu kıdem tazminatı, kadının istihdamını özendirerek onu erkekler kadar istihdam edilmeye katkı sağlamaktan uzak ve bu sebeple de pozitif ayrımcılık olarak sınıflandırılmayacak bir uygulamadır.⁶⁷ Literatürde de bu kıdem tazminatı hakkı, kadını çalışma hayatından kopmaya özendirici olarak yorumlanmaktadır.⁶⁸ Kadın zaten, toplumsal cinsiyet algısının kendisine dayattığı, ev işleri yapmak, çocuk bakmak gibi sorumlulukları üstlenmekte, evli veya anne olmasa ücret karşılığında yapacağı bu işleri “gönüllü” olarak yapmaktadır. Evlenmek veya çocuk sahibi olmanın, kadını çoğu zaman çalışma hayatından uzaklaştırdığı veya yeniden iş hayatına katılımını güçleştirdiği bilinmektedir.⁶⁹ Ancak bu durum, kadın için işten çıkma sebebi olmak zorunda olmamalıdır. Kıdem tazminatı ise tabir caizse “kadının ağzına bir parmak bal çalıp” ona ayrıcalık tanınıyormuş gibi gösterilerek, çalışarak ekonomik özgürlüğünü kazanma, toplumsal ve sosyal hayatta varlığını sağlama fırsatlarını kaçırmamasına yol açabilecek niteliktedir. Ayrıca kıdem tazminatı ile kadının ailevi sorumlulukları hatırlatılmakta, sanki çocuk bakmanın veya aile birliğinin sağlamanın erkeğin değil de yalnızca kadının sorumluluğu gibi algılanmasına sebep olmaktadır. Tüm bunlar kadının çalışma yaşamındaki varlığının daralmasına sebep olurken, evlenerek işten

⁶⁵ Bakırcı, 2012, s. 2; Karan, s. 474.

⁶⁶ İbrahim Ertuğrul, „6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında Bireysel İş Hukukunda Kıdem Tazminatı“, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 131, 2017, s. 363.

⁶⁷ Ertuğrul, s. 365.

⁶⁸ Centel, s. 6.

⁶⁹ Sevinç, s. 109.

ayrılmasını kıdem tazminatı ile ödüllendirme var olan dezavantajlı durumunu daha da derinleştirmektedir.

Kadına yönelik toplumsal cinsiyet algısına dayalı ayrımcılığın bir göstergesi olan 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde öngörülen kıdem tazminatının, devletin kadın erkek eşitliğini fiilen sağlama adına ve kadının anne veya eş olmasından kaynaklı dezavantajlı durumları gidermeye yönelik aldığı önlemlerin yeterli olmaması, 14. maddedeki kıdem tazminatının varlığını haklı kılamamalıdır.⁷⁰ Devletin görevi, toplumda eşitsizliğe ve adaletsizliğe yol açan toplumsal yargıları, kanuni düzenlemeler ile ayakta tutmak değil; bu yargıların aşılmasına hizmet edecek önlemler almaktır. Bu görev hem Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hem de Anayasanın 49. maddesinde güvence altına alınan çalışma hak ve hürriyetinin bir gereğidir.⁷¹ Her birey gibi kadın da çalışma hakkına sahiptir ve devlet onun da istidam edilerek ekonomik özgürlüğünü kazanmasına imkân tanınmalıdır. Anayasa 50. maddesi gerekçe gösterilerek, kadını çocuk gibi korunmaya muhtaç, bedenen ve ruhen zayıf varlıklar olarak görmek yerine, erkeklerden farklı olmayıp kendi başına karar verebilen, hayatını ekonomik anlamda bağımsız bir biçimde sürdürebilen bireyler olduğunu kavrayıp, biyolojik yapıları gereği anne olmaları, regl olmaları ve benzeri hallerde çalışma hayatında yaşayabilecekleri mağduriyetlere karşı önlem alınması gerekmektedir. Anılan maddeye, ancak bu gerekçeler ile kadının korunması ve desteklenmesi için atıfta bulunulmalıdır. Devletin bu sorumluluğunu yerine getirmemesinin faturası kadına çıkarılamaz. Nitekim, toplumsal cinsiyet ayrımcılığını engelleyecek düzenlemelere yabancı olmayan hukuk düzenimiz, kadının evlenmesi ile işten ayrılmasına ihtiyaç duyurmayacak ve dolayısıyla da kıdem tazminatı ile mağduriyetini gidermesine gerek kalmayacak düzenlemelere başvurabilecek kudrettedir.

⁷⁰ Bakırcı, s. 122.

⁷¹ Ulucan, s. 372; Seçkin Nazlı, *Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri*, Seçkin, 1. Baskı, 2015, s. 34 vd.

D. Kadın İstihdamı ile Ekonomik Büyüme Arasındaki Pozitif Yönlü İlişki

İşveren tarafı için kaliteli çalışma şartları bir maliyettir. İş hukukunda, bu bağlamda çalışma standartlarının iyileştirilmesine karşı ileri sürülen tezlerden biri, kaliteli çalışma koşullarına yapılan harcamanın ekonomik büyümeyi olumsuz etkilediği şeklindedir. Bu tezin yanlışlığı, işçinin ekonomik ve sosyal haklarının iyileşmesi ile ekonomik büyüme arasında pozitif bir ilişki olduğu tespit edilerek ispatlanmıştır.⁷² Bu tespitten yola çıkılarak ve kadın da iş gücü piyasasının bir parçası olduğundan, onun istihdamda yer edinmesinin sağlanması ekonomik ilerlemeyi olumlu yönde etkilemelidir. Yapılan araştırmalara göre, ülkedeki ekonomik koşullar, bir diğer deyişle kişi başına gelir ile kadınların işgücüne katılım oranı arasında çift yönlü bir nedensellik ilişkisi vardır.⁷³ Devletin, bu nedenle ekonomik kaygılar açısından da kadının çalışmasını teşvik edici iş ve eylemlerden kaçınması için bir sebebi yoktur. Bilakis kadın istihdamı ile ekonomik ilerleme arasındaki ilişkiyi tespit eden verileri, uluslararası tavsiyeleri ve teşvikleri dikkate alması gerekir.

Ortaklarından birinin ILO olduğu ve kadınların fikirlerinin sorulduğu bir çalışmada, aile üyelerine bakmak veya ev işleri ile ilgilenmekle meşgul kadınların %70'inin ücretli bir işte çalışmak istemelerine rağmen, kadın istihdamının artmadığı ve hatta Güney Asya ülkelerinde özellikle düşüş gösterdiği tespit edilmiştir.⁷⁴ Çalışma tarihinde dünya üzerinde kadın istihdamı %47'nin altında seyrederken, erkek istihdamı %72'lere ulaşmıştır. Bazı bölgelerde ise kadın ve erkek istihdam oranları arasındaki fark %50'yi bulmaktadır. Ücretli çalışan kadın ve erkeğin aldıkları ücret arasındaki eşitsizliğin ise giderek derinleştiğine dikkat çekilen çalışmada, ücret eşitsizliğinin engellenmesinin ülkelerin ekonomik büyümesine katkı sağlayacağı, kadın istihdamının artırılması ile ise gayri safi yurtiçi hasılda %20 ve refah seviyesinde %14 artış sağlanabileceği kaydedilmiştir.

⁷² Werner Sengenberger, *Globalization and Social Progress: The Role and Impact of International Labour Standards: A Report Prepared for the Friedrich-Ebert-Stiftung*, 2. Baskı, Bonn, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2005, s. 57 vd.

⁷³ Sevinç, s. 116; Özlem Çakır, „Türkiye’de Kadının Çalışma Yaşamından Dışlanması“, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Sayı 31, 2008, s. 43.

⁷⁴ European Institute for Gender Equality, <https://eige.europa.eu/newsroom/economic-benefits-gender-equality> (s.e.t. 17.3.2025).

Ekonomik büyüme ve ilerlemenin daha iyi düzeyde olduğu bilinen Avrupa’da da kadın erkek istihdam oranları ve ücrette cinsiyet ayrımcılığının ekonomik büyümeyi olumsuz etkilediği tespit edilmiştir.⁷⁵ 2021 yılı verilerine göre kadınların istihdam oranı %67,7 olmasına ve kadın ve erkek istihdam oranları arasındaki %10’luk farkın son 10 yılda giderek azaldığı tespit edilmesine rağmen AB, kadınların ev işi, çocuk bakımı gibi aile ile ilgili sorumluluklarının kadınların istihdama katılmalarına engel teşkil ettiğini ifade etmektedir. Buna karşılık ücretli çalışmanın, kadının ekonomik bağımsızlığını kazanmasının en etkin yolu olduğu ve bu nedenle de kadın istihdamının gerekli olduğu vurgulanmıştır. Bunun yanı sıra AB, kadın ve erkek arasındaki ücret adaletsizliğini de ekonomik büyümenin önündeki engellerden biri olarak görmektedir. Bu adaletsizliğin ortadan kaldırılması AB’nin sosyal ve ekonomik programında bir zorunluluktur. Zira rapora göre cinsiyete dayalı eşitsizliklerin önlenmesi, 2025 yılına kadar hem kadın hem de erkek iş gücünün faydalanabileceği 10,5 milyon yeni iş alanının açılmasını sağlayacak; 2050’e kadar ise gayri safi yurtiçi hasılda %3,15’lik bir artışa sebep olabilecektir.

Türkiye’de kadınların çalışma hayatındaki yerinin gelişmiş ülkelere kıyasla oldukça düşük olduğu yapılan araştırmalarla tespit edilmiştir.⁷⁶ Bu durum ILO raporlarına da yansımıştır. ILO’nun 2019 yılı raporuna göre, kadınların iş gücüne katılım oranı yalnızca %34,5’tir. 2024 yılındaki bir raporuna göre ise bakıma muhtaç çocuğu olan kadınların istihdam oranının hane halkı tipine göre değişmekle birlikte “çok düşük” kategorisinde değerlendirildiği görülmektedir.⁷⁷ Rapor bu durumu, kadınların çocuk bakım yükümlülüğünü orantısız bir biçimde fazla üstlenmesi ile açıklamaktadır.

⁷⁵ Women's situation in the labour market, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/women-labour-market-work-life-balance/womens-situation-labour-market_en; gender gap in labour force participation rates worldwide, <https://webapps.ilo.org/infostories/en-GB/Stories/Employment/barriers-women#global-gap/gap-labour-force> (s.e.t. 17.3.2025).

⁷⁶ Sevinç, s. 110.

⁷⁷ ILOSTAT blog, „Kadınların çocuk bakım sorumluluklarını orantısız bir şekilde daha fazla üstlenmesi, işgücü katılımındaki cinsiyete dayalı açığın önemli bir kısmını açıklamaktadır.“, 14 Mayıs 2024, <https://www.ilo.org/tr/resource/article/kucuk-cocugu-olan-kadınların-ışgucune-katılım-orani-esas-calisma-cagındaki> (s.e.t. 17.3.2025).

Toplumsal cinsiyet, kadının istihdamda yer alması ve ücret hakları üzerinde hala önemli bir rol oynamaktadır.⁷⁸ 2011 yılında Tokat ilinde konfeksiyon işletmelerinde çalışan kadınlarla yapılan bir ankete göre, kadınların çalışma kararlarını geçim sıkıntısı sebebiyle aldıklarını ancak bunun da kocanın izni dahilinde olduğunu ifade etmişlerdir. Söz konusu kadınların büyük kısmı eğitim seviyesi düşük olmakla birlikte, kayıt dışı istihdam edilmekte ve aynı işi yapan erkeklere nazaran daha düşük ücretle çalıştırılmaktadır.⁷⁹ Kadının doğum yapması ve bu sebeple kendisine izin vermek zorunda olması hali hazırda işvereni kadın işçi almamaya yönlendiren bir sebep olarak bilinmektedir.⁸⁰ Buna ek olarak hukukumuzda 14. maddenin kadına kıdem tazminatı tanınması işvereni kadın işçi almamaya ayrıca motive etmektedir.⁸¹ Her ne kadar kıdem tazminatı almanın kadını, aynı işyerinde veya başka işyerinde tekrar işe girmesine engel bir sebep teşkil etmese de işveren, işi öğrettiği ve yetiştirdiği elemanı evlenmesi sebebiyle kaybetmek ve yerine yeniden birini alıp tekrar eğitim ve deneme aşamalarına katlanmak istemeyecektir. Bu nedenle kadın işçi almaktansa, erkek işçi almayı tercih edebilecektir. Tüm bu sebeplerle Türkiye’de kadınların istihdam oranının erkeklerden düşük olması şaşırtıcı bulunmamalıdır.⁸²

Sonuç

Hukuk öğretisinde 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesi ile evlilikle kadın işçiye iş sözleşmesini feshetme ve kıdem tazminatı olarak işten ayrılma imkânı tanınması, bu hakkın erkeğe tanınmaması sebebiyle ayrımcı olmasından ziyade, kadının istihdamdaki yerini daraltabilecek olması sebebiyle eleştirilmiştir. Bu çalışma ile söz

⁷⁸ Serap Özen ve Damla Can, „İnsan Kaynakları Yöneticilerinin İşyerinde Toplumsal Cinsiyet Algıları“, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Kadın Çalışmaları Özel Sayısı, Cilt 19, Sayı 42, 2018, s. 31 vd; Yağmur Okay, „Toplumsal Cinsiyet Yaklaşımının Kadınların Emek Piyasasına Katılımına Etkisi“, *Ünye İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2021, s. 16.

⁷⁹ Elif Özlem Özçatal, „Ataerkillik, Toplumsal Cinsiyet ve Kadının Çalışma Yaşamına Katılımı“, *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2011, s. 35 vd.

⁸⁰ Okay, s. 15.

⁸¹ Selin Umutlu, „Kadın İşçilerin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Fesih Hakkı ve Sonuçları“, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Cilt 34, Sayı 3, 2020, s. 879.

⁸² Okay, s. 17.

konusu eleştirilere sosyo-hukuki bir altyapı kazandırılmaya çalışılmıştır. Buna göre öncelikle, iş hukuku mevzuatımızda kadın işçiye evlenmesi halinde işten çıkmasını teşvik edici bir tazminat ödenmesi, bugüne kadar hukuk literatürünce tespit edildiği üzere uluslararası platformda kadın haklarını korumaya yönelik imzalanmış anlaşmalara aykırıdır. Ayrıca, AB düzleminde kadın erkek eşitliğini istihdam dahil birçok alanda sağlamaya çalışan Direktifler ve bunların AB içtihatlarındaki yorumlarıyla da çalışmaktadır. Bunun yanında, mevzuatımızda “kadını kıdem tazminatı ile korumanın” dayanağı olarak gösterilen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ve pozitif ayrımcılığın, bu ilke ve yasakların amacına ters biçimde yorumlandığı tespit edilmiştir. Zira pozitif ayrımcılık ve eşitlik ilkesi ile kadın erkek arasında ayırım yapmamayı emreden Anayasa 10. maddesinin uygulaması, kadını istihdamdan uzaklaştırmaya teşvik sonucunu doğurmamalıdır. Halbuki yapılan çalışmalarda evlilik ve çocuk bakımı gibi yükümlülükleri olan kadınların iş hayatından uzaklaşırken, boşanmanın kadını istihdama yönlendirdiği tespit edilmiştir. Bu tespit, kadının ev ile iş arasında bir seçim yapmak mecburiyetinde bırakıldığını göstermektedir. Halbuki sosyal devletin, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarının fiilen hayata geçmesine hizmet edecek bir iş ve ev yaşamı dengesini kuracak şartları kadına sağlaması, kadını böyle bir seçim yapmak zorunda bırakmayabilir. Çalışmada dile getirilen ve literatürde de sıkça ifade edilen, önlemler ile ailevi sorumlulukların yalnızca kadının değil erkeğin de sorumluluğu olduğu bilinci aşılabilir, toplumsal cinsiyet algısının hukuk düzenini eşitlik ilkesine aykırı biçimde şekillendirmesinin önüne geçilebilir. Ayrıca, devletin kadının istihdamı için hem ekonomik hem de sosyal bir motivasyonu mevcuttur. Nitekim yüksek çalışma standartlarının ekonomik şartları zorlayacağına dair argümanın makul bir gerekçeden yoksun olduğu ve kadının istihdamının ekonomik büyümeye katkı sağlayabileceği hem Avrupa hem de dünya genelinde yapılan araştırmalar ile ortaya konulmuştur. Avrupa’da ve dünyada bu sebeple kadının çalışma hayatında daha fazla yer alması için çalışmalar yürütülmektedir. Boşanma oranlarının artması ile demografik yapının giderek yaşlanması ve buna karşılık çocuk sayısının artırılması gerektiğine dair tespitleri ise devleti, (erkeğe ve bilhassa) kadına aile ve iş hayatını bir arada sürdürülebileceği çalışma şartlarını sağlamaya teşvik etmelidir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan, *Bireysel İş Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin, 2023.
- Bakırcı, Kadriye, „Anayasa Mahkemesi’nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı “, *Sicil*, Cilt 3, Sayı 12, Aralık 2008, s. 112–124.
- Bakırcı, Kadriye, „İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler “, *Kadın Araştırmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 10, 2012, s. 1–37.
- Çakır, Özlem, „Türkiye’de Kadının Çalışma Yaşamından Dışlanması “, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Sayı 31, 2008, s. 25–47.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayınevi, 2023.
- Centel, Tankut, „Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık “, *Sicil*, Cilt 4, Sayı 15, Eylül 2009, s. 5-10.
- Dedeoğlu, Saniye, „Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye’de Sosyal Devlet, Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı “, *Çalışma ve Toplum* Cilt 2, Sayı 21, 2009, s. 41–54.
- Ertuğrul, İbrahim, „6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında Bireysel İş Hukukunda Kıdem Tazminatı “, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 131, 2017, s. 347–372.
- Karan, Ulaş, „Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı “, içinde: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınevi, 3. Baskı, 2013, s. 459-494.
- Köseoğlu, Ali Cengiz ve Ayca Kaya, „Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması “, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 29, 2011, s. 45-79.
- Nazlı, Seçkin, *Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri*, Seçkin, 1. Baskı, 2015.
- Okay, Yağmur, „Toplumsal Cinsiyet Yaklaşımının Kadınların Emek Piyasasına Katılımına Etkisi “, *Ünye İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2021, s. 12–33.
- Özçatal, Elif Özlem, „Ataerkillik, Toplumsal Cinsiyet ve Kadının Çalışma Yaşamına Katılımı “, *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2011, s. 21–39.

- Özen, Serap ve Damla Can, „ İnsan Kaynakları Yöneticilerinin İşyerinde Toplumsal Cinsiyet Algıları “, *Sosyal ve Beşerî Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Kadın Çalışmaları Özel Sayısı, Cilt 19, Sayı 42, 2018, s. 13–34.
- Özkan, Zeynep Aslı, „Evlenen Kadın İşçilere Yönelik Kıdem Tazminatı Düzenlemesinin Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasakları ve Pozitif Ayrımcılık Yönünden Değerlendirilmesi “, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 18, Sayı 71, 2021, s. 1107–1146.
- Sengenberger, Werner, *Globalization and Social Progress: The Role and Impact of International Labour Standards: A Report Prepared for the Friedrich-Ebert-Stiftung*. 2. Baskı Bonn, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2005.
- Senyen-Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 8. Baskı, Ankara, 2017.
- Sevinç, Demet Eroğlu, „The Effect of Divorce on Women’s Employment: An Application for Turkey with Regional Data “, *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 58, 2022, s. 108–117.
- Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Seçkin, 27. Baskı, Ankara, 2024.
- Süzek, Sarper ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku*, Beta Yayınevi, 24. Baskı, 2024.
- Ulucan, Devrim, „Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık “, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 369–384.
- Umutlu, Selin, „Kadın İşçilerin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Fesih Hakkı ve Sonuçları “, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Cilt 34, Sayı 3, 2020, s. 877–894.
- Yenisey, Kübra Doğan, „Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuk ile Olası Uyum Sorunları “, *Kamu-Is* Cilt 6, Sayı 4, 2002, s. 1–43.
- Yıldırım Çırkan, Merve Hilal, „Kadınların Adalet Erişimi ve Arabuluculuk: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Bir Değerlendirme “, *Eskişehir Barosu Dergisi*, Sayı 40. Yıl Özel Sayısı, 2024, s. 145–183.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi ve Bülent Tanör, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 22. Baskı, 2024.



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

AYIPLI MAL TESLİMİNDE SEÇİMLİK HAKLAR VE MİSLİYLE DEĞİŞİM HAKKININ KULLANILMASI

Av. Muhammed Emin BULUT*

Öz

Karşılıklı tam iki tarafa borç yükleyen satış sözleşmelerinde satıcının sorumluluklarından biri de devir borcu altına girdiği şeyin tam ve kendisinden beklenecek tüm faydaları karşılayabilecek şekilde ifa edilmesidir. Devri kararlaştırılan ve taraflarca anlaşarak hakkında satış sözleşmesi kurulan eşyanın alıcıya istediği tüm gerekleri sağlaması ve ulaşılabilecek yararı karşılaması gerekmektedir. Aksi hâlde satılanın ayıplı olarak kabulü gerekecektir. Konumuz dâhilinde öncelikle satılanın ayıplı olmasıyla satıcıya bağlanan sorumluluklar, alıcıya tanınan haklar ve mahiyeti itibariyle ayıp sorumluluğunun, Borçlar Kanunumuz ve Tüketici Kanunumuzda düzenlenen ifaya yönelik diğer sorumluluk çeşitleriyle karşılaştırılması yapılacak; akabinde ise seçimlik hakların uygulanması değerlendirilerek özellikle Yargıtayın misliyle değişim hakkına İcra İflas Kanunu kapsamında getirmiş olduğu yorum incelenecektir. Uygulamada özellikle ayıplı araç teslimine yönelik misliyle değişim taleplerinin karşılanıp karşılanmadığı, misliyle değişim hakkının yerine getirilen hukuki müessesenin bu hakkı ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Ayıplı mal, seçimlik haklar, tüketicinin hakları, misliyle değişim hakkının uygulanması, para ve teminattan başka borçlar hakkında ilamların icrası, taşınır teslimi.

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans II. Öğretim Öğrencisi, Avukat, Konya Barosu, av.meb@outlook.com, Orcid: 0009-0002-7312-5587.

Bu makale hakem değerlendirmesinden geçmiştir.

Gönderilme Tarihi: 8 Mart 2025 Kabul Tarihi: 23 Nisan 2025.



OPTIONAL RIGHTS IN THE DELIVERY OF DEFECTIVE GOODS AND EXERCISE OF THE RIGHT OF EXCHANGE IN KIND

Abstract

One of the responsibilities of the seller in sales contracts that impose mutual obligations on both parties is the performance of the thing under the obligation of transfer in a complete manner and in a way that can meet all the benefits expected from it. The goods, the transfer of which is agreed upon by the parties and for which a sales contract has been concluded, must provide the buyer with all the requirements and meet the benefit to be achieved.. Otherwise, the sale will have to be accepted as defective. Within the scope of our subject, first of all, the responsibilities attached to the seller due to the defective sale, the rights granted to the buyer and the liability for defect in terms of its nature will be compared with other types of liability for performance regulated in our Code of Obligations and Consumer Law; subsequently, the implementation of the optional rights will be evaluated and especially the interpretation of the Supreme Court of Appeals within the scope of the Execution and Bankruptcy Law will be examined. In particular, it will be discussed whether the requests for replacement in kind for the delivery of defective vehicles are met or not.

Keywords

Defective goods, optional rights, consumer rights, enforcement of the right of exchange, enforcement of judgments for debts other than money and collateral, delivery of movable property.

I. GENEL OLARAK AYIPTAN SORUMLULUK KAVRAMI VE AYIPLI İFANIN BENZER HUKUKİ TANIMLARDAN FARKI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümlerine göre kurulan satış sözleşmelerinde satılan şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretme borcu olan satıcının borçlarından bir tanesi de TBK m. 219 ve devamında düzenlenmiş olan ayıptan sorumluluk hâlleridir. Kısaca ayıp, “satılанда, sözleşme veya satılanın niteliği gereği, bulunması gereken özelliklerin bulunmaması veya bulunmaması gereken özelliklerin bulunması”¹ şeklinde tanımlanmaktadır.² TBK m. 219/1’de ayıp sorumluluğu; satıcının, satılanın, hasarın geçtiği anda alıcıya bildirdiği, yani satıcının vadettiği nitelikleri veya dürüstlük kuralı gereğince ondan beklenebilecek lüzumlu vasıfları taşınamasından dolayı sorumlu olması şeklinde düzenlenmiştir.³ Madde metnine göre satıcı, alıcıya karşı satılan şeyde bildirdiği niteliklerin mevcut olamamasından sorumlu olduğu gibi, şeyin nitelik veya niceliğini etkileyen, aykırılıklar barındıran, kullanım amacı bakımından değerini veya alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde azaltan maddi, ekonomik ve hukuki ayıplardan sorumlu olacaktır.⁴ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (TKHK) 8. maddesi ise çok daha kapsamlı bir tanımlama yaparak bu tanım içerisine kararlaştırılan modele uymama ya da ambalaj, etiket, ilan dâhil olmak üzere tanıtıcı tüm etkenlerle yapılan tanıtımlardaki unsurları karşılamama hâlini de satılanın objektif olarak sahip olması gereken özelliklerin devamına eklemiştir. Madde ayıplı malı şu şekilde tanımlamaktadır: “(1) Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır. (2) Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı

¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 7. Baskı, 2019, s.102.

² Semih Yünlü, “Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayıp Sorumluluğu Bakımından Alıcının Külfetleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019, s.329.

³ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin, 12. Baskı, 2019, s.116.

⁴ Eren, *op. cit.*, s.102.

olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.” Satıcı zapttan sorumlulukta olduğu gibi, ayıptan sorumluluk hükümlerince doğan zararlardan da kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğuna sahip olmaktadır.⁵ Bununla birlikte satış sözleşmesine konu olan şeyin parça veya çeşit borcu olması hâlinde satışa konu olan malın belirlenen nitelikleri veya özellikleri taşımaması sebebiyle aynen ifa veya gereği gibi ifa edememe konularına girip girmeyeceği tartışmaları da ayıbın tespiti noktasında bazı görüşler barındırmaktadır. Ayrıca zapttan sorumluluk hükümleriyle satılanın ayıplı olmasından doğan sorumluluğu da birbirinden ayırmak gerekir. Ayıp sorumluluğunun düzenleyen TBK m. 219’da zapttan sorumluluk hükümleri çerçevesine girebilecek hukuki ayıp teriminin yer alması, zapt hükümleriyle ayıp hükümlerinin ayrılmasını gerektirmektedir.⁶

A. Çeşit Borçlarının İfasında Aliud İfanın Ayıplı İfadan Farkı

Aliud ifa söz konusu olduğunda, çeşit satışı ile parça satışının birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Parça satışında, satıcı ile alıcı arasındaki sözleşmede, satılan şeyden başka belirli bir şey alıcıya teslim edilmektedir. Çeşit satışında ise tamamıyla bir başka cins eşyanın alıcıya ifa olarak verilmesi durumu oluşmalıdır. Satılan şeyden başka bir şeyin teslim edilmesi (aliud) durumunda, çeşit borçlarında kararlaştırılan cinsin bütün özelliklerini taşımayan bir eşya teslim edildiğinde, artık burada ayıplı ifadan değil, ifa etmemeden bahsetmek gerekecektir. Örneğin kaz yerine ördek teslimi bu şekildedir.⁷ Yargıtayın konuya yönelik bazı kararlarında da trafik kaydında benzinli görülmesine rağmen satış sözleşmesine konu olan aracın mazotlu araç olması, 480 amper yerine 460 amper güç üreten cihazın teslimi⁸, 1987 model araç yerine aynı

⁵ *Ibid.*, s.103.

⁶ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.108.

⁷ *Ibid.*, s.117-118.

⁸ Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 7 Aralık 2021 Tarih ve E.2020/4345, K.2021/6919 Sayılı Kararı: “...Davalı tarafından tanzim edilerek davacıya gönderilen faturada makine 48V/480 amper gücündeki makine olarak gösterilmiştir. Taraflar arasında düzenlenen 18.03.2014 tarihli *teslim* formunda ve 24.02.2014 tarihli proforma faturada da satım konusu makinenin 48V/480 amper gücündeki makine olarak yazdığı, *teslim* aşamasında dahi satıcı olan davalının, makinenin 48V/480 amper gücündeki makine olduğunu beyan ettiği görülmüştür. Satılanın, sözleşmede belirlenene ya da alıcının satılandan beklediği kullanım amacına uygun

markadan 1986 model aracın teslim edilmesi, doppler görüntüleme cihazı yerine görüntüleme yapamayan başka bir cihazın verilmesi aliud ifa olarak değerlendirilmiştir. Artık bu gibi durumlarda genel hükümlere gidilerek gereği gibi ifa istenilebileceği gibi, talebin yerine getirilmemesi hâlinde ise TBK m. 112 ve devamında düzenlenen tazminat isteme hakkı da kullanılabilecektir.

B. Parça Borçlarının İfasında Aliud İfanın Ayıplı İfadan Farkı

Parça borçlarında artık satış konusu şeyin münhasır özellikleri de belirlendiğinden buradaki yorum daha kolay yapılabilir. Zira belirlenen tüm özellikleri karşılamayan bir ifa tam ve gereği gibi geçerli bir ifa olamayacağından; satılanın yerine başka bir şeyin teslim edildiği, dolayısıyla söz konusu olayda aliud ifanın yapıldığı yorumu getirebilecektir. Böyle bir durumda da TBK m. 112 ve devamındaki borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hükümleri uygulanabilecektir.

C. Zapttan Sorumluluk Hükümleri

Zapttan sorumluluk başlıklı TBK m. 214 hükmü, satış sözleşmesinin kurulduğu esnada, üçüncü bir şahsın satılan şeyin üzerinde var olan hakkını kullanarak satılanı alıcıdan almasını düzenlemiş, satıcıya alıcıya karşı bir sorumluluk getirmiştir. TBK m. 214/1 “Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur.” şeklinde düzenlenmiştir. Zaptın gerçekleşmesi sözleşme konusunu oluşturan edimin satıcı tarafından yerine

olarak teslimi gerekir. Dosyadaki raporlardan da anlaşıldığı üzere davacının 480 amper gücünde sandığı makinenin 460 amper gücünde olması sebebi ile burada *aliud teslim* söz konusudur. “Çeşidiyle belirlenen bir menkulün satımında, sözleşmelerin çeşidini belirlemek için sözleşmede öngördükleri vasıflardan biri *teslim* edilen şeyde bulunmazsa artık ayıplı *teslim* değil satılardan başka bir şeyin *teslimi* (*aliud teslimi*) söz konusudur. Bu durumda ise uyuşmazlığın çözümünde TBK’nın 112. ve devamı hükümlerinin nazara alınması gerekecektir.” (Yargıtay 11.HD. 09.06.2015 Tarih, 2014/11508 E., 2015/7972 Karar sayılı ilamı). *Aliud teslimde* fiyat farkına hükmedilebilmesi için alıcının bu yönde kabulünün olması gerekir. Oysa davacı yargılamanın başından bu yana sözleşmeden dönme ile bedel olarak ödediği tutarın iadesini talep etmektedir. Bu durumda Bölge Adliye Mahkemesince davacının rızası olmadan, satın almadığı bir malı davacının uhdesinde bırakarak fark bedeline hükmedilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir...” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

getirilmediğini göstermektedir. Bu durumda, zapta maruz kalan sözleşme tarafı, karşı tarafın sorumluluğuna genel hükümler uyarınca gidebilir. Ayrıca zapt için belirlenmiş özel sorumluluk rejimi olan ve TBK m. 217 ve 218’de düzenlenen hakları kullanabilecektir.⁹ Ortaya çıkan bu durumda, zapt hükümlerine tabi edim, ifasında kendisinden beklenecek yararı yerine getiremeyecektir, alıcının ondan beklediği faydaları karşılayamayacaktır. İşin sebebi ise edim üzerinde üçüncü bir şahsın hukuki olarak hak sahibi olmasıdır. Böylece zapt hükümleri ve ayıptan sorumluluk hükümlerinin, özellikle hukuki ayıbın aynı anda sonuç doğurmasıyla karşılaşılabilir.

II. AYIP TÜRLERİ

Bir malın niteliği gereği sahip olması gereken özellikleri taşımaması, satıcı tarafından satılan malın sahip olduğu belirtilen niteliklerin satılarda mevcut olmaması anlamına gelmektedir. TBK m. 219 hükmüne göre bir malın niteliği gereği sahip olması gereken özellikleri taşımaması veya satıcının malda bulunacağını vadettiği hususların malda bulunmaması durumunda malın nitelik ve niceliğini etkileyen, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya azaltan hukuki, ekonomik ve maddi ayıplardan dolayı satıcının alıcıya karşı sorumlu olacağı düzenlenmiştir.¹⁰ TBK ile TKHK’ye göre ayıp, bildirilen niteliklerdeki ayıp ile bulunması gereken niteliklerdeki ayıp olarak da tasnif edilebilir. Ayrıca açık ayıp, gizli ayıp ve gizlenmiş ayıp olarak da tasnif yapabilmek de mümkündür.¹¹ Viyana Satım Sözleşmesi’nde (CISG) ise tarafların belirli hususların ayıp olarak kabulü üzerine anlaşır anlaşmamasına göre ayıp “subjektif” ve “objektif” olmak üzere iki farklı türe ayrılmıştır.¹²

⁹ Barış Demirsatan, “Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Koşulları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1, 2020, s.222.

¹⁰ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.116.

¹¹ Eren, *op. cit.*, s.106.

¹² İpek Yücer Aktürk, “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2015, s.214.

A. Maddi Ayıp

Maddi varlığa sahip her varlığın bu varlığına yönelik olarak ortaya çıkabilecek tüm ayıplar maddi ayıp olarak nitelendirilmektedir. Şeyin tüm maddi varlığı buna dâhildir. Örneğin renk, şekil, görünüş malzeme gibi etmenler buraya dâhil edilebilir. Bundan dolayı maddi ayıba teknik anlamda ayıp da denebilmektedir. Teslim edilen şeyin kırık, yırtık, çürük, bozuk, çatlak, lekeli, patlak, delik vb. olması maddi ayıp olduğunu gösterecektir.¹³ Kısaca sözleşmeye konu eşyanın fiziki yapısında bulunan eksikliklerin onun kullanılmasına engel olması hâlinde maddi ayıptan bahsedilebilecektir.¹⁴

TBK m. 219 ile mülga TKHK m. 4 ve 4/A birinci fıkralarındaki “nitelik” kavramı öncelikle sadece satılanın maddi olarak taşıdığı özellikleri ifade etmiş; daha sonra bu kavram satılanın kullanılmasını, normal ve olağan bir şekilde çalışmasını sağlayan özellikleri de kapsar olarak kabul edilmiştir. Zamanla bu kavram daha da genişleyerek satılana değer kazandıran fakat bu değer satılanın yararlılığına etkisi olmayan özellikleri de kapsar hâle gelmiştir. Burada satılan şeyin tesliminden kendinden beklenen faydayı sağlayamaması ve bunun maddi sebeplerle ortaya çıkması maddi ayıbın temel gerekçesini oluşturmaktadır. Örneğin ceviz denilen mobilyanın çam olması, buzdolabının soğutmaması, sıfır km olduğu söylenen aracın motorunda bulunan arızanın giderilmiş olmasına rağmen orijinalliğini bozması buna

¹³ Eren, *op. cit.*, s.107.

¹⁴ Hayrunnisa Özdemir, “Ayıplı Mal ve Hizmetler”, in Oya Şahin Mccarthy ve Mutlu Dinç (Ed.), *Tüketici Hukuku Davaları*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2022, s.137.

örnek gösterilebilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında¹⁵ konuya detaylı olarak değinmiştir.¹⁶

B. Ekonomik Ayıp

Satılan şeyin alıcıya ondan beklediği geliri getirmemesi ya da gerekli verimi sağlamaması ekonomik ayıp olarak nitelendirilmektedir.¹⁷ Ekonomik ayıpta belli bir gelir vadiyle satılan şeyin kendisinden beklenen o vaadi yerine getiremediği görülür.¹⁸ Örnek olarak vadedilen kira geliri, miktar gösterilerek satılan taksi ve dolmuş hatlarından belirtilen gelirin elde edilememesi gösterilebilir. Mesela vadettiği yakıt tüketiminin çok üzerinde yakıt harcayan otomobilin ekonomik olarak ayıplı olduğu söylenebilecektir. Örnekleri bu şekilde artırabilecek olsak da satıcının hangi nitelik ve vasıfların eksikliğinde ekonomik ayıp kapsamında sorumlu olacağının açık ve net bir şekilde belli olmaması uygulamada tartışmalara yol açmaktadır.¹⁹ Mesela kötü işletilen ve bu yüzden kârlılık oranı düşük olan bir işletmeye ait hisse senedinin satın alınması bağlamında, ilgili senette herhangi bir sahtelik olmaması hâlinde, ekonomik ayıbın varlığından bahsedilemeyecektir. Sahtecilik unsuru bulunan bir hisse senedinin varlığında ise hukuki ayıp değerlendirilecektir.²⁰

¹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1 Temmuz 2009 Tarih ve E.2009/246, K.2009/297 Sayılı Karar: "...Somut olayda; "0 km" de alınan aracın, tüketiciye tesliminden önce tespit edilerek program yüklemesi yoluyla giderilmeye çalışılan, üretim arızası olduğu halde tüketiciye satılıp, teslim edildiği; motor kontrol ve şanzıman kontrol ünitesinde yaşanan problemler nedeniyle motor ECU'suna iki kere program yüklendiği, program yüklemelerine ve bir çok kez tamir edilmesine karşın arızaların giderilememesi üzerine de, hem motor kontrol hem de şanzıman ünitelerinin tamamen değiştirildiği; yapılan onarımlar sonucu arızaların giderilmiş olduğu; ancak bu arızaların giderilmesi amacıyla aracın bir çok parçası değiştirilip, böylece aracın orijinal halini kaybettiği gibi, tüketicinin araca duyduğu güvenin sarsılması nedeniyle araçtan beklediği yararı sağlayamadığı, daha baştan değişiklik talebi iletilmesine karşın, yasal zorunluluğa rağmen davalı yanın bu istemi yerine getirmediği, tüketicinin bu şekilde aracı değer düşüklüğüne ilişkin zararı giderilerek de olsa kullanmaya zorlanamayacağı, belirgindir..." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹⁶ Özdemir, *op. cit.*, s.138-139.

¹⁷ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.119.

¹⁸ Eren, *op. cit.*, s.107.

¹⁹ Özdemir, *op. cit.*, s.142.

²⁰ Eren, *op. cit.*, s.107.

C. Hukuki Ayıp

Hukuki ayıpta satılan şeyin kanuna, kurallara aykırı olması sebebiyle alıcının bu şeyden tam olarak yararlanamadığı, belirlenen hukuki niteliklerinde eksiklikler²¹ taşıyan ayıp şeklidir.²² Hukuki ayıplara örnek olarak inşaat yasağı veya kısıtlamaları bulunan bir arazinin inşaat için satılması²³, imar durumu olmayan arsının imarlıymış gibi satılması²⁴, hacim sınırlaması nedeniyle trafikten yasaklı olan motorun bu kısıtlamalara uymaksızın üretilerek trafiğe çıkarılması²⁵, taşınmazda bulunan eksiklikler sebebiyle işyeri ruhsatı alınamaması veya iskân izninin bulunmaması²⁶ halleri verilebilmektedir.

Hukuki ayıpta değinilmesi gereken önemli bir nokta da şudur ki; satılardan amaçlanan faydanın sağlanamamasının sebebi üçüncü bir şahsın sahip olduğu haktan kaynaklanmamalı, tamamen satılanın kendi uhdesinden gelmesi gerekliliğidir. Üçüncü şahsın üstün bir hakkı devreye girdiğinde artık burada hukuki ayıptan bahsetmek mümkün olmayacak, zapttan sorumluluk hükümleri devreye girecektir. Örneğin; teslim edilen malın çalıntı olması veya üzerinde haciz olması hâllerinde, üstün hak sahibi üçüncü şahısların varlığı; olayı, hukuki ayıptan farklılaştırarak zapttan sorumluluk sınırlarına taşımaktadır. Yargıtay hacizli bir malın satılmasını konu edinen emsal bir kararında, zapt hükümlerinin işletilmesi için gerekli olan

²¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15 Şubat 2012 Tarih ve E.2011/19-597, K.2012/80 Sayılı Kararı: "...Satım sözleşmesinin yerine getirilmesi için geçirilen hakkın, objektif bir hukuk kuralından ötürü sakatlanmış bulunması, satılanın objektif bir hukuk kuralı nedeniyle öngörülen amaca hizmet edememesi ise "hukuki ayıp" olarak nitelendirilmektedir. Satılanın değerine ve ondan beklenen yarara etki eden ve objektif hukukun koyduğu birtakım sınırlama ve yasaklardan doğan eksiklikler "hukuki ayıp" olarak ifade edilebilir... Hukuki ayıp, satılanın mutlaka alıcının elinden alınması sonucunu doğurmaz... Ancak bu ayıbın sözleşmede yarar ve hasarın alıcıya geçmesi anında satılarda var olması, mevcut ayıbın gizli olması ve o malın değerini veya kullanım amacını ciddi surette azaltması veya kaldırması gereklidir. Satıcının bu yükümlülüğünün ortaya çıkması için alıcının satılanı muayene etmesi ve iddia olunan ayıpları satıcıya ihbar etmesi gereklidir. Bunun aksine davranan alıcının ayıba karşı tekellüf hükümlerinden faydalanma olanağı yoktur..." (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

²² Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.119; Eren, *op. cit.*, s.108.

²³ Eren, *op. cit.*, s.108.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Hasan Can Çağlayan, "Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Seçimlik Haklar", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 7, 2016, s.361.

²⁶ Hayrunnisa Özdemir ve Serhat Küçükçapraz, "Kiraya Veren Ayıptan Doğan Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 47, 2021, s.91.

şartların yerine getirilmemesi hâlinde, hukuki ayıba dayalı olarak ayıba karşı tekeffül hükümlerinin işletilebileceğini kararlaştırmıştır.²⁷ Satılanın hukuka aykırı marka taşıması, başka birisine ait bir telif hakkını ihlal etmesi, resmi kuruluşlarca konulan güvenlik kurallarına uymaması gibi durumlar da hukuki ayıba örnek verilebilir. Zapttan sorumlulukla beraber hukuka aykırılık ve imkânsızlık hâlleri de hukuki ayıpla karıştırılabilmektedir. Örneğin lokanta olarak satılan bir yerin işletme ruhsatının bulunmaması, ithali imkânsız bir malın satışa konu olması hâllerinde hukuki ayıp bulunmamaktadır. Böyle bir hadisede taraflar arasında kurulan sözleşmenin TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır.²⁸

2018 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve ilgili yönetmeliğinin 40. maddesine göre tam hasarlı olup hurdaya ayrılan araçların yeniden trafiğe çıkması yasaklanmış durumdadır. Bu durumdaki bir aracın hukuken trafiğe çıkmaması gerektiğinden herhangi bir şekilde satışa konu olması durumunda hukuki ayıptan söz edilebilecektir. Ayrıca aracın asli yapısından farklılaşması, hasarlı olması da gözetildiğinde, maddi ayıp taşıdığı söylenebilecektir.

D. Bildirilen Nitelikteki Ayıp

Satış sözleşmesi esnasında satıcı tarafından bildirilen nitelikler, alıcının karar vermesi açısından yönlendirici etkiler barındırıyorsa, sözleşmenin kurulmasıyla beraber yapılan bu bildirimler satıcıyı nedensellik bağı çerçevesinde bağlamaktadır. Satıcı, alıcıya karşı satılанда bildirdiği niteliklerin varlığını üstlenmekte, adeta bildirdiği nitelikleri garanti etmektedir. Örneğin bir yarış atının yaşının bildirilmesinde, bir taşınmazın kirasının bildirilmesinde durum böyledir. Ancak

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20 Haziran 2019 Tarih ve E.2017/1657, K.2019/744 Sayılı Kararı: "...Dava konusu makineler, davalının zilyetliğinde bulunduğu sırada icra dairesinin işlemi neticesinde alıkonulmakla, davacının zapta karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için satın aldığı makinelerin üçüncü kişinin üstün hakkı dolayısıyla kendisine karşı açılan bir dava sonucunda elinden çıkması gerekmekte olup, davaya konu makineler icra dairesinin "Teslim Tutanağı" işlemi ile geri alınması nedeniyle davacının zapta karşı tekeffül hükümleri uyarınca talepte bulunması mümkün değildir. İcra dairesinin işlemi neticesinde davacının satın aldığı makineler üzerinde tasarruf yetkisinin ortadan kalması neticesinde, davacıya satılan makinelerin hukuki ayıplı olduğu ve davacının mülga 818 sayılı BK'nın 194 ilâ 207. maddeleri arasında düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca talebinin değerlendirilmesi gerekmektedir..." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²⁸ Özdemir, *op. cit.*, s.141.

satılanın sürümünü arttırmak amacıyla topluma yapılan duyurularda bildirilen övgü, reklam ve tavsiye sözcüklerinde durum daha farklıdır. Satış ilanında en üstün yapı malzeme ve tekniğe göre yapılmış daire, ev gibi ifadeler TBK m. 219 anlamındaki nitelik bildirimi değildir.²⁹ Buradaki hukuki sorun olayın mahiyetine göre genel hükümlerden kaynaklanabilecektir.

E. Bulunması Gereken Nitelikteki Ayıp

Dürüstlük kurallarına göre satılan eşyada objektif yükümlülüklerle gereği herkesçe bulunması beklenebilecek şartların bulunmamasını bu ayıp başlığı altında toplayabiliriz. Örneğin bir arabada direksiyon ya da firenin bulunması herkes tarafından beklenen bulunması gereken niteliklerdendir.³⁰

F. Açık Ayıp

Açık ayıplar olağan bir gözden geçirme işlemiyle anlaşılabilen, tespiti için herhangi bir özel bilgi ve donanım gerektirmeyen, ilk bakışta tespit edilebilen ayıptır.³¹ Açık ayıba alınan bir ürünün gözle görülür şekilde temel şeklindeki eksiklikler veya bozukluklar örnek verilebilir. Yeni inşa edilen bir konutun anlaşılacak derecede kötü işçilik taşınması veya kararlaştırılan projeye gözle görünür şekilde tam uygunluğunun bulunmaması, sipariş edilen bir ürünün tamamen farklı olmamak şartıyla görsellerindeki gibi çıkmaması, bozuk veya bozulmaya yüz tutmuş ürün teslimi açık ayıba örnek gösterilebilir.

G. Gizli Ayıp

Olağan ve rutin bir gözden geçirme işlemiyle anlaşılabilen ve sonuçlarını ancak belli bir kullanım veya süre geçmesiyle gösteren ayıp türüne gizli ayıp denmektedir.³² Örnek olarak Yargıtaya göre taraflar arasındaki satış konusu olan deniz motorundaki ayıp, deniz motoru satış tarihinde çalıştırıldığında ortaya çıkmıyor ancak uzun süre çalışmasının sonucunda ortaya çıkıyorsa bu ayıp gizli ayıp

²⁹ Eren, *op. cit.*, s.109.

³⁰ *Ibid.*, s.12.

³¹ Selminaz Adıgüzel, “Uluslararası Ticarete Ayıptan Doğan Sorumluluklar Ve Ürün Sorumluluğu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 22, Sayı 48, 2023, s.1055.

³² *Ibid.*

mahiyetindedir.³³ Yargıtay otomobil motorlarında da aynı kanaati taşımaktadır. Günlük hayatta sıklıkla karşılaşılabilen bu durumlarda yüksek mahkeme gizli ayıbın var olduğunu ve satıcının bundan dolayı seçimlik haklardan tercih edileni karşılaması gerektiğini belirtmektedir.³⁴

III. AYIPTAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

A. Maddi Şartlar

Taşınır satışlarında ayıptan doğan sorumluluğa gidilebilmesi için öncelikle geçerli bir satış sözleşmesinin kurulması gerekmektedir. Bunun olabilmesi için de tarafların asli iradelerini beyan etmeleri, iradelerini karşılıklı olarak kabul etmeleri ve kararlaştırılan edimin teslimi gerekmektedir. Taşınmazlarda ise teslimin yanı sıra tescilin de gerekli olması gözetildiğinde geçerli bir satış sözleşmesinin tescilden sonra kurulacağı, ayıptan doğan sorumluluğun da teslim ve tescil ile mülkiyetin naklinden sonra oluşacağı anlaşılmaktadır. Taşınmazların satış sözleşmesi ile devrinin sıkı şekil şartlarına bağlı olduğu, ayıptan doğan sorumluluğun da bu şekil şartlarına haiz bir mülkiyet devrini içerir satış işlemiyle gerçekleşeceği açıktır. Zilyetliğin devriyle beraber örneğin inşaa aşamasında olan bir konut için henüz mülkiyetin devri gerçekleşmezse satıcının ayıptan sorumluluğu başlayacaktır. Bunun tam tersi olarak da mülkiyet devredilmesine rağmen zilyetliğin devri henüz gerçekleşmemiş olabilir. Bu hâlde de ayıptan sorumluluk zilyetliğin devriyle başlar. Ayrıca kanun koyucu, satılan malın kararlaştırılan vadede teslim edilmemesini de ayıplı ifa olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla kanun, burada tüketicinin ayıp hükümlerine başvurabileceğini kabul etmekte, vadenin belirlenmediği hâllerde ise malın teslim edilmesine gerek

³³ Turan Özkaya, *Türk Borçlar Kanununa Göre Menkul Satımında Ayıp*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022, s.32.

³⁴ Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesi 23 Ekim 2019 Tarih ve E.2017/5208, K.2019/4901 Sayılı Karar: "...ayıplı malın yenisi ile değiştirilmesi veya bedelin iadesini talep ettiği, dava konusu araçtaki ayıbın gizli ayıp olduğu, davacının ayıbı öğrendiği tarihte davalıya noter aracılığıyla ihtarname gönderdiği, dava konusu aracın motorunda yağ eksiltme arızasının olduğu bu arızanın kısa aralıklarla tekrar ettiği, sıfır km araç alan davacının aracın en önemli parçası olan motordaki bu arızaya katlanmasının beklenemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile dava konusu aracın ayıpsız misliyle değiştirilmesine... karar verilmiştir..." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

kalmadan tüketicinin ayıp hükümlerine başvurarak sözleşmeden dönme hakkını baki tutmaktadır.³⁵

1. Satılan Şey Ayıplı Olmalıdır

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğundan bahsedebilmek için teslim edilen malın öncelikle ayıplı olması gerekmektedir. Hem TBK hem de TKHK hükümleri incelendiğinde şeyin teslimi esnasında tarafların kararlaştırmış olduğu ve objektif olarak bakıldığında bulunması gereken niteliklerin bulunmaması, ambalajında, etiketinde veya internet ortamında bahsedilen özelliklerin bir veya birden fazlasının bulunmaması, tüketicinin beklediği faydaları azaltan veya tamamen karşılamayan maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içermesi ve satıcının sorumluluğu altında olan montaj talimatındaki yanlışlık sebebiyle montajın hatalı yapılması veya gereği gibi yapılamaması sonucunda hatalı olan mallar (TKHK m. 8) ayıplı mal olarak kabul edilmektedir.³⁶

2. Alıcı Bu Ayıbı Bilmemelidir

Satış sözleşmesinin kurulduğu esnada alıcı ayıbı biliyor veya gerekli özeni göstermiş olsaydı bilecek durumda bulunabiliyorsa artık bu durumda TBK m. 222 ve TKHK m. 10 hükmünce ayıptan sorumluluk hükümleri işletilemeyecektir.³⁷ Burada önemli olan husus ise, TBK m. 222’de yer alan ayıbın bilinmesi deyiimi, ayıbın kapsamı ve önemi hakkında alıcının tam bilgi sahibi olması anlamına gelmesidir. Yani sadece ayıbın varlığından bahsetmek veya haberdar olmak yeterli değil, kapsamı, önemi ve sonuçlarının da bilinebilir olması gerekmektedir.³⁸ Aksi hâlde ayıbın alıcı tarafından bilinebilir olduğu iddia edilemeyecektir. Örneğin Yargıtayın gözden geçirme yükümlülüğü ile ilgili olarak vermiş olduğu bazı kararlarında, bir araç satışında alıcının tramer sorgusu yapmamasının dahi alım işlemi sırasında kendisine

³⁵ Yasemin Şişman Şensöz, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ayıplı Maldan Sorumluluk*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022, s.30.

³⁶ *Ibid.*, s.31.

³⁷ Eren, *op. cit.*, s.114.

³⁸ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.124.

yüklenilecek bir gözden geçirme sorumluluğu olmadığı kararlaştırılmıştır.³⁹ Dolayısıyla gözden geçirme işlemi sonucu fark edilebilecek ayıbın dışardan bakmakla anlaşılabilir şekilde olması gerekmektedir. Nitekim doktrin ve uygulamada da burada bilinebilecek nitelikte ayıp olmayacağı belirtilmiş, özellikle ilk bakıldığında kolaylıkla görülebilecek ayıpların bilinebilecek ayıp olarak kabul edilmesi gerektiği açıklanmıştır.⁴⁰

3. Alıcı Ayıplı Malı Kabul Etmemiş Olmalıdır

Alıcının satılndaki ayıbı bilmesi ve bu hâliyle satılanı açık veya örtülü bir şekilde kabul etmesi, alıcının ayıplı hâliyle o malı kabul ettiği anlamına gelir ve bundan doğan haklarını artık alıcı kaybeder. Alıcının kabulü hukuki niteliği itibariyle ayıptan doğan haklarından feragat anlamına gelir.⁴¹ Örneğin, satın alınan ikinci el arabanın lastiklerinin aşınmış olması alıcı tarafından ilk bakışta bilinmesi gereken ve anlaşılabilir bir husus olduğundan, alıcı aracı bu şekilde kabul etmiş olur ve daha sonra bu konuda bir ayıp iddiasında bulunamaz.⁴²

³⁹ Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi 26 Kasım 2019 Tarih ve E.2016/26291, K.2019/11496 Sayılı Karar: "...Toplanan delillerden ve dosya kapsamından davacının aracın ayıplı olduğu hususunu önceden bilmediği, aracın ayıbını öğrenir öğrenmez eldeki davayı açtığı mahkemenin ve tarafların kabulündedir. Davacının, satın aldığı araçla ilgili olarak Trafik Şube Müdürlüğünce tutulan kayıtları, aracın sigorta kayıtlarını, Tramer kayıtlarını inceleme, Tramer'e SMS atarak bilgi edinme yükümlülüğü yoktur. Davacı aracı satın alırken mevcut ayıbı bilmediğine göre, aracı davalı akidinden alırken ayıplı olduğunu bilmeyerek daha yüksek meblağ ödediğinden aradaki farkı akidinden istenebileceği kabul edilmelidir. Davalı taraf, satış öncesinde davacıyı aracın ağır hasarlı olduğu konusunda bilgilendirdiğini veya davacının bu hususu bildiğini ispatlayamamıştır. Satışa konu araç ayıplıdır. Satıcı ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur. Davacı 6098 sayılı TBK 219 ve sonraki ayıba karşı tekeffül maddeleri hükümlerine göre davalıdan tazminat istemekte haklıdır. Diğer yönden, kural olarak her dava, açıldığı tarihteki fiili ve hukuki sebeplere ilişkin koşullara göre hükme bağlanır. Yargılama sırasında dava konusu aracın dava dışı üçüncü şahısa satılmış olması da bu sonucu değiştirmez. Mahkemece, davacının talep edebileceği tazminat miktarının konusunda uzman bilirkişi tarafından da dosya kapsamında belirlendiği görülmekle var ise, bu rapora karşı sunulan itirazlar da karşılandıktan sonra hasıl olacak sonuca uygun şekilde karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir..." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

⁴⁰ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.125.

⁴¹ Özkaya, *op. cit.*, s.39.

⁴² Mehmet Akçaal ve Alper Uyumaz, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2013, s.261.

4. Ayıp Hasarın Alıcıya Geçmesinden Önce Mevcut Olmalıdır

Satış sözleşmesinin konusu olan ayıbın hasarın alıcıya geçmesinden önce, en azından hasarın geçtiği anda mevcut olması gerekmektedir. Satıcının bu şekilde ayıptan sorumlu olabilmesi için taşınırlarda teslimden, taşınmazlarda tescilden önce ayıbın var olması gereklidir.⁴³ Ayıbın varlığının bilinmemesi ve teslim veya tescilin bu şekilde gerçekleşmesi satıcıyı sorumluluktan kurtarmamaktadır. Zira TBK m. 219 hükmü satılanın devri esnasında satıcının ayıbı bilmemesinden dolayı sorumluluktan kurtulamayacağını düzenlemiştir. Yine TKHK m. 10 hükmü teslimden itibaren altı ay içerisinde ortaya çıkacak olan ayıplardan satıcının sorumlu olacağını düzenlemiştir.

5. Ayıptan Doğan Sorumluluk Sözleşmeyle Kaldırılmamış Olmalıdır

Ayıptan sorumluluğa ilişkin kanun hükümlerinin yedek hukuk kuralları mahiyetinde olmasından dolayı taraflar, TBK m. 221, 115 ve 116 hükümlerine aykırılık barındırmayacak şekilde satıcının ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunu sözleşmeyle ortadan kaldıracaktır. Sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin şartlar elbette tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla geçerlilik kazanacaktır. Aksi takdirde tek taraflı irade beyanı bunun için yeterli değildir. Örneğin kilometresi fazla olan bir aracın emsallerine göre düşük fiyattan satılması ve alıcının bunu böyle kabul etmesinde tarafların zımni olarak birbirlerine uygun irade beyanlarının olduğu söylenebilir.⁴⁴ TKHK'de ise ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun sözleşmeyle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, tüketici ayıpla ve ayıbın sonuçlarıyla ilgili bilgilendirildiyse ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlayan kayıtların, anlaşmaların, sözleşmelerin geçerli olacağı savunulmaktadır. Bu görüşe göre tüketici, ayıp ve ayıbın sonuçlarıyla ilgili bilgilendirilmediyse, TKHK m. 5'te düzenlenen tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlarla ilgili hüküm uygulama alanı bulacak ve tüketici haksız olan bu sözleşme hükmü ile bağlı olmayacaktır. Diğer görüş ise, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sınırlayan ya da ortadan kaldıran sözleşmelerin geçerli olmayacağını söyler. Çünkü bu hükümler tüketici lehine nisbi

⁴³ Eren, *op. cit.*, s.116.

⁴⁴ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.159.

emredici niteliktedir. Kanunun yapılış amacı ve uygulamasına bakıldığında, zayıf konumda bulunan tüketicinin korunması amacıyla bağdaşan son görüşe üstünlük verilmesi daha uygun görünmektedir.⁴⁵

B. Şekli Şartlar

Satıcının satılanın aybı nedeniyle sorumluluğuna gidebilmesi için satış konusu malın öncelikle alıcıya teslim edilmiş olması gerekir. Akabinde alıcının satılanı gözden geçirmesi (muayene) ve bunun neticesinde aybın varlığını tespit etmesi hâlinde bunları satıcıya bildirmesi (ihbar) gerekmektedir.⁴⁶ O halde ayıptan doğan sorumluluk için maddi şartların gerçekleşmesinin yanında şekli şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir.⁴⁷ TBK m. 223 hükmünce alıcının ayıba karşı sorumluluktan doğan haklarını kullanabilmesi satış sözleşmesine konu şeyi gözden geçirme ve tespit ettiği ayıpları satıcıya bildirmesi şartlarına bağlıdır. Gözden geçirme alıcı için hukuki mahiyeti gereği bir borç değil külfettir. Madde metninde sayılı bu şartların yerine getirilmemesi hâlinde alıcı ayıptan kaynaklı haklarını kullanamayacaktır.⁴⁸ Elbette sayılı şekli şartlar kanunun tanıdığı zamanaşımı süresi içerisinde öne sürülmelidir.

Şekli şartların külfet niteliğinin istisnasına kira sözleşmelerinde rastlamaktayız. Zira kira sözleşmelerinde bu durum külfet değil bir borç olarak belirlenmiş durumdadır. Kira sözleşmelerinde bildirimin yapılmamış olması, kiracının herhangi bir hakkının kaybolmasına yol açmamaktadır. Tam tersi doğan veya artan zararlardan dolayı kiracının direk kanun metninden dolayı sorumlu olmasına sebep olmaktadır.⁴⁹

⁴⁵ Eda Şahin, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk Ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XX, Sayı 1-2, 2016, s.111.

⁴⁶ Mustafa Ünlütepe, “Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, s.299.

⁴⁷ Eren, *op. cit.*, s.116.

⁴⁸ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.126.

⁴⁹ Yünlü, *op. cit.*, s.332.

1. Satılanı Gözden Geçirme

TKHK gözden geçirme ve ihbara ilişkin özel bir düzenleme barındırmamaktadır. Kanun 10. maddesinde malın teslimi tarihinden itibaren altı ay içerisinde ortaya çıkacak açık veya gizli tüm ayıpların teslim tarihinde var olduğunu düzenler. Buna karşılık TBK m. 223/1 satış sözleşmesine konu şeyin gözden geçirilmesi külfetini alıcıya yüklemektedir. Alıcı bu külfeti yerine getirmelidir.⁵⁰ Ancak gözden geçirmenin kapsamı ve tespit edilecek ayıbın mahiyetiyle ilgili doktrinde farklı görüşler vardır. Aral/Ayrancı⁵¹ alıcının olağan gözden geçirme ile anlaşılamayan gizli ayıpları araştırması zorunluluğunun olmadığını belirtirken Eren⁵² ticari olmayan satışlarda dahi olabilecek gizli ayıpların tespiti için makul bir sürenin geçmesi gerektiği, yani gizli ayıpların araştırılması gerektiği fikrindedir. Kanaatimizce alıcının ticari olmayan satışlarda gizli mahiyette olan ayıpları araştırma sorumluluğu yoktur. Basit bir dış denetim yeterli olacaktır. Burada gerek TBK m. 219/2, gerekse TKHK m. 10/1 hükümleri somut olaya uygulanarak ayıptan sorumluluk hakkında düzenlenen zamanaşımı içerisinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda TBK m. 231 ve TKHK m. 12 hükümlerine göre ayıba bağlanan haklara başvurulabilir. Maddelerde düzenlenen sürelerin aşılması hâlinde ise borcun ifasına ve sözleşmenin kurulmasına yönelik genel hükümlerden kaynaklı zamanaşımı üzerinden talepte bulunulabilecektir.

Gözden geçirme TBK m. 223'e göre satılanın durumu ve işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz yapılmalıdır. TKHK gözden geçirme ve ihbar konusunda özel bir hüküm getirmemiştir. Ticari olmayan satışlarda alıcının gözden geçirme yükümlülüğünün normal bir alıcının dikkatinden kaçmayacak ayıplarla sınırlı olduğunu belirttikten sonra ticari nitelikte olan satışlarda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 23/1-c'de düzenlenen açık ayıplarda iki gün, gizli ayıplarda ise sekiz günlük inceleme ve bildirme yükümlülüğüne değinmek gerekir. Kanun koyucu burada işin mahiyetine bakmaksızın ticari satışlarda inceleme ve bildirim

⁵⁰ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.128.

⁵¹ *Ibid.*, s.129.

⁵² Eren, *op. cit.*, s.119.

yükümlülüğüne süre sınırı getirmeyi tercih etmiştir.⁵³ Hayvan satışlarına yönelik olarak TBK m. 224 özel bir hüküm getirmiştir. Tarafların sözleşmede aksine bir hüküm koymamaları durumunda hayvanın gözden geçirilmesi gebelik dışındaki ayıplar yönünden dokuz günle sınırlandırılmıştır. Gebelikle ilgili olarak herhangi bir süre belirlenmediğinden gözden geçirme, hayvanın teslim alındığı tarihten itibaren uygun bir süre içerisinde yapılmalıdır.⁵⁴

Gözden geçirme masrafları için harcanan giderler TBK m. 211 hükmü gereğince alıcıya ait olmakla birlikte, sözleşmeden dönme hâlinde bu masraflar TBK m. 229/2 gereğince satıcı tarafından alıcıya ödenmesi gerekmektedir.⁵⁵

2. Ayıbı Bildirme

Gözden geçirme sonrasında tespiti yapılan ayıbın bildirilmesi ise bir bilgi açıklaması şeklindedir. Alıcının bildirimde satılndaki ayıpları somut olarak tespit edip belirtmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, satılanın ayıpları belirtilerek, bu hâliyle kabul edilmediği açıklanmalıdır. Ayıp bildiriminin şeklen geçerliliği ise herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Bildirimin yazılı şekilde yapılması ispat kolaylığı açısından imkân sağlar. Bildirim külfetinin içerik olarak ve zamanında yerine getirildiğine ilişkin ispat yükü ise alıcı üzerinde bulunmaktadır. İspat, her türlü delille yapılabilir.⁵⁶ TKHK m. 10 gereği altı ay içerisinde ortaya çıkan ayıplarda satıcının direk sorumlu olduğu, dolayısıyla alıcıya herhangi bir bildirim yükümlülüğü getirilmediği unutulmamalıdır.⁵⁷ Gizlenmiş ayıplara yönelik düzenlenmiş olan TBK m. 225 ve TKHK m. 12/3 hükümlerince satıcı, satılndaki ayıbın kendisine süresince bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kaçamayacaktır. Zira burada satıcı yönünden ağır kusur ve mesleki sorumluluk hâlleri mevcuttur.⁵⁸ Meslekten satıcı olarak tanınan kişiler tarafından satılan malların alıcılar nezdinde ayıptan arı vaziyette

⁵³ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.128.

⁵⁴ Eren, *op. cit.*, s.119.

⁵⁵ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.131.

⁵⁶ Ünlütepe, *op. cit.*, s.302.

⁵⁷ Serap Helvacı ve Fatma Zeynep Altınar Yolcu, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un İspat Yüküne İlişkin Getirdiği Düzenleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s.812.

⁵⁸ Eren, *op. cit.*, s.122.

bulunduğu düşüncesiyle kabul edilmesi, hayatın olağan akışına göre makul ve haklı bir beklentiye, güvene dayanmaktadır. TBK. m. 225/2 ile, meslekten satıcıların bilmeleri gereken ayıplar bakımından her türlü ihmalleri ağır kusur olarak hükme bağlanmış, sorumlulukları iki yıllık zamanaşımı süresinden ari kılınmıştır.⁵⁹ Gizli ayıpların ve sonradan ortaya çıkan ayıpların bildirimi ise ortaya çıktıkları andan hemen sonra yapılmalıdır.⁶⁰ Alıcı tercihi göre ayıp bildiriminde bulunurken, ayrıca hangi seçimlik hakkını kullanmak istediğini de beyan edebilir. Bu yönde bir inisiyatif kullanmaması ise herhangi bir hak kaybına sebep olmayacaktır.⁶¹

Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde alıcı, gözden geçirme ve ayıbın bildirilmesi işlemlerini, her bir teslim için ayrı ayrı değerlendirmeli ve yapmalıdır. Bildirim bir sonraki teslim kadar devam etmelidir.⁶²

Hayvan satışlarını düzenleyen TBK m. 224, bildirim süresini gebelik haricindeki durumlarda dokuz gün olarak belirlenmiş durumdadır. Gebelik yönünden kanunun belirlediği bir süre olmadığından durumun tespitinin hemen akabinde bildirimin yapılması gerekmektedir⁶³. Yine TTK m. 23/1-c, bildirim süresini açık ayıplarda iki gün, açık olmayan ayıplarda ise malın tesliminden itibaren sekiz gün olarak düzenlemiştir.

Ticari nitelikteki alım satım işlemlerinde ayıp bildiriminin TTK m. 18/3⁶⁴ hükmündeki şartlara tabi olup olmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay daireleri arasında da bu konuda bir içtihat birliği bulunmamaktadır. Yüksek mahkeme bazı kararlarında ayıp bildiriminin her şekilde gerçekleştirilebileceğine hükmetmekte, bazı kararlarında ise bildirimin TTK m. 18/3'teki şartlara göre yapılması gerektiğini söylemektedir. Tacirlere yönelik olarak getirilen düzenlemelerin, ticari iş ve hayatlarında çok daha

⁵⁹ Cevdet Yavuz, "Meslekten Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s.115.

⁶⁰ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.133.

⁶¹ Yünlü, *op. cit.*, s.347.

⁶² Hakkı Mert Doğu, "Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan ve Zapttan Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2018, s.512.

⁶³ Eren, *op. cit.*, s.119.

⁶⁴ "(3) Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır."

özenli olmalarını ve bu şekilde davranmalarını kendilerinden istediğini görmekteyiz. Tacirlerin birbirleriyle ticari iş niteliğinde alım satım işlemlerinde ticari hayatın esasları gereği ayıp bildirimlerini de TTK m. 18/3'teki esaslara uygun yapması gerekecektir.⁶⁵

Başka yerden gönderilen satılanın ayıplı olması hâlinde ise TBK m. 226/1'e göre alıcı satılanı korumak için geçici önlemler almak zorundadır. Bunu yapmadan satılanı satıcıya geri gönderemez.⁶⁶ Örnek olarak uzak yerlerden gönderilmiş balık, et, meyve, sebze gibi yiyeceklerin incelenmek üzere soğuk hava depolarına alınması, büyükbaş veya küçükbaş hayvan için yem amaçlı kullanılacak samanın yağmura karşı kapalı bir alanda muhafaza edilmesi veya üstünün örtülerek su almasının önlenmesi gibi önlemler gösterilebilir. Daha sonra ise alıcı aynı maddenin ikinci fıkrasınca satılanın durumunu satıcıya gecikmeksizin usulüne uygun bir şekilde bildirmelidir. Satılanın kısa zaman içerisinde bozulması söz konusuysa alıcı onu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla sattırmaya yetkilidir. Satılanın durumundan bozulma riski yüksek olduğu anlaşılıyorsa alıcı satıcının yararını gözeterek aynı maddenin üçüncü fıkrasınca sattırmakla yükümlüdür.⁶⁷

3. Zamanaşımı Süresine Uyma

Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, TBK m. 231 ve TKHK m. 12'ye göre malın alıcıya teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. İki yıllık zamanaşımı süresi taşınır satışında ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılması için belirlenen genel zamanaşımı süresi olup düzenleyici mahiyettedir. Kanun veya taraflarca daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde iki yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.⁶⁸ Taşınmazlarda ise bu süre beş

⁶⁵ Ömer Adil Atasoy ve Hanife Özdil, "Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Bağlamında Ayıp İhbarında Şekil ve İspat Sorunu", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, Haziran 2017, s.11-12.

⁶⁶ Eren, *op. cit.*, s.123.

⁶⁷ *Ibid.*, s.124.

⁶⁸ Ahmet Türkmen, "Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal Ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı Ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Özel Sayı, 2014, s.3401.

yıldır. Ayıptan doğan genel zamanaşımını kaçırın alıcı, seçimlik haklarından birini kullanması durumunda zamanaşımı def’iyle karşı karşıya kalabilecektir. Ancak alıcı, böyle bir durumda ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanamasa bile genel hükümlere göre sözleşmeden doğan alacak zamanaşımı süreleri olan on yıllık (TBK m. 146) ve 5 yıllık (TBK m. 147) zamanaşımı sürelerini kullanabilir. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan sözleşmeye aykırılık hükümlerine (TBK m. 112 vd.) dayanabilir.⁶⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da eski tarihli içtihatlarını 2.05.2019 tarihli 2018/929 E. 2019/515 K. sayılı kararıyla⁷⁰ değiştirerek olay mahiyetine göre genel hükümlerde belirlenen genel zamanaşımı süresinin işletilip alıcının zamanaşımı gibi ağır şartların altında ezilmemesini sağlamıştır.⁷¹ Belirtilen iki yıllık zamanaşımı süresi adi ve gizli ayıplar bakımından geçerli olup ayıbın hile ve ağır kusurla gizlendiği durumlar ile mesleki gereklerin getirdiği hâllerde uygulanmayacaktır. Satıcının ağır kusurundan kaynaklanan, mesleki sorumluluğunu gerektiren ve hileyle gizlenmiş ayıplara yönelik olarak düzenlenmiş olan TBK m. 225, 231/2 ve TKHK m. 12/3 hükümlerince satıcı, satılardaki ayıbın kendisine süresince bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kaçamayacak, genel hükümlere (10 yıllık süre) göre sorumlu olmaya devam edecektir.⁷²

⁶⁹ *Ibid.*, s. 3402.

⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2 Mayıs 2019 Tarih ve E.2018/929, K.2019/515 Sayılı Kararı: “...Davacı tüketicinin, kendisine teslim edileceğinin sözleşme ve tanıtım materyalleri ile taahhüt edildiğini iddia ettiği sosyal donatı alanlarının bir kısmının inşa dahi edilmediğini, bir kısmının ise site mülkiyet alanı dışındaki parseller üzerinde inşa edildiğini ileri sürerek açtığı davanın, diğer davalı S1 İnşaat ve Ticaret A.Ş. yönünden davanın reddine ilişkin kararın yargılama aşamalarında kesinleştiği gözden kaçırılmadan, yukarıda yapılan açıklamalar ve 4077 sayılı TKHK’nın “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır” şeklindeki 30. Maddesi hükmü gereği ihbar koşuluna bağlı olmaksızın BK’nın 125. Maddesinde düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi eksik ifa iddiası olarak değerlendirilmesi gerekir. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında davacı iddiasının TKHK anlamında ayıp mahiyetinde olduğu, bu nedenle tüketicinin süresinde ayıbı ihbar yükünü yerine getirmeden ileri sürdüğü iddiaların dinlenebilirlik koşulu bulunmadığından davanın bu istemler yönünden reddedilmesinin yerinde olduğu yönünde dile getirilen görüş, yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir...” (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁷¹ Ahmet Fevzi Kibar, “Yargıtay Hgk’nın E: 2018/929, K: 2019/515 Sayılı Taşınmaz Mal Satışına İlişkin Kararının Ayıplı İfa – Eksik İfa Özeline Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, 2021, s.814-815.

⁷² Eren, *op. cit.*, s.127.

Konut veya tatil amaçlı taşınmazlarda satıcının ayıptan sorumluluğu taşınmazın tüketiciye teslim tarihinden itibaren beş yıl olduğu TKHK m. 12/1'de; ikinci el niteliğindeki taşınır satışlarında satıcının ayıplı maldan sorumluluğu ise bir yıldan, ikinci el niteliğindeki konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise üç yıldan az olamayacağı TKHK m. 12/2'de düzenleme altına alınmıştır.⁷³

IV. ALICININ AYIPTAN DOĞAN HAKLARI

Ayıptan doğan sorumlulukta TBK m. 227 ve TKHK m. 11, alıcıya dört adet seçimlik hak tanımıştır. Alıcı kendisine tanımlanmış olan bu haklardan istediğine başvurup onu kullanabilir. Tanımlanan dört seçimlik hak şunlardır. Sözleşmeden dönme hakkı (TBK m. 227/1-1, TKHK m. 11/1-a, CISG m. 49), ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı (TBK m. 227/1-2, TKHK m. 11/1-b, CISG m. 50), ücretsiz onarım isteme hakkı (TBK m. 227/1-3, TKHK m. 11/1-c, CISG m. 46/3) ve satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkıdır (TBK m. 227/1-4, TKHK m. 11/1-d, CISG m. 25).⁷⁴ TBK m.227/2'ye göre de bu seçimlik hakların yanında alıcının uğradığı zararlar için satıcıya karşı genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da tanınmıştır. Ancak bu hak da ayıp için belirlenmiş olan iki yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir.⁷⁵

Kanunda tanımlanmış olan bu hakların kullanımı için bildirim yapılması şartı olduğu bilinmektedir. Ancak bildirim ile aynı zamanda seçimlik hakkın da kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bildirimin yerine getirilmesi neticesinde zamanaşımı süresinde seçimlik hakkın kullanılması mümkündür.⁷⁶ Ayıplı ifanın söz konusu olması ve buna bağlı olarak alıcının seçimlik haklarının doğması TBK m. 227/3'te bir ön koşula bağlanmıştır. Buna göre satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen verip uğradığı zararın tamamını da gidererek seçimlik hakları

⁷³ Türkmen, *op. cit.*, s.3402-3404.

⁷⁴ Yücer Aktürk, *op. cit.*, s.225.

⁷⁵ Eren, *op. cit.*, s.130.

⁷⁶ Ünlütepe, *op. cit.*, s.314.

kullanmasını engelleyebilir. Böyle bir durumda alıcı artık seçimlik haklara başvuramayacaktır.⁷⁷

Taşınır satışlarına ilişkin ayıptan sorumluluk hükümleri kıyas yoluyla taşınmazlar hakkında da uygulanmaktadır. Ayıptan sorumluluk için düzenlenmiş genel şartlar taşınmaz satışları için de geçerlidir. Bu genel şartlara ek olarak TBK m. 244 bazı özel şartlar getirmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, aksine hüküm bulunmadığı sürece satılan taşınmaz satış sözleşmesinde yazılı olan yüzölçümü miktarını kapsamadığı takdirde satıcı, taşınmazdaki bu miktar eksikliği için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür. Madde devamında ise ortaya çıkacak ayıplara ilişkin zamanaşımı süresi mülkiyetin geçmesinden itibaren beş yıl olarak düzenlenmiştir. Bu süre ayıbın, satıcının ağır kusurundan kaynaklanması hâlinde yirmi yıl olarak belirlenmiştir.⁷⁸

Ayıplı maldan sorumluluğun uygulanmasında karşımıza üç farklı kanun çıkmaktadır. Hakların korunması ve dava yoluyla ileri sürülebilmesinde TBK, TKHK, ve TTK hükümlerinde farklılıklar bulunmaktadır. Tacirler arasındaki ticari satışlar her iki tarafının da tacir olması, işin her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğine sahip olması neticesinde yapılan işlem TTK hükümlerine tabidir. Görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemeleri olacaktır. Satışa konu malı satın alanın tüketici olduğu, satıcının sürekli olarak ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında kazanç sağlamak amacıyla, sözleşme konusu malı ivaz karşılığında tüketiciye sunduğu satış sözleşmelerinde ise TKHK uygulama alanı bulacaktır. Burada da Tüketici Mahkemeleri görevli olacaktır. Satıcının ticari ya da mesleki faaliyet kapsamında, alıcının ise mesleki faaliyet kapsamında hareket ettiği satışlar; alıcı ve satıcının mesleki faaliyet kapsamında hareket ettiği satışlar; alıcının tüketici sıfatıyla hareket ettiği, satıcının ticari ya da mesleki faaliyeti dışında hareket ettiği satışlar; alıcının ticari ya da mesleki faaliyeti kapsamında hareket etmesi yanında, satıcının, ticari ya da mesleki faaliyeti

⁷⁷ Eren, *op. cit.*, s.133.

⁷⁸ *Ibid.*, s.190-191.

kapsamında hareket etmediği satışlar hakkında ise TBK hükümleri uygulanacaktır. Bu tip durumlarda ise Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli olacaklardır.⁷⁹

A. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Dönme hakkı tek taraflı irade beyanıyla kullanılan, irade beyanının karşı tarafa varmasıyla hüküm ve sonuçlarını ihtiva eden, mahiyeti gereği klasik dönme görüşünün aksine, yeni dönme görüşüyle değiştirici yenilik doğurduğu kabul edilen haktır. Aynı şekilde bedelde indirim isteme, ayıpsız bir benzerle değiştirmeyi isteme ve ücretsiz onarım isteme de değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir.⁸⁰ Satın alınan bir malda ortaya çıkan ayıp karşında kullanılacak en etkili seçimlik hak dönme hakkı olarak gözükmektedir. Çünkü dönme hakkı satıcının, satış sözleşmesinden elde etmek istediği kazancı tamamen sona erdirip satıcıyı hedeflediği amaçtan uzaklaştırmaktadır. Satıcı burada, sözleşmeye aykırı bir ifade bulunarak alıcının sözleşmeden dönme hakkına sahip olmasına neden olmaktadır.⁸¹ Hakkın kullanılmasına yönelik satıcının itirazı olursa veya dava açarsa hâkim sadece dönmenin haklı olup olmadığını inceler. Bu durumda açılan dava tespit niteliğinde olup inşai değil açıklayıcı mahiyettedir.⁸²

TBK m. 229'a göre sözleşmeden dönen alıcı, sözleşmeden dönmesinin bir sonucu olarak satılanı satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Satılanın geri verilmesi sürecinde, mücbir sebep ya da beklenmedik hâl nedeniyle hasar görmesi olasılığında alıcı, satılandan geri kalanı vermekle iade yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır.⁸³

TBK m. 229'a göre alıcı sözleşmeden döndükten sonra satıcıdan ödemiş olduğu satış bedelini faiziyle birlikte geri verilmesini, zapttan sorumlulukta olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesini, ayıplı maldan doğan doğrudan zararın giderilmesini talep edebilecektir.⁸⁴ Ayrıca satıcı

⁷⁹ Ünlütepe, *op. cit.*, s.306-307, 310.

⁸⁰ Eren, *op. cit.*, s. 137; Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.137.

⁸¹ Arif Kalkan, *Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2016, s.159.

⁸² Eren, *op. cit.*, s.137-138.

⁸³ Özkaya, *op. cit.*, s.68.

⁸⁴ Şişman Şensöz, *op. cit.*, s.69-70; Sinan Sami Akkurt, Kemal Erdoğan ve Hüseyin Tokat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2019, s.427.

kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmediği sürece, alıcının dolaylı mahiyette olan diğer zararlarını da gidermekle sorumlu olacaktır.⁸⁵ TBK m. 228/2'ye göre satılan, alıcıya yükletilebilen bir sebep yüzünden yok olmuş, başkasına devredilmiş veya şekli değiştirilmiş ise, dönme hakkı artık alıcı tarafından kullanılamayacaktır. Ayrıca aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre, alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilecektir. Alıcının ayıplı malı zımnen kabul ederek kullanıp sarf etmesinde de sözleşmeden dönme hakkı kullanılamayacaktır. TBK m. 230 hükmünce satış işleminin konusunu birden fazla malın oluşturduğu durumlarda da satılanın bazısında ayıbın var olması hâlinde alıcı, sözleşmenin tümü için değil, sadece ayıplı çıkan kısım için sözleşmeden dönme iradesi kullanılabilecektir.⁸⁶

B. Ayıp Oranında Bedelden İndirim İsteme Hakkı

TBK m. 227/1-2 ve TKHK m. 11/1-b gereğince alıcı, satış sözleşmesinde ayıbın var olması hâlinde, satış bedelinden ayıp oranında indirim yapılmasını isteyebilecektir.⁸⁷ Bu anlamda bedelde indirim isteme hakkı da değiştirici yenilik doğurucu bir hak mahiyetinde olacaktır.⁸⁸ Ancak ayıp sebebiyle satılanın değerindeki eksiklik bedele çok yakınsa bedelden indirim isteme hakkı kullanılamayacak, sözleşmeden dönme veya satılanın benzeri ile değiştirilmesi hakkı kullanılabilecektir.⁸⁹

Ayıp oranında satış bedelinde indirim yapılmasını isteme hakkı sadece satıcıya karşı ileri sürülebilecek bir haktır. Bunun sonucunda satıcının bedelde indirilen tutar kadar alıcıya bedelden geri verme borcu doğar. Taraflar aralarında satış bedelinde indirilecek tutarı belirlerken anlaşmazlık yaşamaları hâlinde tutarın tespiti için

⁸⁵ Eren, *op. cit.*, s.147-148.

⁸⁶ *Ibid.*, s.134-136.

⁸⁷ Cemile Turgut, "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Satış Sözleşmesinde Ayıp Nedeniyle Bedelde İndirim Hakkı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 75, Sayı 1, 2017, s.455.

⁸⁸ Eren, *op. cit.*, s.149.

⁸⁹ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.143.

mahkemeye başvurulabilecektir.⁹⁰ Ancak tespit edilen indirim miktarı ortaya çıkan zararı karşılamayabilir. Bu durumda doktrindeki hakim görüşe göre satıcıya karşı TBK m. 229'daki tazminat sorumluluğuna gidilip indim bedelinden aşkın zararın hakkaniyet gereği tazmini sağlanmalıdır.⁹¹

C. Ücretsiz Onarım İsteme Hakkı

Sözleşmeden dönme ve bedelde indirim isteme hakkı sadece satıcıya karşı ileri sürülebilirken ücretsiz onarım isteme hakkı TKHK m. 11/2'ye göre, üretici ve ithalatçıya karşı da ileri sürülebilmektedir. Madde malın onarılabılır olmasında üç kriteri esas almıştır. Birincisi, tamir masrafları satış bedeline yakınsa veya satış bedelinin miktarını geçiyorsa alıcı onarım hakkını kullanamayacaktır. İkincisi ise, ayıbın önemine bakıldığında, alıcının diğer seçimlik haklarından birini kullanması daha yerinde olacaksa, onarım hakkını talep etmede ısrarcı olamamasıdır. Üçüncüsü ise, satılanın onarılması yerine, ayıpsız benzerinin verilmesi tüketicinin daha lehine bir durum oluşturacaksa talepte bulunamamasıdır. Bu gibi durumlarda da alıcının ücretsiz onarım dışındaki sahip olduğu haklardan yararlanması daha anlamlı olacaktır.⁹²

TBK kapsamındaki alım satımlarda onarımın hangi sürede yapılacağına ilişkin kanunda bir düzenleme olmayıp bu konuda varsa taraflar arasındaki anlaşma esas alınacaktır. Taraflar arasında onarım süresine ilişkin bir düzenleme yoksa TBK m. 90 hükmüne göre satıcı onarıma derhal başlamalı ve onarım için ne kadar süre gerekli olacak ise o süre içerisinde de tamiri bitirip alıcıya teslim etmelidir.⁹³ Ancak tüketici işlemi niteliğindeki alım satımlarda hakkın kullanımına yönelik olarak TKHK m. 11/4 süre düzenlemesi yapmıştır. Buna göre ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi hâlinde talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur.⁹⁴

⁹⁰ Şişman Şensöz, *op. cit.*, s.73.

⁹¹ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.151.

⁹² Şişman Şensöz, *op. cit.*, s.78-79.

⁹³ Özkaya, *op. cit.*, s.94.

⁹⁴ Eren, *op. cit.*, s.154.

D. Satılanın Ayıpsız Bir Misliyle Değiştirilmesi Hakkı

Kendisine ayıplı bir mal teslim edilen alıcı, belirtilen şartların mevcut olması hâlinde, satıcıdan ayıplı mal yerine ayıpsız bir benzerinin kendisine teslim edilmesini isteyebilir. Hakkın alıcı tarafından ileri sürülebilmesi için malın sözleşmeye aykırı bir şekilde ayıplı mal olmasının yansısı, cins (misli) malı özelliğine de sahip olması gerekir. Aynı türden başka bir malın teslimi mümkün olmalıdır.⁹⁵ Tüketici işlemi mahiyetindeki alım satımlarda, ayıbın, malın piyasaya sürülme anında var olmadığı ya da piyasaya sürüldükten sonra ayıbın gerçekleştiğinin ispatlanabileceği durumlar haricinde, üretici ve ithalatçı da satılanın ayıpsız misliyle değiştirilmesi hakkının muhatabı konumundadır. TKHK m. 11/2 bu durumu açıkça düzenlenmiştir. Satıcı, üretici ve ithalatçıyla müteselsil sorumludur.⁹⁶ Ancak unutulmamalıdır ki TBK’de böyle bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla tüketici işlemi niteliğinde olmayan alım satımlarda bu hakkın muhatabı sadece satıcı olabilecek, Asliye Hukuk ve Asliye Ticaret Mahkemelerinde açılacak davalarda muhatap olarak sadece satıcı gösterilebilecektir.

Alıcının bireysel olarak satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme hakkından başkaca TBK m. 227/5 “satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.” diyerek satılanın bedeline göre ayıp sonucu dönme hakkını veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi hakkını kullanmayı alıcıya zorunlu kılmaktadır.⁹⁷

1. TBK m. 227 ve TKHK m. 11’e Göre İmkân Varsa Şartı

Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun getirdiği satılanı ayıpsız bir misliyle değiştirilmesini isteme hakkını kanunumuz “İmkân varsa” şartına tabi tutmuştur. TBK m. 227/4 ve TKHK m. 11/1-ç seçimlik hakkın kullanılmasını “İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.” şeklinde düzenlemiştir. Burada “İmkân varsa” ifadesinin hakkın kullanılmasının önceli olarak getirildiği görülmektedir.

⁹⁵ Yücer Aktürk, *op. cit.*, s.226.

⁹⁶ Kalkan, *op. cit.*, s.187.

⁹⁷ Eren, *op. cit.*, s.137.

Madde metnine göre satıcının ayıplı malın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi talebinden ifa gücü nispetinde sorumlu olduğu, ifanın mümkün olmadığı hâllerde satıcıya karşı bu seçimlik hakkın kullanılamayacağı anlaşılmaktadır. Hakkaniyet gereği olduğu düşünülen bu düzenlemede akla gelen ilk seçenek borçlanılan edimin parça borcu niteliğinde olmasıdır. Parça borcu niteliğindeki bir edimin ayıplı da olsa mislinin bulunmadığının kabulü gerektiğinden satıcı, “imkân varsa” önceliyle kanun koyucu tarafından hakkaniyet koruması altına alınmıştır.

Satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme hakkı açıklanan nedenlerle daha çok çeşit satışlarıyla misli şey satışlarında mümkün olabilmektedir. Parça borcu niteliğindeki edimlerde bu hükmün uygulaması edimin bir benzeri olmadığı için mümkün değildir. Ayrıca sınırlı nitelikteki çeşit satışlarında da stoklardaki tüm ürünlerin ayıplı olması hâlinde hükmün uygulanması olmayacaktır.⁹⁸ Kanun hükmüne rağmen Yargıtay içtihatlarında malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi hükmünü “imkân varsa” öncelini aramadan kurmaktadır⁹⁹. Bu durum maalesef kanunun etkisizleşmesine sebep olmaktadır.

⁹⁸ *Ibid.*, s.152.

⁹⁹ Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi 7 Ekim 2024 Tarih ve E. 2023/4665 K. 2024/2813 Sayılı Kararı: “...Davacı vekili; davacının ... Ltd. Şti.'nden 27.04.2021 tarihli satış sözleşmesi ile Opel Marka 2021 Model Crossland 1.2 130 HP AT6 Ultimate Model sınıfı araç satın aldığını, aracın 07.06.2021 tarihinde motor arıza lambasının yanması ve vites kutusu arızası şikayetleriyle yetkili servis olan ... A.Ş.'ye tamir için bırakıldığını, tamir için bırakıldığı tarihten altmışbir iş günü sonra 08.09.2021 tarihinde müvekkiline teslim edildiğini, “Binek Otomobiller” için azami tamir süresi aracın servise teslim edildiği tarihten itibaren “45 iş günü” olarak belirtildiğini, yetkili servis ... A.Ş.'ye, yetkili satış bayisi olan ve satış sözleşmesinin de tarafı ... Ltd. Şti.'ye ve resmi ithalatçı ... Otomotiv Pazarlama A.Ş.'ye ihtarname gönderilerek aracın azami tamir süresinin aşımından sonra teslim alındığını belirterek seçimlik haklarından aracın ayıpsız misliyle değiştirilmesini talep ettiklerini ancak sonuçsuz kaldığını, araçtaki arıza nedeniyle müvekkilinin araçtan beklediği faydanın azaldığını, gizli ayıp olması nedeniyle dava konusu aracın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini ve ihtar masraflarının yasal faizi ile birlikte davalılardan müşterek ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesini talep etmiştir... Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararıyla; dava konusu aracın, satın alınmasından 40 gün kadar sonra arızalandığı ve araçta 07.06.2021 tarihinde ortaya çıkan arızanın kesin olarak 08.09.2021 tarihinde giderilerek azami tamir süresinin aşıldığı ve 6502 sayılı Kanun'un 56/3 üncü maddesi gereği tüketici davacının aynı Kanunun 11 inci maddesinde yer alan seçimlik haklarını satıcı ile ithalatçı firmaya karşı kullanabileceği açık olmakla, bu davalılar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği, ayrıca, 6502 sayılı TKHK'nın 11/6 son maddesi uyarınca davacının seçimlik haklarının yanı sıra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca tazminat da talep edebileceği, davacı tarafından gönderilen ihtarname masrafı 751,45 TL'nin de davalılar ... Ltd. Şti. ile Stellantis A.Ş.'den tahsili gerektiği gerekçesiyle

2. İİK m. 24'ün Seçimlik Hakkın Uygulanmasına Etkisi

Yargıtay özellikle tüketici davalarında tüketicilerin misliyle değişim taleplerini şeyin ayıplı olması hâlinde ve diğer koşulların varlığında hiçbir öncel ve şart aramadan karşılamaktadır. Alım satım işlemlerinin önemli bir bölümünü oluşturan tüketici işlemlerinde yüksek mahkeme, somut olayın özelliklerini değerlendirmeden, satıcı için getireceği külfeti gözetmeden, daha da önemlisi kanunun istemlerini değerlendirmeden tüketicinin talep ettiği seçimlik hakkı kullanmasını sağlamaktadır. Örneğin ayıplı otomobil davalarında bu yönde önemli içtihatlar bulunmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere ayıplı bir aracın misli ile değiştirilebilmesi için bunun satıcı açısından mümkün olması yani talebin karşılanmasının imkân dâhilinde olması gerekmektedir. Kanuna göre satıcının elinde değişimi istenen aracın misli modeli ve özelliklerine haiz benzeri bulunması gerekmektedir. Ancak Yargıtay “imkân varsa” önceline ve belirtilen bu şartlara içtihatlarında riayet etmemektedir. Şartları değerlendirmeden tüketicinin istediği seçimlik hakkı kullanabileceğini kabul etmektedir.

Uygulamada mahkemeler misliyle değişim hükmünü aynı model yılı üzerinden kurmaktadır. Böyle bir durumda ise yıllarca devam eden yargılama süreci sonucunda misli mala ulaşma sorunu oluşmaktadır. Mahkemeler kurulan hükmün icrasını daha da “imkân olmayan” hâle getirmektedir. Örneğin 2008 yılında ayıplı bir otomobil için açılan davanın kesinleşmesi yıllar sürecektir. Yıllar sonra ise, mesela 2011 yılında, 2008 model yıllık aracın misliyle değişimi hükmü kurulmaktadır. Artık satıcının elinde 2008 model yıllık sıfır araç bulmak mümkün olmayacaktır. Tam burada Yargıtay, infazı mümkün olmayan hükmü 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) 24/4. maddesince infazı mümkün hüküm hâline getirmeye çalışmaktadır.¹⁰⁰ Üçüncü Hukuk

davacının istinaf talebinin kabulü ile İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına, davalı ... A.Ş. yönünden davanın pasif husumet yokluğundan reddine, davalılar ... Ltd. Şti. ile ... A.Ş.'ne karşı açılan davanın kabulüne, dava konusu 2021 model ... şasi nolu, 06 BBH ... plakalı, Crossland 1.2 130 HP AT6 Ultimate model aracın tüm takyidatlarından arındırılmış şekilde davalılara teslim edilerek ayıpsız misli ile değiştirilmesine, davacı tarafından yapılan 751,45 TL ihtarname masrafının maddi tazminat kabilinden davalılar ... Ltd. Şti. ile Stellantis A.Ş.'den müstereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir...” (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹⁰⁰ Özdemir, *op. cit.*, s.180.

Dairesi'nin konuya yönelik güncel bir kararı¹⁰¹ "...davacı dava konusu aracın gizli ayıplı olduğu gerekçesiyle misli ile değişimine bunun mümkün olmaması hâlinde ise sözleşmenin iptali ile araç için ödenen bedelin iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Bu şekilde terditli olarak taleplerini ileten davacının öncelikli talebi dava konusu ayıplı ürünün misli ile değişimi yönünde olup; İİK'nin 24/4. maddesinde, "taşınır malın değeri ilamda yazılı olmadığı veya ihtilaflı bulunduğu takdirde, icra müdürü tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir edilir" hükmünün varlığı karşısında dava konusu otomobilin mislinin stoklarda bulunmaması davacının terditli taleplerinden öncelikli olanın hüküm altına alınmasına engel teşkil etmemektedir. İlk derece mahkemesince de bu husus nazara alınarak doğru bir şekilde hüküm kurulmuş olup Bölge Adliye Mahkemesi'nce aksine düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir..." şeklindedir. Kararla yüksek mahkeme, yerel mahkemece kurulan hükmün infazının İİK m. 24/4'e göre mümkün olmasını gözetmiş, misliyle değişimi istenen aracın stoklarda bulunmaması hâlinde dahi bu yönde karar verilebileceğini açıkça belirtmiş, aksi yöndeki bölge adliye mahkemesi kararını kaldırmıştır. Aynı dairenin bir başka kararında¹⁰² da bu içtihadın devamlılığını görmekteyiz: "...plakalı aracın davalı tarafça ayıpsız misli ile değiştirilmesine, İİK 24/4 gereğince aracın aynısının ayıpsız mislinin davacıya iadesine, ayıplı aracın ise takyidsız olarak davacı tarafından davalıya iade ve teslimine, karar verilmiştir. ...Temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararında; hukuki ilişkinin ve bu ilişki nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kurallarının doğru şekilde belirlendiği, davalı tarafın temyiz dilekçesinde ileri sürdüğü sebeplerin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı anlaşılmıştır...". Yargıtayın gerek eski kararlarında gerekse güncel kararlarında İİK m. 24/4'ün uygulanmasını yerleşik bir içtihat olarak kabul ettiği görülmektedir.

¹⁰¹ Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi 24 Şubat 2021 Tarih ve E.2020/7501, K.2021/1847 Sayılı Kararı. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

¹⁰² Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi 14 Mart 2023 Tarih ve E.2022/2869, K.2023/604 Sayılı Kararı. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

Yüksek mahkemenin kabul ettiği bu yaklaşıma göre tüketici misliyle değişim hakkını kullanarak İİK m. 24/4'e göre bir miktar para edinmektedir. Yapılan uygulama bir nevi misliyle değişim hakkını ortadan kaldırmakta, dönme hakkını devreye alarak tüketiciyi buna mecbur bırakmaktadır. Zira tüketici misliyle değişim hakkını talep etmekte ancak eline edimin misli değil, karar tarihindeki güncel değeri olan para geçmektedir.¹⁰³ Kanaatimizce Yargıtayın bu yerleşik içtihadı her şeyden önce kanunun getirmiş olduğu hükmün uygulanma şartını ortadan kaldırmaktadır. Hükmün lafzında geçen "imkân varsa" önceli yargı merciine talebin satıcı tarafından yerine getirilip getirilemeyeceğini inceleme külfeti yüklemekte, talebin karşılanma imkânının varlığı hâlinde bu hakkın kullanılabilmesinin önünü açmaktadır. Oysa yüksek mahkeme belirtilen içtihatlarının hiçbirinde bu incelemeyi aramamakta, ayıbın ve talebin varlığı hâlinde¹⁰⁴ misliyle değişim hükmü kurmaktadır. Yargıtayın uygulaması hükmün lafzını göz ardı etmekle kalmayıp seçimlik hakkın mahiyetine de müdahale etmekte, bir bakıma alıcıyı dönme hakkını kullanmaya zorlayarak hak sahibinin talebine aykırı hüküm kurmakta, böylece hukuk yargılamasının en temel ilkelerinden olan taleple bağlılık ilkesine de kuvvetli bir ihlal oluşturmaktadır. İncelenen tüm bu hususlar yüksek mahkemenin içtihatlarındaki eksikleri göstermektedir.

3. Tazminat İsteme Hakkı

Ayıplı ifa sebebiyle maddi olarak zarara uğrayan alıcı, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin kendisine tanımış olduğu seçimlik hakları kullanmakla beraber, bu yüzden uğradığı doğrudan veya dolaylı zararın tazminini de TBK m. 229 ve TKHK m. 11/6 hükümlerince talep edebilir.¹⁰⁵ Maddeye göre alıcı, seçimlik haklarını kullanmadan veya seçimlik haklarını kullanabilmesi için gerekli olan şartları sağlamadan TBK m. 112 hükmüne dayanarak tazminat isteminde bulunabilecektir.¹⁰⁶ Tazminat isteme hakkını uygulamada bulunan misliyle değişim hakkına ilave olarak

¹⁰³ Özdemir, *op. cit.*, s.181.

¹⁰⁴ Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi 16 Mart 2021 Tarih ve E.2020/8186, K.2021/2765 Sayılı Kararı: "...tüketicinin araca duyduğu güvenin sarsılması nedeniyle araçtan beklediği yararı sağlayamadığı, davacının seçimlik hakkını misli ile değişim yönünde kullanmış bulunduğu da dikkate alındığında aracın misli ile değişim koşulları oluşmuştur..." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

¹⁰⁵ Aral/Ayrancı, *op. cit.*, s.148.

¹⁰⁶ *Ibid.*, s.112.

kullanmak mümkün görülmektedir. Örneğin sıfır kilometre bir otomobil alan kişi aracın ayıplı çıkması hâlinde misliyle değişim hakkını kullanmak istediğinde mevcut uygulamaya göre ilam tarihinde aracın misline ulaşamayacağı için İİK m. 24/4'e göre ancak bir miktar para edinimine yıllarca süren yargılama sonunda ulaşabilmektedir. Uzun süren yargılama sonucu model yılı eskiyecek olan ayıplı araç için ödenecek güncel bedel özellikle günümüzde yeniden bir sıfır otomobil edinilmesine yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla malın ayıplı çıkmasından dolayı alıcı uğradığı zararı tam anlamıyla karşılayamayacaktır. Bu aşamada tazminat isteme hakkı devreye girerek alıcının uğradığı zararın, aradaki farkın giderilmesi suretiyle karşılanmasını sağlayacaktır. Talep hakkının ileri sürülmesinde dikkat edilmesi gereken nokta Yargıtayın güncel içtihatlarında seçimlik hakların kullanılmasını TKHK m. 11/6 ve TBK m. 229 kapsamında tazminat istemeye engel kabul etmesidir. Tüketici için ayıplı otomobil ve sıfır km. emsali arasındaki fark yüksek mahkemece belirtilen maddeler kapsamında değerlendirilmemektedir¹⁰⁷. Tazminat isteme hakkını misliyle değişim

¹⁰⁷ Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi 14 Haziran 2023 Tarih ve E. 2023/394 K. 2023/1925 Sayılı Kararı: "...Davacı dava dilekçesinde; davalıdan 16.04.2019 tarihinde 2018 model Peugeot marka aracı 155.000 TL 'den satın aldığını, 04.09.2019 tarihinde araçta "airbagler ve gergili emniyet kemeri arıza ikazı" vermesi üzerine aracın, dava dışı yetkili servise götürüldüğünü, yapılan kontrolde aracın önceden kazalı olduğunun, airbag sistemi direksiyon airbagi, direksiyon simidi, emniyet kemerleri, airbag beyninin tamir edildiği ve bu yüzden arıza ikaz ışıklarının yandığını tespit edildiğini, tramer kayıtlarında hasar kaydına rastlanılmadığını, hasarın kayıtlara geçmemesi amacıyla tamiratın yetkili servis dışında yaptırıldığından garantiden yararlanmadığını, mevcut durumun öğrenilmemesi amacıyla da araçta düzenek kurulduğunu, Ankara 14. Tüketici Mahkemesinde açılan davada sözleşmenin iptali ile satış bedelinin iadesine karar verildiğini ve davalıdan 155.000 TL'nin tahsil edildiğini ancak araç hatasız olsa idi şu andaki satış bedelinin yaklaşık 305.000 TL olduğunu, buna göre menfi zararın 150.000 TL olduğunu, ileri sürerek, menfi zararına karşılık şimdilik 150.000 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir... İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; davacının seçimlik hakkını sözleşmeden dönerek bedel iadesi olarak kullandığını, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, sözleşmeden dönme halinde tüketiciye tanınan haklar içerisinde menfi zarar (kaçırılan fırsatlar) düzenlenmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir... Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile, davacının 6502 sayılı Kanun'un 11 inci maddesi uyarınca seçimlik haklarını kullanmış olmasına, davacının talebinin 6502 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin altıncı fıkrasında belirtilen zarar kapsamında olmadığı gerekçesiyle davacının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir... Tarafların iddia, savunma ve dayandıkları belgelere, uyumsuzluğun hukuki nitelendirilmesi ile yukarıda yer verilen hukuk kurallarına, temyiz olunan kararda belirtilen gerekçelerde bir isabetsizlik olmadığı davacının sözleşmenin iptali ile satış bedelinin iadesi talepli davasının Ankara 14. Tüketici Mahkemesinde açılan davada karar verildiğine göre 6502 sayılı Kanun'un 11 inci maddesindeki seçimlik hakkını kullandığı, ayıplı araç ile ayıpsız

hakkına veya seçimlik haklardan herhangi birine ilave kullanmak için; özellikle eski araç ve sıfır emsali arasındaki farkın tahsili işleminde, TBK m. 112 ve devamına dayanarak talepte bulunmak, müspet olsun menfi olsun tüm zararların ispat külfeti dahilinde giderilmesini sağlayacaktır. Örneğin tüketici işlemi özelinde malın ayıplı olduğunun tespiti ve seçimlik haklardan doğan istemlerinin karşılanması, Tüketici Mahkemesi aracılığıyla nihayete erdirildikten sonra, hak sahibi, TBK m. 112'ye dayanarak genel görevli mahkemeler aracılığıyla uğradığı zararın giderilmesini isteyebilecektir. Yüksek mahkemenin seçimlik hakların kullanılmasının yanında tazminat istemine onay vermeyen yaklaşımı ancak bu şekilde çözümlenebilecektir.

SONUÇ

Yapılan tüm değerlendirmeler ışığında ayıp sorumluluğunun kapsamının bir hayli geniş olduğu, zaman zaman zapttan sorumluluk hükümleriyle, zaman zaman da yanlış ifa terimleriyle yarıştığı görülebilmektedir. Kesin ve net tanımlamalarla her müessesenin ayrımı yapılabilmekte, uygulamada hak ihlalleri karşısında gidilebilecek yollar ve başvurulabilecek yasal kanallar netleştirilebilmektedir. Böylece hak sahiplerinin menfaatleri korunarak hukuk düzenimizin amacı gerçekleştirilebilmektedir. Yüksek mahkemenin seçimlik hakların uygulanmasına, özellikle misliyle değişim hakkına getirmiş olduğu yorum ise bu konuda bize aynı şeyleri ifade etmeden alıkoymaktadır. İçtihatlarda kanunun getirmiş olduğu öncelin hiç değerlendirilmeden sadece İİK m. 24'e dayanılarak infazı mümkün bir hüküm kurulduğu düşünülmektedir. Oysa bu şeklideki bir yorum hak sahibine misliyle değişim sunmamakta, adeta sözleşmeden dönme hakkını kullanmış gibi muamele etmektedir. Yöntem misliyle değişim hakkının varlığını ortadan kaldırmakta, hükmü uygulanabilir olmaktan çıkarmaktadır. Günümüz yargılama süreleri düşünüldüğünde her ne kadar misliyle değişim hakkının uygulanabilmesi problemlili ve yüksek mahkemenin uygulaması haklı olarak gözüксе de yargılama faaliyetleri esnasında alınacak önlemlerle veya hükmün kurulması esnasında bu sorun rahatlıkla

araç değerleri arasındaki değer farkına ilişkin davacı talebi 6502 sayılı Kanun'un 11/6 maddesinde belirtilen zarar kapsamında olmadığına anlaşılmışa göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan kararın onanmasına karar verilmiştir..." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

aşılacaktır. Bunların haricinde tazminat isteme hakkının misliyle değişim talebinin yanında değerlendirilmesi, talepte bulunan alıcının uygulamada bu hakkını ileri sürmesi, mahkemece işbu talebin gözetilerek karar verilmesinin sağlanması ortaya çıkan zararın tamamen karşılanmasına yardımcı olacaktır. Yargıtay uygulamasının aksine TBK m. 227/2 ve TKHK m. 11/6 hükümleri, seçimlik haklar kullanılırken ortaya çıkan hak ihlallerinin giderilmesi için kaynaklık etmelidir. Uygulamadaki yöntemle mukabil getirilen bu anlayıştan önce ise aslında kanunun koymuş olduğu öncelin değerlendirmesinin yapılarak misliyle değişim talebinin satıcı tarafından yerine getirilip getirilemeyeceği gözetilmeli, kararın buna göre verilerek kanunun aşınmasının önüne geçilmeli, zımnen de olsa yazılı hukuk kurallarının ortadan kalkmasına mani olunmalı, özel hukukun en önemli ilkelerden olan taleple bağlılık ilkesi ihlal edilmemelidir. Söz konusu bu hususların yerine getirilmesi için ise yargılama sürelerinin kısaltılması, hakkaniyet duygusunun tatmini için adaletin gecikmeden tesis edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet ve Alper Uyumaz, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2013.
- Akipek Öcal, Şebnem, *Viyana Satım Antlaşması (CISG)*, Ankara, Yetkin, 2020.
- Akkurt, Sinan Sami, Kemal Erdoğan ve Hüseyin Tokat, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2019.
- Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin, 2. Basım, 1999.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin, 12. Baskı, 2019.
- Atasoy, Ömer Adil ve Hanife Özdil, “Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Bağlamında Ayıp İhbarında Şekil ve İspat Sorunu”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2017.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Ankara, Adalet, 2. Basım, 2014.
- Çağlayan, Hasan Can, “Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk Ve Seçimlik Haklar”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 7, Yıl 2016.
- Demirsatan, Barış, “Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Koşulları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1, 2020.
- Doğu, Hakkı Mert, “Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan ve Zapttan Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2018.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 7. Baskı, 2019.
- Erkan, Vehbi Umut, “Tüketici Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 30, 2017.
- Helvacı, Serap ve Fatma Zeynep Altınar Yolcu, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un İspat Yüküne İlişkin Getirdiği Düzenleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018.

- Kalkan, Arif, *Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2016.
- Keçecioğlu, Burak, “Hayvan Satışında Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Özel Sayı, 2014.
- Kızılay, Aygöl, “Türk Borçlar Kanunu ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Hükümleri Çerçevesinde Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumlulukta Alıcının Seçtiği Hakkın Sonradan Değiştirilebilirliği Sorunu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2017.
- Kıbar, Ahmet Fevzi, “Yargıtay HGK’nın E: 2018/929, K: 2019/515 Sayılı Taşınmaz Mal Satışına İlişkin Kararının Ayıplı İfa - Eksik İfa Özelinde Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, 2021.
- Korkmaz, Güneş Sima, “Tüketici İşlemi Niteliğindeki Satış Sözleşmesinde Ayıplı İfa Durumunda Tazminat”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, Haziran 2023.
- Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2023.
- Özdemir, Hayrunnisa, “Ayıplı Mal ve Hizmetler”, in McCarthy, Oya Şahin ve Mutlu Dinç (Ed.), *Tüketici Hukuku Davaları*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2022.
- Özdemir, Hayrunnisa ve Serhat Küçükçapraz, “Kiraya Veren Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 47, 2021.
- Özkaya, Turan, *Türk Borçlar Kanununa Göre Menkul Satımında Ayıp*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022.
- Sert Sütçü, Selin (Ed.), *Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması*, Ankara, Seçkin, 2019.
- Şahin, Eda, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk Ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XX, Sayı 1-2, 2016.
- Şişman Şensöz, Yasemin, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ayıplı Maldan Sorumluluk*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022.

- Turgut, Cemile, “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Satış Sözleşmesinde Ayıp Nedeniyle Bedelde İndirim Hakkı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 75, Sayı 1, 2017.
- Türkmen, Ahmet, “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal Ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı Ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Özel Sayı, 2014.
- Ünlütepe, Mustafa, “Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018.
- Yavuz, Cevdet, “Meslekten Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019.
- Yücer Aktürk, İpek: *Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri*, Ankara, Yektin, 2012.
- Yücer Aktürk, İpek, “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2015.
- Yünlü, Semih, “Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayıp Sorumluluğu Bakımından Alıcının Külfetleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019.



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

TIBBİ MÜDAHALELERDE KÜÇÜKLERİN RIZASI

Av. Gaye ARSLAN¹

Öz

Hukukumuzda genel olarak on sekiz yaşını doldurmamış kişiler küçük kabul edilmiştir. Tıbbi müdahale ise; kişilerin vücut veya ruh bütünlüğü bakımından, var olan veya sonradan ortaya çıkan bir sebepten dolayı meydana gelen olumsuzluğun, tıp biliminin gidebileceği en son olanaklar çerçevesinde ortadan kaldırılması veya etkilerinin azaltılması; önceden öngörülebiliyorsa daha ortaya çıkmadan önlenmesi için belirlenen alanla ilgili kanunda belirtilen yetkili kişiler tarafından, tıp biliminin öngördüğü genel kural ve esaslara uygun olarak doğum, nüfus planlaması ya da doğması muhtemel olan hastalıkları önlemek amacıyla yapılan faaliyetlerdir. Tıbbi müdahale, insan vücudu üzerinde gerçekleşmesi nedeniyle en temel kişilik haklarından yaşama, vücut bütünlüğü, kendi geleceğini belirleme ve sağlık hakkının kimi zaman ihlali söz konusu olabilmektedir. Bu ihlal, hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesiyle hukuka uygun hale gelmektedir. Hastanın rızasını doğru bir şekilde açıklayabilmesi teşhis, tedavi, muhtemel sonuç ve riskler hakkında aydınlatılmasına bağlıdır. Tam fiil ehliyetine sahip kişilerde aydınlatmanın muhatabı ve rızayı açıklayacak kişi bakımından herhangi bir tereddüt yoktur. Küçükler bakımından ise aydınlatmanın muhatabı ve rıza açıklamasında bulunacak kişinin kim olduğu noktasında farklı görüşler bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Çocuk, tıbbi müdahale, aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahaleye rıza, küçüğün rızası.

¹ Avukat, Eskişehir Barosu, Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, avgayearslan@gmail.com, Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-9062-0053>.

Bu makale hakem değerlendirmesinden geçmiştir.

Gönderilme Tarihi: 21 Şubat 2025 Kabul Tarihi: 3 Nisan 2025.

**CONSENT OF MINORS IN MEDICAL INTERVENTIONS****Abstract**

In our law, people who have not reached the age of eighteen are generally considered minors. Medical intervention; is to eliminate or reduce the effects of any negative effects on the physical or mental integrity of individuals due to an existing or subsequent cause, within the framework of the latest possibilities of medical science; if it can be foreseen in advance, it is the activities carried out by the authorized persons specified in the law regarding the designated area to prevent them before they occur, under the general rules and principles stipulated by medical science, to prevent birth, population planning or diseases that are likely to occur. Since medical intervention takes place on the human body, the most basic personal rights such as the right to life, bodily integrity, self-determination and right to health may sometimes be violated. This violation becomes legal when the patient consents to medical intervention. For fully competent persons, there is no hesitation as to who will be the addressee of the enlightenment and who will give the consent. Regarding minors, there are different opinions on who is the addressee of the disclosure and who will make the declaration of consent.

Keywords

Minor, medical intervention, disclosure requirement, consent to medical intervention, consent to medical intervention, children's consent.

GİRİŞ

Sağlıklı bir hayata sahip olma, sağlık hizmetlerinden yararlanma, kendi geleceğini belirleme, yaşam ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı kişilerin en temel haklarındandır. Sağlık sorunu yaşayan kimseler bu durumu ortadan kaldırmak adına kanunlarda belirtilen uzman kişiler olan hekimlere başvurmaktadır. Hasta ile hekim arasındaki ilişkide en önemli unsurlardan biri güvendir. Hastanın hekime güven duyması; hekimin hastayı sağlık sorunu hakkında teşhis, tedavi, riskler, muhtemel sonuçlar ve uygulaması gerekiyorsa uygulayacağı tıbbi müdahale ile ilgili olarak açıkça aydınlatması gerekmektedir. Hastanın da bu aydınlatma doğrultusunda tıbbi müdahaleye rıza göstermesi, uygulanan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir. Hasta ile hekim arasındaki bir diğer en önemli unsur, rızadır. Zira Anayasa m.17'ye göre tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamamakta ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamamaktadır.

Rızanın tanımı kanunda açıkça olmamakla birlikte genel olarak rıza, kişinin hukuk düzeni tarafından korunan bir değerine veya hakkına müdahale edilmesine veya ihlal edilmesine onay vermesi, bu saldırı ya da müdahaleyi kabullenmesi anlamına gelmektedir. Bir fiilin tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmesi için; tıbbi müdahalenin kanunun yetkili kıldığı kişiler tarafından yapılması, tıp biliminin verilerine göre gerekli ve uygun olması, hukuken öngörülen amaçlara uygun olması ve hastanın rızasının alınması gerekmektedir. Tıbbi müdahaleye rızayı tam fiil ehliyetliler (ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan ergin kişiler)² bizzat kendisi verebilirken küçükler durumundan durum farklı ve tartışmalıdır. Çalışmamızda küçük ve tıbbi müdahale kavramlarına değinildikten sonra hekimin aydınlatma yükümlülüğü rıza kavramının bağlantısı üzerinde durulacak akabinde küçüğün tıbbi müdahaleye rızası, hukuki dayanakları ve özellik gösteren bazı tıbbi müdahaleler açısından küçüğün rızası detaylı şekilde ele alınacaktır.

² Gökhan Antalya, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2015, s.188; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 11. Baskı, 2018, s.217.

I. ÇOCUK VE KÜÇÜK KAVRAMI İLE ÇOCUĞUN HUKUK DÜZENİNDEKİ YERİ

A) Genel Olarak

Bir insanın toplumsal kuralları öğrendiği, fiziksel gelişimiyle beraber ruhsal ve sosyal yanlarının neredeyse tümünün olduğu çağ, çocukluk dönemidir. Bu dönemde yaşanan gelişim çok boyutlu olmaktadır³. Çocukluk döneminin tanımının yapılabilmesi insan yaşamının hangi zaman aralığının bu döneme denk geldiğinin tespiti gerekmektedir. Hukuk bakımından ayırt etme gücü benzeri değişken ve göreceli yaş basamakları yerine kesin yaş basamakları öngörülmüştür.

Esasında, çocuklar toplumda en fazla korunmaya muhtaç kesimi oluşturmaktadır. Bu husus, hukuksal alanda da yerini bulmuş ve Türk Hukuku bakımından birçok düzenlemeye konu olmuştur. Türk ceza ve Türk medeni hukukunda çocuklara ilişkin farklı düzenlemeler mevcuttur. Bu nedenle farklı yaşlardaki kişilere karşı kanun hükümlerinin eşit uygulanabilmesi için çocuk kavramına ilişkin tüm yönleriyle ortaya koyacak yaş sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir⁴. Öğretide bu sorunun, çocuğun hangi yaşa kadar korunması gerektiğinin tespitiyle çözüleceği savunulmuştur⁵.

B) Türk Hukukunda Küçük ve Çocuk Kavramı

Türk hukuku bakımından çocuk; doğumla başlayıp yetişkinliğe kadar devam eden süreç, küçüklük veya yaş küçüklüğü olarak ele alınmaktadır. Farklı hukuk alanlarında küçüklerin ruh, beden ve ahlak bütünlüğünü korumak amacıyla on sekiz yaş altı için de yaş sınırlamaları yapıldığı görülmektedir⁶. İlk olarak, Anayasa

³ Zeynep Ateş, *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman Fulya İlçin Gönenc) Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 257277), s.4.

⁴ Cemil Çelik, 2005: 1. "Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi". *e- akademi, Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1, 2005, s.1.

⁵ Ateş, s.6.

⁶ Ateş, s.7.

m.41'de⁷ aileyle beraber çocukların korunmasından da bahsedilmekte ancak çocuk kavramı ile hangi yaş gruplarının kastedildiğine dair herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) m.32'de çocuk kavramı *“Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi”* olarak tanımlanmıştır. Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu⁸ m.1'de⁹ on sekiz yaşın altındakilerden küçük olarak söz edilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ve 4857 sayılı İş Kanunu (İK)'nda da küçüklerle ilgili düzenlemelere yer verilmiş olsa da küçüğün tanımı yapılmamıştır¹⁰. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m.6/1-b'de ise çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m.1'de¹¹ çocuk yine on sekiz yaşından küçük insan olarak tanımlanmış ve çocukluğun başlangıç zamanı açıkça belirtilmemiştir. Çocuk kavramı, hukukumuzda farklı yasal mevzuatlarda düzenlenmekle birlikte çalışmamızda TMK ve TCK özelinde durulacaktır.

1- Türk Medeni Hukuku Kapsamında Çocuk ve Küçük Kavramı

TMK m.28'de *“Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.”* denilerek kişiliğin başlangıç anı düzenlenmiştir. Yani çocukluğun başlayabilmesi çocuğun sağ olarak tamamen doğmuş olmasına bağlıdır. TMK'ye göre her küçük çocuk sayılmakla birlikte, her çocuk küçük kabul edilmemektedir¹². TMK m.11/1'e göre erginlik 18 yaşın

⁷ 2709 sayılı Anayasa m.41 *“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. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”*

⁸ RG, 21 Haziran 1927, Sayı 1117.

⁹ 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu m.1, *“18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler aşağıdaki maddelerde gösterilen sınırlamalara tabi tutulur.”*

¹⁰ Çelik, s.1.

¹¹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 1. madde: *“Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olabilme durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”*

¹² Çelik, s.2 (12.paragraf).

doldurulmasıyla kazanılmaktadır. Ancak TMK’de bazı hallerde 18 yaşın tamamlanmasından önce de reşit olunabileceği düzenlemiştir. Bunlar; evlenme ile ergin kılınma ve hakim kararıyla kazanılan rüştür. TMK m.124’e göre¹³, on yedi yaş doldurulmadan evlenilemez. Bu yaşı dolduranlar velayet hakkına sahip anne ve babalarının izniyle evlenebilmektedir. Olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebebin varlığı halinde hakim 16 yaşını bitirmiş bir erkek ve kadının evlenmesine izin verebilmektedir. Bunun yanında normal rüşt yaşına gelmeyen bir çocuğun TMK’ye göre hakim kararıyla reşit olabilmesi 15 yaşını bitirmesine, kendi rızasının bulunmasına, anne babasının onay vermesine veya varsa vasisinin dinlenmesine, bu durumun çocuğun yararına uygun olması ve asliye hukuk mahkemesinin kararına gerek vardır¹⁴. Ergin hale gelen veya erginliğe ulaşan çocuk, artık küçüklükten çıkarak medeni hakları kullanma bakımından tam ehliyetli bir yetişkin haline gelmektedir.

2- Türk Ceza Hukuku Kapsamında Çocuk ve Küçük Kavramı

TCK m.6’da henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanan çocuğun, ceza ehliyeti açısından TCK m.31’de üç yaş grubu düzenlenmiştir. İlk olarak 0-12 yaş arası olan çocukların ceza sorumluluğunun olmadığı, bu kişiler hakkında ceza kovuşturmasının yapılamayacağı ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir. 12-15 yaş arasındaki çocuklar bakımından; işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğunun olmayacağı, ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ayrıca işlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suçun cezasına göre indirim yapılacağı öngörülmüştür. Yani çocukluk ile erişkinlik arasındaki ara dönem olan söz konusu bu dönemde algılama, irade yeteneği ve hareketlerini yönlendirme yeteneği, somut

¹³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 124 “Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.”.

¹⁴ Ateş, s.10; Ömer Uğur Gençcan, *Çocuk Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2021, s.799 vd.

olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir¹⁵. Son olarak 15-18 yaş arasındaki çocuklar hakkında da suçun cezasının niteliğine göre indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Yani ceza hukuku bakımından bu yaş grubundaki küçüklerin anlama, sonuçlarını kavrama, hareketlerini yönlendirme yeteneği olduğunun kabul edildiği söylenebilecektir. Görüleceği üzere Türk ceza hukuku bağlamında çocuk, yaş küçüklüğü bakımından belirlenmeye çalışılmıştır.

TMK ve TCK’de yer alan bu düzenlemeler arasındaki ilişki incelendiğinde; TCK m.6/b ve m.31/3’te on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk kabul edilmiş ve tam ceza ehliyeti için on sekiz yaşın doldurulması aranmıştır. TMK m.11/1’de de erginliğin on sekiz yaşın doldurulması ile başlayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla ceza ehliyeti ve fiil ehliyeti arasında yaş sınırı bakımından paralellik bulunmaktadır. Ancak şu hususu önemle belirtmek gerekir ki, TMK’de düzenlenen evlenme ve mahkeme kararı ile küçüğün on sekiz yaşından önce ergin hale gelmesinin TCK ve ceza ehliyeti açısından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır¹⁶. Ayrıca ÇKK m.3/1-a’ya göre, daha erken yaşta ergin olursa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk kabul edilmektedir. Bu hüküm ile de TCK’deki çocuk kavramıyla benzer olarak erginlik yerine yaş ölçütünün esas alındığı söylenebilecektir.

II. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE UNSURLARI

Tıbbi müdahale; kişilerin vücut veya ruh bütünlüğü bakımından, var olan veya sonradan ortaya çıkan bir sebepten dolayı meydana gelen olumsuzluğun ortadan kaldırılması veya etkilerinin azaltılması şayet önceden öngörülebiliyorsa daha ortaya çıkmadan önlenmesi için belirlenen alanla ilgili kanunda belirtilen yetkili kişiler tarafından, tıp biliminin öngördüğü genel kural ve esaslar uyarınca doğum, nüfus planlaması ya da doğması muhtemel hastalıkları önlemek amacıyla yapılan

¹⁵ Ateş, s.11.

¹⁶ Ateş, s.13.

faaliyetlerdir¹⁷. Tıbbi müdahalenin genel olarak kabul edilen dört unsuru aşağıda ele alınmıştır:

A) Tıbbi Müdahalenin Kanunun Yetkili Kıldığı Kişiler Tarafından Yapılması

Tıbbi müdahale, doğrudan insan yaşamına ve sağlığına yönelik olduğundan hukuki açıdan yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi gerekir¹⁸. Kimlerin tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler olduğu, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun¹⁹unda (TŞSTİDK) ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda²⁰ açıkça düzenlenmiştir. Hekimlik yapmaya yetkili kişilerin tıp fakültesinden mezun olması, hekimlik diplomasına sahip olması, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması, Tabip Odasına kayıtlı olması ve hekimlik yapmaya engel teşkil eden herhangi bir hususun olmaması gerekmektedir²¹. 1219 sayılı TŞSTİDK m.1,2,3 uyarınca hekimler, m.12 uyarınca diş hekimleri, m.29,30 uyarınca ebeler, m.3 uyarınca sağlık memurları, m.58 uyarınca sünnetçiler, m.68 uyarınca hastabakıcı ve hemşireler, diş protez teknisyenlerinin tıbbi müdahalede bulunma yetkisi bulunmaktadır²². Ayrıca, acil tıp teknikerleri ve acil tıp teknisyenleri, acil tıbbi

¹⁷ Selin Sert Sütçü, *Şematik Tıp Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Eylül 2024, s.15; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Basım, 2003, s.24; Zarife Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 4, 2001, s.66; Ateş, s.13; Berfin Işık Yılmaz, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 98, 2012, s.391; İlhan Gülel, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2017, s.4; Abdurrahim Altun, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2018, s.38; Eda Demirsoy Aşıkoğlu, “Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 35, 2018, s.320.

¹⁸ Ayça Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı 2018, s.24; Sert Sütçü, s.16.

¹⁹ RG, 11 Nisan 1928, Sayı 1219.

²⁰ RG, 31 Ocak 1953, Sayı 8323.

²¹ Burcu G. Özcan ve Çağlar Özel, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”. *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*. Cilt 10, Sayı 1, 2007, s.39.

²² Fatih Birtek, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”. *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 81, Sayı 5, 2007, s.1999; Işık Yılmaz, s.391; Gülel, s.11; Altun, s.39; Demirsoy Aşıkoğlu, s.320; Benzer yönde Yenerer Çakmut, s.26 vd.

yardım ve bakımla sınırlı olmak üzere Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilmek kaydıyla hastaya müdahale edebilme yetkisi bulunmaktadır²³.

Bunun yanında, sağlık mesleği mensubu olmayanların tıbbi müdahalede bulunmaları kural olarak mümkün değildir ancak acil ve müdahale edilmemesi halinde, ölümle sonuçlanacak hallerde ilkyardım olarak nitelendirilen acil müdahalelerin sağlık ekipleri gelinceye veya sağlık hizmeti temin edilinceye kadar bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre; ilkyardım bilgisine sahip kişilerce bilinçli ve doğrudan yapılmak kaydıyla tıbbi müdahale olarak kabul edilmesi mümkündür²⁴.

B) Tıbbi Müdahalenin Tıp Biliminin Verilerine Göre Gerekli ve Uygun Olması

Hekim ve dış hekimi uygulayacağı yöntemi seçerken serbesttir ancak bu serbestliğinin sınırı tıp biliminin kabul görmüş yöntemlerden yararlanmasıdır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi²⁵ m.13'te bu husus şöyle belirtilmiştir; “...*Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır...*”. Bir diğer ifade ile hekimin tıp biliminin kabul ettiği ilke ve kurallara aykırı veya aldatıcı müdahalede bulunmaması gerekmektedir²⁶. Hekim, sürekli bir gelişim içerisinde olmalı ve tıp dünyasını ve güncel gelişmeleri takip etmelidir. Bir müdahalenin tıp biliminin kabul edilmiş kurallara uygun olup olmadığının tespitinde somut olayın özellikleri dikkate alınmaktadır²⁷.

C) Tıbbi Müdahalenin Hukuken Öngörülen Amaçlara Uygun Olması

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13/3'te “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.*” denilmek suretiyle tıbbi müdahalenin, teşhis, tedavi ya da koruma amaçlarından en az birini taşıması gerektiği ve bunların dışında bir sebeple hekimin müdahalede bulunmasının

²³ Birtek, s.1999.

²⁴ Gülel, s.18-19.

²⁵ 13.01.1960 tarih ve 4/12578 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 23.01.1953 tarih ve 6023 sayılı Kanuna dayanılarak çıkartılmıştır. (RG, 19 Şubat 1960, Sayı 10436)

²⁶ Ateş, s.18; Işık-Yılmaz, s.392; Altun, s.39-40; Demirsoy-Aşıkoğlu, s.320; Sert Sütçü, s.17.

²⁷ Ateş, s.18.

mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. Ayrıca 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu²⁸ m.2/1'e göre nüfus planlaması amacıyla tıbbi müdahalede bulunulabileceği düzenlenmiştir. Özetle tıbbi müdahalenin; teşhis, tedavi, hastalıktan korunma, hastalığı hafifletme veya acıyı dindirme ya da nüfus planlaması amacıyla yapılabilmesi mümkündür²⁹.

D) Hastanın Rızasının Alınması

Rıza kavramı kanunda tanımlanmamakla birlikte genel olarak, kişinin hukuk düzeni tarafından korunan bir değerine veya hakkına müdahale edilmesine veya ihlal edilmesine onay vermesi, bu saldırı ya da müdahaleyi kabullenmesi anlamına gelmektedir³⁰. Bir fiilin tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmesi için yukarıda sayılan şartların yanında, hastanın buna rıza göstermesi gerekmektedir³¹. Rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler hem hukuka aykırılığa neden olmakta hem de hastanın kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını elinden almakta ve vücut bütünlüğünü ihlal etmektedir³². Dolayısıyla rıza uygulanan fiili hukuka uygun hale getirmektedir³³. Tıbbi müdahaleye rıza, aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecektir.

III. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Tıbbi müdahalede rızanın aydınlatılmış rıza³⁴ olması önem arz etmektedir. “Bilgilendirilmiş onam” veya “bilgilendirerek izin/onay alma” olarak da uygulamada

²⁸ RG, 27 Mayıs 1983, Sayı 18059.

²⁹ Ateş, s.15; Işık-Yılmaz, s.392; Altun, s.40.

³⁰ Çakal, s.62. Ayrıca TBK m. 63/2: “Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”.

³¹ Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2003, s.80 vd.; Şenocak, s.68; Yenerer-Çakmut, s.40-41; Ateş, s.19; Işık-Yılmaz, s.392; Altun, s.40; Demirsoy-Aşıkoğlu, s.320; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku (2 Cilt) Cilt I: Genel Hükümler – Cilt II: Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 25. Baskı, 2022, s.162; Sert Sütçü, s.16.

³² Şenocak, s.68.

³³ Şenocak, s.68; Ateş, s.13; Işık-Yılmaz, s.392.

³⁴ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 3, 2003, s.55-77; Selvet Kesmen Kayacan et al., *İstanbul Tıp Hukuku Kitabı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2024, s.82-104; Özcan

bilinen aydınlatılmış rızanın esasen tıbbi müdahalede bulunulmadan makul bir süre önce veya en geç müdahale sırasında alınmış olması ve gerekli aydınlatmanın açık ve düzgünce yapılmasıdır³⁵. Hukukumuzda hastanın rızasının alınması zorunluluğu 1219 sayılı TŞSTİDK m.70³⁶, Hasta Hakları Yönetmeliği³⁷(HHY) m.22’de³⁸ ve m.24’te³⁹ düzenleme bulmuştur. Verilen rızanın somutlaştırılmış bir teşhis ve tedaviye yönelik olması aranmaktadır⁴⁰. Bu bağlamda kanaatimizce tıbbi müdahalenin her aşamasında ayrıca rıza alınması yerinde olacaktır. Hastanın önceden vereceği genel ve soyut nitelikteki rızası geçerli olmamaktadır⁴¹. Aynı şekilde tıbbi müdahale yapıldıktan sonra hasta tarafından verilecek rıza müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemektedir⁴². Tıbbi müdahale yapıldıktan sonra verilen rıza ise, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemekle birlikte tıbbi müdahalede bulunanın salt rıza alınmamasına bağlı olan tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmakta ancak; tıbbi müdahalede bulunanın malpraktis⁴³ nedeniyle tazminat sorumluluğu ve ceza hukukundan doğan sorumluluğu devam etmektedir⁴⁴. Hastanın aydınlatılmış olmasının yanında tıbbi müdahaleye rızanın diğer uygunluk şartları rıza ehliyeti,

ve Özel, s.66-70; Gülel, s.78; Altun, s.40; Hakeri 2022, s.329. Erman, s.99-120; Yenerer-Çakmut, s.223 vd.

³⁵ Gülel, s.78.

³⁶ 1219 sayılı TŞSTİDK m.70 “*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.*”.

³⁷ RG, 01 Ağustos 1998, Sayı 23420.

³⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği m.22 “*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.*”.

³⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği m.24 “*...Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz...*”.

⁴⁰ Erman, s.106-110; Sibel Adıgüzel, *Yoğun Bakım Ünitelerinde Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman Saibe Oktay Özdemir) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 287821), s.42.

⁴¹ Hakeri, 2022, s.163.

⁴² Gülel, s.82.

⁴³ “*Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13. Maddesinde tıbbi hata (malpraktis) tanımlanmıştır. Buna göre, bilgisizlik, deneyimsizlik, ya da ilgisizlik neden ile bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelmektedir.*” (Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara, 2015, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, 2015, s.632); Mehmet Demir, *Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2. Bası, 2020, s.83-84.

⁴⁴ Gülel, s.82.

rızanın müdahalede bulunmaya yetkili kişiye yönelmesi, hastanın aydınlatılmış olması, iradenin sağlıklı oluşması ve rızanın açıklanmasıdır.

A) Rıza Ehliyeti

Hasta bakımından rıza ehliyeti; hekimin gerçekleştireceği tedavi ve müdahaleleri anlama, değerlendirme ve bunları vücudu üzerinde gerçekleştirmesini istemesidir⁴⁵. Uygulanacak müdahalenin ağırlığı ve alternatiflerin fazla olması durumunda rıza yeteneğinin tespiti konusunda hekim tarafından daha özenli ve dikkatli davranılması gerekmektedir⁴⁶. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere rıza bakımından 1219 Sayılı Kanun m.70'te hekimlerin, yapacakları her tür tedavi için hastanın, hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin öncelikle muvafakatinin alınması gerektiği düzenlenmiştir. HHY m.24/2'de⁴⁷ ise, kanuni temsilcilerin hasta adına muvafakat göstermelerinin yeterli olduğu durumda bile, mümkün olduğu ölçüde, küçük ve kısıtlı olan hastanın da dinlenerek tıbbi müdahaleye katılması düzenlenmiştir.

Tıbbi müdahaleye rıza bakımından; akıl hastalığı, zayıflığı veya yaş küçüklüğü gibi sebeplerle müdahalenin anlam ve sonuçlarını anlayamayacak durumda bulunan kimselerin karşısındaki risk ve kendileri için en uygun seçeneği değerlendirememeleri nedeniyle ehliyetsiz olarak kabul edilmektedir⁴⁸. Ergin ve ayırt etme gücüne sahip yani tam ehliyetliler ise tıpkı tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi, tıbbi müdahaleye serbestçe rıza gösterebilmektedir⁴⁹. Tıbbi müdahaleye verilecek rıza açısından, kişinin medeni hukuktaki fiil ehliyetine veya ceza hukukundaki kusur yeteneğine sahip olup olmaması aranmamakta; tıbbi müdahale ve sonuçları bakımından anlama, kavrama, yönlendirme ve karar verebilme yeteneğinin bulunması

⁴⁵ Ateş, s.19; Altun, s.45.

⁴⁶ Ateş, s.19.

⁴⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/2 “*Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.*”.

⁴⁸ Gülel, s.83; Çakal, s.76.

⁴⁹ Hakeri, 2022, s.444-445; Erman, s.97; Gülel, s.84.

önem arz etmektedir⁵⁰. Bunun yanında, hastanın kendi geleceğini serbestçe belirleyebilme özgürlüğü bulunduğundan kural olarak tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının bulunması gerekmektedir. Ancak Anayasa m.17⁵¹ uyarınca tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı diğer hallerde rıza olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilir.

B) Rızanın Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye Yönelmesi

Hastanın açıklayacağı rızanın tıbbi müdahalede bulunacak kişiye yönelmesi gerekmektedir. Bu unsur aslında tıbbi müdahalenin kanunun yetkili kıldığı kişiler tarafından yapılmasının bir görünümüdür. Yukarıda bu kısım ile ilgili bahsettiklerimize ek olarak, tıbbi müdahalede bulunacak kişi birden çok ise kural olarak bunlardan birine rızanın beyan edilmiş olmasının yeterli olduğu⁵² söylenebilir. Ayrıca, rızanın ilk yardım gibi acil haller dışında tıbbi müdahalede bulunma yetkisi olmayan kişilere verilmesi geçerli değildir⁵³. Bunun dışında, yukarıda detaylı olarak tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişilerin kimler olduğu açıklanmıştır. Örneğin, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda⁵⁴, 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun⁵⁵da ve TCK’de rıza aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilecek haller düzenlenmiştir⁵⁶.

C) Hastanın Aydınlatılmış Olması

Hastanın aydınlatılması, hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında, hekim tarafından bilgilendirilmesi ve müdahalenin yapılıp yapılmaması konusunda serbestçe karar verebilecek duruma gelmesi⁵⁷ olarak tanımlanabilir. Hastanın aydınlatılması hekimin başlıca yükümlülüklerindendir. Bu yükümlülük, hastanın tıbbi müdahale konusunda karar vermesi ve hekim ile hasta arasındaki güven

⁵⁰ Gülel, s.84; Çakal, s.76; Hakeri, 2022, s.416-417. Benzer yönde bkz. Erman, s.90-91.

⁵¹ Anayasa m.17 “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”.

⁵² Gülel, s.104.

⁵³ Gülel, s.104.

⁵⁴ RG, 06 Mayıs 1930, Sayı 1489.

⁵⁵ RG, 11.01.1960, Sayı 10402.

⁵⁶ Altun, s.47.

⁵⁷ Sabah Altay, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rıza”. İ. H. Hancı ve Y. Ünver (Ed.). *IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.409; Özcan ve Özel, s.58; Ateş, 2010: 27; Gülel, s.113; Hakeri, 2022, s.332.

ilişkisi bakımından önemlidir⁵⁸. Bu yükümlülüğe ilişkin hukuki düzenlemeler; 1219 Sayılı Kanun m.70, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14/2, HHY m.15, m.31, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun m.7, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.5'te yer almaktadır. 83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzüğünde⁵⁹ ise aydınlatmanın kapsamı ve nasıl yapılacağı ile birlikte izin belgesi örneği düzenlenmiştir⁶⁰.

Aydınlatmanın tarafları kural olarak hasta ve hekim olup hekimin bu yükümlülüğünü bizzat kendisi yerine getirmesi gerekmektedir⁶¹. Bazen hekimin bir başka hekimi yetkilendirmesi ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesini istediği durumlarla da karşılaşmaktadır. Hasta, reşit ve mümeyyizse bizzat kendisine aydınlatma yapılmalı⁶²; hekimin hastanın eşine, çocuklarına karşı bilgilendirme ve aydınlatmada bulunmasına gerek olmamaktadır. Ancak hastanın aile hayatı ve kişisel konumu hastalığının ilerlemesinden etkilenecekse bu durumda artık hekimin hastanın eşine bildirme ve aydınlatma yükümlülüğü vardır⁶³. Küçüklere uygulanacak olan tıbbi müdahalelerle ilgili olarak ise, yaşlarına ve anlama kapasitelerine göre veli veya vasisinin aydınlatılması gerekecektir⁶⁴. Yani tıbbi müdahalenin kapsamını ve önemini kavrayamayacak olan çocuklara hastalık basit düzeyde anlatılmalı; veli veya vasi ise daha detaylı aydınlatılmalıdır.

Ayrıca bu yükümlülük, belirli bir geçerlilik şekline tabi değildir. Yazılı veya sözlü aydınlatma yapılması mümkündür⁶⁵. Öğretide aydınlatmanın sözlü yapılmasını ifade eden yazarlara göre; hekimle hasta arasındaki güven ilişkisine en uygun yöntem,

⁵⁸ Feridun Yenisey, "Tedavi Açısından İlgilinin Rızası". *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s.871-872; Ozanoğlu, s.63; Işık-Yılmaz, s.393.

⁵⁹ RG, 18 Aralık 1983, Sayı 18225.

⁶⁰ Ateş, s.28.

⁶¹ Ozanoğlu, s.72; Özcan ve Özel, s.59; Ateş, s.29; Işık-Yılmaz, s.402; Gülel, s.114; Sert Sütçü, s.21.

⁶² Ozanoğlu, s.72; Özcan ve Özel, s.60; Ateş, s.31; Işık-Yılmaz, s.402-403; Gülel, s.123; Demirsoy-Aşıkoğlu, s.323.

⁶³ Ateş, s.30.

⁶⁴ Ateş, s.31; Gülel, s.123; Sert Sütçü, s.39.

⁶⁵ Işık-Yılmaz, s.406; Gülel, s.116; Altun, s.42; Kesmen Kayacan *et al.*, s.105-109.

sözlü aydınlatmadır ve gerekçe olarak hastanın merak ettiği soruları sorabilme, anında cevap alabilme imkânı gösterilmiştir⁶⁶. Aydınlatmanın yazılı olması gerektiğini savunan yazarlara göre ise, gerekçe olarak hekimin olası bir uyuşmazlıkta ispat açısından yazılı bir belgeye ihtiyaç duyması gösterilmiştir⁶⁷. Hem sözlü hem yazılı aydınlatmanın birlikte yapılması gerektiğini savunan bizim de katıldığımız görüşe göre⁶⁸ ise; sözlü açıklama ve aydınlatmadan sonra bunun kâğıda geçirilmesiyle hem hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisi kurulmakta hem de hekime ispat bakımından kolaylık sağlanmaktadır. Aydınlatmanın yazılı veya sözlü olarak yapılması kural olarak mümkündür ancak özel bazı düzenlemelerde yazılılık şartı öngörülmüştür⁶⁹. Örneğin, 1219 sayılı Kanun m.70’de büyük cerrahi müdahaleler bakımından onam açıklamasının yazılı olması aranmıştır. Yine, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Açılması ve Nakli Hakkında Kanun m.6’da organ ve doku nakilleri açısından yazılılık şartı gerektiği düzenlenmiştir.

Aydınlatmanın konusunu genel olarak; tanı ve bulgular, tedavinin etkileri ve süreci, oluşabilecek sonuçlar ve riskler oluşturmaktadır⁷⁰. Uygulamada genelde matbu aydınlatma metni hastaya verilmektedir ancak bu durumda tam aydınlatmadan bahsedilmesi mümkün değildir⁷¹. Aydınlatmanın zamanı, somut olaya göre değerlendirilmekle birlikte acil ve hayati durumlar dışında hastanın rızasının alınmasından önce yapılması gerekmektedir⁷². Zira acil durumlar bir nevi zorunluluk olan haller olduğundan hekimin aydınlatma yükümlülüğünü azaltmakta ve ortadan kaldırmaktadır⁷³.

⁶⁶ Ateş, s.33.

⁶⁷ Ateş, s.34. Karşı görüş için bkz. Erman, s.105.

⁶⁸ Ateş, s.34.

⁶⁹ Ateş, s.34; Altun, s.42; Hakeri, 2022, s.396.

⁷⁰ Erman, s.106; Ateş, s.35-39; Gülel, s.114.

⁷¹ Hakeri, 2022, s.400; Özcan ve Özel, s.60. Benzer yönde bkz. Erman, s.105.

⁷² Ozanoğlu, s.73; Özcan ve Özel, s.61; Ateş, s.32; Işık-Yılmaz, s.398-399, 405; Gülel, s.115; Altun, s.43; Demirsoy-Aşıkoğlu, s.321-322.

⁷³ Sert Sütçü, s.17 ve 23.

Aydınlatma yükümlülüğünün içeriği ve kapsamı⁷⁴; bilgilendirme temelli, teşhise yönelik, amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresini içermeli ve tıbbi müdahalenin doğuracağı muhtemel tehlike ve zararlı sonuçları hakkında olmalıdır⁷⁵. Hekim aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken yapacağı tıbbi müdahalenin türünü ve müdahalenin teşhis veya tedaviye yönelik olduğunu mutlaka bildirmelidir⁷⁶. Özellikle uygulamada sık karşılaşılan bir durum olan hastaya doğru ve açıklayıcı yeterli bilgi verilmeden sadece tıbbi müdahaleye yönelik rızasının olduğuna dair imzasının alınması hem hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediğini hem de hukuka uygun olarak alınmayan bir rızanın varlığını gösterecektir⁷⁷. Bunlara ilaveten, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını genel olarak meslek kuralları ve bilinen tıp kurallarının oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Aydınlatma yükümlülüğünün sınırları ise, tıbbi müdahalenin büyüklüğüne, taşıdığı risklere veya niteliğine göre genişleyip daralabilmektedir. Sınırlarının genişlemesi, tıbbi müdahalenin riskinin büyüklüğü ile doğru orantılıdır yani bir tıbbi müdahale ne kadar acil ve gecikmesi daha tehlikeli ise aydınlatma yükümlülüğünün sınırı o kadar daralmaktadır⁷⁸. Hekimin hastayı aydınlatırken daha önce yaptığı meslek hatalarını anlatmasına gerek yokken aynı hastayla ilgili daha önceki tıbbi

⁷⁴ Kesmen Kayacan *et al.*, s.94-104; Ayrıca bkz: Hasta Hakları Yönetmeliği m.15 “*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 tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.*”; Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.26 “*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...*”.

⁷⁵ Erman, s.106-120; Özcan ve Özel, s.63; Ateş, s.39-45; Işık-Yılmaz, s.394-395; Hakeri 2022, s.394 vd.; Sert Sütçü, s.20.

⁷⁶ Erman, s.108; Gülel, s.119.

⁷⁷ Özcan ve Özel, s.63-64. Benzer yönde bkz. Erman, s.105.

⁷⁸ Gülel, s.121; Işık-Yılmaz, s.400.

müdahalelerde yapmış olduğu meslek hatalarını bildirmesi gerekmektedir⁷⁹. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün türleri vardır: karar aydınlatması, risk aydınlatması, koruma/edavi aydınlatması⁸⁰, müdahale aydınlatması, ve diğer özel aydınlatma türleridir⁸¹.

D) İradenin Sağlıklı Oluşması

Tıbbi müdahaleye rıza veren hastanın rıza iradesinin oluşmasında hata, hile, kokutma ile iradesinin geçersiz hale gelmemesi gerekmektedir. Bu haller somut olayın içeriğine göre değerlendirilir ve eğer rıza veren bakımından iradesinde bir yanlışlık, hile, baskı ve korkutma hali varsa bunlara dayanarak rızasının geçersizliğini ileri sürebilmesi mümkün olacaktır⁸².

E) Rızanın Açıklanması

Rızayı açıklayacak olan, kural olarak kendisine tıbbi müdahalede bulunulacak kişi yani hastadır. Ancak istisnai olarak ehil durumdaki hasta rıza açıklama yetkisini bir başka kişiye de özgür iradesiyle bırakabilecektir⁸³. Kısıtlılarda tıbbi müdahaleye rızayı vasileri, küçükler hakkında ise yasal temsilcileri yani varsa velileri yoksa vasileri vermektedir. Ayrıca ayırt etme gücüne sahip küçüğün kendi kazancı olması halinde, bazı hallerde (TMK m. 359⁸⁴) tıbbi müdahale sözleşmesini bizzat kendisi de yapabilmektedir. Özetle; hastanın rızasını bizzat kendisi açıklayabilmesi için ayırt etme gücüne sahip ve kanuna göre ergin sayılması gerekmekte, ayırt etme gücü bulunmayan küçükler bakımından rızayı yasal temsilcileri vermekte, ayırt etme gücü bulunan küçükler bakımından ise İnsan Hakları

⁷⁹ Özcan ve Özel, s.64.

⁸⁰ Altun, s.41.

⁸¹ Ozanoğlu, s.65-69; Sert Sütçü, s.20.

⁸² Gülel, s.106-111.

⁸³ Gülel, s.132; Kesmen Kayacan *et al.*, s.110-111.

⁸⁴ TMK m.359 “Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir. Çocuğun evde ana ve babasıyla birlikte yaşaması hâlinde, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilirler.”.

ve Biyotıp Sözleşmesi m.6/2⁸⁵ ve TMK m.342⁸⁶ gereği velisi vermekte, kısıtlılar bakımında ise vasileri rıza vermektedir. Küçüklerin tıbbi müdahaleye rızası aşağıda detaylı şekilde ele alınacaktır.

IV. KÜÇÜĞÜN RIZASININ ALINMASININ GENEL OLARAK HUKUKİ DAYANAKLARI

A) Uluslararası Belgelerde Küçüğün Rızasının Alınmasına İlişkin Düzenlemeler

1- Hasta Çocuklar Bildirgesi

Çocukların bilgilendirilmesi ve görüşlerinin alınması hususlarında düzenlemeler yer aldığı “Hasta Çocuklar Bildirgesi” 1988 Mayıs ayında Hollanda’da gerçekleştirilen konferansta deklare edilmiştir⁸⁷. Bildirgenin 4/1. fıkrasında “*Tıpkı ebeveynleri gibi çocuklar da, yaşları ve kavrayışları paralelinde bilgilendirilme hakkına sahiptir.*”⁸⁸ denilmek suretiyle çocukların bilgilendirme hakkında sahip oldukları ifade edilmiştir. Ayrıca bu bilgilendirmenin yaşları ve kavrayışlarıyla paralel olması şartı aranmıştır.

2- Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşmenin en önemli özelliklerinden birisi “çocuk” kavramının tanımlanmış olmasıdır. Buna göre; “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*”⁸⁹. Ayrıca sözleşmede, çocuğun tavsiye

⁸⁵ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.6/2 “*Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır.*”.

⁸⁶ TMK m.342 “*...Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler... Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır.*”.

⁸⁷ Ateş, s.93.

⁸⁸ İlgili metin için bkz. <http://www.saglikhakki.org/cocuk-haklar.htm> (E.T: 12.12.2024.).

⁸⁹ İlgili metin için bkz. <https://www.ihd.org.tr/ble-miletler-cuk-haklarina-da-slee/> (E.T.: 12.12.2024.).

ve danışmanlığa başvurma hakkı yaşı ile tıbbi tedaviye onay verip vermeme konusunda kendi bağımsız kararını alabilme yaşının ayrı olması gerektiği belirtilmiştir⁹⁰.

3- Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam Bildirgesi)

Amsterdam Bildirgesi, 28-30 Mart 1994 tarihinde, Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosunca kabul edilmiştir. Bildirgenin onay başlıklı kısmında m.3.4’te *“Hastanın yasal temsilcisinin onayının gerektiği ve önerilen girişimin acil olduğu durumda eğer temsilcinin onayı zamanında alınamıyorsa tıbbi girişim yapılabilir.”* denilmiş ve ayrıca m.3.5’te *“Yasal temsilcisinin onayı gerektiği zaman, hastalar (çocuk veya erişkin olsun) durumlarının izin verdiği ölçüde yine de karar alma sürecine dahil edilmelidir.”* ifadesine yer verilmiştir⁹¹. Ayrıca m.3.6’ya göre *“Yasal temsilcisinin onay vermeyi reddettiği durumda, doktor veya diğer sağlık personelinin görüşü girişimin hastayı ilgilendirdiği yolunda ise, karar mahkemeye veya hakem heyeti benzeri merciye bırakılmalıdır.”*

4- Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi’nin Gözden Geçirilmiş Şekli (Lizbon Bildirgesi II/Bali Bildirgesi)

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, Dünya Tabipler Birliği tarafından, 1995 yılında genişletilerek yeni bir bildirge halinde yayımlanmıştır⁹². Küçükler bakımından “Yasal ehliyeti olmayan hasta” başlığı altında düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, hasta çocuk ise veya yasal ehliyeti yoksa bir yasal temsilcisinin onayının alınması gereklidir. Ayrıca, bu hastalar durumlarının izin verdiği ölçüde yine de karar alma sürecine dahil edilmelidir. Eğer yasal ehliyeti olmayan hasta mantıklı ve akılcı kararlar verebiliyorsa hastanın rızaya ilişkin verdiği kararlara saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bu durumda hastanın yasal temsilcisine bilgi verilmesini istememe hakkı vardır. Yasal temsilcisinin veya hasta tarafından yetkilendirilen kişinin onay vermeyi reddettiği durumda hekimin görüşü girişimin hasta yararına olduğu şeklinde

⁹⁰ Ateş, s.94.

⁹¹ İlgili metin için bkz. <http://www.saglikhakki.org/amsterdam1.htm> (E.T.: 12.12.2024.).

⁹² Ateş, s.95.

ise karar yasal mercilere bırakılmalıdır. Acil durumlarda hekim hastanın yararına davranacaktır.⁹³”.

5- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi)

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, 4 Nisan 1997’de İspanya Oviedo’da imzalanmıştır⁹⁴. Sözleşmede, II. Bölüm m.6’da rıza verme ehliyeti bulunmayan kişiler üzerinde tıbbi müdahalenin yalnızca onun yararına yapılabileceği ifade edilmiş ve rıza verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabileceği ve küçüğün görüşünün, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁹⁵.

6- Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi)

Sözleşme, 2002 yılının Kasım ayında Roma’da kabul edilmiştir. Sözleşme’nin 2. bölümünün 4. başlığında Rıza (onay) Hakkı’na yer verilmiştir. Buna göre hasta, *“Kendi sağlığı ile ilgili kararlara iştirak edebilmesi için (kendi sağlığı ile ilgili kararlar alabilmesi için) her birey ilgili bilgileri alma hakkına sahiptir.”*⁹⁶. Ayrıca *“İlgili onay vermek için yasal bir temsilcinin gerektiği tüm durumlarda, hasta ister çocuk ister yetişkin olsun, ister anlayacak veya karar verecek durumda olmasın yine de verilen kararlar ile mümkün mertebe ilgili olacaktır.”* denilmek suretiyle küçüklere yönelik de bir düzenleme yapılmıştır.

B) Ulusal Mevzuatta Küçüğün Rızasının Alınmasına İlişkin Düzenlemeler

Uluslararası mevzuatta olduğu gibi ulusal mevzuatta da küçüğün rızasının alınmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 1219 sayılı TŞSTİDK m. 70’te *“Tabipler; dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.”*

⁹³ İlgili metin için bkz. <http://www.saglikhakki.org/bali1.htm> (E.T.: 12.12.2024.).

⁹⁴ Ateş, s.96.

⁹⁵ Ateş, s.97. İlgili metin için bkz. <http://www.saglikhakki.org/biotip1.htm> (E.T.: 12.12.2024.).

⁹⁶ İlgili metin için bkz. <http://www.saglikhakki.org/ab-sarti.htm> (E.T.: 12.12.2024.).

denilmek suretiyle hastanın küçük olması durumunda yasal temsilcisinden onam alınması gerektiği belirtilmiştir.

2238 sayılı kanunda m.6/c bendinde temyiz kudretine sahip olmayanlar bakımından, hekimlere bu kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetme yükümlülüğü öngörülmüştür⁹⁷. NPHK m.6'da gebe kadın küçük ise, küçüğün ve yasal temsilcisinin; gebe kadın vesayet altında olup da reşit değilse, kişinin kendisinin, vasinin onamı ile birlikte sulh hakiminin de izninin gerektiği belirtilmiştir. Bunların yanında HHY “Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası” başlıklı 5. Bölümde yer alan ve “Hastanın Rızası ve İzin” başlıklı 24. maddede düzenlemelere yer verilmiştir.

V. KÜÇÜKLERE UYGULANACAK TIBBİ MÜDAHALEDE TEDAVİ SÖZLEŞMESİ VE RIZA

A) Küçük Adına Yapılan Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında öğretilerde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlar; hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğu, istisna sözleşmesi olduğu ve vekâlet sözleşmesi olduğudur⁹⁸. Öğretilerde çoğunlukla kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre⁹⁹ tedavi sözleşmeleri, vekâlet sözleşmesi niteliği taşımaktadır. TMK m.16/1 gereği “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar; yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.*”. Hükümden hareketle, ayırt etme gücüne sahip küçüğün borçlandırıci bir hukuki işlem olan tedavi sözleşmesiyle hekime karşı ücret ödeme borcu söz konusu olduğundan bu sözleşmeyi yapabilmesi için yasal temsilcisinin rızasına gerek vardır¹⁰⁰. Bununla beraber, TMK m.359 gereği çocuğun kazancı varsa kişisel kazancı ile sınırlı olmak kaydıyla sağlığı hakkındaki gerekli tedavi sözleşmelerini yasal

⁹⁷ Ateş, s.99; Kesmen Kayacan *et al.*, s.211-212.

⁹⁸ Ateş, s.57-63.

⁹⁹ Şenocak, s.69; Ateş, s.57.

¹⁰⁰ Şenocak, s.70.

temsilcisinin rızası olmadan yapabilmektedir¹⁰¹. Uygulamada genellikle küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleler bakımından tedavi sözleşmesini anne baba yapmaktadır. Öğretide çoğunlukla kabul edilen görüşe göre¹⁰², anne babanın küçük için hekimle yaptığı tedavi sözleşmesi, üçüncü kişi lehine sözleşmedir¹⁰³. Bu durumda hem tedavi sözleşmesinden doğan alacak hakkı anne ve babaya ait olacak hem de hekime ödenecek ücretin borçlusu anne ve baba olacaktır. Bunun yanında, tedavi sözleşmesinin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde çocuk zarara uğramışsa anne baba veya kanuni temsilcisi TBK m.96 vd. hükümleri uyarınca hekimden tazminat talep edebilecektir¹⁰⁴. Anne ve babanın evlilik birliklerinin son bulması halinde ise küçüğün velayeti kimdeyse tedavi sözleşmesini yapabilme yetkisi onda olacaktır¹⁰⁵.

B) Tedavi Sözleşmesinde Küçüğün Rızasının Değerlendirilmesi

Küçüklerin tıbbi müdahaleye rızasında rıza verme ehliyetine sahip olup olmadığı ve dolayısıyla yaştan tespiti önemlidir¹⁰⁶. TMK’de tam ehliyetlilerin her türlü tıbbi müdahaleye tek başlarına rıza gösterebilecekleri düzenlenmiştir. Buna göre tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetlilerin rızası geçerlidir. Ayrıca, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklere uygulanacak tıbbi müdahalelerde yasal temsilcisinin rızası aranmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip küçük ise TMK m.16/2 gereği, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması bakımından, tam ehliyetli olduğu kabul edilmektedir. Tıbbi müdahaleye rıza, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan¹⁰⁷ olması nedeniyle küçüklere uygulanacak tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının mı yasal temsilcisinin rızasının mı dikkate alınacağı konusunda tartışmalar¹⁰⁸ aşağıda ele alınacaktır.

¹⁰¹ Şenocak, s.70.

¹⁰² Şenocak, s.71; Ateş, s.64.

¹⁰³ “Üçüncü kişi lehine sözleşme, herhangi bir borç ilişkisinde edimlerden birinin üçüncü bir kişiye ifa edilmesidir.” (Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Basım Yayım, 19. Baskı 2023, s.517).

¹⁰⁴ Şenocak, s.72; Ateş, s.65.

¹⁰⁵ Şenocak, s.71; Ateş, s.70.

¹⁰⁶ Ateş, s.72; Erman, s.80.

¹⁰⁷ Antalya, s.144-145.

¹⁰⁸ Ateş, s.73.

1- Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Tek Başına Rızasını Yeterli Gören Görüş

Bu görüşü savunanlara göre, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması halinde küçüğe uygulanacak tıbbi müdahalede rıza bakımından tasarrufun tamamen yasal temsilciye bırakılması kişinin geleceğini belirleme hakkının ihlal edilmesine neden olmaktadır¹⁰⁹. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün doğrudan doğruya tedavi amaçlı bir tıbbi müdahalenin varlığı halinde rıza verme yetkisini bizzat kullanabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle, rıza verme yetkisinin kullanılmasında küçüğün korunması için yasal temsilcinin rızasının aranması gereksiz görülmektedir¹¹⁰. Küçüğün kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin önem ve kapsamını değerlendirebilecek ruhsal ve bilişsel olgunluğa sahip olması durumunda, küçüğün karar verme özgürlüğü ile onun korunma ihtiyacı arasındaki dengenin kurulması gerektiğinden anne ve baba velayet hakkını geri çekmelidir¹¹¹. Ayrıca ayırt etme gücünün tespiti hekimdedir ve bunu tespit ederken sağlık sorunlarında küçüğün kendi menfaatini gözetip gözetmediğine dikkat etmelidir. Kanaatimizce hekimin küçüğün ayırt etme gücünün varlığından emin olmadığı durumda bunu netleştirene kadar tıbbi müdahalenin mümkünse ertelenmesi uygun olacaktır. Bunun yanında hekim tarafından küçüğe ne kadar ve nasıl bilgi verileceği de önemlidir. Hekimin çocuğun algılama seviyesini ve psikolojik durumunu göz önünde bulundurması gerekmektedir.

2- Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Kendi Rızası İle Birlikte Yasal Temsilcinin Rızasını Arayan Görüş

Bu görüşün temelinde küçüğün korunması bulunmaktadır. Özellikle, küçüğün vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve riskler içeren veya uzun süre hastane kalınmasını gerektiren tıbbi müdahaleler bakımından ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası ile birlikte yasal temsilcisinin rızasının da alınması gerektiğini kabul etmektedirler¹¹². Yani bu görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip küçüğün, rıza ehliyeti de bulursa her tıbbi müdahale kendi içerisinde küçük de olsa risk taşıdığından yasal temsilcinin rızasının alınmasında fayda bulunmaktadır. Ancak töre cinayetinin yaygın

¹⁰⁹ Şenocak, s.76; Ateş, s.77; Gülel, s.92, Çakal, s.82-85.

¹¹⁰ Ateş, s.77; Şenocak, s.76.

¹¹¹ Şenocak, s.76; Ateş, s.78.

¹¹² Şenocak, s.75; Ateş, s.79; Gülel, s.94; Altun, s.49; Çakal, s.80-81.

olduğu coğrafyalarda gayrimeşru çocuğunu aldırma isteyen 16 yaşındaki bir küçüğün ailesinden rıza alınmasının büyük sorunlara neden olabileceği gibi benzer bazı durumlarda yasal temsilcinin rıza verme sürecine dahil edilmesi sıkıntı yaratabilmektedir¹¹³.

3- Yasal Temsilcinin Rızasının Yanında Küçüğün Görüşünün De Alınması Gerektiğini Savunan Görüş

Bu görüşü savunanların hukuki dayanakları; 1219 sayılı Kanun m.70 ve HHY m.24 ve m.26'dır. Bu maddeler beraber değerlendirildiğinde, ayırt etme gücü bulunup bulunmadığına bakılmaksızın küçüğe tıbbi müdahale yapılması için esasında yasal temsilcisinin rızasının bulunması şartının yanında ayrıca küçüğün de bu konudaki görüşünün alınması gerektiği söz konusu olmaktadır¹¹⁴. Küçüğün görüşü, hekim açısından bağlayıcı değildir¹¹⁵. Küçüğün kendi bedeni üzerinde yapılan ve zararlı sonuçlar doğurma riski bulunan tıbbi müdahalelerde tek başına rıza göstermemesi gerektiği savunulmuştur¹¹⁶. 1219 sayılı Kanun m.70'de yer alan hükmün de bu görüşü desteklediğini ifade etmişlerdir¹¹⁷. Bu görüşün karşıtları; ayırt etme gücüne sahip küçüğün tam fiil ehliyetli olduğu, kendi kişiliği ve bedeniyle ilgili hallerde bizzat karar verebilme ve kendini koruyabilme yetisi olduğunu belirtmektedirler¹¹⁸. Vücut ve sağlık üzerindeki tıbbi müdahaleler kişinin yaşam ve geleceğini etkilediğinden rızanın yalnızca yasal temsilciye bırakılmasının uygun olmadığı savunulmuştur¹¹⁹.

4- Sadece Yasal Temsilcinin Rızasına Üstünlük Tanıyan Görüş

Bu görüşü savunanlara göre; küçüğün aydınlatılması ve rızasının alınması esasında, küçüğün rızası uyarınca hareket etme anlamına gelmemekte küçüğün bilme

¹¹³ Ateş, s.81.

¹¹⁴ Şenocak, s.74; Ateş, s.76.

¹¹⁵ Çakal, s.81; Şenocak, s.74; Ateş, s.76.

¹¹⁶ Çakal, s.81; Altun, s.49.

¹¹⁷ Ateş, s.76.

¹¹⁸ Ateş, s.76.

¹¹⁹ Şenocak, s.75; Ateş, s.76-77.

veya tıbbi müdahalenin süreçlerine dahil olma hakkına saygı göstermektir¹²⁰. Buradan hareketle her ne kadar küçüklere görüşleri sorulsa da önemli olan husus, tıbbi müdahaleye yasal temsilcinin rıza gösterip göstermemesidir¹²¹. Sadece reşit kişilerin rıza vermesini gerektirir tıbbi müdahaleler haricindeki tıbbi müdahaleler bakımından eğer hekim, küçüğün rıza iradesinin aksine tıbbi müdahaleyi yararlı ve zorunlu görüyorsa ve yasal temsilci de hekimin kararıyla aynı yönde rıza gösteriyorsa tıbbi müdahalede bulunup bulunmama hususunda yasal temsilcinin kararına göre hareket edilmesi gerekecektir¹²². Hukukumuz bakımından genel olarak düzenlemelerin bu yönde olduğunu belirtmekle birlikte bu görüşe çok sıkı şekilde bağlı kalınmaması kanaatindeyiz.

Kanaatimizce, tıbbi müdahale bakımından küçüğün rızasının alınması somut olaya göre değerlendirilmelidir. Basit ve kalıcı sonuçlar doğurmayan tıbbi müdahaleye ayırt etme gücüne sahip ve tıbbi müdahalenin taşıdığı risk ile önemi kavrayabilen küçük, tek başına rıza gösterebilmelidir. Ancak, kalıcı sonuçlar doğuracak seviyedeki tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün yasal temsilcisi ile birlikte rızasının alınması daha yapıcı ve sağlıklı olacaktır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan ve tıbbi müdahalenin risklerini kavrayamayacak seviyedeki küçükler bakımından ise yasal temsilci tarafından küçüğün menfaati, üstün yararı ve sağlığı göz önünde bulundurularak rıza verme yetkisi kullanılmalıdır. Ek olarak belirtmek gerekir ki, öneri olarak bu konunun tespiti için ihtisas mahkemeleri kurulması küçük ile velilerinin varsa vasilerinin rızasının çatışması halinde hekimlerin tereddütte kalmasını engelleyecektir. Küçük ile velisi/vasisinin rızasının birbirinden farklı olması halinde, hızlı bir süreç yürütülmek kaydıyla alanında uzman ihtisas mahkemelerine başvurularak karar verilmesi sağlanabilir.

¹²⁰ Erdem Aydın, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu”, *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*, Cilt 46, Sayı 1, 2003, s.149.

¹²¹ Aydın, s.149.

¹²² Gülel, s.95.

C) Yasal Temsilcinin Haksız Olarak Rıza Göstermekten Kaçınması

Uygulamada yasal temsilci, kötü niyetli olması dolayısıyla veya dini inancı nedeniyle tıbbi müdahaleye rıza vermekten kaçınabilmektedir. Örneğin Yahova Şahitleri olarak bilinen bir dini topluluk inanışları nedeniyle kendilerinden olmayanlardan kan naklini kabul etmemektedirler. Benzer yönde Kanada’da “A.C. v. Manitoba” davasında, 14 yaşında Yahova şahidi bir çocuğun annesi ve babası kan nakli verilmesine rıza göstermemiştir. Bunun üzerine Çocuk ve Aile Hizmetleri Müdürlüğü A.C.’nin, Manitoba Çocuk ve Aile Hizmetleri Yasası’nın (The Child and Family Services Act, CCSM c C80) 25(8) maddesi uyarınca zorunlu tedavisi için başvuruda bulunmuştur. Mahkeme başvuru sonucunda çocuğun "üstün yararı" (best interest) doğrultusunda tıbbi tedavi kararı verme yetkisine ilişkin yasal herhangi bir yetki kısıtlaması olmadığı sonucuna vararak C'ye kan nakli yapılmasına hükmetmiştir. Bunun üzerine A.C.’ye üç ünite kan verilmiştir. Kan nakilleri başarılı olmuş ve A.C. tamamen iyileşmiş; ancak anne ve babası, çok geçmeden tedavi kararına ve buna izin veren mevzuatın anayasaya uygunluğuna itiraz etmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi ise sonuç olarak düzenlemenin anayasalarına uygun olduğuna karar vermiş ve itirazlarını reddetmiştir.

Türk Hukuku bakımından da yasal temsilci haklı bir sebebe dayanmaksızın rıza göstermez ve onay vermekten kaçınırsa hekim, sağlık kuruluşu veya ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından bizzat mahkemeye başvurularak tıbbi müdahaleye rıza gösterilerek onay verilmesini talep edebilir¹²³. TMK m.346 ve m.451/2, HHY m.24¹²⁴ ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.26’da¹²⁵ bu durumun yasal düzenlemeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında hayati ve acil durumlarda hakimden karar alması gecikecekse derhal tıbbi müdahalede bulunmayla ilgili düzenlemeler de

¹²³ Gülel, s.103.

¹²⁴Hasta Hakları Yönetmeliği m.24 “...*Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır...*”.

¹²⁵Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.26 “*Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyorsa ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır.*”

mevcuttur¹²⁶. Konuyla ilgili ve özellikle yasal temsilcinin rızasıyla ilgili olarak hukukumuzda da verilmiş pek çok yargı kararı mevcuttur¹²⁷.

VI. ÖZELLİK GÖSTEREN BAZI TIBBİ MÜDAHALELER AÇISINDAN KÜÇÜĞÜN DURUMU

A) Kısırlaştırma (Sterilizasyon)

Kısırlaştırma, bir erkek ya da kadının, cinsel isteğini engellemeyecek biçimde üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir¹²⁸. Türk mevzuatı kısırlaştırma bakımından ayrıntılı düzenlemelere sahiptir. Öncelikle, TCK m.101/1’de, kişinin rızası olmaksızın kısırlaştırılması durumunda bu eylemi yapan kişinin yaptırma tabi tutulacağı belirtilmiştir. NPHK m.2’ye göre, kısırlaştırma kanunun öngördüğü hallerde yapılmalıdır. İlgili düzenlemeler incelendiğinde Türk hukukunun yalnızca isteğe bağlı kısırlaştırmaya izin verdiği anlaşılmaktadır¹²⁹.

Küçükler bakımından ise reşit olmayan kişiler hakkında istese dahi tıbben zorunlu olmayan haller dışında kısırlaştırma işlemi yapılamayacaktır¹³⁰. NPHK m.4’te kısırlaştırma yapılacak kişinin reşit olma şartı aranmıştır¹³¹. Yani küçüğün kısırlaştırmaya rıza göstermesi veya yasal temsilcisinin rızası, bu işlemi hukuka uygun hale getirmeyecektir.

¹²⁶ Gülel, s.103-104.

¹²⁷ Yargıtay 2. H.D. 2015/11141 E. 2015/12106 K. 09.06.2015 tarihli ilamında rıza göstermeyen yasal temsilcilere ilişkin çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı yönde bkz; Danıştay 15. D. 2013/8818 E. 2018/2387 K. 8.3.2018 tarihli ilamı; Antalya BAM 3. HD. 2021/1106 E. 2022/873 K. 9.5.2022 tarihli ilamı; Yargıtay 13. H.D. 2018/5555 E. 2019/12706 K. 17.12.2019 tarihli ilamı.

¹²⁸ Yenerer-Çakmut, s.127; Erman, s.206. Tanımın yer aldığı ilgili mevzuat için bkz. 2827 s.Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK) m. 4.

¹²⁹ Erman, s.209; Gülel, s.39.

¹³⁰ Rahime Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK md. 101)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 73, Sayı 1, 2015, s.116.

¹³¹ Hemen belirtmek gerekir ki, maddede reşit olma kavramı kullanıldığından ötürü, evlenme ya da mahkeme kararı ile erginlik kazanmış kişilere de rıza göstermeleri durumunda sterilizasyon uygulanabilecektir, bkz. Çakal, s.107.

B) Hadımlaştırma (Kastrasyon)

Hadımlaştırma, bir erkek ya da kadının, üreme işlevi ile birlikte cinsel işlevinden yoksun de bırakılmasını ifade eder¹³². Kısırlaştırmadan farkı, kişinin üreme işleviyle birlikte cinsel işlevinden de yoksun bırakılmasıdır. Türk mevzuatında hadımlaştırmayı özel olarak düzenleyen bir mevzuat olmamasına karşın NPHK m.4'te bir ameliyat sırasında bir hastalığın tedavisi için tıbbi zorunluluk içermesi halinde hekimin hastadan rıza almadan kastrasyon yapabileceğine dair iki hüküm bulunmaktadır¹³³. Öğretide genel kabul görmüş olan görüşe göre; tıbbi zorunluktan kaynaklanmayan, isteğe bağlı veya ameliyat dışında kimyasal yolla yapılan hadımlaştırmaya cevaz verilmemektedir¹³⁴.

Hadımlaştırma için özel bir düzenleme bulunmamasına karşın, küçükler bakımından da az önce belirttiğimiz durumun geçerli olduğunu belirtmek mümkündür. Buna göre, tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı sürece küçüğün veya velisinin rızası hadımlaştırmayı hukuka uygun hale getirmeyecektir.

C) Rahim Tahliyesi (Kürtaj)

Güncel Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin; TCK'de, NPHK'de, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük ve Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği'nde düzenlemeler bulunmaktadır. NPHK m. 5'te yer alan düzenlemeye göre onuncu haftaya kadar olan sürede gebeliğin sonlandırılmasına istek üzerine izin verilebileceği ifade edilmiştir. Bir sonraki maddede ise gebeliğin sona erdirilmesinde izin hükümleri düzenlenmiştir. Bu madde ile birlikte, küçüklerde ve vesayet altında bulunan kimseler üzerinde gerçekleştirilecek olan gebeliğin sonlandırılması eylemlerinde izin alınması gereken kimseler ve kurumlar düzenlenmiştir. Ayrıca evlilik birliği içerisinde yer alan

¹³² Yenerer-Çakmut, s.123. Hadımlaştırma her ne kadar tarih boyu, daha çok erkekler için uygulanan bir yöntem olsa da günümüzde kadınlar için de uygulanabilmektedir, bkz. Gülel, s.43-44.

¹³³ Düzenlemede rızaya yer verilmemesi öğretide eleştirilmektedir bkz. Yenerer-Çakmut, s.126.

¹³⁴ Gülel, s.45.

kimselerde gebeliğin sonlandırılması için eşin de rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir.

Söz konusu düzenlemede küçükler bakımından kürtajın gerçekleştirilebilmesi için, küçüğün rızası ve velinin izni gereklidir¹³⁵. Vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde ise reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesi aranmaktadır.

D) Sünnet

Sünnet, erkeklik organı (penis) üzerindeki derili bölümün cerrahi bir tıbbi müdahale ile alınmasıdır¹³⁶. 1219 sayılı kanunda sünnetle ilgili düzenlemelere yer verilirken, bu düzenlemeler 2.1.2014 tarih ve 6514 sayılı kanunun 26. maddesi ile ilga edilmiştir. Aynı kanunun 3. maddesinde yer alan tabipler başlığında sünnetle ilgili düzenleme yapılmıştır. Bu bağlamda sünnet, hukuken meşru bir tıbbi müdahale olarak kabul edilmektedir¹³⁷.

Küçük, ayırt etme gücüne sahipse, sünnete rıza göstermesi gerekmektedir¹³⁸. Küçük, ayırt etme gücüne sahip değilse, sünnet işlemi için yasal temsilcisinin rızası gereklidir¹³⁹.

E) Organ ve Doku Nakilleri (Transplantasyon)

“İşlevini yitirmiş bir organın yerine sağlam bir organı koymaya” organ nakli denilmektedir¹⁴⁰. Organ alıcısına yapılacak tıbbi müdahale bakımından herhangi bir ehliyet şartı aranmamaktadır. Dolayısıyla, küçükler ve ayırt etme gücü olmayanlara başkasının organı verilebilecektir. Buna karşın organ verme yönündeki rızanın geçerli olabilmesi için, organ vericinin ehil bir kimse olması gereklidir¹⁴¹. Bu konu Organ ve

¹³⁵ Yenerer-Çakmut, s.134.

¹³⁶ Gülel, s.46.

¹³⁷ Almanya’daki tartışmalara ilişkin bkz. Ayşe Nuhoğlu, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.211-219.

¹³⁸ Ayşe Nihal Şenol, “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2019, s.1354.

¹³⁹ Nuhoğlu, s.219; Şenol, s.1354.

¹⁴⁰ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 12.12.2024).

¹⁴¹ Gülel, s.64.

Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m. 5'te belirtilmiş ve "...onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır" denilmek suretiyle söz konusu kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmıştır.

SONUÇ

Hukukumuzda küçük ve çocuk kavramı incelendiğinde başta Anayasa olmak üzere pek çok kanunda düzenleme yapıldığı görülmektedir. Özellikle ceza ehliyeti ve fiil ehliyeti arasında yaş sınırı bakımından paralellik bulunmaktadır.

Tıbbi müdahale ise; kişilerin vücut veya ruh bütünlüğü bakımından, var olan veya sonradan ortaya çıkan bir nedene bağlı olarak meydana gelen olumsuzluğun ortadan kaldırılması veya etkilerinin azaltılması, şayet önceden öngörülebiliyorsa daha ortaya çıkmadan önlenmesi için belirlenen alanla ilgili kanunun yetkilendirdiği kişilerce, tıp biliminin öngördüğü genel kural ve esaslar uyarınca doğum, nüfus planlaması ya da çıkması muhtemel hastalıkları önlemek amacıyla yapılan faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Tıbbi müdahalenin genel olarak kabul edilen dört unsuru vardır. Bunlar; tıbbi müdahalenin kanunun yetkili kıldığı kişiler tarafından yapılması, tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine göre gerekli ve uygun olması, tıbbi müdahalenin hukuken öngörülen amaçlara uygun olması ve hastanın rızasının alınmasıdır.

Tıbbi müdahalede rızanın aydınlatılmış rıza olmasının önem arz ettiği görülmektedir. Verilen rızanın somutlaştırılmış bir teşhis ve tedaviye yönelik olması aranmaktadır. Bu bağlamda, kanaatimizce tıbbi müdahalenin her aşamasında ayrıca rıza alınması yerinde olacaktır. Hastanın aydınlatılmış olmasının yanında tıbbi müdahaleye rızanın diğer uygunluk şartları rıza ehliyeti, rızanın müdahalede bulunmaya yetkili kişiye yönelmesi, hastanın aydınlatılmış olması, iradenin sağlıklı oluşması ve rızanın açıklanmasıdır. Hastanın aydınlatılması kısaca, hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında, hekim tarafından bilgilendirilmesi ve müdahalenin yapılıp yapılmaması konusunda serbestçe karar verebilecek duruma gelmesi olarak tanımlanabilir. Hastanın aydınlatılması hekimin başlıca

yükümlülüklerindendir. Aydınlatmanın tarafları kural olarak hasta ve hekim olup hekimin bu yükümlülüğünü bizzat kendisi yerine getirmesi gerekmektedir. Küçüklere uygulanacak olan tıbbi müdahalelerle ilgili olarak ise, yaşlarına ve anlama kapasitelerine göre veli veya vasilerinin aydınlatılması gerekecektir.

Ayrıca bu yükümlülük, belirli bir şekle tabi değildir. Yazılı veya sözlü aydınlatma yapılması mümkündür ve öğretilde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Aydınlatmanın zamanı, somut olaya göre değerlendirilmekle birlikte acil durumlar dışında rızanın alınmasından önce yapılması gerekmektedir. Aydınlatmanın konusunu genel olarak; tanı ve bulgular, tedavinin etkileri ve süreci, oluşabilecek sonuçlar ve riskler oluşturmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğünün içeriği ve kapsamı; bilgilendirme temelli, teşhise yönelik, amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresini içermeli ve tıbbi müdahalenin doğuracağı muhtemel tehlike ve zararlı sonuçları hakkında olmalıdır. Aydınlatma yükümlülüğünün sınırları ise, tıbbi müdahalenin büyüklüğüne, taşıdığı risklere veya niteliğine göre genişleyip daralabilmektedir. Küçüğün rızasının alınmasına ilişkin ulusal ve uluslararası alanda pek çok hukuki düzenleme bulunmaktadır. Küçüklere uygulanacak tıbbi müdahalelerde yapılan tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin de pek çok görüş bulunmaktadır.

Küçüklerin tıbbi müdahaleye rızasında rıza verme ehliyetine sahip olup olmadığı ve dolayısıyla yaşın tespiti önemlidir. Tıbbi müdahaleye rıza, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeniyle ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası mı yasal temsilcinin rızası mı dikkate alınacağı konusunda çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Çalışmamızda diğer kaynaklarda tespit edilen üç görüş dışında dördüncü görüş de tespit edilmiştir. İlk görüş, ayırt etme gücüne sahip küçüğün tek başına rızasını yeterli görmektedir. Bu görüşü savunanlara göre küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması halinde rıza üzerindeki tasarrufun tamamen yasal temsilciye bırakılması kişinin geleceğini belirleme hakkının ihlal edilmesine neden olmaktadır. İkinci görüş, ayırt etme gücüne sahip küçüğün kendi rızası ile birlikte yasal temsilcinin rızasını aramaktadır. Bu görüşün temelinde küçüğün korunması bulunmaktadır. Özellikle, vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve özel riskler içeren, uzun süre hastane kalınmasını gerektiren tıbbi müdahaleler bakımından ayırt etme gücüne

sahip küçüğün rızasıyla birlikte yasal temsilcisinin rızasının da alınması gerektiğini kabul etmektedirler. Üçüncü görüş, yasal temsilcinin rızasının yanında küçüğün görüşünün de alınması gerektiğini savunan görüştür. Bu görüşü savunanların hukuki dayanağı 1219 sayılı Kanun m.70 ve HHY m.24 ve m.26'dır. Bu maddeler beraber değerlendirildiğinde, ayırt etme gücü bulunup bulunmadığına bakılmaksızın küçüğe tıbbi müdahale yapılması için esasında yasal temsilcisinin rızasının bulunması şartının yanında ayrıca küçüğün de bu husustaki görüşünün alınması gerektiğinden bahsedilecektir. Son görüş ise yalnızca yasal temsilcinin rızasına üstünlük tanıyan görüştür. Bu görüşü savunanlara göre ise; her ne kadar küçüklere görüşleri sorulsa da önemli olan husus, tıbbi müdahaleye yasal temsilcinin rıza gösterip göstermemesidir.

Uygulamada yasal temsilci, kötü niyetli olması dolayısıyla veya dini inancı nedeniyle tıbbi müdahaleye rıza vermekten kaçınabilmektedir. Hukukumuz bakımından yasal temsilci haklı bir sebebe dayanmaksızın rıza göstermez ve onay vermekten kaçınırsa hekim, sağlık kuruluşu veya ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından bizzat mahkemeye başvurularak tıbbi müdahaleye rıza gösterilerek onay verilmesini talep edebilir. Ayrıca kısırlaştırma, hadımlaştırma, kürtaj, sünnet, organ ve doku nakli gibi özellik gösteren bazı tıbbi müdahaleler bakımından küçüğün rızasının alınıp alınmaması değişiklik göstermektedir.

Kanaatimizce, tıbbi müdahale bakımından küçüğün rızasının alınması somut olaya göre değerlendirilmelidir. TŞSTİK m.70 ile HHY m.24'te yer alan ve küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleleri yasal temsilcinin rızasına bağlı tutan düzenlemeler, sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklere yapılacak tıbbi müdahalelere uygulanmalıdır. Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını değerlendirecek kişi ise, onunla bizzat tedavi ilişkisi içerisinde olan hekimdir. Basit ve kalıcı sonuçlar doğurmayan tıbbi müdahaleye ayırt etme gücüne sahip ve tıbbi müdahalenin taşıdığı risk ile önemi kavrayabilen küçük, tek başına rıza gösterebilmelidir. Ancak, kalıcı ve hayati sonuçlar doğuracak seviyedeki tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün yasal temsilcisi ile birlikte rızasının alınması daha yapıcı ve sağlıklı olacaktır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan ve tıbbi müdahalenin risklerini kavrayamayacak seviyedeki küçükler bakımından ise yasal temsilci tarafından küçüğün menfaati, üstün yararı ve sağlığı göz önünde bulundurularak rıza verme

yetkisi kullanılmalıdır. Öneri olarak belirtmek gerekir ki, bu konunun tespiti için ihtisas mahkemeleri kurulması küçük ile velilerinin varsa vasilerinin rızasının çatışması halinde hekimlerin tereddütte kalmasını engelleyecektir. Küçük ile velisi/vasisinin rızasının birbirinden farklı olması halinde, hızlı bir süreç yürütölmek kaydıyla alanında uzman ihtisas mahkemelerine başvurularak karar verilmesi sağlanabilir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Sibel, *Yoğun Bakım Ünitelerinde Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman Saibe Oktay Özdemir) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 287821)
- Altay, Sabah, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rıza”. İ. H. Hancı ve Y. Ünver (Ed.). *IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018407-419.
- Altun, Abdurrahim, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2018, s.37-52.
- Antalya, Gökhan, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2015.
- Ateş, Zeynep, *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman Fulya İlçin Gönenç) Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 257277)
- Aydın, Erdem, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu”, *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*, Cilt 46, Sayı 1, 2003, 148-152.
- Birtek, Fatih, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”. *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 81, Sayı 5, 2007.
- Çakal, Ayça, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2018.
- Çelik, Cemil, (2005). “Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi”. *e- akademi, Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1, 2005.
- Demir, Mehmet, *Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2. Bası, 2020.

Demirsoy Aşıkoğlu, Eda, “Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 35, 2018, s.319-343.

Dural Mustafa ve Sarı Suat, *Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 11. Baskı, 2018.

Erbaş, Rahime, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK md. 101)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 73, Sayı 1, 91-128.

Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2003.

Gençcan, Ömer Uğur, *Çocuk Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2021.

Günel, İlhan, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2017.

Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara, 2015, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, 2015.

Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku (2 Cilt) Cilt I: Genel Hükümler – Cilt II: Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 25. Baskı, 2022.

<http://www.saglikhakki.org/ab-sarti.htm> (Erişim Tarihi: 12.12.2024.).

<http://www.saglikhakki.org/amsterdam1.htm> (Erişim Tarihi: 12.12.2024.).

<http://www.saglikhakki.org/bali1.htm> (Erişim Tarihi: 12.12.2024.).

<http://www.saglikhakki.org/biotip1.htm> (Erişim Tarihi: 12.12.2024.).

<http://www.saglikhakki.org/cocuk-haklar.htm> (Erişim Tarihi: 12.12.2024.).

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 12.12.2024.).

<https://www.ihd.org.tr/ble-mletler-cuk-haklarina-da-slee/> (Erişim Tarihi: 12.12.2024.).

Işık Yılmaz, Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 98, 2012.

- Kesmen Kayacan, Selvet *et al.*, *İstanbul Tıp Hukuku Kitabı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2024.
- Nomer, Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Basım Yayım, 19. Baskı, 2023.
- Nuhoğlu, Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, s.211-220.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 3, 2003, s.55-77.
- Özcan, Burcu G. ve Özel, Çağlar, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”. *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*. Cilt 10, Sayı 1, 2007, s.49-73.
- Sert Sütçü, Selin, *Şematik Tıp Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Eylül 2024.
- Şenocak, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 4, 2001, s.65-80.
- Şenol, Ayşe Nihal, “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2019s.1337-1357.
- Yenerer Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Basım, 2003.
- Yenisey, Feridun, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”. *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s.868-880.

**YARGILAMANIN İADESİ SEBEPLERİ**Av. Ahmet SEYHAN¹**Öz**

Yargılamanın iadesi, kesinleşmiş mahkeme kararlarının olağanüstü bir denetime tabi tutulmasını sağlayan bir hukuk mekanizmasıdır. Modern hukuk sistemleri, hukuki istikrarı sağlarken bireylerin adalete erişimini de güvence altına almayı hedefler. Ancak kesin hükümlerde hata yapılması mümkündür ve bu hatalar, bireysel hak ihlallerine ve toplumsal adalet duygusunun zedelenmesine yol açabilir. Bu bağlamda, yargılamanın iadesi, kesinleşmiş kararların belirli şartlar altında tekrar incelenmesini mümkün kılarak hukukun doğruluk ve güvenilirlik ilkelerini korumaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK [12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.]) md. 374-381 kapsamında düzenlenen bu kurum, özellikle mahkemenin hukuka uygun teşkil edilmemesi, yasaklı hâkimin davaya bakması, sahte belge kullanımı ve yalan tanıklık gibi durumlarda devreye girmektedir. Çalışmada, yargılamanın iadesi sebepleri, başvuru süreci ve usul kuralları ele alınarak, bu kurumun hukuk devleti ilkesi çerçevesindeki işlevi detaylı biçimde incelenmiştir. Ayrıca, yargılamanın iadesinin uygulamadaki sınırları ve mahkemeler tarafından değerlendirilme biçimi ele alınarak, konuya ilişkin öğretideki farklı görüşler karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Yargılamanın İadesi, Kesin Hüküm, Olağanüstü Kanun Yolları, Hukuk Devleti, Adil Yargılanma.

¹ Avukat, Eskişehir Barosu, ahmetseyhan@seyhanpartners.com, Orcid: 0000-0002-3766-3858.

Bu makale hakem değerlendirmesinden geçmiştir.

Gönderilme Tarihi: 11 Ocak 2025 Kabul Tarihi: 17 Nisan 2025.

**LEGAL GROUNDS FOR REOPENING PROCEEDINGS****Abstract**

Retrial (reopening of proceedings) is an extraordinary legal mechanism that allows for the review of finalized court judgments. While modern legal systems aim to ensure legal stability, they must also safeguard individuals' access to justice. However, errors in final judgments may occur, leading to violations of individual rights and undermining public trust in the judiciary. In this context, retrial provides a corrective tool to uphold the principles of accuracy and reliability in law. Governed by Articles 374-381 of the Turkish Code of Civil Procedure (HMK), this mechanism applies particularly in cases where courts are improperly constituted, disqualified judges participate in proceedings, forged documents are used, or perjured testimony is provided. This study examines the legal grounds, procedural framework, and application of retrial, analyzing its function within the rule of law principle. Additionally, the scope and limitations of retrial are discussed in light of judicial practice, and differing doctrinal perspectives on the matter are compared.

Keywords:

Retrial, Final Judgment, Extraordinary Legal Remedies, Rule of Law, Fair Trial.

GİRİŞ

Modern hukuk sistemleri, bireylerin adalete erişimini güvence altına alırken aynı zamanda hukuki istikrarı koruma amacı güder. Ancak yargı süreçleri, insan faktöründen kaynaklanan hatalar ya da usul eksiklikleri nedeniyle her zaman doğru sonuçlara ulaşamayabilir. İşte yargılamanın iadesi, koruma mekanizmalarından biridir. Kesin hükümle sonuçlanmış kararların dahi hukuki denetime tabi tutulmasını mümkün kılan bu kurum, adaletin tesisine yönelik önemli olağan üstü bir araç olarak hukuk düzeninde yerini almıştır. Yargılamanın iadesi, bireysel hakların korunması ile toplumsal vicdanın tatmini arasında denge kurmayı hedefleyen, aynı zamanda hukuk devleti ilkesini güçlendiren bir çözüm yoludur. Bu çalışmada, yargılamanın iadesine başvurulabilecek haller ile yargılamanın iadesinin sebepleri üzerinde durulacaktır.

Yargılamanın iadesi kurumu HMK md. 374-381 arasında düzenlenmektedir. HMK md. 374'e göre yargılamanın iadesi, yalnızca kesinleşmiş ya da kesin bir şekilde hükme bağlanmış kararlar için mümkündür. Buna paralel olarak, md. 375'te belirtilen şartlar çerçevesinde yargılamanın iadesine ilişkin sebepler ayrıntılı şekilde belirtilmiştir. Örneğin, mahkemenin hukuka uygun bir şekilde teşkil edilmemesi, davaya bakması yasaklanmış bir hâkimin karar sürecine katılmış olması veya kararın temel dayanaklarının sahteliğinin ortaya çıkması gibi durumlar, yargılamanın iadesi için geçerli sebepler arasında yer almaktadır.

Kesin hüküm, toplum nezdinde adaletin sağlanması açısından büyük bir öneme sahiptir. Ancak kesin hükümlerin, kanuni süreçlere rağmen hata içermesi olasılığı da göz ardı edilmemelidir. Bu hatalar, toplum vicdanında derin yaralar açabilir ve hukukun adalet anlayışına gölge düşürebilir. Bu nedenle, kanun koyucu, olağanüstü bir denetim mekanizması olarak yargılamanın iadesi yolunu benimsemiştir. Bu düzenleme, kesin hükümlerde meydana gelebilecek yanlışlıkların düzeltilmesini mümkün kılarak adaleti yeniden tesis etmeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, yargılamanın iadesi, hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olarak hukuk güvenliğini ve toplumsal huzuru güçlendiren önemli bir araçtır.

I. Genel Olarak Yargılamanın İadesi

Kanun yolları, mahkeme ilamlarının hukuka uygunluğunu kontrol ederek hukuk düzeninde istikrarı sağlamayı hedeflemektedir.¹ Geniş anlamıyla, mahkeme kararlarının denetlenmesi, düzeltilmesi veya iptali için başvuru olan tüm hukuki yollar kanun yolu olarak kabul edilir. Ancak dar anlamda kanun yolu, yalnızca üst derece mahkemelerin nihai kararları incelemesi ve kesinleşmelerini engellemesi şeklinde tanımlanır. Yargılamanın iadesi ise bu tanıma uymamaktadır, çünkü bu yol yalnızca kesinleşmiş kararlar için uygulanır ve bir üst mahkemenin denetimine tabi değildir. Bu nedenle, yargılamanın iadesi, dar anlamda bir kanun yolu olarak nitelendirilemez.²

A. Hukuki Niteliği

Mahkeme ilamı herhangi bir sebeple kesinleştiğinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın nihai olarak çözüldüğünün varsayıldığı söylenebilir.³ Bu çözümün, kural olarak hukuk ve toplumsal barışı sağladığı kabul edilmekte ve uyuşmazlık kural olarak yeniden yargıya taşınmamaktadır. Ancak, bazen kesin hüküm çerçevesinde hata yapılmış olabilir ve bu durum yargılama sürecini etkileyerek toplumsal barışı ve adaleti sarsabilir. Bu ihtimali düşünerek kanun koyucu, kesin hükümdeki bu tür eksiklikleri gidermek amacıyla yargılamanın iadesi yolunu düzenlemiştir.⁴ Yargılamanın iadesi, adaletin tecellisi ve yargıya olan güvenin korunması için olağanüstü bir imkân sunmaktadır.⁵

Yargılamanın iadesi, HMK md. 374'e göre yalnızca kesinleşmiş veya kesin olarak verilmiş kararlara karşı talep edilebilen yeni bir davadır.⁶ Hukuk sisteminde kesin hüküm, uyuşmazlıkların kalıcı olarak çözüldüğünü ve tekrar dava konusu

¹ Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin, 7. Baskı, 2024, s. 599.

² Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2014, s. 1104; Murat Yavaş, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz*, Ankara, Seçkin, 2015, s. 20.

³ Ozan Akkuş, “Üçüncü Kişilerin Hükümün İptalini Talep Etmesi Üzerine Bir İnceleme”. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 2020, s. 246.

⁴ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin, 10. Baskı, 2024, s. 582 vd.

⁵ Mert Namli, *Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi*, İstanbul, Beta, 2014, s. 23.

⁶ Umar, s. 265 vd; Namli, 96 vd.

edilemeyeceğini ifade etmektedir.⁷ Ancak bu kesinlik, yalnızca şekli ve maddi anlamda usulüne uygun bir sürecin ardından geçerlilik kazanmaktadır.⁸ Yargılamanın iadesi ise bu sürecin hata veya hukuka aykırılıklarla sonuçlandığı durumlarda bir düzeltme mekanizması olarak devreye girerek hukuki güvenliği zedelemekten adaletin sağlanmasına hizmet etmektedir.⁹

Bu kurum, hukuk devleti ilkesinin ve hukuka olan güvenin teminatıdır. Ancak, kesin hükmün geriye etkili şekilde ortadan kaldırılması sınırlı durumlardan birine dayanmalıdır. HMK md. 375 ve md. 376’da belirtilen haller de bu durumu netleştirmektedir. Dolayısıyla yargılamanın iadesi, kesin hükmün etkilerini ortadan kaldırarak hatalı kararı düzeltmeyi amaçladığı söylenebilir.

HMK md. 303’e uygun maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen kararlara karşı yargılamanın iadesi talebinde bulunulamaz. Bu kapsamda HMK md. 388 kapsamında çekişmesiz yargıda verilen kararlar; İİK md. 134’te belirtilen ihalenin feshi, istihkak, İİK md. 89/4 hükmüne göre verilen icra hukuk mahkemesi kararları; esasa ilişkin feragat, sulh veya kabulün bulunduğu kararlara karşı yargılamanın iadesi talebinde bulunulamayacaktır.¹⁰

B. Yargılamanın İadesi Yoluna Başvurabilecekler

HMK md. 376 hükmü saklı tutularak yargılamanın iadesi talebinin, esas olarak hükümde yer alan taraflarca yapılabileceği görülmektedir.¹¹ Nitekim HMK md. 375/1-ı maddesine göre de yargılamanın her iki tarafı da bu yola başvurabilmektedir. Ancak davaya ferî müdahil sıfatıyla katılmış üçüncü kişilerin, hüküm kesinleştikten

⁷ Zekeriya Yılmaz, *Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)*, Ankara, Adalet, 2013, s. 44.

⁸ Namlı, s. 99 vd.; Nilüfer Boran Güneysu, “Yargılamanın İadesi Sebebi Olarak Üçüncü Kişilerin Hükümün İptalini Talep Etmesi”, *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, Cilt 12, Sayı 33, 2016, s. 24; Erhan Günay, *Olağanüstü Kanun Yolları*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2023, s. 362 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, On İki Levha, 12. Baskı, 2024, s. 2325.

⁹ Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Ankara, Yetkin, 2009, s. 61; Namlı, s. 66.

¹⁰ Baki Kuru, Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt 2, Ankara, Yetkin, 3. Baskı, 2024, s. 1558-1559.

¹¹ Kuru, Aydın, s. 1549.

sonra yargılamanın iadesi talep etme hakkı bulunmamaktadır.¹² Bununla birlikte, HMK md. 376'da belirtilen özel koşullar altında, tarafların alacaklıları veya hukuki halefleri de bu talepte bulunabilir.¹³ Bu durumun bir diğer istisnası ise ortaklığın giderilmesi davasıdır.¹⁴

Yargılamanın iadesi dilekçesi, HMK md. 378/1 gereğince hükmü veren mahkeme tarafından değerlendirilmektedir. Ancak burada, aynı türde birden fazla mahkeme olması durumunda, başvurunun sadece kararı veren mahkemeye yapılması gerekmediği, aynı türden farklı bir mahkemeye de bu talebin iletebileceği öğretide tartışmalı olarak ifade edilmektedir.¹⁵ Örneğin bu görüşe göre Eskişehir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin verdiği bir hükme ilişkin yargılamanın iadesi talebi, aynı türden başka bir Asliye Ticaret Mahkemesine de yapılabilir. Yargılamanın iadesi sebepleri aşağıda detaylıca izah edilecekse de¹⁶ özellikle talep yargılamanın iadesi sebebi hüküm veren hâkimin yasaklılık durumuyla ilgiliyse, incelemenin başka bir hâkim tarafından yapılması gerekliliği doğabilir. Bu durum hem daha tarafsız hem de daha kapsamlı bir değerlendirme yapılmasını sağlayacağı için kabul edilebilir olsa da bu durum haricinde dosyaya aşinalığı, somut olaya ilişkin tüm ilk derece yargılaması boyunca hâkimin bilgisi ve olaylara hakimiyeti nedeniyle aynı hâkimin inceleme yapmasının daha uygun olabileceği değerlendirilmelidir. Ayrıca HMK md. 378/1'in emredici olduğu, yetkiye ilişkin genel kurallardan ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği de öğretide karşı görüş olarak belirtilmiştir.¹⁷ Kanaatimizce de HMK md. 378'e uygun olarak, yargılamanın iadesi başvurusu, kararı veren mahkemeye yapılmalı, talep aynı mahkeme tarafından incelenmelidir.

¹² Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 520.

¹³ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 521 vd; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 520 vd; Kuru, Aydın, s. 1549.

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13 Nisan 2005 tarih, E. 2005/6-229, K. 2005/259 sayılı kararı, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

¹⁵ Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 521; Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 675.

¹⁶ Bknz. §2

¹⁷ Kuru, Aydın, s. 1552.

C. Başvuru ve Usul

Yargılamanın iadesi talebi, HMK m. 114'te belirtilen şartları taşıyan bir dava dilekçesiyle yapılmalıdır.¹⁸ Dilekçede, talebin dayandığı sebepler açıkça belirtilmeli ve ilgili deliller sunulmalıdır. Yargılamanın iadesine başvuru usulünün genel hükümler çerçevesinde değerlendirildiği göz önüne alındığında başvuru anında başvuru harcı, maktu veya nispi peşin harç ve karar harcı gibi genel harç ve masraflar da ödenmelidir.¹⁹ Ayrıca, yargılamanın iadesi talebinde bulunulması hükmün icrasını durdurmaz. Ancak HMK md. 381'e göre mahkemeye teminat gösterilmesi şartıyla icranın durdurulması talebinde bulunulabilir. Hükmün icrasının durdurulması, talebin niteliğine ve somut olayın şartlarına göre mahkemece değerlendirilmektir. Eğer yargılamanın iadesi sebebi bir mahkeme kararına dayanıyorsa, bu durumda teminat aranmaz.

HMK md. 379'a göre yargılamanın iadesi talebinin yapılmasının ardından mahkeme, öncelikle tarafları davet ederek bir ön inceleme gerçekleştirir. Bu ön inceleme, genel hükümlere uygun olarak gerçekleştirilmekle birlikte, yargılamanın iadesine ilişkin özel hükümler çerçevesinde de değerlendirilir. Bu aşamada, talebin süresinde olup olmadığı, kesin hükmün mevcut şartları ve diğer yasal koşullar incelenir (HMK md. 379/1). Eğer yapılan değerlendirme sonucunda bu şartlardan herhangi birinin eksik olduğu tespit edilirse, talep esasa girilmeden reddedilir (HMK md. 379/2). Ancak, ön inceleme sonucunda hem genel hükümler hem de yargılamanın iadesine dair özel düzenlemeler bakımından herhangi bir eksiklik bulunmazsa, mahkeme talebin esası üzerinde inceleme yapmaya ve yargılamanın iadesi sebebini değerlendirmeye başlar.²⁰ Bu hususta yargılamanın iadesi talebi, HMK md 375'te sınırlı sayıda belirtilen sebeplerden vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması veya tarafları ve konusu aynı iki kesinleşmiş hükmün çelişmesi sebeplerine dayanıyorsa mahkemece başkaca bir inceleme yapılmaksızın yargılamanın iadesi talebine konu hükmün iptaline karar

¹⁸ Namli, s. 435; Umar, s. 1104.

¹⁹ Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, 2 Nisan 2016 tarih, E. 2016/3800, K. 2016/7462 sayılı kararı, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

²⁰ Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 677.

verilirken; diğer sebepler için ise yeniden yargılama yapılır.²¹ HMK md. 380'e göre yeniden yargılama neticesinde mahkeme tarafından hüküm onanabilir veya eski hüküm kısmen veya tamamen değiştirilebilir.

D. Başvuru Süresi

HMK'da yargılamanın iadesine ilişkin hak düşürücü süreler ve bu sürelerin başlangıç noktaları konusunda farklı düzenlemeler öngörmüştür.²² HMK md. 377'e göre, yargılamanın iadesi davası açma süresi kanunda sayılan durumların ortaya çıkmasından itibaren 3 ay, her halde 10 yıl olarak belirlenmiştir. Bir başka anlatımla bu sürelerin başlangıç tarihleri, yargılamanın iadesi sebeplerine göre değişiklik göstermektedir. HMK m. 375'te yer alan diğer durumlarda ise süreler, kararın taraflara tebliğ edildiği tarih, yeni delilin elde edilmesi, hilenin fark edilmesi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararının tebliğ tarihi gibi olaylara bağlı olarak başlatılmaktadır. Bunun yanı sıra, 375/1-ı maddesi uyarınca bazı durumlarda yargılamanın iadesi süresi, ilgili ilama ilişkin genel zamanaşımı süresi kadar öngörülmüştür.²³ (HMK m. 377'de yer alan hükümde, her durumda iade talebinin hükmün kesinleşmesinden itibaren on yıl içinde yapılması gerektiği belirtilse de Anayasa Mahkemesi (AYM), bu hükmü, AİHM kararlarına dayalı iade talepleri yönünden iptal etmiştir.²⁴ AYM, bu iptal kararında, AİHM başvurularında önce AYM'ye bireysel başvuru yapılması şartı ve AİHM'nin artan iş yükü gibi sebeplerle sürenin aşılabileceğine dikkat çekmiştir. Süre sınırlamasının, yargılamanın iadesi yolunu işlevsiz hale getirebileceği gerekçesi ayrıca kararda belirtilmiştir. HMK md. 377'ye göre mahkemenin kanuna uygun şekilde teşekkül etmediğinin öğrenildiği tarih (HMK md. 375/1-a), davaya bakması yasak olan veya hakkında ret talebi kabul edilen hâkimin karara katıldığına öğrenildiği tarih (HMK md. 375/1-b) ve vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülüp karara bağlandığının anlaşılması (HMK md. 375/1-c) durumlarında kararın taraflara veya vekil veya

²¹ Kuru, Aydın, s. 1555.

²² Akkuş, s. 268.

²³ Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, İstanbul, On İki Levha, 15. Baskı, 2017, s. 2345.

²⁴ Anayasa Mahkemesi 21 Haziran 2022 tarih, E. 2022/7, K. 2022/79 sayılı kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/79>).

temsilciye tebliğ edildiği, alacaklı veya davalı yerine geçenlerin karardan usulen haberdar olduğu tarih üç aylık süreyi başlatan durumlardır. Ayrıca, yargılama sırasında tarafın elinde olmayan sebeplerle ulaşılamayan bir belgenin elde edilmesinde (HMK md. 375/1-ç) yeni belgenin elde edildiği veya hilenin anlaşıldığı tarih; karara esas alınan bir senedin sahte olduğunun tespit edilmesi (HMK md. 375/1-d), tanığın yalan beyanda bulunduğu sabit olması (HMK md. 375/1-e), bilirkişi veya tercümanın gerçeğe aykırı rapor verdiği anlaşıldığı (HMK md. 375/1-f) ve yeminin yalan yere edildiğinin ortaya çıkması (HMK md. 375/1-g) gibi durumlar da ceza mahkûmiyetine ilişkin hükmün kesinleştiği veya ceza kovuşturmasına başlanamadığı veya soruşturmanın sonuçsuz kaldığı tarih süre başlangıcında esas alınmıştır. Hükmün devamında 3 aylık sürenin; karara esas alınan ilamın bozularak kesin hüküm niteliğini kaybetmesi durumunda bu durumun öğrenildiği; İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme veya eki protokollerin ihlaline dayanan kararların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tespit edilmesi (HMK md. 375/1-i) halinde ise süre, ilgili kararın kesinleşerek tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, HMK md. 375/1 hükmünde aynı taraflar arasında verilen çelişkili iki kararın da kesinleşmiş olması durumunda, yargılamanın iadesi talebi, ilama ilişkin zamanaşımı süresine tabi olduğu hükme bağlanmaktadır.²⁵

II. Yargılamanın İadesi Sebepleri

HMK md. 375 ve 376'da yargılamanın iadesi sebepleri sınırlı olarak düzenlenmektedir. HMK md. 375'te toplam 12 bent halinde belirtilirken, md. 376'da 3. kişilerin yargılamanın iadesi talebinde bulunma şartından bahsetmektedir. Kanunda belirtilen bu hususlar kesin hükmün etkilerinin kaldırılmasında adeta bir istisna niteliğinde olup tahdidi olarak sayılmıştır. Bu sebeple yargılamanın iadesi sebepleri

²⁵ Pekcanitez, Özkes, Akkan, Taş Korkmaz, s. 2345 vd.

kıyasla genişletilemez.²⁶ Örneğin mahkeme ilamındaki maddi hatalar ile tebligatın usulsüzlüğü sebeplerine dayanarak yargılamanın iadesi talebinde bulunulamaz.²⁷

A. Mahkemenin Kanuna Uygun Olarak Teşekkül Etmemiş Olması

HMK md. 375/1-a'ya göre bir mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması da yargılamanın iadesi sebepleri arasında yer almaktadır. Anayasa²⁸ md. 142'ye göre mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmış olup mahkemelerin bu kanunlar çerçevesinde oluşturulmaması, işleyiş kurallarına uygun davranmaması durumunda kanuna aykırı şekilde teşekkül etmiş mahkemeler tarafından yapılan yargılamalar, HMK md. 375/1-a hükmüne göre yargılamanın iadesi sebebi oluşturmaktadır. Nitekim kanuna uygun teşekkül etmeyen bir mahkemenin, yargılama yapma yetkisi bulunmamakta ve verdiği karar da hukuki geçerlilik taşımamaktadır. Örneğin, heyet olarak karar alması gereken bir mahkemenin tek hâkimle karar vermesi ya da heyetin yargılamanın tüm aşamalarında hazır bulunmaması gibi durumlar, mahkemenin kanuna uygun teşekkül etmediği anlamına gelmektedir.²⁹ Benzer şekilde, kanunun öngördüğü usullere aykırı şekilde atanan bir hâkim tarafından verilen kararlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir.³⁰

HMK md. 374'e göre, yargılamanın iadesi yalnızca kesinleşmiş ya da kesin hüküm niteliği taşıyan kararlara karşı talep edilebileceğinden bahsedildi.³¹ Yok hüküm kavramı, hukuken hiçbir bağlayıcılığı bulunmayan ve icra edilmesi mümkün olmayan kararları ifade etmektedir. Bu tür kararlar, mahkeme sıfatını haiz olmayan bir organ tarafından verilmişse ya da hukuken geçerli bir yargılama süreci sonunda ortaya çıkmamışsa yok hüküm sayılır. Diğer yandan etkisiz hüküm kavramı, hukuki

²⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s. 675 vd; Umar, s. 267 vd; Kuru, Aydın, s. 1548; Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi*, 4. Cilt, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2021, s. 5152 vd; aynı yönde Aynı yönde Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi 6 Mart 2014 tarih, E. 2014/17502, K. 2014/5049 sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr).

²⁷ Kuru, Aydın, s. 1549.

²⁸ 9 Kasım 1982 tarih, 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazete yayımlanan T.C. Anayasası.

²⁹ Yılmaz, s. 5152 vd.

³⁰ Namli, s. 184.

³¹ Bakınız § I-A.

geçerliliği bulunan ancak beklenen hukuki etkiyi doğurmayan kararları ifade etmektedir. Öğretide kanuna uygun şekilde teşekkül etmemiş mahkemelerin kararlarının yok hüküm mü yoksa etkisiz hüküm mü olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.³² Öğretide Anayasa atfıyla kanunla mahkeme olarak tanımlanmayan organ tarafından verilen kararlar ile tefhim edilmeyen hükümler yok hüküm olarak belirtilmiştir.³³ Etkisiz hükümde ise kararı veren organda bir sakatlık bulunmamakla birlikte davanın tarafları arasında var olmayan veya daha önce karara bağlanmış derdest bir ilişkiye yönelik karar verilmesi gibi durumlarda etkisiz hükümden bahsedilebilir.³⁴ Görüleceği üzere etkisiz hükümde yok hükümden farklı olarak ortada sözde geçerli bir mahkeme ilamından söz edilebilse de bu ilamın, gerçek bir ilam gibi hüküm ve sonuç doğurmadığı söylenebilir. Öğretide katıldığımız görüşe göre mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmediği durumlarda hükmün yok veya etkisiz olması fark etmeksizin HMK md. 375 lafzi yorumuyla doğrudan yargılamanın iadesinde talebinde bulunulabilir.³⁵ Zira her iki durumda da HMK’de yargılamanın iadesi kurumundan beklenen menfaatin olduğu kabul edilmelidir.

HMK’de belirtilen yargılamanın iadesi sebepleri kıyas yolu ile genişletilemeyeceğinden bahsedilmişti. Bu doğrultuda mahkemenin görevsiz veya yetkisiz olduğu, hatta kesin yetki kuralının ihlal edilmiş olduğu durumlarda yargılamanın iadesi talebinde bulunulamaz.³⁶ Bu hüküm kapsamında yargılamanın iadesi talebi; talebe konu mahkemenin kanuna aykırı kurulmuş olduğunun öğrenilmesinden itibaren 3 ay; her halde hükmün kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde ileri sürülmelidir.

B. Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi

HMK md. 377/1-b’ye göre HMK md. 34-36 hükümleri kapsamında davaya bakması yasak olan veya ilgili merci tarafından kesin şekilde reddine karar verilmiş

³² Nilüfer Boran Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Ankara, Adalet, 2014, s. 284.

³³ Muhammet Özkes, “Medenî Usûl Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, *Yargutay Dergisi*, Cilt 26, Sayı 4, 2000, s. 672.

³⁴ Namlı, s. 123; Özkes, s. 687.

³⁵ Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 2, Ankara, Yetkin, 2022, s. 184.

³⁶ Kuru, Aydın, s. 1549.

olan hâkimin karar vermesi durumunda yargılamanın iadesi talep edilebilir.³⁷ HMK md. 34'te sayılan hallerde hâkimin davadan çekilmesi gerekmektedir. Aksi halde hâkimin vermiş olduğu karar doğrudan yargılamanın iadesi sebebi olup hakim, yasaklı olmasaydı hükmün değişip değişmeyeceğinin bir önemi bulunmamaktadır.³⁸

Bu hüküm kapsamında davanın her iki tarafı da kararın tebliğinden itibaren 3 ay; her halde hükmün kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde yargılamanın iadesi talebinde bulunabilir. Bu doğrultuda tarafların hâkimin yasaklılık halini yargılama aşamasında biliyor olmasının da bir önemi bulunmamaktadır.³⁹ Bir başka anlatımla yargılamanın tarafları tarafından hakimın yasaklılık hali ilk derece yargılamasında veya istinaf aşamasında biliniyor olmasına rağmen ileri sürülmemişse de hükmün kesinleşmesinden sonra bu durum, yargılamanın iadesi talebi ileri sürülebilir.⁴⁰

C. Vekil veya Temsilci Olmayan Kimselerin Davaya Katılması

HMK md. 375/1-c'de belirtilen yargılamanın iadesi sebebi, hükmün ifade ettiği üzere ne iradi temsilci ne de kanuni temsilci sıfatını taşımayan bir kişinin davanın taraflarını temsilen yargılamaya katıldığı durumları kapsamakta olup talep hakkı ilgili davada vekil veya yasal temsilci tarafından temsil edilmemiş tarafa ait olduğu kabul edilmektedir.⁴¹ Hukuki yetkisi bulunmayan, başka bir deyişle vekaletname sahibi olmadan yargılamada temsil yetkisi kullanan bir avukatın eylemi, bu düzenleme çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra, ilgili maddeden kanun koyucunun temsil hususunda iki farklı durumu düzenlediği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, davada taraflardan birinin vekili sıfatıyla hareket eden kişinin yetkisiz olması, diğeri ise dava ehliyeti bulunmayan ve bu nedenle kanuni temsilci aracılığıyla temsil edilmesi gereken kişinin kanuni temsilci olmayan biri tarafından temsil edilmesidir.

³⁷ Kuru, Aydın, s. 1535.

³⁸ Namılı, s. 195; Yılmaz, s. 5152; Umar, s.1045.

³⁹ Tanrıver, s. 152; Namılı, s. 196.

⁴⁰ Tanrıver, s.152 vd.

⁴¹ Kuru, Aydın, s. 1535.

Dava ehliyeti bulunan bir kişi, kural olarak kendi davasını açıp, bizzat takip edebilir. Ancak dava ehliyeti bulunan bir kişi, HMK md. 71 kapsamında hukuki işlemleri kendi adına yürütecek bir temsilci tayin etme hakkına da sahiptir. Vekil tayin edilmek istendiğinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 35 uyarınca seçilen vekilin baroya kayıtlı bir avukat olması gerekmektedir. Ayrıca vekil tarafından HMK md. 114/f'ye uygun vekaletname de mahkemeye sunulmalı, vekaletnamede baro pulu ve vekalet harcı ödenmelidir.

Tüm bu hususların aksine bir dava, taraflardan birinin açık ve zımni⁴² muvafakati olmaksızın bu konuda hukuken geçerli bir yetkisi olmayan vekil veya temsilci tarafından görülmesi halinde bu durum mutlak yargılamanın iadesi sebebi olarak tanımlanarak HMK md. 380/1 kapsamında başka bir inceleme yapılmaksızın kesin hükmün iptal edileceği emredici olarak hüküm altına alınmıştır.⁴³ Bu hüküm kapsamında ilgili davada aleyhine hüküm kurulan tarafa kararın tebliğinden itibaren 3 ay; her halde hükmün kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde yargılamanın iadesi talebinde bulunabilir.

D. Yargılama Sırasında Elde Edilemeyen Bir Belgenin Karardan Sonra Elde Edilmesi

HMK md. 375/1-ç'ye göre yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın kontrolü dışında kalan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmesi durumu, yargılamanın iadesi sebeplerinden biri olarak sayılmaktadır. Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle, yeni elde edilmiş bir belgenin varlığı şart olup bu belgenin, HMK'de tanımlanan belge niteliğine sahip bir bilgi taşıyıcı olması gerekir.⁴⁴ Ayrıca, söz konusu belge, iadesi talep edilen yargılama sırasında mevcut olmalıdır. Bununla birlikte, bu belgenin hükmün içeriğini etkileyebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Bir başka anlatımla, belge

⁴² Davayı vekaletnamesi olmaksızın takip eden avukatın, temsil ettiğini iddia ettiği asil ile duruşmada birlikte bulunması durumunda yargılamanın iadesi talebinde bulunulamayacağı yönünde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 29 Mayıs 2002 tarih, E. 2002/2-401, K. 2002/451 sayılı kararı mevcuttur.

(https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu_2002_2_401.php).

⁴³ Kuru, Aydın, s. 1536; Namlı, s. 456;

⁴⁴ Tanrıver, s. 155.

yargılamada dikkate alınmış olsaydı, hükmün farklı bir şekilde verilmesine ve bu durumun talepte bulunan tarafın lehine sonuç doğurmasına yol açabilecek bir belge olmalıdır.⁴⁵⁴⁶

Diğer yandan, ticaret sicili veya tapu kayıtları gibi kamuya açık belgeler ya da 3. kişide olduğu bilinen ancak yargılama sırasında taraflarca ibrazı talep edilmeyen belgeler, sonradan elde edilme gerekçesiyle yargılamanın iadesi sebebi olarak öne sürülmemelidir. Yargılamanın iadesini talep eden tarafın, belgenin hükmün kesinleşmesinden sonra elde edilmesinin kontrolü dışında gerçekleştiğini ve bu konuda kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekmektedir.⁴⁷

Bunun yanı sıra, dava sırasında mevcut olmayan bir belgenin kesin hüküm tarihinden sonra düzenlenmesi durumunda, yargılamanın iadesi talebinde bulunulup bulunulamayacağı değerlendirilmelidir. Hüküm tarihinden sonra oluşturulan belgelerin, yargılamanın iadesi sebebi kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü mahkemenin verdiği kesin hüküm, yalnızca hüküm anına kadar gerçekleşen olaylar üzerinde bağlayıcıdır. Hüküm tarihinden sonra ortaya çıkan olayların hükme etkisi olamaz. Bu tür bir durumda, belgenin oluşturduğu yeni hukuki durum için ayrı bir dava açılabilir. Ancak öğretide belgenin istinaf veya temyiz aşamasında ortaya çıkması halinde bu aşamalarda HMK md. 357/1 uyarınca yeni delil ileri sürülemeyeceğinden yargılamanın iadesine konu edilebileceği değerlendirilmektedir.⁴⁸ Bu hükme dayanılarak talep edilen yargılamanın iadesi talebinde ilgili belgenin elde edildiği tarihten itibaren 3 ay; her halde hükmün kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde yapılması gerekmekte ise de belgenin istinaf veya temyiz aşamasında elde edilmesi durumunda hüküm kesinleşmeden bu kuruma başvurulamayacağından hak düşürücü 3 aylık sürenin hükmün kesinleşmesinden sonra başlaması gerekmektedir.⁴⁹ Yargılamanın herhangi bir

⁴⁵ Tanrıver, s.156

⁴⁶ Kuru, Aydın, s. 1536.

⁴⁷ Yargıtay Yirminci Hukuk Dairesi 19 Ocak 2012 tarih, E. 2012/12042, K. 2012/373 sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁴⁸ Kuru, Aydın, s. 1536; Pekcanitez, Özekes, Akkan, Taş Korkmaz, s.2330.

⁴⁹ Kuru, Aydın, s. 1538.

aşamasında dayanılan bir belgeye dayanılarak yargılamanın iadesi talebinde bulunulamaz. Ek olarak yargılamanın iadesini talep eden tarafın bu süreçte kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekmektedir.⁵⁰

E. Delillere İlişkin Yargılamanın İadesi

1. Sahte Belge

HMK md. 375/1-d uyarınca, hükme dayanak oluşturan bir senedin sahte olduğuna karar verilmesi ya da bu sahtelik durumunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmesi, yargılamanın iadesi sebeplerinden sayılmaktadır.⁵¹ Hükümün kesinleşmesinden sonra hükme esas alınan senedin sahte olduğunun ortaya çıkması halinde hükümün temelden sarsıldığı kabul edilebilir. Hukukî güvenlik ilkesine uygun hareket edilmesi adına kanun koyucu, bu durumu yargılamanın iadesi sebepleri arasında belirtmiştir.⁵² Bu hüküm kapsamında senedin mahkeme kararı ile sahteliği tespit edilmiş ise, tespit eden mahkemenin kararının kesinleşmesinden; senedin sahteliği ikrar edilmiş ise ikrarın öğrenildiği tarihten itibaren 3 ay; her halde yargılamanın iadesine konu ilamın kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde yargılamanın iadesi talebinde bulunulmalıdır.⁵³

Yargılamanın iadesine başvurulabilmesi için söz konusu belgenin karara esas alınmış olması gerekmektedir.⁵⁴ Örneğin, sahte olduğu anlaşılan belge dışında başka belgelerin de dava dosyasına dâhil olduğu durumlarda, kararın bu sahte belge olmaksızın da aynı yönde verileceği anlaşılırsa, bir başka anlatımla sahtelik hükmün temelini etkilemiyorsa yargılamanın iadesi sebebi oluşmamaktadır. Ancak, birden fazla belgenin zincirleme bir şekilde hükme etki ettiği, yani belgelerin birbirini destekleyerek ve yönlendirerek incelenmesi sonucu hükmün tesis edildiği

⁵⁰ Pekcanitez, Özkes, Akkan, Taş Korkmaz, s.2330; Tanrıver, s. 155; Kuru, Aydın, s. 1537; Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi 12 Ocak 2016 tarih, E. 2016/12818, K. 2016/26 sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁵¹ Kuru, Aydın, s. 1538; Namlı, s.287.

⁵² Namlı, s. 287.

⁵³ Kuru, Aydın, s. 1538.

⁵⁴ Kuru, Aydın, s. 1539.

durumlarda, zincirdeki belgelerden birinin sahte olması halinde yargılamanın iadesine başvurulabilir.⁵⁵

Bu hüküm kapsamında yargılamanın iadesi talebinde bulunabilmek için belgenin esas alındığı hükmün verilmesinden sonra, bu belgenin sahteliği hakkında bir karar verilmiş olması ya da lehine hüküm verilen tarafın belgenin sahte olduğunu resmî bir makam veya mahkeme önünde kabul etmiş olması gerekir. Bu bağlamda, öncelikle belgenin sahteliğine ilişkin kesinleşmiş bir hukuk veya ceza mahkemesi kararı bulunması veya belgeyi kullanan tarafın bu sahteliği ikrar etmiş olması gerekmektedir. Şayet yargılamanın iadesine konu edilen sahtelik, hükmün kesinleşmesinden önce fark edilirse, yargılamanın iadesini talep eden tarafın, bu durumu bilmiyor olması gerekir. Hükmün kesinleşmesinin ardından belgenin sahte olduğu anlaşılırsa, diğer koşulların sağlanması hâlinde ise yargılamanın iadesine başvurulabilir.⁵⁶

Ayrıca, yargılamanın iadesine başvuran tarafın, belgenin sahteliği hakkında bilgi edinme sürecinde kusurlu olup olmaması önem taşımamaktadır. Aynı şekilde, lehine hüküm verilen tarafın sahte belgeden haberdar olup olmaması ya da belgenin sahteliğinde rolünün bulunup bulunmaması da dikkate alınmamaktadır. Yargılamanın iadesi talebinde bulunan taraf, sahtelikle ilgili kesinleşmiş mahkeme kararını veya ikrarın belgelendiği resmî evrakı mahkemeye sunarak talebin incelenmesini sağlayabilir.

2. Yalan Tanıklık

Bir diğer delile ilişkin yargılamanın iadesi sebebi ise HMK md. 375/1-e’de belirtilmiş olup ilama dayanak olan bir tanığın, hükümden sonra yalan tanıklık yaptığı kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı ile tespit edilirse, bu durum kural olarak yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edileceği belirtilmektedir.⁵⁷ HMK md 375/2

⁵⁵ Baki Kuru, Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt 2, Ankara, Yetkin, 3. Baskı, 2024, s. 157; Pekcanitez, Özekes, Akkan, Taş Korkmaz, s.2332; Tanrıver, s.157; Umar, s.1051; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, Filiz, 8. Baskı, 2024, s.285 vd.

⁵⁶ Tanrıver, s. 159.

⁵⁷ Kuru, Aydın, s. 1539.

kapsamında da delil yokluğundan farklı bir sebeple ceza kovuşturmasına başlanamamış veya mahkûmiyet kararı verilmemiş olması halinde kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı aranmamaktadır. Bu kapsamda yargılamanın iadesi talebinin geçerli olabilmesi için, öncelikle hükme esas teşkil eden bir tanık beyanının bulunması gerekmekte olup tanık beyanının hükme esas alınmış olmalıdır.⁵⁸ Bu bağlamda, hükmün yalnızca tanık beyanına dayandırılmış olması şart olmayıp eğer hükmün esası ve dayanağı büyük ölçüde söz konusu tanık beyanına dayanıyorsa, yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilmesi mümkündür.⁵⁹

Bu hüküm kapsamında yalan tanıklıktan dolayı ceza mahkemesi kararının kesinleştiği itibaren 3 ay; her halde yargılamanın iadesine konu ilamın kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde yargılamanın iadesi talebinde bulunulmalıdır. Öğretide haklı olarak yargılamasının iadesi talebinde bulunacak tarafın, tanığın yalan tanıklıktan dolayı ceza aldığını öğrenmesinin güç olacağı, ilgili ceza yargılamasında da taraf olmaması durumunda bu durumun mağduriyete yol açabileceği değerlendirilmiş ve yargılamanın iadesi süresinin kesinleşmiş ceza mahkemesi kararını öğrenme tarihinden itibaren başlaması gerektiği öne sürülmüştür.⁶⁰

3. Bilirkişi veya Tercümanın Kasten Gerçeğe Aykırı Beyanı

HMK md. 375/1-f'ye göre, hükme dayanak teşkil eden bir konuda bilirkişi veya tercümanın kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunun sabit olması halinde yargılamanın iadesi yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Hükümün lafzi yorumuna göre, bilirkişinin ya da tercümanın bilgisizlik veya ihmal sonucu hazırladığı raporlar veya yaptığı çeviriler bu kapsama girmemektedir. Ancak, bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı bir rapor sunması veya tercümanın gerçeği yansıtmayan bir çeviri yapması durumunda yargılamanın iadesine başvurulabilir.⁶¹ Bu tür bir durumun yargılamanın iadesine dayanak teşkil etmesi için, bilirkişi ya da tercümanın gerçeğe

⁵⁸ Umar, s.1052.

⁵⁹ Namlı, s. 302.

⁶⁰ Kuru, Aydın, s. 1539.

⁶¹ Pekcanitez, Özkes, Akkan, Taş Korkmaz, s.2333.

aykırı hareket ettiğine dair kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararının bulunması gerekmektedir.⁶² Yalan tanıklık durumunda olduğu gibi HMK md. 375/2 kapsamında da delil yokluğundan farklı bir sebeple ceza kovuşturmasına başlanamamış veya mahkûmiyet kararı verilmemiş olması halinde bu durumda da kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı aranmamaktadır.⁶³ Tüm bunlara ek olarak bu hükme dayanılarak yargılamanın iadesi talebinde bulunulabilmesi için bilirkişi raporunun veya tercümanın çevirisinin hükme esas alınmış olması gerekir.⁶⁴ Başka bir anlatımla, bilirkişi ya da tercüman tarafından sunulan delilin yokluğunda, hükmün farklı bir şekilde sonuçlanacağı anlaşıyorsa, bu delilin hükme esas teşkil ettiği kabul edilir. Bu hüküm kapsamında yalan tanıklıktan dolayı ceza mahkemesi kararının kesinleştiği itibaren 3 ay; her halde yargılamanın iadesine konu ilamın kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde yargılamanın iadesi talebinde bulunulmalıdır.

4. Yalan Yere Yemin

Son olarak HMK md. 375/1-g uyarınca, lehine hüküm verilen tarafın, hükme esas alınan yemini yalan yere ettiğinin ikrar veya yazılı bir delille tespit edilmesi, yargılamanın iadesi sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm kapsamında yalan yeminden dolayı ceza mahkemesi kararının kesinleştiği itibaren 3 ay; her halde yargılamanın iadesine konu ilamın kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde yargılamanın iadesi talebinde bulunulmalıdır.

Usul hukukunda yemin, kesin delil niteliğinde kabul edildiği için yargılama sırasında yapılan yemin, hâkimi bağlamakta ve doğrudan hükmü etkilemektedir. Bu nedenle, yemin gibi kesin delil niteliğindeki bir işlemin yalan yere yapılması, önemli bir hukuka aykırılık olarak değerlendirilmiş ve yargılamanın iadesi sebepleri arasında yer almıştır. Ancak, yalan yere yemin edildiğine ilişkin ikrar veya yazılı delilin bulunması tek başına yeterli değildir. Kanun koyucu, HMK md. 375/2’de açıkça,

⁶² Bilirkişi veya tercümanın gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu iddiası kapsamında ceza kovuşturması herhangi bir sebeple yapılamamış veya sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olması durumunda dahi hukuk mahkemesi tarafından yargılamanın iadesi talebinde bulunulan iddiaların incelenmesi gerektiği görüşü için bakınız Kuru, Aydın, s. 1540.

⁶³ Tanrıver, s.162.

⁶⁴ Tanrıver, s. 162; Pekcanitez, Özkes, Akkan, Taş Korkmaz, s.2334.

yalan yere yemin edildiğine dair kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti kararının bulunmasını da şart koşturmuştur. Bunun yanı sıra, HMK md. 377’de, ceza mahkûmiyetine ilişkin hükmün kesinleştiği, ceza kovuşturmasının başlatılamadığı ya da soruşturmanın sonuçsuz kaldığı tarihten itibaren 3 aylık ve her halde 10 yıllık yargılamanın iadesi talebine ilişkin sürenin işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Yargılamanın iadesine başvurulduğunda, mahkeme, öncelikle yalan yere yemin vakıasını ön sorun olarak ele alır, bu durumun varlığını tespit ettiğinde, yargılamanın iadesine ilişkin esasın incelenmesine geçer.⁶⁵ Ayrıca, yalan yere yemin edildiğinin yazılı delillerle ispatlanması gereklidir. Tanık beyanıyla yalan yere yemin edildiğinin kanıtlanması, yargılamanın iadesi sebebi oluşturmamaktadır.⁶⁶

F. Karara Esas Alınan Bir Hükmün, Kesinleşmiş Başka Bir Hükümle Ortadan Kaldırılması

HMK md. 375/1-ğ kapsamında karara dayanak teşkil eden bir hükmün, kesinleşmiş başka bir mahkeme kararıyla ortadan kaldırılması durumu yargılamanın iadesi sebebi olarak düzenlemiştir. Bu hüküm kapsamında yargılamanın iadesini talep etme süresi, talepte bulunan tarafın ilamın kesin bir hükümle ortadan kalktığını öğrendiği tarihten itibaren 3 ay; her halde yargılamanın iadesine konu ilamın kesinleşmesinden itibaren 10 yıldır.⁶⁷ Ayrıca bu durumun yargılamanın iadesine gerekçe oluşturabilmesi için bazı şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Öncelikle, kesin delil niteliği taşıyan bir hükmün, mevcut karara esas alınmış olması gerekmektedir. Akabinde, bu kesin delil niteliğindeki hükmün, kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile ortadan kaldırılmış olması gerekmektedir.⁶⁸ Zira bu aşamada kesin delil olarak kullanılan hükmün başka bir karar ile ortadan kaldırılması durumunda, ikinci karar hukuki temelden yoksun hale gelmektedir.⁶⁹

⁶⁵ Tanrıver, s. 164.

⁶⁶ Günay, s. 373.

⁶⁷ Kuru, Aydın, s. 1542.

⁶⁸ Yılmaz, s.5159.

⁶⁹ Pekcanitez, Özkes, Akkan, Taş Korkmaz, s.2332.

Yargılamanın iadesine başvurulabilmesi için, ortadan kaldırılan hükmün yalnızca mevcut yargılamada etkili olması yeterli değildir. Söz konusu hükmün, ikinci kararda kesin delil olarak kullanılmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda, ortadan kaldırılan hükmün, ikinci hükmün dayanağı olduğu ve hükme esas teşkil ettiği açıkça ortaya konulmalıdır. Kesinleşmiş bir hükme dayanak teşkil eden hükmün hukuk, ceza veya idare mahkemesi tarafından verilmiş olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.⁷⁰

G. Hileli Bir Davranışta Bulunmak

HMK md. 375/1-f'ye göre lehine karar verilen tarafın, karara etkili olacak şekilde hileli bir davranışta bulunması halini yargılamanın iadesi sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede yalan yere yemin, gerçeğe aykırı rapor veya beyan gibi durumların yanı sıra, hükme tesir eden diğer hileli davranışların da hukuken bertaraf edilmesi istenildiği kanaatindeyiz. Bu durumda hileli davranışın ne olduğu somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.⁷¹

Yargılamanın iadesine başvurulabilmesi için öncelikle hileli bir davranışın hükmün esasında etkili olması gerekmektedir.⁷² Hükme tesir etmeyen hileli davranışlar yargılamanın iadesi sebebi teşkil etmemesi gerekir. Örneğin, karşı tarafın adresini yanlış göstererek tebligat hilesi yapmak, tebligatın geçerli kabul edilmesi ve tarafın yokluğunda karar verilmesi sonucunu doğurmuşsa, bu durum hükme etkili bir hile olarak değerlendirilebilir.⁷³

Bu hükme dayanarak yapılan yargılamanın iadesi başvurusunda hâkim, hile iddiasını değerlendirirken Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁷⁴ md. 36 kapsamındaki hile

⁷⁰ Namlı, s. 350.

⁷¹ Akkuş, s. 251.

⁷² Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesi 12 Temmuz 2010 tarih, E. 2010/6899, K. 2010/8785 sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁷³ Namlı, s. 357; Pekcanitez, Özekes, Akkan, Taş Korkmaz, s.2335.

⁷⁴ 11 Ocak 2011 tarihli, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 36. maddesine göre “*Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir.*”

ile sınırlı kalmamalıdır.⁷⁵ Nitekim hile kavramının TBK ve HMK’da farklı şekilde düzenlendiği, HMK md.. 376’daki hile kavramının TBK’daki hile kavramına daha yakın olduğu öğretide ayrıca belirtilmektedir.⁷⁶ Yargıtay tarafından hile, “*Gerçekte var olan olayların bilerek ve isteyerek gizlenmesi veya sahte olaylara dayanarak karşı tarafın aldatılması*” olarak tanımlanmaktadır.⁷⁷ Bu doğrultuda kanaatimizce de hâkim her somut olayın koşullarına göre, olayların bilerek gizlenip gizlenmediğini veya sahte olgulara dayanılarak karşı tarafın aldatılmaya çalışılıp çalışılmadığını ayrı ayrı tespit ederek karar vermelidir.

Ek olarak belirtmek gerekir ki hilenin tespit edilmesi için bir ceza mahkemesi kararı gerekli değildir.⁷⁸ Ayrıca hileli davranış, aktif bir eylem şeklinde olabileceği gibi, çekinme veya susma yoluyla pasif bir şekilde de gerçekleştirilebilir.⁷⁹ Son olarak hilenin farkına varılmasından itibaren 3 ay; her halde yargılamanın iadesine konu ilamın kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içerisinde yargılamanın iadesi talebinde bulunulmalıdır.⁸⁰

H. Tarafları ve Konusu Aynı İki Kesinleşmiş Hükümün Çelişmesi

HMK md. 375/1-ı bendi kapsamında bir dava sonucunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, ilgili hükmün tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci bir davada, ilk hükme aykırı bir karar verilmesi ve bu kararın da kesinleşmesi halinde yargılamanın iadesine başvurulabileceği düzenlenmektedir. Bu hüküm kapsamında yargılamanın iadesi talebinde bulunma süresi HMK md. 372/2’ye göre 10 yıl olup süre ikinci hükmün kesinleşmesinden itibaren başlamaktadır.⁸¹

Bu düzenlemenin uygulanabilmesi için öncelikle her iki hükmün de tarafları, dava konusu ve vakıalar bakımından aynı olması ve her iki kararın da kesinleşmiş

⁷⁵ Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi 19 Temmuz 2007 tarih, E. 2007/11640, K. 2007/11596 sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁷⁶ Boran Güneysu, Yargılamanın İadesi, s. 41.

⁷⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19 Mart 2003 tarih, E. 2003/6-169, K. 2003/183 sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁷⁸ Günay, s. 374.

⁷⁹ Günay, s. 374.

⁸⁰ Kuru, Aydın, s. 1544.

⁸¹ Kuru, Aydın, s. 1546.

olması gerekmektedir. Hukuk sistemimizde aynı konuda çelişen iki kesin hükmün oluşmasını önlemek amacıyla derdestlik ve kesin hüküm itirazı olmak üzere iki temel dava şartı öngörülmektedir.⁸² Şayet hükümlerden biri henüz kesinleşmemişse derdestlik veya kesin hüküm itirazında bulunulmalıdır.

HMK md. 375/1-ı'ya göre yargılamanın iadesine başvurulabilmesi için iki kesinleşmiş hükmün birbiriyle çelişmesi ve tarafların, ikinci dava sırasında, ilk hükmün varlığından haberdar olmamış olması gerekmektedir.⁸³ İkinci dava sırasında kesin hüküm itirazında bulunulmuş, ancak bu itiraz reddedilmiş ve karar kesinleşmişse, çelişen ikinci bir hükümden söz edilemeyecektir. Eğer tarafları, konusu ve sebebi aynı olan çelişen iki kesin hüküm, biri idare mahkemesi diğeri hukuk mahkemesi tarafından verilmişse ve bu durum hükümlerin icrasını engelliyorsa, kesin bir çözüm için Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurulması gerekir.⁸⁴ Son olarak çelişen iki kesin hüküm nedeniyle yargılamanın iadesine başvurulacaksa, başvurunun hangi hükme karşı yapılacağı açıkça talepte belirtilmelidir.⁸⁵ Mevcut bir hüküm varken ikinci bir yargılama yapılmışsa, yargılamanın iadesi talebi ikinci hükmü veren mahkemeye yapılması gerektiği kanaatindeyiz.⁸⁶

İ. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Verilen İhlal Kararı

HMK md. 375/1-i kapsamında bir mahkeme kararının, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme (AİHS)⁸⁷ veya bu sözleşmenin eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi ya da AİHM'e yapılan başvuru sonucunda dostane çözüm veya tek taraflı deklarasyon ile düşme kararı verilmesi durumu, yargılamanın iadesi sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu durumda yargılamanın iadesini talep etme süresi, AİHM'nin kesinleşen kararının tebliği tarihinden itibaren

⁸² Pekcanıtez, Atalay, Özkes, s. 259.

⁸³ Kuru, Aydın, s. 1546; Günay, s. 375; Namli, s. 228.

⁸⁴ Tanrıver, s. 169.

⁸⁵ Tanrıver, s. 169.

⁸⁶ Namli, s. 228; Tanrıver, s. 169; Günay, s. 375.

⁸⁷ 19 Mart 1954 tarih, 8662 sayılı Resmî Gazete.

3 ay; her halde yargılamanın iadesine konu ilamın kesinleşmesinden itibaren 10 yıldır.⁸⁸

J. Üçüncü Kişiler Açısından Yargılamanın İadesi

Yargılamanın iadesi talep etme hakkı kural olarak kesin hükmün taraflarına aittir. Hükmün taraflarını ilgilendiren bir durum olduğundan, tarafların bu yola başvurmalarında hukukî yararları bulunmaktadır. Bununla birlikte, kanun koyucu belirli koşullar altında üçüncü kişilere de istisnai olarak yargılamanın iadesi talebinde bulunma hakkı tanımıştır. Bu üçüncü kişiler, HMK md. 376'da belirtildiği üzere, davanın taraflarından birinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçen kişilerdir.⁸⁹

HMK md. 376 hükmü; davanın taraflarından birinin alacaklılarının ya da aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçen kişilerin, borçluları veya yerine geçtikleri kişilerin aralarında anlaşarak hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini talep edebileceklerini düzenlemektedir. HMK md. 376'nın gerekçesinde bu durum, davacı ile davalının anlaşarak hile yapması olarak ifade edilmektedir.⁹⁰ Bu kapsamdaki yargılamanın iadesi sebebinin temelini tarafların yargılama öncesinde muvazaalı bir şekilde sonucu önceden belirleyerek istedikleri yönde bir karar almayı amaçlamaları oluşturmaktadır.⁹¹ Bu tür bir hileli davranış, lehine karar verilen tarafın hükme tesir eden hileli davranışını düzenleyen yargılamanın iadesi sebebiyle benzerlik taşısa da ilk durumda taraflar yargılama dışındaki üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla hile yaparken, ikinci durumda lehine karar verilen tarafın yaptığı hile söz konusu olmaktadır.⁹² HMK md. 376'da düzenlenen hile, doğrudan davanın tarafları arasında değil, mahkeme ve üçüncü kişiler aleyhine yapılmaktadır. Örneğin, bir murisin, mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla üçüncü bir kişiyle muvazaalı bir anlaşma yaparak, aleyhine tasarrufun iptali yönünde bir dava açılmasını sağlaması, ardından

⁸⁸ Kuru, Aydın, s. 1547.

⁸⁹ Yılmaz, s. 5179 vd.

⁹⁰ HMK md. 376'nın gerekçesi.

⁹¹ Boran Güneysu, Yargılamanın İadesi, s. 41.

⁹² Boran Güneysu, s. 26.

kasten davayı kaybedecek şekilde hareket etmesi durumunda mirasçılar açısından söz konusu hükme karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurma hakkı olduğu kabul edilebilir.⁹³

⁹³ Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 672.

SONUÇ

Yargılamanın iadesi, hukuk sisteminde kesin hükümle sonuçlanmış yargı kararlarının olağanüstü bir denetime tabi tutulmasını sağlayan önemli bir mekanizmadır. Bu kurum, bireysel hakların korunması, hukuki güvenliğin sağlanması amacını taşıırken, toplumsal barışın güçlendirilmesinde de kritik bir rol oynamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununda ayrıntılı bir şekilde düzenlenen yargılamanın iadesi sebepleri, bu kurumun ancak belirli ve sınırlı durumlarda uygulanmasına olanak tanıyarak kesin hükmün kaldırılmasında istisnai durumlardır. Her ne kadar öğretide yargılamanın iadesi talebinin hangi mahkemeye yapılacağı yönünde tartışma bulursa da HMK md. 378'e uygun olarak, yargılamanın iadesi başvurusu, kararı veren mahkemeye yapılmalıdır.

Çalışmamız boyunca değerlendirilmiş olan çeşitli sebepler, bu kurumun kapsam ve sınırlarını açıkça ortaya koymaktadır. Örneğin, mahkemenin kanuna uygun teşkil edilmediği durumlarda, kararın doğrudan geçersiz olduğu ve yargılamanın iadesi yolunun bu eksiklikleri gidermek için devreye girdiği vurgulanmıştır. Aynı şekilde, vekil sıfatı taşımayan kişilerin davaya katılması halinde, kararın geçerliliği doğrudan etkilenmekte ve yargılamanın iadesine konu edilebilmektedir. Sahte belge, yalan tanıklık veya bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı beyanı gibi durumlarda ise, bu eksikliklerin hükmün esasını etkilediğinin açık bir şekilde ispatlanması gerekmektedir. Özellikle, zincirleme belgelerin birinde sakatlık olması durumunda, zincir içinde yer alan tüm belgelerin hükme etkisi bulunduğu kabul edilerek, yargılamanın iadesine başvurulabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Hileli davranışlarla ilgili düzenlemelerde, hâkimin her somut olayın şartlarına göre, taraflarca bilerek ve isteyerek gerçekleştirilen gizleme veya yanıltma eylemlerini tespit etmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Bu tür hileli davranışların tespit edilmesi, sadece taraflar arasında değil, mahkemeye karşı yapılan hileleri de kapsayarak, yargılamanın iadesi kurumunun kapsamını genişletmektedir.

Kural olarak yargılamanın iadesi yoluna sadece taraflarca başvurulabilse de HMK md. 376 kapsamında üçüncü kişilere tanınan yargılamanın iadesi hakkı, adaletin yalnızca taraflar arasında değil, üçüncü kişilere karşı da sağlanması gerektiğini göstermektedir. Muvazaalı işlemlerle zarar gören alacaklılar veya mirasçılar gibi üçüncü kişilere tanınan bu hak, hukuk sisteminin bütünlüğünü ve tarafsızlığını koruma amacı taşımaktadır.

Kanaatimizce, yargılamanın iadesi mekanizması, yalnızca bireysel hakların korunması açısından değil, toplumsal vicdanın tatmini ve hukuk devletinin güçlenmesi bakımından da vazgeçilmez bir araçtır. Ancak, bu mekanizmanın kötüye kullanılmasını önlemek için kanunda belirtilen sebeplerin tahdidi olarak sayılmış olması önemlidir. Hukukun evrensel normlarına uygun şekilde düzenlenen bu kurum, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlamında uluslararası hukukun gerekliliklerini yerine getirme açısından da önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, Filiz, 8. Baskı, 2024.
- Baki Kuru, Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt 2, Ankara, Yetkin, 3. Baskı, 2024.
- Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2014.
- Erhan Günay, *Olağanüstü Kanun Yolları*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2023.
- Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, On İki Levha, 12. Baskı, 2024.
- Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, On İki Levha, 15. Baskı, 2017.
- Mert Namlı, *Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi*, İstanbul, Beta, 2014.
- Muhammet Özekes, “Medenî Usûl Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 26, Sayı 4, 2000, s. 661-699.
- Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin, 7. Baskı, 2024.
- Murat Yavaş, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz*, Ankara, Seçkin, 2015.
- Nilüfer Boran Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Ankara, Adalet, 2014.
- Nilüfer Boran Güneysu, “Yargılamanın İadesi Sebebi Olarak Üçüncü Kişilerin Hükümün İptalini Talep Etmesi”, *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, Cilt 12, Sayı 33, 2016, s. 23-62. (Boran Güneysu, Yargılamanın İadesi)
- Ozan Akkuş, “Üçüncü Kişilerin Hükümün İptalini Talep Etmesi Üzerine Bir İnceleme”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2020, s. 243-272.

Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara, Yetkin, 10. Baskı, 2024.

Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 2, Ankara, Yetkin, 2022.

Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukukunda İstinâf*, Ankara, Yetkin, 2009.

Zekeriya Yılmaz, *Yargılanmanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)*, Ankara, Adalet, 2013.



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

İNANÇLI İŞLEMLER

Av.Fadime TOPÇU EKİNCİ¹

Öz

İnançlı işlemler, Roma hukukundan günümüze kadar uzanan ancak hukukumuzda ve mehzaz hukuk olan İsviçre hukukunda kanuni bir düzenlemesi bulunmayan işlemlerdir. Bu nedenlerle genel, emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile taraflar, iradelerine uygun şekilde amaçlarına ulaşmak adına inancılı işlem yapabilmektedirler. İnançlı işlemin konusunu yalnızca devredilmesi mümkün olan hak ya da mal varlığı değerleri oluşturmaktadır. İnançlı işlemler, inanc sözleşmesi ve kazandırıcı işlemten oluşmaktadır. İnançlı işlemlerin birden çok işlevi bulunduğu gibi birden çok çeşidi de bulunmaktadır. İnançlı işlemlerin şekle bağılı olmayan yazılı delil ile ispatlanması da içtihadı birleştirme kararı ile ortaya konulmuştur. Çalışmamızda da inancılı işlemler, Yargıtay kararları bağlamında doktrinde yer alan tartışmalara yer verilerek değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İnançlı İşlem, İnanç Sözleşmesi, Teminat, Yazılı Delil, Muvazaa.

¹ Avukat, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, av.fadimetopcu@gmail.com, Orcid: 0009-0002-4817-6796.

Bu makale hakem değerlendirmesinden geçmiştir.

Gönderilme Tarihi: 10 Şubat 2025 Kabul Tarihi: 26 Mart 2025.



FIDUCIARY TRANSACTIONS

Abstract

Fiduciary transactions are transactions that date back to Roman law but do not have a legal regulation in our law and the Swiss law, which is the source law. For these reasons, provided that it does not violate general, imperative provisions, the parties can make fiduciary transactions to achieve their goals by their will. The subject of a fiduciary transaction consists only of rights or property values that can be transferred. Fiduciary transactions consist of a fiduciary contract and an acquisitive transaction. Fiduciary transactions have more than one function and more than one type. The fact that fiduciary transactions are proven with written evidence that is not dependent on form has also been put forward with the decision to unify the jurisprudence. In our study, fiduciary transactions have been evaluated by including the discussions in the doctrine in the context of the Court of Cassation decisions.

Keywords

Fiduciary Transaction, Fiduciary Contract, Guaranty, Documentary Evidence, Collusion.

GİRİŞ

İnançlı işlemler, Roma hukukundan günümüze kadar uzanan ancak hukukumuzda ve mehz hukuk olan İsviçre hukukunda kanuni bir düzenlemesi bulunmayan işlemlerdir. Bu nedenlerle genel, emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile taraflar, iradelerine uygun şekilde amaçlarına ulaşmak adına inancılı işlem yapabileceklerdir. Roma döneminden bu yana süregelen bu işlem türü, özellikle teminat, gizleme, dolanma ve sadeleştirme gibi işlevleriyle ekonomik ve ticari ilişkilerde önemli bir rol oynamış, ancak yasal düzenlemenin eksikliği nedeniyle içtihat ve doktrin görüşleri ile şekillenmiştir.

Çalışmamızda da inancılı işlemler, Yargıtay kararları bağlamında değerlendirilmiştir. Birinci kısımda, inancılı işlemin tanımı, hukuki niteliği ve işlemin tarafları; ikinci ve üçüncü kısımda ise inancılı işlemin konusu ile işlevleri ve şekli, emsal yargı kararları ve doktrinde yer alan tartışmalar hakkında bilgilendirmede bulunulmuştur. Dördüncü kısımda inancılı işlemin unsurları incelenmiştir.

İnançlı işlemler, tarafların aralarındaki anlaşmanın haricinde işlemin gerçekleştirilme amacı ve sona erme sebepleri bakımından da farklılık göstermektedir. Bu nedenle beşinci kısımda inancılı işlemin çeşitlerine yer verilmiş; devamında inancılı işlemlerin ispatı hususu üzerinde durularak dava açma süreleri hakkında bilgi verilmiştir. Son iki bölümde ise inancılı işlemlerin hüküm ve sonuçları ile sona erme sebepleri incelenmiştir.

Sonuç bölümünde ise konuya ilişkin genel bir değerlendirme yapılarak çalışmaya son verilmiştir.

I. İNANÇLI İŞLEMİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TARAFLARI

İnançlı işlemin tanımına geçmeden önce, bu kavramın kökenini anlamak açısından Roma hukukundaki ifadesinin ve nasıl şekillendiğinin açıklanması gerekmektedir. Zira inancılı işlem kavramı, hukukumuzda yapılan açıklamaların temelini Roma hukukundan almaktadır. İnançlı işlemler, Roma hukukunda “*fiducia*” kavramı ile

anılmaktadır. *Fiducia* kelimesinin kökü “*fides*” güvenmek, inanmak anlamlarına gelmekte, aynı zamanda verilen söze itibar etme anlamını taşımaktadır². *Fiducia*, taraflardan birinin inanç sözleşmesi ile yetkilerini sınırlandırarak sözleşmenin diğer tarafından bir hakkın veyahut mal varlığının devralındığı hukuki bir muameledir³.

Hukukumuzda inançlı işlemlere ilişkin özel bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, sözleşme serbestisi çerçevesinde ve kanunun emredici hükümlerine uyulmak kaydıyla bu işlemler yapılabilir⁴. İnançlı işlemlerle ilgili birçok yargı kararı bulunsa da uygulama ve doktrinin üzerinde uzlaştığı ortak bir tanım henüz bulunmamaktadır⁵. Bu noktada inançlı işlemlerin önemli özelliklerinden biri, bir hakkın inanç sözleşmesiyle devredildiği durumda, devralanın hukuki statüsünün belirlenmesi ve korunmasını sağlamaktır⁶.

İnançlı işlemlere ilişkin kanuni bir düzenlemenin bulunmaması nedeni ile inançlı işlemler hakkında hem doktrinde hem de yargı kararlarında birçok tanım yapılmıştır. İnançlı işlemler, inananın bir hakkını belirli bir süre ya da belirli bir amaç için inanılana geçirmeyi, inanılanın da inananın talimatlarına göre söz konusu hakkı kullanıp süre bitiminde ya da amacın gerçekleşmesi ile yeniden inananı devretme yükümlülüğü altında bulunduğu işlemler olarak tanımlanabilecektir⁷.

² ŞEKER, Melih, *Roma Hukuku'nda Fiducia (İnançlı İşlem) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, 1. Baskı, s. 5; ÖZSUNAR, Erdal, *Roma Hukukunda Rehin Hakkı*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2005, s. 140; BERKTAŞ YÜKSEL, Elif, *Türk Hukukunda Saf İnançlı İşlemler*, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 3.

³ ŞEKER, *op. cit.*, s. 7.

⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17 Ocak 2019 tarih E. 2017/1-2610 K. 2019/12 “...Bilindiği üzere Türk Hukukunda inançlı işlemleri doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak uygulama ve öğretide, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 26. (Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanununun 19.) maddesinde yer alan “sözleşme özgürlüğü” ilkesi kapsamında inançlı sözleşmelerin düzenlenebileceği ve geçerliliği kabul edilmektedir...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁵ BERKTAŞ YÜKSEL, *op. cit.*, s. 19.

⁶ *Ibid.*, s. 19.

⁷ ÖZKAYA, Eraslan, *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, 2022 s. 33; diğer tanımlar için ayrıca bkz. EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Legem Yayınevi, 29. Baskı, 2024, s. 382; ÖZSUNAY, Ergun, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cezaevi

Yargıtay kararlarında ise inanç sözleşmesi, inanılana geçen hakkın taraflarca belirlenen amaca ulaşıldığında ya da süre geçtikten sonra inanılan tarafından inanana ya da üçüncü bir kişiye devretme taahhüdünü içeren anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır⁸.

İnançlı işlemler, taraflar arasındaki güven ilişkisine dayalı iki taraflı hukuki işlemlerdir. Türk Borçlar Kanununda (TBK) yer alan emredici kurallara aykırı olmaksızın inançlı sözleşmeler düzenlenebilecektir. Türk Medeni Kanununun (TMK)

Matbaası, İstanbul 1968, s. 1; KILIÇOĞLU, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 28. Baskı, 2024, s. 242. ÖZDEMİR, Furkan, *İnanç Konusunun Üçüncü Kişilerden Elde Edildiği İnançlı İşlemler*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2019, s. 10.

⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23 Ekim 2024 Tarih, E. 2023/1079 K. 2024/528 “...1. Bilindiği üzere Türk Hukukunda inançlı işlemleri doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak uygulama ve öğretide, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26. (mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 19 uncu) maddesinde yer alan “sözleşme özgürlüğü” ilkesi kapsamında inançlı sözleşmelerin düzenlenebileceği ve geçerliliği kabul edilmektedir. İnançlı işlemlerde inanan ve inanılan taraf, inanç sözleşmesinin konusunun mülkiyetinin önce inanılana geçmesi; ardından inanana geri dönmesi hususunda anlaşılır. Hukuk Genel Kurulunun 17.05.2000 tarihli ve 2000/2-888 Esas 2000/885 Karar sayılı kararında belirtildiği gibi inançlı işlemler, bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını da ancak önceden hak ve hâlen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir. Görüleceği üzere inançlı işlem güven esasına dayanan bir hukuki işlemdir. Taraflar birbirlerine duydukları güven sonucu bir malın mülkiyetini sözleşmenin karşı tarafına geçirir ve daha sonrasında bu malın kendisine geri döneceğine güvenir. Hatta inanan, malın kendisine döneceğine güvenen kişi olarak tanımlanır...” (<https://lib.kazanci.com.tr/>); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09 Ekim 2024 Tarih, E. 2023/953 K. 2024/504 “...İnanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelelerin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inanana geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebinin teşkil eder...” (<https://lib.kazanci.com.tr/>); Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 19 Kasım 2024 tarih E. 2023/4704 K. 2024/5070 “...İnançlı işlemler, inananın teminat oluşturmak veya yönetilmek üzere mal varlığı kapsamındaki bir şey veya hakkını, inanılana devretmesi ve inanılanın da inanç anlaşmasındaki koşullara uygun olarak inanç konusu şeyi kullanmasını, amaç gerçekleştiğinde ise belirlenen şekilde inanana iade etmesini içeren işlemlerdir...” (<https://lib.kazanci.com.tr/>); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 04 Kasım 2024 tarih E. 2023/5684 K. 2024/3586, (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

766. maddesi⁹ ile İcra İflas Kanununun (İİK) 118. maddesinde¹⁰ inançlı işlemlere dair dolaylı düzenlemeler yer almaktadır¹¹.

İnançlı işlemler, taraflar arasında yapılan sözleşmeye dayanan ve yalnızca tasarruf işlemlerinde uygulanabilen işlemlerdir¹². Borçlandırıcı tek taraflı işlemler için geçerli değildir¹³.

Karşılıklı güven esasına dayanan inançlı işlemlerde bir hakkı ya da mal varlığını güvendiği bir kişiye inançlı olarak devreden kimseye inanan/itimat eden, devredilen bir hakkı ya da mal varlığını kendi yararına belirli bir süre için ya da bir amacı gerçekleştirmek için kazanan kişiye de inanılan/itimat edilen denilmektedir¹⁴. İnanç sözleşmesinde yer almayan taraflar ise üçüncü şahıs olarak ifade edilmektedir. İnananın inanılana devrettiği hak ya da mal varlığı değeri de inanç konusu olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

⁹ 22 Kasım 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 766. maddesi “3. Hükmen teslim Madde 766- Bir taşınırın mülkiyetini nakleden kimse özel bir hukukî ilişkiye dayanarak o şeyin zilyetliğini korursa, mülkiyet teslimsiz geçmiş olur. Ancak, bu işlem üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmışsa, mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz. Böyle bir amaç güdülüp güdülmediğini hâkim takdir eder.”

¹⁰ 09 Haziran 1932 tarih ve 2004 sayılı İcra İflas Kanununun 118. maddesi “İhale alıcısı, ihalenin feshi talep edilmiş olsa dahi artırma sonuç tutanağının ilanından itibaren yedi gün içinde satış bedelini nakden ödemek zorundadır. Satılan mal, ihale kesinleşmeden teslim olunmaz ve resmî sicilde alıcı adına tescil edilmez.”

¹¹ ÖZKAYA, *op. cit.* , s. 34.

¹² SAPANOĞLU, Süleyman, *Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2022, s. 530.

¹³ *Ibid.* , s. 530.

¹⁴ *Ibid.* , s. 531, 532; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19 Mart 2019 tarih E. 2017/14-1750 K. 2019/321 “...İnançlı işlemin taraflarını, inanan ve inanılan oluşturur. Bir hakkı ya da nesneyi, güvendiği bir kişiye inançlı olarak devreden kimseye “inanan” adı verilir. Devredilen hak veya nesneyi, kendisine ait bir hak olarak kendi yararına, doğrudan doğruya ve dolaylı olarak kullanan kişiye de “inanılan” denir. İnananın, inanılana inançlı olarak kazandırdığı hak ya da nesne ise “inanç konusu şey” olarak nitelenir. İnançlı bir işlemde, kazandırıcı işlemin tarafları ile borç doğuran anlaşmanın tarafları aynıdır...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

¹⁵ *Ibid.* , s. 531, 532.

II. İNANÇLI İŞLEMİN KONUSU VE İŞLEVLERİ

A. Konusu

İnançlı işlemlerin konusunu inanan tarafından inanılana devredilen hak, mal varlığı değeri oluşturmaktadır; yalnızca devredilmesi mümkün olan hak ya da mal varlığı değerleri inancılı işlemlere konu edilebilecektir¹⁶. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı hakların devredilebilir niteliklerinin bulunmaması nedeni ile söz konusu hakların inancılı işlemlere konu edilme imkânı bulunmamaktadır¹⁷.

Taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin aynı haklar, fikri ve sınai haklar inancılı işlemlere konu olabilecektir. Sınırlı aynı haklar da inancılı işlemlere konu edilebilecektir ancak irtifak ve intifa haklarının inancılı işlemlere konu edilip edilemeyeceği doktrinde tartışma konusudur. Yargıtay tarafından intifa hakkı yönünden yapılan işlemlerin muvazaalı olduğu ileri sürülmektedir¹⁸.

Alacakların inancılı işlemle devri ise TBK’de düzenlenen alacağın devri hükümlerine tabidir. Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlı olup adi yazılı şekilde yapılması da mümkündür. Burada yazılılık geçerlilik şartı olup bu şekilde uyulmadan yapılan devirler geçersiz olacaktır¹⁹.

Alacağın devrinin sebebe bağlı olup olmadığı hakkında bir düzenleme mevcut olmayıp bu konu, doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüş, alacağın devrinin sebebe bağlı bir işlem olduğunu ileri sürerken karşıt görüşler ise alacağın devrinin soyut bir işlem olduğunu ileri sürmektedir²⁰.

¹⁶ GÜVENÇ, Özgür, *Taşınmazların İnançlı İşlemle Devri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, 1. Baskı s. 17.

¹⁷ *Ibid.*, s. 17.

¹⁸ ÖZKAYA, *op. cit.*, s. 44.

¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09 Ekim 2024 tarih E. 2023/953 K. 2024/504 “...Bu kapsamda anılan (§4-6) içtihadı birleştirme kararının sonuç bölümünde ifade olunduğu üzere, inancılı işleme dayalı olup dinlenirliği kabul edilen iddiaların ispatı, şekle bağlı olmayan yazılı delildir. Davacı tarafından ise yazılı bir belge dosya sunulmamıştır...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

²⁰ SAPANOĞLU, *op. cit.* s. 550, ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, *op. cit.*

B. İşlevleri

İnançlı işlemlerin birden fazla işlevi bulunmaktadır. Uygulamada en sık karşılaşılan işlevleri ise teminat işlevi, gizleme işlevi ile dolanma ve sadeleştirme işlevi olarak sıralamak mümkündür²¹.

Bir hukuki işlem, kanuna aykırılık teşkil etmediği sürece, işlemin tarafı olan kişi bu işlemi başka birinin arkasına gizlenerek gerçekleştirebilir²². Kimliğini saklayarak işlem yapmak isteyen kişilerin başvurabileceği yöntemlerden biri de inançlı işlemlerdir²³. Kişiler farklı nedenlerle kimliklerini gizleme ihtiyacı duyabilirler. Örneğin, bir kişi anlaşmazlık yaşadığı birinden mal satın almak istediğinde, güvendiği bir aracı üzerinden bu işlemi gerçekleştirebilir²⁴. Benzer şekilde, bir alıcının ekonomik durumunu gizlemek istemesi de inançlı işlemlerin gizleme işlevine örnek olarak gösterilebilir²⁵.

Dolanma işlevi ise işlemin taraflarının inançlı işlem ile ulaşmak istedikleri sonuç için kanunun öngördüğü araçların elverişsiz olması nedeni ile başvuru bir yoldur²⁶. Sadeleştirme işlevi de inanılanın inanç konusu edilen hak üzerinde hangi yetkilere sahip olduğunu ispatlamadan inanç konusuna ait işlemleri kolay ve hızlı bir şekilde gerçekleştirmesini sağlayan, üçüncü kişilere karşı inançlı işleme sadelik kazandıran bir işlemdir²⁷.

²¹ SİLAY, İrem, *Mülkiyetin Teminat Amacıyla Devrinin İnançlı İşlemler Bakımından Değerlendirilmesi*, KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2020, s. 10; Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi 24 Nisan 2023 tarih E. 2021/4052 K. 2023/2387 “...İnançlı işlemleri doğrudan doğruya düzenleyen kanun hükümleri yoktur. İnançlı işlemler, kişinin kendisini gizlemek amacıyla yapılabileceği gibi teminat amacıyla veya alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla da yapılabilecek işlemlerdir...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

²² *Ibid.* , s. 14.

²³ *Ibid.* , s. 14.

²⁴ *Ibid.* , s. 14; ÖZKAYA, op. cit. , s. 34.

²⁵ SİLAY, op. cit. s. 14; ÖZKAYA, op. cit. , s. 34.

²⁶ GÜVENÇ, op. cit. , s. 15-16.

²⁷ *Ibid.* , s. 15-16.

Teminat bilindiği üzere bir borç ilişkisinde yer alan borçluyu borcunu olması gereken şekilde ifaya zorlamaya yöneltir ve alacaklının alacağını güvence altına alma amacı taşır²⁸. Teminatlar ayni ve şahsi teminatlar olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Ayni ve şahsi teminatlara yönelik sorunlar, teminat seçeneklerinin yetersiz kalması, taşınır ve taşınmazların mülkiyetinin teminat amacıyla devrini kullanılabilir hale getirmiştir; özellikle kredi kuruluşları tarafından alacağın teminat altına alınması için taşınır, taşınmaz, eşya ya da haklar kredi kuruluşlarına devredilmekte ve borcun zamanında ödenmemesi halinde direkt olarak inanç konusu edilen mal varlığı değeri satılarak borç, bedelden tahsil edilmektedir²⁹. Bu bağlamda alacaklılar, çoğu zaman borçluları alacaklarını teminat altına almak için inanca işlem yoluyla kendilerine mülkiyet devri yapmaya zorlamaktadır³⁰. Bu açıdan inanca işlemler, rehin hakları ile benzerlik gösterebilir de rehin hakkına göre daha güvenli, paraya çevirmenin daha kolay olduğu ekonomik açıdan daha elverişli birer teminat aracı olmuştur³¹. Zira rehin ile teminat altına alınmış bir borcun borçlu tarafından ifa edilmemesi durumunda alacaklının rehin konusunun mülkiyetini kazanacağına dair anlaşma yapması yasaklanmıştır (lex commissoria yasağı)³².

III. İNANÇLI İŞLEMİN ŞEKLİ

İnançlı işlemlerin şekline ilişkin de herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada ve doktrinde inanca işlemlerin geçerliliği herhangi bir şekil koşuluna bağlanmamış; ispatı şekil koşuluna bağlanmıştır. İnanç sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlanmamış ise de inanca işlem konusu mal

²⁸ MEHMETOĞLU, Fırat Hayrettin, Türk Hukukunda İnançlı İşlemler, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 29, Sayı 2, 2023, s. 1608.

²⁹ BİLGİLİ, İbrahim Oğuz, *Taşınmazların Teminat Amaçlı İnançlı İşlemle Devri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 19-22.

³⁰ AYDINCIK, Şirin, Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 64, Sayı 1, 2006, s. 134 - 135.

³¹ AYANOĞLU MORALI, Ahu, *Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 87.

³² ZORLU, Süheyla, Teminat Amaçlı Geri Alım Hakkı Tesisinin Lex Commissoria Yasağına Aykırı Olup Olmadığının Değerlendirilmesi, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 28, Sayı 2, 2020, s. 624.

varlığı değeri ya da hakkın devrinin geçerli olması şekil şartına bağlanmış ise bu durumda devrin geçerli olabilmesi için söz konusu şarta uyulması gerekmektedir³³.

Taşınır malların mülkiyetinin devri herhangi bir şekle bağlı değildir ancak trafik siciline kayıtlı motorlu taşıtların inancılı işlemle devri için kanunda öngörülen şekilde devir işleminin yapılması gerekmektedir³⁴.

Taşınmaz malların mülkiyetinin devri açısından ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz mallar, taşınır mal niteliğinde bulunmakta olup bu nedenle tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların devri herhangi bir şekle bağlı değildir, tapulu taşınmazların ise mülkiyetlerinin devri resmi şekilde yapılmalıdır³⁵. Doktrinde yer alan bazı görüşlerde ve Yargıtay kararlarında inancılı işlemin unsurlarından olan inanç sözleşmesinin inancılı işlemin hukuki sebebi olduğu, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının da sebebe bağlı olduğu gözetilerek inanç sözleşmesinin de resmi şekilde Tapu Müdürlüğünde yapılması gerektiği söylenmektedir³⁶.

IV. İNANÇLI İŞLEMİN UNSURLARI

İnancılı işlemler, iç içe geçmiş iki işlemden oluşmaktadır; ilk işlem, inananın inanç konusunu inanılana devretmek için yaptığı herkese karşı sürülen tasarruf işlemidir³⁷. İkinci işlem ise tarafların inanç ilişkisinden doğan haklarını ve borçlarını içeren,

³³ SAPANOĞLU, *op. cit.*, s. 547.

³⁴ Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi 19 Eylül 2024 tarih E. 2024/2801 K. 2024/2415 “...Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararında; hukuki ilişkinin ve bu ilişki nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzlığa yukarıda yer verilen hukuk kurallarının doğru şekilde uygulandığı, satış protokolünün harici araç satış sözleşmesi niteliğinde olduğu ve resmi şekilde yapılmaması nedeniyle geçersiz olduğu, tarafların ancak verdiklerini sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri isteyebileceği anlaşılmakla, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

³⁵ *Ibid.*, s. 547.

³⁶ *Ibid.*, s. 552 - 555.

³⁷ YÜKSEL ORHUN, Mercan, *Teminat Amacıyla Alacağın Devri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017, s. 17-18.

tasarruf işleminin mutlak sonuçlarını nispi olarak sınırlandıran ve inanılanın hukukî durumunu tespit eden, borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan inanç sözleşmesidir³⁸.

A. İnanç Sözleşmesi

İnanan, inanç konusunu belirlenen amacın gerçekleşmesi ya da sürenin dolması ile iade edilmek üzere inanılana devretmektedir; inanan ile inanılan arasında yapılan, inançlı işlemin yapılma nedenini açıklayan, tarafların haklarını ve borçlarını belirleyen kendine özgü (sui generis) sözleşme, inanç sözleşmesidir³⁹.

Yargıtay kararlarına göre de inanç sözleşmeleri, sözleşmenin taraflarının karşılıklı iradelerine uygun olarak taraflara haklar ve borçlar veren geçerli sözleşmelerdir⁴⁰. İnanç sözleşmelerinde taraflar hem hak ve borçları hem de işlemin sona erme sebeplerini ve diğer unsurları belirleyebileceklerdir⁴¹. İnanç sözleşmelerinde aynı zamanda sözleşmede tarafların sözleşmeye aykırı davranışları halinde karşılaştıkları yaptırımlar da düzenlenebilecek olup inanç sözleşmesinde yer alan

³⁸ *Ibid.*, s. 17-18.

³⁹ ÖZKAYA, *op. cit.*, s. 37.

⁴⁰ Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi 23 Kasım 2022 tarih, E. 2022/4410 K. 2022/7725 “...İnanç sözleşmeleri, tarafların karşılıklı iradelerine uygun bulunduğu için, onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı veren geçerli sözleşmelerdir. Anılan sözleşmelerde, taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inançlı işlemin sona erme sebeplerini; devredilen hakkın inanılan tarafından inanana iade şartlarını, bu arada tabii ki süresini de belirleyebilirler. Bunun dışında, akde aykırı davranışın yaptırımına da sözleşmelerinde yer verebilirler. Buna dair akit hükümleri de TBK'nın 26 ve 27. maddelerine aykırılık teşkil etmediği sürece geçerli sayılır...”, (<https://lib.kazanci.com.tr/>)

⁴¹ Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 01 Kasım 2022 tarih, E. 2021/1725 K. 2022/6474 “...İnanç sözleşmeleri, tarafların karşılıklı iradelerine uygun bulunduğu için onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak ... veren geçerli sözleşmelerdir. Anılan sözleşmelerde, taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inançlı işlemin sona erme sebeplerini; devredilen hakkın inanılan tarafından inanana iade şartlarını, bu arada tabii ki süresini de belirleyebilirler. Bunun dışında, akde aykırı davranışın yaptırımına da sözleşmelerinde yer verebilirler...”, (<https://lib.kazanci.com.tr/>)

hükümler, TBK 26 ve 27. maddelerine aykırılık teşkil etmedikleri sürece geçerli olacaktır⁴². Ancak kanuna karşı hile olarak yapılan inancılı işlemler geçersiz sayılır⁴³.

İnanç sözleşmesi çift görünümlü bir işlem olup taraflar yaptıkları anlaşma ile hem kendilerine özgü bir sebep ile inancılı devri gerçekleştirirken hem de inananın ve inanılanın birbirlerine karşı yükümlülüklerini düzenlemektedir⁴⁴. İnanılanın –inancılı işlemin niteliğine göre- inananın talimatına uyacağı, inananın menfaatine hareket etmeyeceği; inananın da inanılana karşı -özellikle teminat amacı ile yapılan devirlerde- borcunu ödeyeceğini düzenleyen sözleşmelerdir⁴⁵.

İnanç sözleşmesinin kurucu, sınırlayıcı ve bozucu olmak üzere üç temel işlevi bulunmakta olup kurucu işlev, söz konusu anlaşmanın yapılma amacını belirlemektedir; bu amaç teminata yahut farklı amaçlara yönelik de olabilir⁴⁶. Sınırlayıcı işlev ise inanılanın inancılı işlemin konusu üzerindeki idare ve yönetim yetkisinin sınırlandırılmasıdır, inancılı sözleşmesinin bozucu işlevi ise inancılı işlemin sona erme hallerinin belirlenmesidir⁴⁷.

⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22 Kasım 2023 tarih, E. 2022/1-202 K. 2023/1138 “...İnanç sözleşmeleri, tarafların karşılıklı iradelerine ... bulunduğu için, onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı veren geçerli sözleşmelerdir (6098 Sayılı Kanun, madde 97). Anılan sözleşmelerde, taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inancılı işlemin sona erme sebeplerini; devredilen hakkın inanılan tarafından inanana iade şartlarını, bu arada tabii ki süresini de belirleyebilirler. Bunun dışında, akde aykırı davranışın yaptırımına da sözleşmelerinde yer verebilirler. Buna dair akit hükümleri de 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26 ve 27. (818 Sayılı Kanun madde 19 ve 20) maddelerine aykırılık teşkil etmediği sürece geçerli sayılır...”, (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁴³ YAVUZ, Nihat, Doğrudan Doğruya Temsil / Nam-ı Müstear / Dolayısı ile Temsil / İnançlı İşlem / Tarafta Muvazaa / Nam-ı Müstear ile Muvazaa İlişkisi / İspat rejimi (ve) Kanuna Karşı Hile Kavramları ile Bunlara İlişkin Yargıtay Uygulaması, *Yargıtay Dergisi*, 2001 / 1-2, s.98.

⁴⁴ UYGUR, Atiye B. , Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2006, s. 173.

⁴⁵ *Ibid.* , s. 173.

⁴⁶ YILMAZ, Süleyman/PINAR, Hamdi, İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 4, 2009, s. 965.

⁴⁷ *Ibid.* , s. 965.

B. Kazandırıcı İşlem

İnançlı işlemin bir diğer unsuru kazandırıcı işlem olup kazandırıcı işlem, inananın, inanç konusunu inanılana kazandırmak için yaptığı bir tasarruf işlemidir⁴⁸. İnanç konusunun, inanılan tarafından kazanılması iki şekilde gerçekleşecektir. Birinci halde, inançlı kazandırma doğrudan doğruya inanan tarafından yapılır yani inanç konusu inananın mal varlığından, inanılanın mal varlığına geçer⁴⁹. İkinci halde ise, inanç konusu üçüncü bir kişinin mal varlığından bizzat inanılan tarafından iktisap edilir diğer bir ifadeyle dolaylı olarak inanılanın mal varlığına geçer⁵⁰.

Bu işlem inanç anlaşması uyarınca taraflardan birine ait bir hakkın diğerine geçmesini sağlayan bir devir işlemidir, devir işlemiyle inanılanın mal varlığında bir artış gözlenirken inananın mal varlığının aktifinde bir azalma olur⁵¹.

Kazandırıcı işlemlerin şekli, genel hükümlere tabi olup inanç konusunun devri, hakların devrinin şekline göre yapılacaktır⁵².

Her kazandırıcı işlemin bir amacı, hukuki sebebi bulunmaktadır, kazandırıcı işlem yapılırken aynı zamanda bir amaca ulaşma hedefi de güdülmektedir, tapulu taşınmazlar, tapusuz taşınmazlar ve taşınırlar hakkında yapılan kazandırıcı işlemler, doktrinde yer alan baskın görüşe göre hukuki sebebe bağlıdır ve yapılan işlemlerde illilik prensibi geçerlidir. Bu noktada örneğin teminat ya da idare amacı ile yapılan bir kazandırıcı işlemin satış şeklinde yapılması halinde inançlı işlemin geçerliliği hakkında tartışmalar bulunmaktadır. Bazı görüşlere göre resmi sözleşmenin tarafların gerçek iradelerine uygun olmaması, sözleşmenin tamamını geçersiz hale

⁴⁸ UYGUR, *op. cit.* , s. 174; Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi 24 Nisan 2023 tarih E. 2021/4052 K. 2023/2387 “...Kazandırıcı işlem ile inançlı işlem konusu şey doğrudan inanan veya üçüncü bir kişi tarafından inanılana devredilir. Bu suretle, inanılanın mal varlığı zenginleşirken inananın mal varlığında aynı oranda azalma meydana gelmektedir...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁴⁹ UYGUR, *op. cit.* , s. 174.

⁵⁰ *Ibid.* , s. 174.

⁵¹ YILMAZ/PINAR, *op. cit.* , s. 966.

⁵² ÖZKAYA, *op. cit.* , s. 40.

getirmektedir⁵³. Yargıtay tarafından da önceleri bu sözleşmeler, muvazaalı olması nedeni ile geçersiz sayılırken⁵⁴ sonraki kararlarında işbu sözleşmeler geçerli sayılmıştır⁵⁵. Ancak halen doktrin ve uygulamada salt çoğunluğu alan bir görüş bulunmamaktadır⁵⁶.

V. İNANÇLI İŞLEMİN ÇEŞİTLERİ

İnançlı işlemleri, tarafların yararlanma durumuna ve izlenen amaca göre saf inancılı işlemler ve karma inancılı işlemler olarak ikiye ayırmak mümkündür⁵⁷.

A. Saf İnançlı İşlemler

Saf inancılı işlemler, inananın ya da inanan tarafından belirlenen üçüncü kişinin yararına yapılan işlemlerdir; inanılan inanç konusu mal varlığını inanan ya da onun belirlediği kişi yararına elinde bulundurur ve onun talimatına uygun olarak kullanır.⁵⁸

İnanılan elinde bulundurduğu inanç konusunu ya doğrudan doğruya inananın ya da yararlananın emir ve talimatlarına uygun olarak kullanır⁵⁹. İşleme saflık niteliğini kazandıran, inanılanın başkasının menfaati için hareket etmesi, böylece işlemin amacı kapsamına giren menfaatin birden çok kişiye bölünmeksizin tek bir kişiye ait olmasıdır⁶⁰.

Saf inancılı işlemler uygulamada genel olarak yönetim amacıyla gerçekleştirilmektedir, inanılan inanç konusunu yönetirken inanç konusunu yalnızca

⁵³ ÖZKAYA, *op. cit.*, s. 40.

⁵⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14 Aralık 1949 tarih, E. 1949/243-173 K. 1949/122 (Bkz. ÖZKAYA, *op. cit.*, s. 52).

⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul 2017, s. 384 – 388.

⁵⁶ *Ibid.*, s. 43.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 46.

⁵⁸ *Ibid.*, s. 46.

⁵⁹ BERKTAŞ YÜKSEL, *op. cit.*, s. 27.

⁶⁰ *Ibid.*, s. 27.

yönetimin gerektirdiği amaçlar için kullanabilecek ve bu amaçla üzerinde tasarruf edebilecektir⁶¹.

Saf inançlı işlemlere tahsil amacıyla bir alacağın devredilmesi, işletmenin tasfiyesi, idaresi ve yeniden organizasyonu amacı ile bir başkasına devredilmesi örnek olarak gösterilebilecektir⁶². Uygulamada da inanç konusu, daha çok idare amacıyla devredilmektedir. Örneğin yurt dışında yaşayan, zamanı olmayan kimseler özellikle taşınmazları ile ilgili tüm işlemlerin idare edilebilmesi amacı ile inançlı işlem yaparak söz konusu taşınmazları inanılana devretmektedir⁶³. Burada inanılan, inanç konusunu yalnızca inanç sözleşmesindeki koşullara uygun olarak ve inanan ya da onun tarafından belirlenen üçüncü kişi yararına kullanacaktır⁶⁴.

Öğretide ve uygulamada saf inançlı işlemler için vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı noktasında ortak görüş bulunmaktadır⁶⁵.

B. Karma İnançlı İşlemler

Karma inançlı işlemler ise inanılan yararına yapılan işlemlerdir⁶⁶. Karma inançlı işlemlerde inanılan, inançlı işlemin konusunu oluşturan hak veya şeyin kendisine devrini sağlar⁶⁷. Devir ile inanılan, malikin hak ve yetkilerini kazanır, söz konusu yetkiler, borç ödendikten sonra inanç konusunu inananı iade etmekle sona erer⁶⁸.

⁶¹ *Ibid.* , s. 27.

⁶² PARLAK BÖRÜ, Şafak, Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemler Devri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 128, Ocak Şubat 2017 s. 241-242.

⁶³ *Ibid.* , s. 241.

⁶⁴ *Ibid.* , s. 242.

⁶⁵ ÖZKAYA, *op. cit.* , s.47.

⁶⁶ BERKTAŞ YÜKSEL, *op. cit.* , s. 28.

⁶⁷ MEHMETOĞLU, *op. cit.* , s. 1614.

⁶⁸ Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi 03 Mart 2010 tarih E. 2010/1003 K. 2010/2330 “...Hemen belirtilmelidir ki, bilimsel alanda karma inançlı işlem olarak nitelendirilen teminat maksadıyla devirler öteki inançlı işlemler gibi mülkiyeti inanılana nakleden geçerli işlemler olup bu işlemle inanılan bir malikin hak ve yetkilerini kazanır ise de inanç sözleşmesinde kararlaştırılan yükümlülüklerini, özellikle inançlı işlem sona erdikten, başka bir anlatımla borç ödendikten sonra inanç konusunu inananı iade etme borcunu yerine getirmesi gerekir. İnanılan en başta gelen bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde inanan, inanç sözleşmesinden doğan

Karma inançlı işlemlerin en tipik örneğini alacağın teminat amacıyla devri oluşturmaktadır⁶⁹. Yapılan inançlı işlem ile inanılana ait alacak hakkı, inananın mal varlığında bulunan bir hakkın ya da değer inanın devredilmesi ile güvence altına alınmaktadır⁷⁰. Bu sayede inanan kendi alacağını inananın alamama riskine karşı inanç konusunun sahibi olmaktadır ve inananın inanç konusu üzerindeki yönetim hakkı da inananla aralarındaki borç ilişkisi ile sınırlı tutulmaktadır⁷¹.

Teminat altına alınan alacak, inanan tarafından ödendiğinde, inanan artık inanç konusunu kendi yararına elinde bulunduramaz⁷². Bu durumda inanan, inanç konusunu inananın devredene kadar onu inananın yararına yönetmek ve korumakla yükümlü olur⁷³. Özellikle teminat amacıyla devirlerin karma inançlı işlemler olarak nitelendirilmesinin nedeni de teminat altına alınan alacak henüz inanan tarafından ödenmeden önce inananın menfaati ön plandayken, alacak ödendikten sonra inananın menfaatinin öne çıkması, yapılan işlemde sözleşmenin her iki tarafının da menfaatinin bulunmasıdır⁷⁴.

Bu tür sözleşmeler başlangıçta Yargıtay tarafından muvazaalı kabul edilerek geçersiz sayılmıştır⁷⁵. Ancak günümüzde doktrinde olduğu gibi Yargıtay kararlarında da bu temliklerin geçerli olduğu ve temlik niteliği taşıdığı vurgulanmaktadır⁷⁶.

borcunu tamamen ödemek suretiyle inanç konusunun kendisine iade edilmesini her zaman isteyebilir...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁶⁹ MEHMETOĞLU, *op. cit.* , s. 1614.

⁷⁰ BERKTAŞ YÜKSEL, *op. cit.* , s. 28; Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 28 Şubat 2023 tarih E. 2021/6958 K. 2023/1195 “...Teminat amacıyla inanç sözleşmesinin tanımını da şu şekilde vermek mümkündür: “Bu sözleşme ile inanan, inanılana aralarındaki anlaşmaya uygun olarak kullanmak ve alacağı ödendiğinde geri döndürmek koşulu ile sahip olduğu bir hakkı (alacak veya taşınır veya taşınmaz üzerindeki aynı hak) borcunun teminatı olmak üzere devreder...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁷¹ BERKTAŞ YÜKSEL, *op. cit.* , s. 28.

⁷² *Ibid.* , s. 28; SEROZAN, Rona, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 1968, s. 191.

⁷³ *Ibid.* , s. 28.

⁷⁴ BERKTAŞ YÜKSEL, *op. cit.* , s. 28.

⁷⁵ ÖZKAYA, *op. cit.* , s. 48.

⁷⁶ *Ibid.* , s. 48.

Karma inançlı işlemler için öğretide ve uygulamada rehin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı noktasında ortak görüş bulunmaktadır⁷⁷.

VI. İNANÇLI İŞLEMİN İSPATI

Türk Medeni Kanununun 6. maddesi uyarınca inançlı işleme dayanarak istemde bulunacak olan taraf, iddiasını ispat ile yükümlüdür⁷⁸. Kural olarak ise inanç sözleşmesine ilişkin iddialar 05.02.1947 tarihli 20/6 sayılı içtihadı birleştirme kararı uyarınca şekle bağlı olmayan yazılı delil ile ispatlanmalıdır. İnanç sözleşmesinde sözleşmeye taraf olanların imzasının bulunması gerekmektedir⁷⁹. İnanç sözleşmesinden kaynaklı istemde bulunan tarafta herhangi bir yazılı sözleşme bulunmamakla birlikte taraflar arasında yapılan her türlü yazışmalar, elektronik postalar gibi belgelerin varlığı halinde söz konusu belgeler delil başlangıcı sayılmakta ve iddia her türlü delil ile ispatlanacak bir nitelik almaktadır⁸⁰. İspat yükü kendisinde

⁷⁷ *Ibid.*, s. 49.

⁷⁸ Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi 4 Ekim 2022 Tarih, E. 2022/6060, K. 2022/6405 “...Bilindiği üzere TMK’nın 6. ve 6100 Sayılı HMK’nın 190. maddeleri gereğince herkes iddiasını ispat ile mükelleftir. Davalılar, miras bırakanları tarafından taşınmazın teminat gösterilmek suretiyle çekilen krediler ve hatta taşınmaz teminat gösterilmeksizin aynı bankadan ve başka bankalardan kullanılan kredilerin inançlı işlem kapsamında çekildiğini iddia ettiğine göre, bu kredilerin inançlı işlem çerçevesinde kullanıldığını ve bedellerinin davacıya teslim edildiğini ispat yükü davalı taraftadır. Davalıların iddialarını ispatlaması halinde ise, davacı kendisine ödenen bedeli bankaya ödediğini ispatla mükelleftir. Öte yandan, davacı dava dilekçesinde taşınmaz teminat gösterilmek suretiyle toplamda 30.000,00 TL kredinin kendisi için çekildiğini kabul etmiş, dava dilekçesinin devamında ise arada ufak tefek bazı kredilerin de kendisi için çekildiği beyanında bulunmuştur. Bu nedenle, davacının isticvap edilmek suretiyle kabullendiği kredilerin hangi kredilerden oluştuğunun somutlaştırılması gerekir...”, (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁷⁹ Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi, 23 Kasım 2022 tarih, E. 2022/4410 K. 2022/7725 “...Uygulamada mesele, 05.02.1947 tarihli ve 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ile ilişkilendirilip, bu karar dayanak yapılmak suretiyle çözüme gidilmektedir. İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin sözleşmeye taraf olanların veya inanılanın imzasını içermesi gereklidir. Bunun dışındaki bir kabul, hem İçtihadı Birleştirme kararının kapsamının genişletilmesi, hem de taşınmazların tapu dışı satışlarına olanak sağlamak anlamını taşıyacağından kendine özgü bu sözleşmelerle bağdaştırılamaz...”, (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁸⁰ Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi, 10 Kasım 2022 tarih, E. 2022/3975 K. 2022/7405 “...Uygulamada mesele, 05.02.1947 tarihli ve 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ile ilişkilendirilip, bu karar dayanak yapılmak suretiyle çözüme gidilmektedir. İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin sözleşmeye taraf olanların veya inanılanın imzasını içermesi gereklidir. Bunun dışındaki bir kabul, hem İçtihadı Birleştirme kararının kapsamının genişletilmesi, hem de taşınmazların tapu dışı satışlarına olanak sağlamak anlamını taşıyacağından kendine özgü bu sözleşmelerle bağdaştırılamaz. 05.02.1947 tarihli 20/6 sayılı

olan tarafta herhangi bir belge de bulunmaması halinde son çare olarak ikrar, yemin deliline başvurulacaktır⁸¹.

İnançlı işlemlere ait yazılı delilin düzenleme tarihinin temlik öncesi mi temlik sonrası mı olacağı noktasında hem doktrinde hem de yargı kararlarında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda söz konusu sözleşmenin en geç sözleşme konusu işlem tarihinde düzenlenmiş olması gerektiği,

İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, inancılı işleme dayalı iddianın, şekle bağlı olmayan yazılı delille kanıtlanması gerekeceği kuşkusuzdur. Şayet, ispat külfeti kendisinde olan tarafın yazılı bir belgesi yok ise ancak taraflar arasında gerçekleştirilen mektup, banka dekontu, yazışmalar gibi birtakım belgeler var ise bunların delil başlangıcı sayılacağı ve iddianın her türlü delille kanıtlanmasının olanaklı hale geleceği sabittir. Şayet, delil başlangıcı sayılacak böylesi bir olgu da bulunmuyor ise iddia sahibinin son başvuracağı delilin karşı tarafa yemin teklif etme hakkı olduğu da şüphesizdir...” (https://lib.kazanci.com.tr/).

⁸¹ Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi, 10 Kasım 2022 tarih, E. 2022/3975 K. 2022/7405, (https://lib.kazanci.com.tr/); HELVACI, İlhan, Hukuki Mütalaalar Cilt 2, Ocak 2017, s.23; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18. Ekim 2022 tarih, E.2020/14-598 K.2022/1307 (https://lib.kazanci.com.tr/) “...Diğer taraftan, Hukuk Genel Kurulunun 14.07.2010 tarih ve 2010/14-394 E., 2010/395 K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere, inanc sözleşmesinin yazılı olması koşulu bir geçerlilik şartı olmayıp ispat şartıdır. İnançlı işlemin yazılı delilini inanc sözleşmesi oluşturmaktadır. Kazandırıcı işlem resmî şekilde yapılsa dahi inanc sözleşmesinin resmî şekilde yapılması gerekli olmayıp sadece yazılı yapılması zorunlu ve yeterlidir. Nitekim bu husus yukarıda etraflıca açıklandığı üzere 05.02.1947 tarih ve 20/6 Sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında da açıkça belirtilmiştir. Başka bir anlatımla, tapulu taşınmazın inancılı işlemlerle temlikinde, inancılı işlemin yazılı biçimde yapılması gerekli ve yeterli olup yazılı şeklin bir ispat koşulu olduğu 05.02.1947 tarih, 20/6 Sayılı İnançlı Birleştirme Kararının gereğidir. 33. Uygulamada, açıklanan nitelikte bir yazılı delil bulunmasa bile yanlar arasındaki uyumsuzluğun tümünü kanıtlamaya yeterli sayılmamakla beraber bunun vukuuna delalet edecek karşı taraf elinden çıkmış delil başlangıcı niteliğinde bir belge varsa, inanc sözleşmesinin “tanık” dahil her türlü delil ile kanıtlanabileceği kabul edilmiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.12.2005 tarihli ve 2005/14-677 E., 2005/774 K.; 14.11.2019 tarihli ve 2017/1-1254 E., 2019/1197 K.; 18.02.2020 tarihli ve 2018/14-1065 E., 2020/180 K. ve 14.06.2022 tarihli ve 2019/14-799 E., 2022/911 K. sayılı kararları). 34. Delil başlangıcı, 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 292. maddesinde “Senetle ispatı lazımgelen hususlarda tahriri bir mukaddime beyine mevcut olursa şahit istimai caizdir. Mukaddime beyine müddeabihin tamamen sübutuna kafi olmamakla beraber bunun vukuuna delalet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraf canibinden verilen evrak ve vesaiktir” şeklinde hükme bağlanmış iken 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 202. maddesinde “(1) Senetle ispat zorunluluğu bulunan hâllerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir. (2) Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir.” şeklinde düzenlenmiştir. 35. Yazılı delil veya delil başlangıcı yoksa inanc sözleşmesinin ikrar (HMK m1. 88) yemin (HMK m. 225 vd) gibi kesin delillerle de ispat edilmesi mümkündür...” (https://lib.kazanci.com.tr/)

aksinin kabulünün içtihadı birleştirme kararı kapsamını genişlettiği ve tapu dışı satışlara yol açacağı anlamı taşıyacağı belirtilmiştir⁸².

Yargıtay tarafından verilen sözleşme düzenleme tarihinin temlik öncesi veyahut temlik sonrası olmasının bir önem arz etmediği, içtihadı birleştirme kararında belgenin yazılı olmasından başka bir şart aranmadığı, inanç sözleşmesinin düzenleme tarihinin işlem tarihinden önce ya da sonra olmasının bir etkisinin bulunmadığı, tarafların gerçek iradesini yansıtan belgelerin varlığı halinde bu durumu şekle kurban etmemek gerektiğinin söylendiği kararlar da bulunmaktadır⁸³.

⁸² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14 Kasım 2007 tarih, E. 2007/1-756 K. 2007/848 “...Belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararı’nda da değinildiği üzere; inanç sözleşmeleri bir yandan mülkiyeti nakil borcu doğurması bakımından tarafları bağlayıcı, diğer yandan, mülkiyetin naklinin sebebini teşkil etmesi açısından tasarruf işlemlerini bünyesinde barındıran sözleşmelerdir. Bu durumda koşulların oluşması halinde taşınmaz mülkiyetini nakil özelliğini taşıdığı kabul edilmelidir. İçtihadı Birleştirme Kararı’nın sonuç bölümünde ifade olunduğu üzere, inançlı işleme dayalı olup dinlenilirliği kabul edilen iddiaların ispatı, şekle bağlı olmayan yazılı delildir. İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin sözleşmeye taraf olanların imzasını içermesi ve en geç sözleşme konusu işlem tarihinde düzenlenmiş olması gereklidir. Bunun dışındaki bir kabul, hem İçtihadı Birleştirme Kararı’nın kapsamının genişletilmesi, hem de taşınmazların tapu dışı satışlarına olanak sağlamak anlamını taşıyacağından kendine özgü bu sözleşmelerle bağdaştırılamaz. Belirtilen bu düşünceler dairenin yerleşik uygulamasına yansıdığı gibi Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenmiştir (HGK. 28.12.2005 tarih 2005/14-677-774). Somut olaya gelince; çekişme konusu 61 parsel sayılı taşınmazın 16.07.1991 tarihinde davaya katılan H.1.’ye onun tarafından da 26.12.2002 günü davalı Abdullah’a satış suretiyle temlik edildiği anlaşılmaktadır. Davaya dayanak yapılan belgenin ise 03.11.1992 tarihinde, temlikten sonra düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu belgenin yukarıda ifade edilen 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda öngörülen ispat vasıtası olarak kabulü olanaksızdır. Bu durumda davanın reddi gerekirken kabulü doğru değildir...)...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>) ;Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi, 24 Haziran 2008 tarih, E. 2008/3526 K. 2008/7910 “İçtihadı Birleştirme kararının sonuç bölümünde ifade olunduğu üzere, inançlı işleme dayalı olup dinlenilirliği kabul edilen iddiaların ispatı, şekle bağlı olmayan yazılı delildir. İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin sözleşmeye taraf olanların imzasını içermesi ve en geç sözleşme konusu işlem tarihinde düzenlenmiş olması gereklidir. Bunun dışındaki bir kabul, hem İçtihadı Birleştirme kararının kapsamının genişletilmesi, hem de taşınmazların tapu dışı satışlarına olanak sağlamak anlamını taşıyacağından kendine özgü bu sözleşmelerle bağdaştırılamaz...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁸³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14 Temmuz 2010 tarih, E. 2010/14-394 K. 2010/395 “...Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Taraflar arasında düzenlenmiş belgenin inanç sözleşmesi olduğu, tarihinin tapu devrinden sonraya ilişkin bulunmasının sonuca etkili olmadığı, dolayısı ile ispat vasıtası olarak ileri sürülmesinde bir engel bulunmadığı kabul edilerek, dosyada mevcut deliller doğrultusunda çekişmenin esasının incelenerek bir hüküm kurulması gerekir...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>) ; Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 1 Kasım 2022 tarih, E. 2021/1725 K. 2022/6474 “...3.1.3.İnançlı işleme ilişkin yukarıda değinilen ilkeler doğrultusunda söz konusu belgenin açıklanan içeriği yorumlandığında, belgenin tüm unsurları

VII. İNANÇLI İŞLEME DAYALI DAVALARDA DAVA AÇMA SÜRESİ

Kural olarak aynı hakları koruyan talep ve dava hakları, kişilik hakları gibi haklar zamanaşımına tabi bulunmamaktadır ancak inançlı işlemlerde yapılan işlemin geçerli olması nedeni ile mülkiyet hakkı inanandan inanılana geçmektedir⁸⁴. Bu nedenle inançlı işlemler dolayısıyla açılan davalarda davacı, aynı bir hakkı değil sözleşmeden kaynaklı kişisel hakkını talep etmektedir; bu nedenle inançlı işleme dayalı olarak açılan davalar, süreye tabidir⁸⁵.

İnançlı işleme ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme bulunmadığı gibi inançlı işlemde kaynaklı açılacak davalarda yasal dava açma süresinin ne olduğuna dair de bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada inanç ilişkisinden kaynaklanan davaların TBK m. 146’da düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmekte olup Yargıtayın vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir⁸⁶.

Zamanaşımı süresi ise alacağın muaccel olduğu tarihte, başka bir ifadeyle inanç konusunun iadesinin gerektiği tarihte işlemeye başlayacaktır ancak inançlı işlemin konusu taşınmaza ilişkin ise aynı zamanda hak düşürücü süreler de gündeme gelecektir. Zira özellikle 3402 sayılı Kadastro Kanununda düzenlenen kadastro

ile bir inanç sözleşmesi niteliğinde bulunduğu açıktır. Bu durumda, davacıların inanç sözleşmesini Antalya 1. Noteri 02.04.1979 tarih 13007 yevmiye numaralı “düzenleme beyan ve taahhüt” başlıklı belge ile kanıtlamış oldukları kabul edilmelidir. Bölge Adliye Mahkemesince, yanlışlı değerlendirilmeyle inanç ilişkisinin ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir...” (<https://lib.kazanci.com.tr/>)

⁸⁴ ÖZKAYA, *op. cit.* s. 53; SAPANOĞLU, *op. cit.* s. 704.

⁸⁵ ÖZKAYA, *op. cit.* s. 53; SAPANOĞLU, *op. cit.* s. 704.

⁸⁶ Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 19 Kasım 2024 tarih, E. 2023/4704 K. 2024/5070 “...İnanç sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden Borçlar Kanununun 125. maddesi hükmü gereğince inanç sözleşmesinden kaynaklanan davalarda zamanaşımı süresi on yıl olarak kabul edilmektedir...” (<https://lib.kazanci.com.tr/>) ; Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 1 Kasım 2022 tarih, E.2021/1725 K.2022/6474 “...Öte yandan, inanç sözleşmesinden ... davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 146. maddesi (818 s. BK md.125.) gereğince inanç sözleşmesinden kaynaklanan davalarda zamanaşımı süresi on yıl olarak kabul edilmektedir...” (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

yapılan ve yapılmayan taşınmazlar yönünden ayırım inançlı işlemlerde önem arz edecektir⁸⁷.

Kadastro görmeyen taşınmazlarda on yıllık dava açma süresi, taşınmazın istenebilir hale gelmesi veya taşınmazın iadesinin gerçekleştirileceğine dair umudun kesilmesi ile başlar⁸⁸. Kadastro yapılmış taşınmazlar yönünden ise kadastro tespiti öncesinde yapılan inanç sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda dava açma süresi kadastro tespitinin yapıldığı tarihten itibaren on yıldır ve bu süre hak düşürücüdür⁸⁹.

VIII. İNANÇLI İŞLEMİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Genel Olarak

İnançlı işlemler, kazandırıcı bir işlem niteliğinde olduğundan, diğer kazandırıcı işlemlerle aynı hukuki sonuçları doğurur⁹⁰. Ancak, inanç sözleşmesinin içeriği ve inançlı işlemin özellikleri doğrultusunda, işlemin hüküm ve sonuçları değişiklik gösterebilir⁹¹.

B. İnançlı İşlemin İç İlişkide Doğurduğu Sonuçlar

İnanılan, inanç sözleşmesi ile hem inanç konusu edilen mal varlığına özenle bakma ve kullanma yükümlülüğü altına girmekte hem de inanç konusu mal varlığının maliki

⁸⁷ SAPANOĞLU, *op. cit.*, s. 710.

⁸⁸ *Ibid.*, s. 711 – 713;

⁸⁹ *Ibid.*, s. 711 – 713; Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi 02 Mart 2022 tarih, E. 2021/3629 K. 2022/1679 “...3.3.1. Çekişmeli 15 parsel sayılı taşınmazla ait kadastro tespit tutanağı 06.01.1987 tarihinde kesinleşmiştir. Bu durumda tutanağın kesinleştiği 06.01.1987 tarihinden davanın açıldığı 25.04.2016 tarihine kadar 3402 Sayılı Kadastro Kanunu'nun 12/3. maddesinde öngörülen 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmiş olması nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılıklı değerlendirme ile davanın esasına girilerek ret karar verilmiş olması, doğru olmamıştır...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁹⁰ ÖZKAYA, *op. cit.*, s. 56; Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi 24 Nisan 2023 tarih E. 2021/4052 K. 2023/2387 “...İnançlı işlem, aynı zamanda bir kazandırıcı işlem olduğundan öteki kazandırıcı işlemlerin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. İnanç konusu mülkiyet veya hak inananın mülkiyetinden çıkar, inanılanın mal varlığına girer. İnanılan, bir malikin ve hak sahibinin yapabileceği tasarrufları yapma yetkisini kazanır...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁹¹ *Ibid.*, s. 56.

olmaktadır, bu nedenle inanılan, inançlı işlem süresi boyunca bu haklarını inanana karşı dahi kullanabilmektedir⁹². İnanılan, inanç konusu mal varlığı değerine anlaşma süresince özenli bakmalı, üçüncü kişilerden gelecek zararlara karşı gerekli önlemleri almalıdır, inanılanın en önemli yükümlülüklerinden biri ise sözleşmenin bitimi sonrasında inanç konusunu inanana iade etmesidir⁹³. İnanılan tarafından inanç konusunun inanana iade edilmemesi halinde inanan, inanç sözleşmesinden kaynaklanan nispi haklarını inanılana karşı kullanabilecek; inanç konusunun iade edilmesinin imkânsız olduğu hallerde ise Türk Borçlar Kanunu m. 96, 313 ve 386 uyarınca tazminat talebinde bulunabilecektir⁹⁴.

Tarafların birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri inançlı işlemin türüne göre de farklılık arz edebilecektir. Saf inançlı işlemlerde inanılanın inanç konusu işlemin

⁹² *Ibid.* , s. 56-58.

⁹³ *Ibid.* , s. 56-58; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23 Ekim 2024 tarih E. 2023/1079 K. 2024/528 "...Karşılıklı olarak iki tarafa borç yükleyen inanç sözleşmesi nedeniyle taşınmazın iadesini talep eden davacının 6098 Sayılı Kanun'un 97. (BK'nın 81 inci) maddesi uyarınca kendi borcunu ifa etmiş olması ya da ifasını önermiş olması gerekir. Bahsi geçen yasa maddesi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa zamanına ilişkin olarak özel bir düzenleme içermekte ve "Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir" hükmünü taşımaktadır. Bu maddeye göre taraflardan biri borçlanmış olduğu edimi yerine getirmiş veya ifasını önermiş olmadıkça, diğer taraf kendi edimini ifadan kaçınma hakkına sahiptir. Bu tür sözleşmelerde özel bir kanun hükmü, teamül veya anlaşma olmadıkça taraflardan birinin borcunu diğerinden daha önce ifa yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yukarıda değinildiği üzere inanç sözleşmelerinde, taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inançlı işlemin sona erme sebeplerini, devredilen hakkın inanılan tarafından inanana iade şartlarını, bu arada tabii ki süresini de belirleyebilirler. Somut olayda da, davanın tarafları ve dava dışı gerçek borçlu... arasında imzalanan 26.10.2017 tarihli sözleşmenin (2.c) fıkrasında parantez içerisinde dava konusu taşınmazın iade süresi kesin bir anlatım ile kararlaştırılmıştır. Parantez içerisinde yer verilen "her hâlde" ibaresinden "kesinlikle" şeklindeki anlam çıkarılması da istifade edilen Güncel Türkçe Sözlüğün bir gereğidir (<https://sozluk.gov.tr/>, 2024).Sözleşmelerin yorumunu düzenleyen 6098 Sayılı Kanun'un 19. maddesi dikkate alındığında, 26.10.2017 tarihli sözleşmenin (2.c) fıkrası ile dava dışı gerçek borçlu ...'nin davalı ...'a 1.600.000,00 TL'yi sözleşmenin tanzim tarihinden itibaren 18 ay içerisinde ödeyip ödemediğine bakılmaksızın her hâlde anılan sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 18 ay geçtikten sonra davalı ...'ya dava konusu taşınmazı davacıya iade etme borcunun yüklendiği ortadadır. Sözleşmenin tanzim tarihinden 18 ay sonrasının 26.04.2019 olduğu, eldeki davanın ise bu tarihten sonra 09.09.2019 tarihinde açıldığı, netice olarak davacının dava konusu taşınmazın mülkiyetini, bir başka ifadeyle tapu iptalini talep etme hakkının doğduğu Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir..." , (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

⁹⁴ *Ibid.* , s. 56-58.

idaresinden kaynaklanan işlemlerin tamamını yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁵. İnancı bu yükümlülükleri yerine getirirken bir zarara uğrar ise ya da bulunan hal gerektiriyorsa inandan ücret isteme hakkı da bulunmaktadır⁹⁶. Karma inançlı işlemlerde inanın inanılana karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde inancın inanç konusunu paraya çevirmek sureti ile alacağını alma imkânı da ek olarak bulunmaktadır⁹⁷. İnancı tarafından inanç konusunun iade edilmesi talebinde bulunulabilmesi için inanın inanılana karşı yükümlülüklerini yerine getirilmiş olması gerekmektedir⁹⁸.

C. İnancı İşlemin Dış İlişkide Doğurduğu Sonuçlar

İnancı işlemlerde inanç sözleşmesine taraf olmayanlar üçüncü kişi durumundadırlar. İnancı sözleşmenin düzenlenmesi ile inanç konusunu oluşturan mal varlığı değeri, hak ya da alacak inanılana geçmiştir; inancı inanç konusu mal varlığı değeri üzerinde tam bir kullanım ve idare etme hakkına sahiptir bu nedenle inancı tarafından inanç konusunun üçüncü kişilere devredilmesi halinde kural olarak bu işlemler geçerlidir⁹⁹. Bu noktada inancı, inanç ilişkisinin kurulduğu andan itibaren inancı tarafından yapılacak bu olası devirlere karşı kural olarak yalnızca tazminat isteminde bulunabileceğinin de bilincindedir, bu nedenledir ki inancı, salt üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığından bahisle yapılan devir işleminin iptalini talep edemeyecektir¹⁰⁰. Ne var ki inancı tarafından üçüncü kişilere yapılan bu devirlerin muvazaalı olması veya hile hallerinin bulunması durumunda hukuki yararı bulunan kişiler sözleşmenin feshini talep edebilecektir¹⁰¹. Ayrıca şartlarının bulunması durumunda tasarrufun iptali davalarının açılma imkânı da bulunmaktadır¹⁰².

⁹⁵ *Ibid.*, s. 56-58.

⁹⁶ *Ibid.*, s. 56-58.

⁹⁷ *Ibid.*, s. 57-58.

⁹⁸ *Ibid.*, s. 58.

⁹⁹ *Ibid.*, s. 58.

¹⁰⁰ *Ibid.*, s. 58.

¹⁰¹ *Ibid.*, s. 58.

¹⁰² *Ibid.*, s. 56-58, HALMAN ÇETİN, Emine, *Tasarrufun İptali Muvazaa İnancı İşlem ve Namı Müstear*, Adalet Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2022, s. 393.

İnanan tarafından yolsuz tescile dayalı bir talepte bulunmak imkânı da bulunmamaktadır zira inançlı işlemler ile yapılan tesciller, yolsuz tescil niteliğinde değildir. Eğer ki inanılan ile mal varlığı hakkını devralan arasındaki işlem muvazaalı ise söz konusu devir işlemi de geçersiz olacaktır ve sözleşmenin feshi talep edilebilecektir¹⁰³. İnanılan ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeler yönünden başvurulabilecek diğer bir hüküm ise ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu m.49/2 hükmü olup doktrinde yer alan hâkim görüşe göre bu hüküm bakımından dolaylı kastın yeterli olduğu ve inananın mal varlığı hakkını devralan üçüncü kişiden ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar verme hukuki sebebine dayalı olarak zararını isteyebileceği söylenmektedir¹⁰⁴.

İnançlı işlemlerde inanılan, sırf sözleşmeyi imkânsız kılma amacı ile inanç konusunu muvazaalı bir şekilde üçüncü bir kişiye devrederse inananın inanılanı ve üçüncü kişiyi davalı göstererek özellikle inanç konusunun taşınmaz olduğu sözleşmelerde tapu iptal ve tescil davası açması mümkündür¹⁰⁵.

IX. İNANÇLI İŞLEMİN SONA ERME SEBEPLERİ

İnançlı işlemler, inanan ile inanılan arasında kurulan iki taraflı bir sözleşme olduğu için, sözleşmelerin sona ermesine yol açan genel sebepler bu işlemler için de

¹⁰³Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi 6 Aralık 2022 tarih, E. 2021/2181 K. 2022/7507 “...İnançlı işlemin muvazaalı olması halinde, hukuki yararı bulunan davacının şahsi hakkına dayanarak muvazaa nedeniyle inançlı işlemin iptalini isteme ... bulunduğu kuşkusuzdur. Ne var ki; davacı, dava konusu taşınmazın davalı ...'e tapuda devredildiği tarihte, taşınmazın yüklenici tarafından kendisine harici sözleşmeyle satışının vadedildiğini bildiğini ve yapılan temlikin muvazaalı olduğu iddiasını ispatlayamamıştır. Bu durumda mahkemece, davacının iyi niyetli malike karşı şahsi hakka dayanması mümkün olmadığı gerekçesiyle tapu iptali ve tescil isteminin reddine karar verilerek, ikinci kademedeki tazminat istemi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirmeye yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir...” , (<https://lib.kazanci.com.tr/>)

¹⁰⁴ KAHVECİ, Nalan, İnançlı İşlemlerde El Ve İşbirliği İle Hareket Kavramı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2021, s. 289 - 290; ALDEMİR TOPRAK, İpek B. , İnançlı İşlemden Kaynaklanan Tescile Zorlama Davası, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, Aralık 2022, s. 1169 - 1170.

¹⁰⁵ ÇAKIR, Cihangir, İnanç Sözleşmesine Dayalı Tapu İptal Tescil Davası, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 94, Sayı 2, Mart 2020, s. 229.

geçerlidir¹⁰⁶. Ayrıca, inançlı işlemin belirli bir süre için yapılmasının kararlaştırıldığı durumlarda, bu sürenin sona ermesiyle birlikte sözleşme de kendiliğinden sona erer¹⁰⁷. Keza inançlı işlemlerin belirli bir amacı gerçekleştirmek için yapıldığı hallerde de amacın gerçekleşmesi ile sözleşme kendiliğinden sona erecektir¹⁰⁸. Ehliyetsizlik, hukuka ve ahlaka aykırılık, şekil eksikliğinin bulunması, tarafların karşılıklı sona erdirmeye iradelerinin bulunması ve diğer genel sebeplerin varlığı halinde de inançlı işlemler, feshedilebilecektir¹⁰⁹.

İnançlı işlemlerin türüne göre inançlı işlemin taraflarının iflası halinde uygulanacak hükümler değişiklik göstermektedir. Genel olarak inananın iflas etmesi halinde inananın alacaklıları doğrudan inanılanın mal varlığına el atabilme, sözleşmenin sona ermesi ile iade edilecek mal varlığı değerlerine başvurabilme imkânına sahiptir¹¹⁰. İnanılanın iflası halinde ise inançlı işlem konusu mal ya da hak inananın iflas masasına dâhil edilecektir; bu nedenle inanan devrettiği mal varlığı değerini ancak iflas alacaklısı olarak alabilecektir¹¹¹.

İnançlı işlemlerin türüne göre tarafların ölümünün de inanç ilişkisini sona erdirip erdirmeyeceği farklılık arz etmektedir. Saf inançlı işlemlerde inanılanın kişiliğinin önem arz etmesi nedeni ile inanılanın ölümü, iflas etmesi ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde inanç ilişkisi sona erecektir¹¹². Karma inançlı işlemlerde ise inanılanın ölümü halinde inanç konusu inanılanın mirasçılara intikal edecektir; her iki işlem yönünden inananın ölümü ise inanç ilişkisini sona erdirmeyecek, inanç ilişkisi inananın mirasçıları ile devam edecektir¹¹³.

¹⁰⁶ SAPANOĞLU, *op. cit.* s. 750, 751; BACIOĞLU, Handan, *Yönetme Amaçlı İnançlı İşlem ve Sermaye Piyasası Uygulaması*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2024, s. 132.

¹⁰⁷ *Ibid.*, s. 750, 751.

¹⁰⁸ *Ibid.*, s. 750, 751.

¹⁰⁹ *Ibid.*, s. 750, 751.

¹¹⁰ TUNCER KAZANCI, İdil, İnançlı İşlemlerde İşlemin Taraflarının İflası Ve İflasın İnançlı İşleme Etkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2823-2828.

¹¹¹ *Ibid.*, s. 2823 - 2828.

¹¹² ALTAŞ, Hüseyin/KURT, Leyla Müjde, İnançlı işlemler, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2011, s. 23.

¹¹³ *Ibid.*, s. 23.

SONUÇ

İnançlı işlemlere ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. İnançlı işlemler, inananın bir hakkını belirli bir süre ya da belirli bir amaç için inanılana geçirmeyi, inanılanın da inananın talimatlarına göre söz konusu hakkı kullanıp süre bitiminde ya da amacın gerçekleşmesi ile yeniden inanana devretme yükümlülüğü altında bulunduğu işlemlerdir. İnançlı işlemlerin konusunu devredilmesi mümkün olan hak ya da mal varlığı değerleri oluşturmaktadır. İnançlı işlemlerin birden fazla işlevi bulunmaktadır. Uygulamada en sık karşılaşılan işlevleri ise teminat işlevi, gizleme işlevi ile dolanma ve sadeleştirme işlevidir. İnançlı işlemlerin inanç sözleşmesi ve kazandırıcı işlem olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. İnançlı işlemlerin geçerliliği için herhangi bir yazılı şart aranmamakla birlikte inançlı işlemlerin ispatı ancak şekle bağlı olmayan yazılı delil ile gerçekleştirilebilir. İnançlı işlemler iç ve dış ilişkide farklı sonuçlar doğurmakta aynı zamanda inançlı işlemin türlerine göre de iç ve dış ilişkide meydana gelen sonuçlar farklılık arz etmektedir. Uygulamada inanç ilişkisinden kaynaklanan davaların Türk Borçlar Kanunu m. 146'da düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmekte olup Yargıtayın vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir. İnançlı işlemlerin inanan ile inanılan arasında kurulan iki taraflı bir sözleşme olması nedeni ile sözleşmelerin sona ermesine neden olan genel sebepler inançlı işlemleri sona erdirebilecektir, ancak inançlı işlemlerin türüne göre tarafların iflası ya da ölümü ile inançlı işlemlerin sona ermesi halinde farklı sonuçlar meydana gelebilecektir.

KAYNAKÇA

- ALDEMİR TOPRAK, İpek B. , İnançlı İşlemden Kaynaklanan Tescile Zorlama Davası, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, Aralık 2022, s. 1149-1175.
- ALTAŞ, Hüseyin/KURT, Leyla Müjde, İnançlı işlemler, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2011.
- AYANOĞLU MORALI, Ahu, *Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.
- AYDINCIK, Şirin, Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 64, Sayı 1, 2006, s. 134 - 135.
- BACIOĞLU, Handan, *Yönetme Amaçlı İnançlı İşlem ve Sermaye Piyasası Uygulaması*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2024.
- BERKTAŞ YÜKSEL, Elif, *Türk Hukukunda Saf İnançlı İşlemler*, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- BİLGİLİ, İbrahim Oğuz, *Taşınmazların Teminat Amaçlı İnançlı İşlemle Devri*, Seçkin Yayıncılık Ankara 2019.
- ÇAKIR, Cihangir, İnanç Sözleşmesine Dayalı Tapu İptal Tescil Davası, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 94, Sayı 2, Mart 2020, s.228-240.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Legem Yayınevi, 29. Baskı, 2024.
- GÜVENÇ, Özgür, *Taşınmazların İnançlı İşlemle Devri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1. Baskı 2014
- HELVACI, İlhan, *Hukuki Mütalaalar Cilt 2*, Ocak 2017, s.3-29.
- HALMAN ÇETİN, Emine, *Tasarrufun İptali Muvazaa İnançlı İşlem ve Namı Müstear*, Ankara, Adalet Yayınları, 2. Baskı, 2022.
- KAHVECİ, Nalan, İnançlı İşlemlerde El Ve İşbirliği İle Hareket Kavramı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2021, s. 257-294.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 28. Baskı, 2024.

- MEHMETOĞLU, Fırat Hayrettin, Türk Hukukunda İnançlı İşlemler, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 29, Sayı 2, 2023, s. 1604-1643.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul 2017.
- ÖZDEMİR, Furkan, *İnanç Konusunun Üçüncü Kişilerden Elde Edildiği İnançlı İşlemler*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2019.
- ÖZKAYA, Eraslan, *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, 2022.
- ÖZSUNAR, Erdal, Roma Hukukunda Rehin Hakkı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2005, s. 137-164.
- ÖZSUNAY, Ergun, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1968.
- PARLAK BÖRÜ, Şafak, Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemle Devri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 128, Ocak Şubat 2017, s. 231-272.
- SEROZAN, Rona, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 1968, s. 176 – 200.
- SAPANOĞLU, Süleyman, *Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2022.
- SİLAY, İrem, *Mülkiyetin Teminat Amacıyla Devrinin İnançlı İşlemler Bakımından Değerlendirilmesi*, KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2020.
- ŞEKER, Melih, *Roma Hukuku'nda Fiducia (İnançlı İşlem) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2019.
- TUNCER KAZANCI, İdil, İnançlı İşlemlerde İşlemin Taraflarının İflâsı Ve İflâsın İnançlı İşleme Etkisi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Özel Sayı 2014, s.2811-2834.
- UYGUR, Atiye B. , Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2006, s. 171-195.
- YAVUZ, Nihat, Doğrudan Doğruya Temsil / Nam-ı Müstear / Dolayısı ile Temsil / İnançlı İşlem / Tarafta Muvazaa / Nam-ı Müstear ile Muvazaa İlişkisi / İspat

rejimi (ve) Kanuna Karşı Hile Kavramları ile Bunlara İlişkin Yargıtay Uygulaması, *Yargıtay Dergisi*, 2001 / 1-2, s.63-100.

YILMAZ, Süleyman/PINAR, Hamdi, İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68 Sayı 4, 2019 s.959-998.

YÜKSEL ORHUN, Mercan, Teminat Amacıyla Alacağın Devri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.

ZORLU, Süheyla, Teminat Amaçlı Geri Alım Hakkı Tesisinin Lex Commissoria Yasağına Aykırı Olup Olmadığının Değerlendirilmesi, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 28, Sayı 2, 2020, s. 603 – 630.

MAKALELER



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

İKİ SORU İKİ CEVAP

Av. Talih UYAR¹

A) Takip konusu yapılmayan [“ icra dosyasına sunulup, bir örneği borçluya ödeme emri ile birlikte gönderilmeyen (İİK 58/III; 61/I)] belgeye/senede dayanılarak ‘itirazın iptali davası’ (İİK 67) açılabilir mi?

B) Takip konusu “*kambiyo senedi*”ne dayalı olarak taraflarca düzenlenmiş olan –ve takip konusu senedin takip konusu yapılma koşullarını belirten- “protokol”de öngörülen koşullar gerçekleşmeden, alacaklı, aynı alacak hakkında “*genel haciz yolu ile ilamsız takip*” te bulunabilir mi?

¹ Avukat, İzmir Barosu (Dokuz Eylül Üniversitesi Huk. Fak. E. Öğr. Görv.),

I – Gerek doktrinde² gerekse Yargıtay içtihatlarında³ ; hukuki niteliği – bir eda davası ya da tespit davası olup olmadığı konusunda – tartışmalı olan, İİK m.67’de düzenlenmiş bulunan “itirazın iptali davası” ‘*takip hukuku alanında doğrudan sonuçlar doğuran, kendisine özgü (sui generis) bir dava*’dır.⁴ Bu dava; “borçlunun itirazının hükümsüz kılınarak itiraz ile duran ilamsız takibe konu olan alacağın varlığının saptanarak, icra takibinin devam etmesine (ve bu suretle, takip konusu alacağın borçludan alınmasını) sağlamak amacı ile” açılır.⁵

II- Genel haciz yolu ile ilamsız takiplerde, borçlunun gönderilen – ÖRNEK NO:7 – Ödeme Emri’ne süresinde (yedi gün içinde) itiraz etmesi üzerine, takibin durmasından (İİK. m. 66/I) sonra, İİK. m. 68-68/a’daki belgelerden birine sahip olmayan alacaklı, “ itirazın giderilmesi” ni sağlayabilmek için, - itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde - “itirazın iptali davası” (İİK m.67) açabilir.⁶

Genel haciz yolu ile takiplerde, alacaklının İİK. m. 58/II-4 uyarınca; “*senet, senet yoksa borcun sebebini*” belirtmesi ve İİK.m. 58/III uyarınca;

² **YILMAZ, E.** İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği (Prof. Dr. Saim Üstündağ Armağanı, 2009, s:597 vd.) – **ARSLAN, R./ YILMAZ, E. / AYVAZ, S.T/ HANAĞASI, E.** İcra ve İflas Hukuku, 10. Baskı, 2014, s:217 – **ATALI, M./ ERMENEK, İ./ ERDOĞAN, E.** İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, 2014, s:149 vd. – **GÖRGÜN, L.Ş/ BÖRÜ, L./KODAKOĞLU, M.** İcra ve İflas Hukuku 5. Baskı, 2024, s:99 vd. – **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku (El Kitabı), 2. Baskı, 2013, s:248 – **MUŞUL, T. / MUŞUL, A.T,** İcra ve İflas Hukuku (El Kitabı), 2024, s:251 – **ÇAVDAR, S.** İtirazın İptali, Borçtan Kurtarma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2007, s. 1 vd. – **COŞKUN, B.** İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 9. Baskı, 2023, s:19 vd. – **DEYNEKLİ, A./ KISA, S.** İtirazın İptali Davaları, 3. Baskı, 2013, s:81 vd. – **YILDIRIM, M.K./ YILDIRIM, N.D.** İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, 2021, s:127 vd. – **UYAR, T.** İtirazın İptali Davası ile Tahsil (Eda) Davası “ İİK 67”, 4. Baskı, 2021, s:10 vd. – **UYAR, T./ UYAR, A./ UYAR, C.** İİK. Şerhi, 3. Baskı, 2014, C:1, s:1001 vd. – **POLAT, A.A.** İcra ve İflas Davaları, 2021, s:202 vd.

³ Bknz: HGK. 29.06.2022 T. 19-445/1077; HGK. 23.09.2020 T. 4-1444/666; 15. HD. 07.10.2019 T. 489/3804; HGK. 23.05.2018 T. 19-910/1111; HGK. 11.02.2020 T. 2076/117; HGK. 13.05.2015 T. 19-2244/1342; 11. HD. 12.05.1997 T. 3062/3494; 19. HD. 15.11.1994 T. 1553/10901; 11. HD. 15.03.1988 T. 7571/1612 ; 4. HD. 28.12.1970 T. 9715/9875 vb. (www.e-uyar.com)

⁴ **GÖRGÜN, L.Ş/ BÖRÜ, L./KODAKOĞLU, M.** age. s:100 – **YILMAZ, Y.Y.** Ticari Nitelikteki Satış Sözleşmelerinde Satış Bedelinin Tahsili için Açılan İtirazın İptali Davaları, 2014, s:2

⁵ **UYAR, T./ UYAR, A./ UYAR, C.** age. C:1, s:1001 – **UYAR, T.** İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, 1990, s:207.

⁶ **DEYNEKLİ, A./ KISA, S.** age, s:80.

a- Alacak senede bağlı ise; senedin özetinin takip talebinde belirtilmesi gerekir.

aa- Senet, kambiyo senedi niteliğinde ise; senedin aslının ve borçlu sayısından bir fazla örneğinin takip talebi ile birlikte icra dairesine verilmesi gerekir (İİK. m.167/II).

bb- Senet, adi senet ise; senedin aslının ve borçluların sayısından bir fazla örneğinin icra dairesine verilmesi gerekir (İİK m.58/III).

Bu hükmün amacı, alacaklının takibine dayanak yaptığı belgeyi borçlunun incelemesine hazır olarak bulundurmaktır.⁷

b- Alacak senede bağlı değilse; takip talebinde borcun sebebinin – satılan mal bedelinin, ödünç alınan para gibi- belirtilmesi gerekir.⁸

III- Genel haciz yolu ile ilamsız takiplerde; alacaklının “ takip talebi” üzerine, borçluya “ Örnek No:7” ÖDEME EMRİ gönderilir.

Takip talebinde (İİK m.58/II-4) bulunan “*senet, senet yoksa borcun sebebi*” aynen ÖDEME EMRİ’ne geçirilir.⁹

Borçluya gönderilen - Örnek No:7 - ÖDEME EMRİ’nin, “takip talebi” ile uyumlu olması gerekir.^{10 11}

IV- Bir olayda;

– Alacaklı (A), borçlu (B) hakkında, İcra Müdürlüğünde (Dos. No:2025/.....) “genel haciz yolu ile ilamsız takip” te bulunarak, borçluya (Örnek No:7) ÖDEME EMRİ göndertip, takip konusu 2.965.134,72 TL’nin ödenmesini istemiştir.

⁷ Bknz: 12. HD. 31.10.1997 T. 11453/11904

⁸ KURU, B. age. s:202 vd. - UYAR, T./ UYAR, A./ UYAR, C. age. C:1, s:911 vd. – YILMAZ, E. İİK Şerhi, 2016, s:316 vd. – ÜLKÜ, N.G. İcra Hukukunda Ödeme Emri, 2008, s: 65 vd. – UYAR, T. Haciz Yolu ile Takiplerde Takip Talebinin İçeriği (İzmir Bar. D. 2000/1-4, s:9 vd. - MUŞUL, T. / MUŞUL, A.T, age, s:199 vd. -

⁹ UYAR, T./ UYAR, A./ UYAR, C. age. C:1, s:926, dpn.7

¹⁰ ÖZKAN, Y. age, s:69 vd. – ÜLKÜ, N.G. age, s:114 vd. – ERCAN, İ. age, s:213.

¹¹ Bknz: HGK. 17.06.2021 T. 1299/779 (www.e-uyar.com)

– Alacaklı TAKİP TALEBİ’nde (Örnek No:1) ve ÖDEME EMRİ’nde (Örnek No:7) “*takip dayanağı*” olarak 02.10.2020 düzenleme tarihli (ve 81.690 USD doları bedelli) senedi göstermiş, ancak bu senedin onaylı suretini icra dairesine verip, borçlu (B)’ye göndermemiştir.

– Alacaklı, 03.03.2024 tarihli – açtığı “İtirazın İptali” davasına ilişkin – DAVA DİLEKÇESİ’nde ise; - dilekçenin SUBUT DELİLLERİ kısmında;

a) İzmir 22. İcra Dairesi’nin 2025/1571 sayılı dosyasına,

b) 02.10.2010 düzenleme ve 81.690 USD dolar bedelli senede,

c) Borç sözleşmesine (Protokole),

ç) Tanık beyanlarına,

d) Nüfus kayıtlarına,

e) Bilirkişi incelemesine,

dayanmıştır.

Davacı; TAKİP TALEBİ’nde ve ÖDEME EMRİ’nde dayanıp, bir örneğini Örnek No:7 ÖDEME EMRİ ile birlikte davalı – borçluya göndermediği belgeye/ senede dayanarak, İTİRAZIN İPTALİ DAVASI (İİK m.67) açamaz!...

Çünkü, **itirazın iptali davaları, icra takibine sıkı sıkıya bağlı davalar olduğundan takip konusu yapılmayan (icra dosyasına sunulup, bir örneği borçluya ödeme emri ile birlikte gönderilmeyen “İİK. m.58/ III; 61/I” belgeye/senede dayanılarak, itirazın iptali davası açılmaz.**

Bu husus – yani; *icra takibinde dayanılmayan belgeye/senede dayanılarak itirazın iptali davası açılmayacağı* – gerek **doktrinde**¹² ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında** açık ve kesin biçimde belirtilmiştir.

¹² DEYNEKLİ, A./ KISA, S. age, s:265 – PEKCANITEZ, H./ ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflas Hukuku “Ders Kitabı”, 11. Bası, 2024, s:119, dpn:12 – ERCAN, İ. age, s:236 – MUŞUL, T./ MUŞUL, A.T. age, s:252; 255 – POLAT, A.A. age, s:368 – GÖRGÜN, L.Ş. / BÖRÜ, L. / KODAKOĞLU, M. age, s:100 – COŞKUN, M. age, s:24.

Gerçekten yüksek mahkeme;

✓ “İtirazın iptali davasının, icra takibine sıkı sıkıya bağlı bir dava olduğunu”¹³

✓ “İtirazın iptali davaları icra takibine sıkı sıkıya bağlı olduğundan, alacaklının takipte dayandığı belgeler dışında başka belgelere göre alacağının tespit edilmesinin bu davada mümkün olmadığını”¹⁴

✓ “İtirazın iptali davalarında, alacaklının takipte dayanmadığı belgeler dışında başka belgelere dayanamayacağını”¹⁵

✓ “İtirazın iptali davalarının, icra takibine sıkı sıkıya bağlı davalardan olduğunu”¹⁶

✓ “İtirazın iptali davalarının, icra takibine sıkı sıkıya bağlı davalardan olduğunu”¹⁷

✓ “İtirazın iptali davası icra takibine sıkı sıkıya bağlı bir dava olduğundan, takibe konu yapılmamış olan faturalar yönünden itirazın iptali davası açılmayacağını”¹⁸

✓ “İtirazın iptali davalarının, icra takibine sıkı sıkıya bağlı davalardan olduğunu”¹⁹

✓ “İtirazın iptali davaları icra takibine bağlı davalar olup; konusu, davacı tarafından takibe konu edilip de, davalı tarafından itiraz edilen alacaktan ibaret olduğu ve bu nedenle itirazın iptali davalarında mahkemenin, takip talebindeki talep ve takip dayanağı ile bağlı olduğunu”²⁰

¹³ Bknz: HGK. 21.09.2021 T. E:3-972, K:1057 (www.e-uyar.com)

¹⁴ Bknz: HGK. 17.06.2021 T. E:2017/1299, K:779 (www.e-uyar.com)

¹⁵ Bknz: HGK. 11.02.2020 T. E:2017/19-2076, K:117 (www.e-uyar.com)

¹⁶ Bknz: 22. HD. 05.12.2019 T. E:2017/25476, K:22602 (www.e-uyar.com)

¹⁷ Bknz: 19. HD. 02.10.2018 T. E:2017/3782, K:4678 (www.e-uyar.com)

¹⁸ Bknz: 19. HD. 23.01.2017 T. E:2016/9061, K:316 (www.e-uyar.com)

¹⁹ Bknz: 19. HD. 12.05.2016 T. E:1227/ K:8824 (www.e-uyar.com)

²⁰ Bknz: 15. HD. 11.05.2015 T. E:4791/ K:2456 (www.e-uyar.com)

✓ “ İtirazın iptali davasının, itiraz üzerine duran ilamsız icra takibinin devamını amaçlayan ve dayanağı olan icra takibine sıkı sıkıya bağlı olan bir dava türü olduğu – Alacaklının, takibinde dayanmadığı bir belgeye itirazın iptali davasında ispat vasıtası olarak dayanamayacağını”²¹

✓ “ Alacaklının süresi içinde ancak takip talebinde gösterilen belgeye dayanarak itirazın iptali davası açabileceğini”²²

✓ “ Davacı, davalı aleyhine başlattığı icra takibinde takip dayanağı olarak - ‘borç miktarı’, borçluya ödenen değişik tarihlerdeki alacakların toplamı – olarak gösterilmiş herhangi bir yazılı belgeye dayanmadığı, davacı, yargılama aşamasında bir kısım tediye makbuzları ibraz etmiş olup alacaklı -davacı- itirazın iptali davasını açarken, takipte dayanak olarak göstermediği delillere dava aşamasında dayanamayacağını”²³

✓ “Alacaklının, süresi içinde ancak takip talebinde gösterilen belgeye dayanarak itirazın iptali davası açabileceğini”²⁴

b e l i r t m i ş t i r .

V- Bu olayda; taraflar bir PROTOKOL düzenleyip, bu PROTOKOL’de;

-Davacı (A) tarafından -davacının yeğeni olan- davalı (B)’ye ‘okul dönemi için, fakülte bitinceye kadar’ kredi olarak verilen para (okul taksitleri) için 2018 vadeli bir adet 81.690 USD. bedelli bir bono düzenlendiği,

-Davacı (A)’nın; 2010-2011, 2011-2012, 2012-2013, 2013-2014 yıllarına ait okul taksitlerinin yarısını ödeyeceği,

²¹ Bknz: 19. HD. 06.03.2012 T. E:11735/ K: 3544 (www.e-uyar.com)

²² Bknz: HGK. 14.12.2011 T. E:19-617/ K:749 (www.e-uyar.com)

²³ Bknz: 13. HD. 24.06.2009 T. E:3274 / K:8730 (www.e-uyar.com)

²⁴ Bknz: HGK. 03.05.2006 T. E:19-260- K:251 (www.e-uyar.com)

-Davalı (B)'nin malvarlığı 1.000.000 USD. üzerine çıkarsa, okul döneminde alınan ve senette belirtilen miktarın (81.690 USD.) (A)'ya veya onun bildireceği üçüncü kişiye ödeneceği,

-Davalı (B)'nin -not durumu veya devamsızlığı nedeniyle- okuldan atılması halinde, senette belirtilen borç miktarı, senedin vade tarihinde davacı (A)'ya ödeneceği,

-Davacı (A)'nın ölmesi halinde, kızı (C) ile (D)'ye -ihtiyaç bildirirlerse- borcun onlara ödeneceği, ihtiyaç bildirmezlerse (X) Vakfına ödeme yapılacağı, öngörülmüştür.

NOT: 1- Davacı (A), PROTOKOL'ÜN 2. maddesinde öngörülen “2010-2011, 2011-2012, 2012-2013, 2013-2014 yıllarına ait okul taksitlerinin yarısını” ödememiştir.

2- Taraflar arasındaki PROTOKOL'ün son cümlesinde bahsedilen (öngörülen); davacı (A)'nın ölmesi halinde, davalı (B) tarafından ödenecek paranın verileceği “**(X) Vakfı**”, FETÖ ²⁵teşkilatı ile iltisakının sabit olması nedeniyle KHK. ile kapatılmıştır.

²⁵ (X) VAKFI

“..... Cumhuriyet Başsavcılığınca 15 Temmuz darbe girişiminin ardından KHK ile kapatılan (X) Vakfı'na, Vakfına yönelik hazırlanan ve 13. Ağır Ceza Mahkemesince kabul edilen 4 iddianamede, **FETÖ/PDY**'nin dernek ve vakıflar üzerinden nasıl örgütlendiği anlatılırken, örgütün dini, milli ve insani söylemlerde bulunarak sivil toplum örgütlenmesini teşvik eden dernek ve vakıflarla ilgili yasal düzenlemeleri suistimal ettiğine vurgu yapıldı.

Toplanan paralar örgütün finansmanında kullanılmıştır.

Dernek ve vakıfların vergi muafiyetine sahip olması ve sıkı bir denetim mekanizmasına sahip olmaması nedeniyle örgütün bazı dernek ve vakıfları ele geçirdiği, bunlar üzerinden örgütlenen FETÖ'nün halka şirin görünen faaliyetlerde bulunarak propaganda yaptıklarına dikkat çekilen iddianamelerde, insanların dini duygularını sömürerek aidat, burs, yardım, sadaka ile bağış adı altında toplanan paraların örgütün finansmanında kullanıldığı ifade edildi. Bu paralarla vakıflara bağlı taşınmazları kendi mensuplarına tahsis ederek "eğitim seferberliği" adı altında zeki öğrencileri örgüte devşirdiklerine değinilen iddianamelerde, vakıflara ait gayrimenkullerin FETÖ/PDY ile bağlantılı olan kurumlara düşük bedellerle kiralandığına değinildi.

4 vakıftan 10 milyon 500 bin liralık zarar:

Vakıf müfettişlerince düzenlenen denetim raporlarına yer verilen iddianamelerde, 2010-2016 arasında (X) Vakfı'nın iştirak halinde hareket eden yöneticilerinin, vakıflarına ait taşınmazların düşük bedellerle örgütle bağlantılı kurum ve derneklere kiralanması nedeniyle **10 milyon 500 bin lira zarara uğrattığına** yer verildi. ”

<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/fetonun-vakiflari-10-5-milyon-lira-zarar-ettirilmis/820037>

Yukarıda belirtilen PROTOKOL'ün özellikle; 2. maddesinde;

a)Davalı (B)'nin gelir durumu yüksek olmazsa davacı (A)'ya ödeme yapmayacağı,

b)Davalı (B)'nin malvarlığı 1.000.000 USD. üzerine çıkarsa, okul döneminde alınan ve senette belirtilen (81.690 USD. tutarındaki) miktarı ödeyeceği,

a ç ı k ç a belirtilmiş olduğundan ve davacı (A), dosyaya “davalı (B)'nin malvarlığının 1.000.000 USD. üzerine çıktığına” dair herhangi bir kanıt sunmamış olduğundan, davalı-borçlu (B)'nin İcra Müdürlüğü'nün 2025/..... sayılı takip dosyasına süresi içinde -24.02.2025 tarihinde- yaptığı itiraz isabetlidir.

Somut OLAY'da;

1-Hem, itirazın iptali davaları icra takibine sıkı sıkıya bağlı davalar olduğundan, takip konusu yapılan (icra dosyasına sunulup bir örneği borçluya ödeme emri ile birlikte gönderilmeyen “İİK.m. 58/III; 61/I”) belgeye/senede dayanılarak itirazın iptali davası açılmayacaktır²⁶.

2- Hem de, takip konusu 81.690 USD. bedelli senetle ilgili olarak, taraflarca imzalanmış olan PROTOKOL'ün 2. maddesinde öngörülen –davalı (B)'nin malvarlığı miktarı (mali durumu) ile ilgili- koşulun gerçekleştiği davacı (A) tarafından kanıtlanmamış olduğundan, ayrıca PROTOKOL'ün son cümlesinde öngörülen davalı (B) tarafından paranın yatırılacağı (ödeneyeceği) yer olan “**(X) Vakfı**” FETÖ teşkilatı ile iltisakının sabit olması nedeniyle KHK. İle kapatılmış olduğundan,²⁷ bu PROTOKOL'den kaynaklanan borcun geçerliliği –TBK.m. 27 uyarınca- tartışılabilir hale gelmiştir. 25.03.2025.

Protokolün 1. maddesinde gösterileceği belirtilen ve son maddesinde açıkça zikredilen vakıfların KHK ile kapatıldığı, FETÖ iltisakının sabit olduğu, anılı vakıflara bağış talebinde bulunulmasının da davacı tarafça anılı vakıflara ödeme yapılmasının da 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında Terörizmin Finansmanı suçu ve TCK kapsamında Örgüte Yardım suçu kapsamına gireceği açıktır.

²⁶ Bknz: Yuk. dipn. 11-23

²⁷ Bknz: Yuk. dipn. 24



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

GÜNCEL GELİŞMELERLE AMATÖR DENİZCİ BELGESİ

Av. Fatih Emre CANSU*

Öz

Ticari amaç taşımaksızın sadece gezi, eğlence, spor ve amatör balıkçılık gibi faaliyetlerde kullanılan, ulusal standartlara göre ölçüldüğünde gövde boyu (LH) 2,5 metre (dahil) ile 24 metre (dahil) arasında olan teknelerin iç ve karasularda sevk ve idare edilebilmesi için alınması gereken zorunlu belge Amatör Denizci Belgesi (ADB) olarak isimlendirilmektedir. Amatör Denizci Belgesi edinebilmenin ve bu belgeye sahip olmanın sahibine getireceği birtakım sonuçları bulunmaktadır. İş bu çalışmada, söz konusu belgeyi edinmek için yerine getirilmesi gereken şartların ve belgeye sahip olmanın hukuki sonuçları üzerinde durulmaya gayret edilecektir.

Anahtar Kelimeler

Belge, denizci, denizcilik belgesi, denizcilik, tekne.

* Serbest Avukat, Konya Barosu, KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Orcid: 0009-0001-4795-7665, f.emrecansu@gmail.com.



THE AMATEUR SEAMAN CERTIFICATE IN LIGHT OF RECENT DEVELOPMENTS

Abstract

The compulsory document that must be obtained in order to be able to steer and manage boats with a hull length (LH) between 2.5 metres (inclusive) and 24 metres (inclusive) when measured according to national standards, which are used only for activities such as recreation, entertainment, sports and amateur fishing without commercial purposes, in inland and territorial waters is called Amateur Seaman Certificate (ADB). Obtaining and holding an Amateur Seaman Certificate has a number of consequences for the holder. In this study, we will endeavour to focus on the conditions to be fulfilled in order to obtain the said certificate and the legal consequences of having the certificate.

Keywords

Document, seafarer, seamanship certificate, maritime, boat.

I. GİRİŞ

Ülkemizde, özel teknelerin, herhangi bir bölge, mesafe ve zaman sınırı olmaksızın, en az Amatör Denizci Belgesi sahibi veya güverte sınıfı gemici ve üstü yeterlik belgesi sahibi bir kişinin sevk ve idaresinde seyredeceklerine dair bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile özel teknelerde Amatör Denizci Belgesi ya da güverte sınıfı gemici ve üstü yeterlik belgesi sahibi olma zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu düzenleme 18.01.2023 tarihli ve 32077 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Özel Teknelerin Donatımı ve Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmelikte yer almaktadır.

Amatör Denizci Belgesi ile ilgili yürürlükteki tek mevzuat ise 18.01.2023 tarihli ve 32077 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Özel Teknelerin Donatımı ve Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmeliktir. Akabinde deniz ticaret hukukunun kaynakları arasında yer alan, daha genel düzenlemeler içeren mevzuatlar gelmektedir.

Bu çalışmada, Amatör Denizci Belgesi'nin sahibine sağlamış olduğu hukuki hakların neler olduğu, Amatör Denizci Belgesi'ni alma zorunluluğunun hangi deniz araçları için geçerli olduğu, Amatör Denizci Belgesi'nin nasıl edinileceği ve Amatör Denizci Belgesi'nin hukuki niteliğinin ne olduğu üzerinde durmaya çalışılacaktır. Amatör Denizci Belgesi'ne sahip olma zorunluluğu 18.01.2023 tarihli ve 32077 sayılı Özel Teknelerin Donatımı ve Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmelik'ten kaynaklanmış olduğundan ve mevzuatımızda yer alan bir düzenleme akabinde belli sonuçlar silsilesini getirdiğinden, bu belgenin incelenmesi ve üzerine çalışma yapılmasının faydalı olabileceği kanaatindeyiz.

II. ÖZEL TEKNE VE BAĞLAMA KÜTÜĞÜ KAVRAMLARI

Özel teknenin tanımı, 18.01.2023 tarihli ve 32077 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Özel Teknelerin Donatımı ve Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmeliğin 4. Maddesinin (d) bendinde yer almaktadır. Buna göre “ticari amaç olmaksızın münhasıran gezi, eğlence, spor ve amatör balıkçılık gibi

faaliyetlerde kullanılan, ulusal standarda göre ölçüldüğünde gövde boyu (LH) 2,5 metre (dahil) ile 24 metre (dahil) arasında olan ve bağlama kütüğüne veya gemi siciline kaydedilerek bağlama kütüğü ruhsatnamesi veya gemi sicil tasdiknamesi düzenlenmiş olan tekneleri” ifade edeceği belirtilmiştir. Yönetmelikte yapılan tanımda bir bakıma özel teknenin birtakım özelliklere sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Ticaret dışı gemi ifadesinden ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan “ticaret gemisi” tanımının dışında, kamu gemisi niteliği taşımayan ve sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilerin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹.

Bağlama kütüğü kavramı içinse, her liman başkanlığında ve liman başkanlığının yetki alanında olmayan iç sularda belediyeler bünyesinde tutulan bir kayıt teşkilatı olduğu ifade edilmiştir². Bağlama kütüğünün kapsamına gemiler, deniz araçları ve iç su araçlarının girmekte olduğu Bağlama Kütüğü Yönetmeliğinde ifade edilmiştir³. Bu yönüyle özel teknelerde, bir çeşit deniz aracı olduğundan söz konusu yönetmelik kapsamında yer almaktadır.

Amatör denizci teknesinin tanımı ise ayrıca Deniz Emniyeti Kanunu tasarısında yer almıştır⁴. Söz konusu tasarı da ise, amatör denizci teknesi; “herhangi bir ticari faaliyet olmaksızın, gezi, spor ve amatör balıkçılık gibi faaliyetler yapmak amacıyla kullanılan gemiyi,” ifade etmekte olduğu belirtilmiştir⁵. Ancak tasarının henüz yasalaşmadığı, tasarının yasalaşmasına yönelik herhangi bir çalışma yapılmadığı ifade edilmiştir⁶.

¹Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku*, Cilt: 1, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017, s.683

²İsmail Karadana, *Gemi Satış Sözleşmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı, Mersin, 2019, s.49

³Emine Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 16. Baskı, 2020, s. 129

⁴İsmail Demir, “Türk Hukukunda Deniz Emniyetine İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış,” *Prof. Dr. Sabih ARKAN’a Armağan*, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.358

⁵İsmail Demir, s.369

⁶İsmail Demir, s.369

III. AMATÖR DENİZCİLİK MEVZUATININ TARİHİ

01.07.2004 tarih ve 25509 sayılı Amatör Denizci Yönetmeliği 2004 yılında yürürlüğe girmişti. Bu yönetmelikte, amatör denizci kavramı, deniz ya da iç sularda motorlu-motorsuz tüm deniz araçlarını, ticari amaç dışında gezi veya su sporları amacıyla kullanan kişiler olarak tanımlanmıştı. 2008 yılında 18.01.2023 tarihli ve 32077 sayılı Özel Teknelerin Donatımı, Kaydı ve Belgelendirilmesi ile Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesinden sonra Amatör Denizci Yönetmeliği yürürlükten kalkmıştır⁷.

Amatör Denizci Yönetmeliği'nin 5. maddesinin a bendinde, amatör denizci belgesini almaya hak kazanmak için yeterlilik şartları arasında 14 yaşını bitirme şartları yer almaktaydı. Ancak, 18.01.2023 tarihli ve 32077 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Özel Teknelerin Donatımı ve Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmeliği'nin 6. maddesi a bendine göre, 15 yaş şartı bulunmaktadır. 18 yaşından küçük olanlar için ise yönetmeliğin ekinde yer alan noterden onaylı muvafakatnameyi alması gerekmektedir. Dolayısı ile söz konusu belgeyi almak için gerekli olan yaş şartında değişiklik olmuştur.

Tek değişiklik bununla da sınırlı değildir. 18.01.2023 tarihli ve 32077 sayılı yönetmelik yürürlüğe girmeden önce, yapılacak yazılı sınavda 100 tam puan üzerinden 60 puan alınması gerekmekteydi⁸.

2008 yılında Özel Teknelerin Donatımı, Kaydı ve Belgelendirilmesi ile Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında çıkan yönetmeliğin adı, 13.9.2009 tarihli ve 27348 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan değişiklik ile günümüzdeki halini almıştır⁹. 2024 yılı itibarıyla amatör denizcilik ile ilgili en güncel

⁷Kıvanç Demirsoy ve Sevinç Korkmaz Alkan, "İş Sağlığı ve Güvenliği Bağlamında Amatör Denizcilik ve Balıkçı Barınakları" *Mersin Üniversitesi Denizcilik ve Lojistik Araştırmaları Dergisi*, Cilt 4 Sayı 1, 2022 s.44-63

⁸Kıvanç Demirsoy ve Sevinç Korkmaz Alkan, s. 44-63

⁹[https://www.denizlerdeyiz.org/01-](https://www.denizlerdeyiz.org/01-Mevzuat/Y%C3%B6netmelik/%C3%96ZEL%20TEKNELER%C4%B0N%20DONATIMI%20VE%20KULLANACAK%20K%C4%B0%C5%9E%C4%B0LER%C4%B0N%20YETERL%C4%B0KLER%C4%B0%20HAKKINDA%20Y%C3%96NETMEL%C4%B0K.pdf)

Mevzuat/Y%C3%B6netmelik/%C3%96ZEL%20TEKNELER%C4%B0N%20DONATIMI%20VE%20KULLANACAK%20K%C4%B0%C5%9E%C4%B0LER%C4%B0N%20YETERL%C4%B0KLER%C4%B0%20HAKKINDA%20Y%C3%96NETMEL%C4%B0K.pdf

düzenleme, 2009 yılında yapılan değişiklikle gelmiş olup, amatör denizcilikle ilgili düzenlemelerin yer aldığı tek mevzuat niteliğindedir.

IV. AMATÖR DENİZCİ BELGESİ

Belgeyi edinmek için gerekli şartlar 18.01.2023 tarihli ve 32077 sayılı Özel Teknelerin Donatımı ve Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmelikte yer almaktadır.

A. Belgeyi Edinme Şartları

Söz konusu şartlar genel olarak 18.01.2023 tarihli ve 32077 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Özel Teknelerin Donatımı ve Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmelikte yer almaktadır. Buna göre, yönetmeliğin 6. maddesine göre, 15 yaşını bitirmiş olmak gerekmekte olup 18 yaşından küçük olanlar için ise yönetmeliğin ekinde yer alan noter onaylı muvafakatnameyi almak ayrıca gerekmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesinde yer alan diğer şartlar ise, uzaktan eğitim programını tamamlamak, uygulama eğitimini tamamlamak, yapılacak sınavda başarılı olma, şartları aranmaktadır. Sınavda başarılı olmak için 100 tam puan üzerinden en az 70 puan almak gerekmektedir. Amatör Denizci Belgesi almak için girilmesi gereken sınav çevrimiçi ortamda yapılmaktadır¹⁰. Uygulama eğitimi ise, yetkilendirilen kurum ve kuruluşlarca verilmektedir. 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu hükümlerince sürücü belgesi sahibi olanların, sağlık şartlarından muaf olduğu belirtilmiştir¹¹.

B. Kullanım Esasları

18.01.2023 tarihli ve 32077 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Özel Teknelerin Donatımı ve Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmeliğin 14. maddesine göre ticari faaliyette bulunmaksızın gezi ve sportif amaçlı olarak mürettebatsız (*bare-boat*) kiralanan ticari yatlar, kiracı sıfatıyla Amatör

¹⁰ <https://adbs.uab.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10.01.2025

¹¹ <https://www.uab.gov.tr/uploads/pages/amator-denizci-belgesi/sikca-sorulan-sorular.pdf> E.T: 10.01.2025

Denizci Belgesi sahibi kişilerce sevk ve idare edilebileceği ifade edilmiştir. Aynı yönetmeliğin 17. maddesinde ise, özel teknelerin hiçbir şekilde ticari amaçla kullanılamayacağı belirtilmiştir. Bir başka düzenlemede ise, özel teknelerin Aynı maddenin 2. fıkrasında, bağlama Kütüğü Ruhsatnamesinde veya Gemi Sicil Tasdiknamesinde kayıtlı olmayan makine ile seyre çıkmasının yasak olduğu belirtilmiştir.

C. Amatör Denizcilikte Vergilendirme

Amatör Denizci Belgesi almak için herhangi bir deniz aracı (özel tekne) sahibi olmanın gerektiğine dair bir düzenleme yapılmış değildir. Özel tekne edinirken birtakım vergilerin ödenmekte olduğu izah edilmiştir. Özel teknenin ilk iktisabında, tekne değeri üzerinden önce %8 oranında Özel Tekne Vergisi sonra da %18 oranında Katma Değer Vergisi (KDV) ödenmesi gerekmektedir. KDV teknenin, Özel Tekne Vergisi eklenmiş değeri üzerinden tahakkuk ettirildiği için vergi üzerinden de vergi alındığından bahsedilmiş ve toplam ödenecek vergi oranını %27,44 olduğu ifade edilmiştir¹². Almanya, Fransa gibi ülkelerde özel teknelerin KDV dışında başka hiçbir şekilde vergilendirilmediği ifade edilmiştir¹³. Hatta özel teknelerin en yaygın kullanıldığı ülke olan Amerika Birleşik Devletleri'nde ise KDV yerine %6 oranındaki tek ödenen verginin *boat tax* olduğundan bahsedilmiştir¹⁴.

30 Mayıs 2008 tarihinde 2/268 esas numarası ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan kanun teklifi ile özel teknelerin vergilendirilmesinde birtakım değişiklikler olmuştur. Kanun tekliflerinde özel teknelerden Motorlu Taşıtlar Vergisi (MTV) kaldırılmakta ve yerine harç uygulaması getirildiği gözlemlenmiştir¹⁵. Bu düzenlemelerin yapılmak istenmesindeki amacın denizciliğin geliştirilmesi, vatandaşlar üzerindeki malî yükün hafifletilmesi, kayıt dışılığın önlenmesi, yabancı

¹²Sedat Altunay, "Amatör Denizcilikte Vergi Problemi", *Legal Mali Hukuk Dergisi*, C 2, S 24, 2006, s. 2945-2947

¹³Sedat Altunay, s. 2945-2947

¹⁴Sedat Altunay, "Motorlu Taşıtlar Vergisi Konusunda Amatör Denizcilik Federasyonu'nun Değerlendirmeleri" *Legal Mali Hukuk Dergisi*, C 2, S 15, 2006, s. 687-689.

¹⁵Hakan Üzeltürk, "Özel Teknelerin Vergilendirilmesinde Karmaşa", *Legal Mali Hukuk Dergisi* C 4, S 47, 2008, s. 2583-2587

bayraktan Türk bayrağına gelişin sağlanması, gibi hedeflerin olduğu ifade edilmiştir¹⁶. Motorlu Taşıtlar Vergisi (MTV) kaldırılmış olsa bile, özel teknenin mahiyeti gereği bağlama kütüğüne kaydettirilmesi esnasında, ödenmesi gereken harç bulunmaktadır. Örneğin 5 metre uzunluğunda bir tekne sahibinin ödemesi gereken harç tutarı 2024 yılı için 3.500 TL olacaktır¹⁷.

13 Ekim 2016 tarihli 29856 sayılı ve 3 Şubat 2017 tarih 29968 sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan Özel Tüketim Vergisi (II) ve (IV) Sayılı Liste Uygulama Tebliği ile tekneler, yatlar ve gezinti gemilerinde Özel Tüketim Vergisi %0'a indirilmiştir¹⁸.

Söz konusu vergi muafiyetlerini ve vergi oranı indirimini kanımızca isabetlidir. Zira Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının “Hedef 2023 Bir Milyon Denizci” sloganı ile ülkemizde denizliğe olan ilginin artması amaçlanmıştır. Bu kapsamda bir milyonuncu Amatör Denizci Belgesi için özel bir tören bile yapıldığı görülmüştür¹⁹.

D. Harçtan Muafiyet

492 sayılı Harçlar Kanununa göre 5 metreden küçük kayıklar, tekneler, taşımacılar, balıkçılar harçtan muaf kılındığı belirtilmiştir²⁰. Nitekim Harçlar Kanunu'nun 7 Sayılı Tarifesi incelendiğinde harçların ödenme yükümlülüğünün 5 metreden başlatılarak gösterilmiş olması da bunu doğrulamaktadır. Dolayısıyla Amatör Denizci Belgesi ve 5 metreden kısa bir özel tekneye sahip olan kişi, 492 sayılı Harçlar Kanununa göre ilgili tarifede yazan harcı ödemek zorunda değildir.

Amatör Denizci Belgesini edinmek içinse, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 7 Sayılı Tarifesi 'ne göre ödenmesi gereken belge harcının ise, 2024 yılı için 381,90TL olduğu görülmektedir.

¹⁶Hakan Üzeltürk, s. 2583-2587

¹⁷ <https://istanbulliman.uab.gov.tr/baglama-kutugu-islemleri-icin-gerekenler> Erişim Tarihi: 27.10.2024

¹⁸İşıl Ayas, Cahit Şanver ve Mehtap Topalfakıoğlu, Nihayet “Mükelleflerin Özel Tüketim Vergisinde Yapılan Değişikliklere Tepkileri” *Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 4 Sayı 4, s. 214- 231,

¹⁹<https://denizcilik.uab.gov.tr/1-milyon-amator-denizci-projesi> Erişim Tarihi: 27.10.2024

²⁰Amatör Denizcilik Federasyonu, “Başımıza Gelenler Bir Davada Dile Getirilenler” *Legal Mali Hukuk Dergisi*, C 7, S 79, 2011, s. 1785-1790

E. Değerli Kâğıt Bedeli Ödenip Ödenmeyeceği

Amatör Denizci Belgelerinde değerli kâğıt bedeli alınmamaktadır. Keza değerli kâğıt bedelleri aile cüzdanı, T.C. Kimlik Kartı, pasaport, ikamet izni, sürücü belgeleri, banka çekleri, mavi kart gibi belgeler içindir²¹. Amatör Denizci Belgelerinden değerli kâğıt bedeli alınacağına dair bir uygulama olmadığı gibi, herhangi bir mevzuatta bu yönde bir düzenleme de bulunmamaktadır. Amatör Denizci Belgelerinin ilk edinimlerinde, sadece belge harcı ödenmektedir. Bu yapılan ödeme değerli kâğıt bedeli mahiyetinde değildir.

F. Kısa Mesafe Telsiz Operatörü Belgesinin Gerekip Gerekmediği

Her özel teknede bir telsiz cihazının olması aslında resmi bir zorunluluk değildir. Ancak uygulamada mutlak var olan ve olması da şiddetle önerilen emniyet esaslı çok önemli bir iletişim aracı olduğu vurgulanmıştır²². Uygulamada tekne sahiplerinin birçoğunun teknesinde telsiz cihazları bulunmaktadır. Telsiz cihazlarının limanla iletişimde, Sahil Güvenlik Komutanlığı ile iletişimde, diğer teknelerle iletişimde, acil durumlarda, meteorolojik olaylar hakkında bilgi edinmek amacıyla gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Bu nedenle, tekne sahiplerinin teknelerinde telsiz donanımı var ise, kısa adı KMT olan Kısa Mesafe Telsiz ehliyetini almaları gerekmektedir. Ancak bu belgeyi edinmek Amatör Denizci Belgesini edinmenin bir sonucu değildir. Keza teknede, telsiz donanımı yok ise, Kısa Mesafe Telsiz ehliyetini almak gerekemeyebilir. Deniz araçlarında birbirinden farklı haberleşme sistemleri kullanılmaktadır. Deniz araçlarının birbirleri ve kara ile iletişimde günümüzde en sık kullanılanın “Kısa mesafe telsiz sistemi” olarak adlandırılan VHF haberleşme sistemi olduğu ifade edilmiştir²³.

²¹ <https://legalbank.net/belge/degerli-kagit-bedelleri-2024-yili/1507099/> erişim tarihi: 29.10.2024

²² <https://www.kechisailing.com/amator-denizci-belgesi-ve-kisa-mesafe-telsiz-egitimleri/> E.T: 29.10.2024

²³ Tayfun Acarer, “VHF Kısa Mesafe Deniz Haberleşmesinin Data İletişimine Dönüşmesinin Deniz İşletmelerinin Gemi Yönetimleri İçin Temin Edeceği Olanaklar” *Denizcilik Araştırmaları Dergisi: Amfora*, Cilt 2, Sayı 3, 2023, s.15-31

Bir başka yazara göre, gemilerin emniyetli ve gecikmeksizin seyirleri için haberleşme oldukça önemlidir. Özellikle can ve mal emniyeti, seyir uyarıları, hava tahmin raporları, fırtına ihbarları, seyir haritaları, vb. bilgilerin gemilere zamanında ve etkin bir biçimde iletilmesi ancak iyi bir deniz haberleşmesi ile mümkündür. Bununla beraber deniz araçlarından edinilen verilere göre uygun seyir planlarının yapılmasında haberleşmenin etkisi büyüktür²⁴. Bu haberleşmeler ise deniz araçlarında bulunan telsiz donanımları ile mümkündür. Haberleşme sistemlerinin çeşitlerinin incelemek çalışmamızın konusuna çıkacaktır. Amatör Denizci Belgesini edinmek, Kısa Mesafe Telsiz ehliyetini almayı zorunlu kılmaz. Ancak Kısa Mesafe Telsiz ehliyeti yukarıda sayılan nedenlerden ötürü oldukça önem arz etmekte olduğu kanaatindeyiz.

SONUÇ

Amatör Denizci Belgesi ticari amaç olmaksızın sadece gezi, eğlence, spor ve amatör balıkçılık gibi faaliyetlerde kullanılan, gövde boyu 2,5 metre (dahil) ile 24 metre (dahil) arasında olan deniz araçlarını kullanmak için edinilmesi zorunlu olan bir belgedir. Söz konusu belgeyi edinmek için yaş, sağlık, sınav, uygulama eğitimi şartı bulunmaktadır.

Boy 2,5 metre (dahil) ile 24 metre (dahil) arasında olan deniz araçlarını, Amatör Denizci Belgesi ile kullanabilmek için birtakım vergiler ve harçlar bulunmaktadır. Teknenin ilk iktisabında toplamda %27,44 oranında KDV ve Özel Tekne Vergisi; edinilen bu tekneyi bağlama kütüğüne kaydettirmek istendiğinde ise 2024 yılı için 3500TL, 2025 yılı içinse 5037,50 TL bağlama kütüğü harcı ödenmesi gerekmektedir. Harçların ve vergilerin her yıl yeniden değerlendirme oranına göre tutarlarında değişiklik yaşanmaktadır. Bu harç ve vergilerin amatör denizcilerin denizciliğe olan ilgisini azalttığı, amatör denizciliğin, amatör olmasından kaynaklı olarak devlet desteğine ve vergi muafiyetine ihtiyacı olduğu kanaatindeyiz. Almanya, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde alınan vergi ve harçların daha az

²⁴Tayfun Acarer, “Deniz Haberleşmesinde Datanın Payı Artıyor” *Türk Denizcilik ve Deniz Bilimleri Dergisi*, Cilt 10, Özel Sayı 1, 2024, s. 62-80

olduğunu gözlemlenmiştir. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının hedeflediği “Bir Milyon Denizci Projesi” kapsamında, zaman içinde denizcilere yönelik birtakım düzenlemeler getirdiğini, mali külfetin bir nebze azaltıldığı sonucuna varmış bulunmaktayız.

Boy 2,5 metre (dahil) ile 24 metre (dahil) arasında olan deniz araçlarını, aynı zamanda bağlama kütüğüne kaydettirme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu kayıt esnasında deniz aracının uzunluğuna göre bir bağlama parası ödenmektedir.

“Denizciliğin ve denize bağlı sektörlerin gelişimi amatör denizciliğin başka bir deyişle deniz sevgisinin gelişimine bağlıdır” cümlesiyle desteklenmesi gerekenin ne olduğu tespit edilmiştir. Bu da amatör denizcilerdir ve deniz sevgisidir. Denizcilik tutkusuna sahip, güvenli bir şekilde deniz üzerinde seyahat etmek isteyen kişiler Amatör Denizcilik Belgesi almaktadır.

KAYNAKÇA

- Acarer, Tayfun “Deniz Haberleşmesinde Datanın Payı Artıyor” *Türk Denizcilik ve Deniz Bilimleri Dergisi*, Cilt 10, Özel Sayı 1, 2024.
- Acarer, “Tayfun VHF Kısa Mesafe Deniz Haberleşmesinin Data İletişimine Dönüşmesinin Deniz İşletmelerinin Gemi Yönetimleri İçin Temin Edeceği Olanaklar” *Denizcilik Araştırmaları Dergisi: Amfora*, Cilt 2, Sayı 3, 2023, s.15-31
- Altunay Sedat, “Amatör Denizcilikte Vergi Problemi”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Cilt 2, Sayı 24, 2006, s. 2945-2947
- Altunay Sedat: “Motorlu Taşıtlar Vergisi Konusunda Amatör Denizcilik Federasyonu’nun Değerlendirmeleri” *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Cilt 2, Sayı 15, 2006, s. 687-689.
- Amatör Denizcilik Federasyonu, “Başımıza Gelenler Bir Davada Dile Getirilenler” *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Cilt 7, Sayı 79, 2011, s. 1785-1790.
- Atamer Kerim, *Deniz Ticareti Hukuku* Cilt: 1, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı 2017.
- Ayas, İşıl Cahit Şanver ve Mehtap Topalfakioğlu, Nihayet “Mükelleflerin Özel Tüketim Vergisinde Yapılan Değişikliklere Tepkileri” *Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 4 Sayı 4, 2017, s. 214-231,
- Demir İsmail “Türk Hukukunda Deniz Emniyetine İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış,” *Prof. Dr. Sabih ARKAN’a Armağan*, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Demirsoy Kıvanç ve Sevinç Korkmaz Alkan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Bağlamında Amatör Denizcilik ve Balıkçı Barınakları” *Mersin Üniversitesi Denizcilik ve Lojistik Araştırmaları Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2022, s. 44-63.
-

Karadana İsmail, *Gemi Satış Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı, Mersin, 2019.

Üzeltürk, Hakan “Özel Teknelerin Vergilendirilmesinde Karmaşa”, *Legal Mali Hukuk Dergisi* Cilt 4, Sayı 47, 2008, s. 2583-2587

Yazıcıoğlu Emine, *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 16. Baskı, 2020,

[https://www.denizlerdeyiz.org/01-](https://www.denizlerdeyiz.org/01-Mevzuat/Y%C3%B6netmelik/%C3%96ZEL%20TEKNELER%C4%B0N%20DONATIMI%20VE%20KULLANACAK%20K%C4%B0%C5%9E%C4%B0LER%C4%B0N%20YETERL%C4%B0KLER%C4%B0%20HAKKINDA%20Y%C3%96NETMEL%C4%B0K.pdf)

Mevzuat/Y%C3%B6netmelik/%C3%96ZEL%20TEKNELER%C4%B0N%20DONATIMI%20VE%20KULLANACAK%20K%C4%B0%C5%9E%C4%B0LER%C4%B0N%20YETERL%C4%B0KLER%C4%B0%20HAKKINDA%20Y%C3%96NETMEL%C4%B0K.pdf,

<https://www.kechisailing.com/amator-denizci-belgesi-ve-kisa-mesafe-telsiz-egitimleri/> E.T: 29.10.2024

<https://legalbank.net/belge/degerli-kagit-bedelleri-2024-yili/1507099/> E.T: 29.10.2024

<https://adbs.uab.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10.01.2025

<https://www.uab.gov.tr/uploads/pages/amator-denizci-belgesi/sikca-sorulan-sorular.pdf> E.T: 10.01.2025