

Cilt: 28, Sayı: 49, Yıl: 2023
Vol: 28, No: 49, Year: 2023
ISSN: 1300-2929

DICLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Dicle University Journal of Law Faculty

DICLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI

Diyarbakır 2023

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(DÜHFD)

Dicle University Journal of Law Faculty

Derginin Sahibi	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dekan)
Sorumlu Müdür	: Fırat YANIK (Fakülte Sekreteri)
Yönetim Yeri	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
Yayının Türü	: Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi
ISSN	: 1300-2929
e-ISSN	: 2458-7907

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK	Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN	Prof. Dr. Ezeli AZARKAN
Prof. Dr. Ali AYLİ	Prof. Dr. Tahir MURATOĞLU
Prof. Dr. M. Burak BULUTTEKİN	Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Editör: Prof. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN

Editör Yardımcısı: Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Kurumsal İletişim Bilgileri

Adres	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır
Tel / Fax	: +90 412 2488357 / +90 412 2488358
Url	: http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi
E-Mail	: diclehukukdergisi@gmail.com / hukukdergisi@dicle.edu.tr
Dizgi	: Prof. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN
Basım Yeri	: Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır
Basım Yılı	: Aralık 2023

Dergi Hakkında

A. Amaç: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olan Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin amacı, hukuk alanında özgün ve bilimsel akademik çalışmaları yayımlamak suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamaktır.

B. Kapsam: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık), basılı ve elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. Derginin kapsamına, hukuk alanında yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir. Derginin yayını dili Türkçedir, ancak Türkçe özetine yer verilmek koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir. Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.

C. İngilizce İsim ve Kısaltma: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin İngilizce ismi, Dicle University Journal of Law Faculty'dir. Derginin isminin kısaltması, DÜHFD'dir.

DANIŐMA KURULU*


- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (Özyeğın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (em.) (WWU Münster / Germany)
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Müslüm AKINCI (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nihat TAŐDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Recep GÜLŐEN (İğdır Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ VEZNEDAROĞLU (Altınbaş Ün. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fak.)

* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Prof. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Yasemin IŐIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Zehra Őeker ÖĐÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)


DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÖLTESİ DERĐİSİ'NİN TARANDIĞI İNDEKSLER VE DİZİNLER

Dicle Üniverstesi Hukuk Fakóltesi Dergisi,


ULAKBİM Tübitak Ulakbim - TR Dizin Veri Tabanı'nda,

DergiPark
AKADEMİK Dergipark'ta,

 **Jurix**
Hukuk Dergileri Veritabanı Jurix Hukuk Dergileri Veri Tabanı'nda ve

 **HEINONLINE** Heinonline Veri Tabanı'nda taranmaktadır.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Yayınlanmak üzere dergiye gönderilecek yazıların yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekir.
2. Yazıların ulusal ve uluslararası alanda geçerli araştırma ve yayım etiğine ilişkin kurullarla uyumlu olması gerekir.
3. Yazıların bilimsel standartlara uygun ve özgün olması gerekir. İntihal programları kullanılmak suretiyle veya başka bir şekilde intihale yer verdiği tespit edilen yazılar kabul edilmez.
4. Yazılar elektronik ortamda teslim edilmelidir.
5. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
6. Yazıların teslimi sırasında ayrıca yazının türü (makale, derleme, özet, editöre mektup, çeviri, karar incelemesi, kitap veya muhtelif eser kritiği, vaka takdimi, mevzuat incelemesi, araştırma notu, tez özeti vb.) hakkında da bilgi verilmelidir.
7. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün uygun görüşü alınmak suretiyle yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çelişmeyecek ufak çaplı değişiklikler yapılabilir.
8. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemlerden en az biri fakülte dışından seçilir. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, ilgili yazı talep üzerine veya re'sen üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

9. Yazım yanlışlarının olanağın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerinin uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.
10. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu konuda herhangi bir mesuliyet kabul etmez.
11. Yayına kabul edilen eserlerin telif hakkı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlara telif ücreti veya başka bir isim altında herhangi bir ödeme yapılmaz.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

MAKALE YAZIM KURALLARI

1. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması gerekir.
2. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir “Öz” kısmına yer vermelidir. Ayrıca “Öz” kısmından hemen sonra gelmek üzere hem yazı dilinde hem de ilgili yabancı dilde en az beş anahtar kelimeye ve yazının ilgili yabancı dildeki başlığına da yer verilmelidir. “Öz”ün ve “Öz”ün yabancı dildeki tercümesinin her biri 400 kelimeyi geçmemelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe “Öz”üne yer verilmesi zorunludur.
3. Yazının sistematığı aşağıdaki şekilde olmalıdır.

BAŞLIK

(Bu başlık altında öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

(Burada yabancı dilde öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

I. GİRİŞ (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

II. ...

A. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

B. ...

1. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

2. ...

a. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

b. ...

III. ... (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

IV. SONUÇ (Sonuç başlığına da **numara verilmelidir.**)

KAYNAKÇA (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacak ve başlığa **numara verilmeyecektir.**)

4. Kaynakça kısmında önce büyük harflerle yazarın soyadına, sonra adına yer verilmeli, iki nokta üst üste işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır. Kaynakçada yer verilen her eser veya kaynak sonra nokta işareti (.) ile sonlandırılmalıdır. Kaynakçanın ilk satırı soldan başlatılmalı, devam eden satırlar 1,25 cm içerden (sağdan) başlatılmalıdır.

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukuku, 25. Baskı, Anayasa Yayınevi, Ankara 2015. **(Kitap örneği)**

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukukunda Normlar Hiyerarşisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 1- 33. **(Makale örneği)**

5. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve tüm dipnotların mutlaka nokta işareti (.) ile sonlandırılması gerekir.
6. Editörden onay alınan haller hariç olmak üzere yayımlanmak üzere gönderilen yazıların kural olarak 30 sayfayı geçmemesi gerekir.

DERGİNİN GEÇMİŐİ

(ARŐIV)

Cilt: 1	Sayı: 1	Yıl: 1983
Cilt: 2	Sayı: 2	Yıl: 1984
Cilt: 3	Sayı: 3	Yıl: 1985
Cilt: 4	Sayı: 4	Yıl: 1988
Cilt: 5	Sayı: 5	Yıl: 1992
Cilt: 6	Sayı: 6	Yıl: 1993
Cilt: 7	Sayı: 7	Yıl: 2003
Cilt: 8-9	Sayı: 8-9-10-11	Yıl: 2003-2004
Cilt: 10-11	Sayı: 12-13-14-15	Yıl: 2005-2006
Cilt: 12-13	Sayı: 16-17-18-19	Yıl: 2007-2008
Cilt: 14	Sayı: 20-21	Yıl: 2009
Cilt: 15-16	Sayı: 22-23-24-25	Yıl: 2010-2011
Cilt: 17-18	Sayı: 26-27-28-29	Yıl: 2012-2013
Cilt: 19	Sayı: 30-31	Yıl: 2014
Cilt: 20	Sayı: 32	Yıl: 2015
Cilt: 20	Sayı: 33	Yıl: 2015
Cilt: 21	Sayı: 34	Yıl: 2016
Cilt: 21	Sayı: 35	Yıl: 2016
Cilt: 22	Sayı: 36	Yıl: 2017
Cilt: 22	Sayı: 37	Yıl: 2017
Cilt: 23	Sayı: 38	Yıl: 2018
Cilt: 23	Sayı: 39	Yıl: 2018
Cilt: 24	Sayı: 40	Yıl: 2019
Cilt: 24	Sayı: 41	Yıl: 2019
Cilt: 25	Sayı: 42	Yıl: 2020
Cilt: 25	Sayı: 43	Yıl: 2020
Cilt: 26	Sayı: 44	Yıl: 2021
Cilt: 26	Sayı: 45	Yıl: 2021
Cilt: 27	Sayı: 46	Yıl: 2022
Cilt: 27	Sayı: 47	Yıl: 2022
Cilt: 28	Sayı: 48	Yıl: 2023
Cilt: 28	Sayı: 49	Yıl: 2023

NOT: DÜHFD 32. sayıya kadar 1303-9105 ISSN numarasıyla, 33. ve sonraki sayılarda ise 1300-2929 ISSN numarasıyla yayımlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Süleyman DOST
YAPAY ZEKA VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ 279

Doç. Dr. Servet ALYANAK
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU GENEL İLKELERİNİN EŞİK DEĞERİN
ALTINDAKİ KAMU İHALELERİNE UYGULANMASI 319

Arş. Gör. Dr. Ashhan KÜÇÜKER / Doç. Dr. Ömer ÖZKAYA
ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE AİLE İÇİ
VE KADINA YÖNELİK ŞİDDETLE MÜCADELE ÜZERİNE BİR
İNCELEME 353

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa OKŞAR
ÇOĞUNLUKÇU-ÇOĞULCU DEMOKRASİ İKİLEMİNDE PARTİ İÇİ
DEMOKRASİ ANLAYIŞI VE CUMHURBAŞKANI HÜKÜMET
SİSTEMİNE YANSIMALARI 407

Arş. Gör. Melike ÇOLAKOĞLU
İKLİM ADALETİ VE ÇOCUK HAKLARI 469

ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. Mehmet ÜÇER / Mehmet GÖKTİMUR
YAŞAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASINDA GERÇEK
DEĞER YERİNE TAPUDA GÖSTERİLEN SATIŞ BEDELİNİN ESAS
ALINMASININ ANAYASAYA AYKIRILIĞI SORUNU 499

Dr. Öğr. Üyesi Filiz YAVUZ İPEKYÜZ / Abdurrahman ASLAN
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN, YÜKLENİCİNİN ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT
SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN ALACAK HAKKINA (ARSA PAYI YA
DA BAĞIMSIZ BÖLÜM) HAK KAZANMA ŞARTLARI 531

Öğr. Gör. Dr. Bahadır DEMİR
BAĞLI TÜKETİCİ KREDİ SÖZLEŞMELERİ 579

Uğur YAZICI
ARABULUCULUK KURUMUNDA GİZLİLİK VE HUKUKİ
SONUÇLARI 621

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

- Assoc. Prof. Süleyman DOST**
ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND FREEDOM OF EXPRESSION 280
- Assoc. Prof. Servet ALYANAK**
APPLICATION OF THE GENERAL PRINCIPLES OF EUROPEAN
UNION LAW TO PUBLIC PROCUREMENTS BELOW THE THRESHOLD
VALUE 320
- Res. Asst. Dr. Aslıhan KÜÇÜKER / Assoc. Prof. Ömer ÖZKAYA**
A STUDY ON COMBATING DOMESTIC VIOLENCE AND VIOLENCE
AGAINST WOMEN WITHIN THE FRAMEWORK OF THE
CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS 354
- Asst. Prof. Mustafa OKŞAR**
THE UNDERSTANDING OF INTRA-PARTY DEMOCRACY IN THE
MAJORITARIAN-PLURALISTIC DEMOCRACY DILEMMA AND ITS
REFLECTIONS ON THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM 408
- Res. Asst. Melike ÇOLAKOĞLU**
CLIMATE JUSTICE AND CHILDREN'S RIGHTS 470

PRIVATE LAW

- Prof. Dr. Mehmet ÜÇER / Mehmet GÖKTİMUR**
THE ISSUE OF UNCONSTITUTIONALITY OF TAKING THE SALES
PRICE SHOWN IN THE DEED REGISTRATION AS A BASIS INSTEAD
OF THE ACTUAL VALUE IN EXERCISING THE LEGAL RIGHT OF PRE-
PRECAUTION 500
- Asst. Prof. Filiz YAVUZ İPEKYÜZ / Abdurrahman ASLAN**
CONDITIONS FOR A THIRD PARTY TO BE ENTITLED TO THE RIGHT
TO RECEIVE (LAND SHARE OR INDEPENDENT SECTION) ARISING
FROM THE CONSTRUCTION CONTRACT IN EXCHANGE FOR THE
CONTRACTOR'S LAND SHARE 532
- Lec. Dr. Bahadır DEMİR**
THE AFFILIATE CONSUMER CREDIT AGREEMENTS 580
- Uğur YAZICI**
PRIVACY IN THE MEDIATOR AND LEGAL CONSEQUENCES 622

KAMU HUKUKU

YAPAY ZEKA VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Süleyman DOST*

ÖZ

Teknolojik gelişmeler, internet ve sosyal medya, haber, bilgi ve düşüncelere ulaşma ve paylaşmayı daha kolay hale getirmiştir. Yaşanan bu gelişmeler aynı zamanda, hukuka aykırı bir şekilde ifade özgürlüğüne müdahale fırsatlarına da yol açmıştır. Çevirim içi platformlara sürekli bir şekilde insanın üstesinden gelemeyeceği miktarda içerik yüklenmektedir. Bu içeriklerle ilgili olarak özellikle arama motorları ve sosyal medyada yapay zeka yoluyla içerik kişiselleştirme ve içerik denetimi yapılmaktadır. Bu nedenle internet kullanıcılarının hem ifade özgürlüğü sınırlanmakta hem de daha sınırlı bilgiye ulaşmaktadır. Ayrıca kullanıcılar, yapay zeka yoluyla yapılan dezenformasyon ile politik veya ticari amaçlar için manipüle edilebilmektedir. Yapay zekanın bu şekilde kullanımı, uluslararası düzenlemelerle güvence altına alınan ifade özgürlüğüne karşı potansiyel ihlal riski oluşturmaktadır. Bu risklere karşı devletlerin, yapay zeka teknolojisi üreten veya kullanan şirketlerin, medyanın ve kullanıcıların görevleri bulunmaktadır. İşbu makalede, yapay zeka, yapay zeka formları, yapay zeka yoluyla ifade özgürlüğüne müdahale yolları ile mevcut ve muhtemel sorunlar ve çözüm önerileri ele alınmaktadır.

* Doç. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: suleymandost@sdu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0317-6389.

Makalenin Gönderim Tarihi : 18.08.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 27.11.2023.

Anahtar Kelimeler: Yapay zeka, ifade özgürlüğü, içerik kişiselleştirme, içerik denetimi, dezenformasyon.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND FREEDOM OF EXPRESSION

ABSTRACT

Technological developments, the internet and social media have made it easier to access and share news, information and ideas. These developments have also led to opportunities for unlawful interference with freedom of expression. Online platforms are constantly being loaded with an overwhelming amount of content. Regarding these contents, content personalization and content moderation are carried out through artificial intelligence, especially in search engines and social media. For this reason, internet users' freedom of expression is limited and they have access to more limited information. Additionally, users can be manipulated for political or commercial purposes with disinformation through artificial intelligence. This use of artificial intelligence poses a potential risk of violation of freedom of expression guaranteed by international regulations. States, companies that produce or use artificial intelligence technology, the media and users have duties against these risks. In this article, artificial intelligence, forms of artificial intelligence, ways of interfering with freedom of expression through artificial intelligence, current and possible problems and solution suggestions are discussed.

Keywords: Artificial intelligence, freedom of expression, content personalization, content moderation, disinformation.

I. GİRİŞ

Teknoloji, internet ve yapay zeka, pek çok alanda insan ve toplum hayatını etkilemiştir. Sosyal medya, trafik ışıkları, otonom araç ve cihazlar, spam filtreleri, ses tanıma sistemleri ve arama motorları gibi çok sayıda cihaz ve program olumlu bir şekilde neredeyse günlük hayatımızın bir parçası haline gelmiştir. Ancak bu teknolojiler, faydaları ile birlikte insan hakları üzerinde çeşitli riskleri de barındırmaktadır. Özellikle yapay zeka alanındaki teknolojilerin çoğunda insan hakları ile ilgili olumsuz etki potansiyeli daha da yüksektir. Çünkü yapay zeka ürünü program veya cihazlar, bireysel ve toplumsal nitelikli verilerin üretilmesine, toplanmasına, işlenmesine ve paylaşılmasına

dayanmaktadır. Bu veriler bireylerin profilini çıkarmak ve gelecekteki davranışlarını tahmin etmek için kullanılabilir. Bu nedenle işbu program ve cihazlar, diğer temel haklarla birlikte ifade özgürlüğü üzerinde ciddi bir tehdit oluşturmaktadır¹.

İfade özgürlüğü ise, açık ve demokratik bir toplumun temelidir. Bu özgürlük, ilerlemenin yanı sıra bireylerin kendini gerçekleştirme temel şartları arasındadır. Demokrasinin, hesap verebilirliğin ve iyi yönetimin gelişmesi için ifade özgürlüğünün sağlanması, korunması ve geliştirilmesi gerekir. Bu bağlamda devletlerin, düşünce ve ifade özgürlüğünü uluslararası insan hakları hukukuna uygun olarak kendi ulusal hukuklarında anayasal ve yasal güvenceye kavuşturmaları bir yükümlülüktür. Aynı şekilde politikacıların, kanun koyucuların, şirketlerin, sivil toplum kuruluşları ve diğer ilgili paydaşların yapay zekanın sonuçlarını, risklerini ve potansiyelini değerlendirmeleri gerekir².

En kapsamlı teknolojik gelişmelerden birisi olan internet, ifade özgürlüğünün kullanımında en önemli araç ve yollardan birisi haline gelmiştir. Özellikle sosyal medya, sınırlara bakılmaksızın herkese, her türlü haber, bilgi ve düşünceye ulaşma ve yayma fırsatını sağlamaktadır. Ancak yapay zeka, elde ettiği veya kendisine yüklenen verilere göre, arama motorlarında ve sosyal medyada kullanıcılara sunulan içeriği hem denetlemekte, zararlı ise içeriği kaldırmakta hem de kişisel tercihlere göre seçmekte ve kişiselleştirmektedir³. Veya programlandığı şekilde internette dezenformasyon yapabilmektedir. İşte bu noktada yapay zekânın ifade özgürlüğüne hukuka aykırı bir şekilde müdahaleleri söz konusu olabilmektedir.

¹ KOLAREVIC, Emina: The Influence of Artificial Intelligence on the Right to Freedom of Expression, LAW - Theory and Practice, vol. 39, no. 1, 2022, s.112; ARTICLE 19: Privacy and Freedom of Expression In the Age of Artificial Intelligence (FE in AI), April 2018, s.4. <https://www.ARTICLE19.org/resources/privacy-freedom-expression-age-artificial-intelligence/> (Erişim tarihi:03.11.2023).

² ARTICLE 19, FE in AI, s.5.

³ KOLAREVIC, s.112.; Ayrıca bakınız: KAYA, Mehmet Bedii: İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi, Anayasa Yargısı, Cilt: 37, Sayı: 2, 2020, s.163.; SİNGİL, Nesrin: Yapay Zekâ ve İnsan Hakları, Public and Private International Law Bulletin (PPIL), 42(1), 2022, s.145-148. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.970856> (Erişim tarihi:03.11.2023).

Bu makalenin temel amacı, yapay zekânın ifade özgürlüğü üzerindeki işbu potansiyel tehdidine karşı, bu özgürlükten *maksimum düzeyde yararlanılmasını*⁴ sağlayacak bir hukuki çerçeve çizilmesine katkıda bulunmaktır. Bu kapsamda işbu makalede öncelikle yapay zeka ve yapay zeka formları olan makine öğrenimi ile algoritmik karar verme hakkında bilgi verilecektir. Daha sonra yapay zekâ ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiye değinilecektir. Ardından yapay zekanın ifade özgürlüğüne müdahale yolları olan içerik kişiselleştirme, içerik denetimi, dezenformasyon ve unutulma hakkının yapay zeka yoluyla gerçekleştirilmesi konuları incelenecektir. Sonunda da konu ile ilgili sorunlar ve çözüm önerileri sunulacaktır.

II. YAPAY ZEKA

Bu makalede yeknesaklığı sağlamak için kullanılan bazı kavramların hangi içerikte olduğunu belirtmekte fayda var: İfade edilecek içerik, *haber, bilgi ve düşünce* olarak yer almıştır. *İstenmeyen içerik*, internet platformlarının Hizmet Şartlarını ihlal eden içeriği, *yasa dışı içerik*, hukuka aykırı içeriği ifade etmektedir. Yapay zekanın ifade özgürlüğüne müdahale edebileceği ortam, *çevirim içi ortam, dijital ortam* veya *internet* olarak adlandırılmıştır. İfade özgürlüğüne müdahale, *sınırlama, kısıtlama* veya *tedbir* kavramlarıyla ifade edilmiştir. Bunun dışında yapay zeka, yapay zeka formları, ifade özgürlüğü ve yapay zekanın ifade özgürlüğüne müdahale yolları ile diğer kavramlar aşağıda ilgi başlıklar altında ele alınmıştır.

A. Yapay Zeka Kavramı

Yapay zekanın üzerinde uzlaşmış bir tanımı bulunmamaktadır⁵. Bunun iki temel sebebi var: İlki yapay zeka alanında devam eden

⁴ ARTICLE 19: The Global Principles on Protection of Freedom of Expression and Privacy (Principles of FE), March 2017, s.4. <https://www.ARTICLE19.org/resources/the-global-principles-on-protection-of-freedom-of-expression-and-privacy/> (Erişim tarihi: 03.11.2023).

⁵ MAAS, Mathijs M: International Law Does not Compute Artificial Intelligence And The Development, Displacement or Destruction of the

gelişmeler sebebiyle yapay zekanın kapsamı sürekli değişmektedir. İkincisi ise yapay zekâ, farklı disiplinler tarafından farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Yapay zekânın tanımında tam bir görüş birliği olmasa da, konunun önemi herkesçe kabul edilmekte ve özellikle hukuk, belirli bir tanımı gerekli kılmaktadır⁶.

Dar anlamda yapay zeka, makinelerin farklı derecelerde teknik gelişmişlik ve özerklikle insan özelliklerine benzeme yeteneğidir⁷. Geniş anlamda ise “makinelerin, düşünme, öğrenme ve problem çözme gibi bilişsel işlev gerektiren görevleri yerine getirebilecek hale getirilmesi” olarak tanımlanmaktadır⁸. Yani yapay zeka insan gibi rasyonel düşünmesi ve hareket etmesi için tasarlanan bir sistemdir. Buna göre nasıl ki insanlar satranç oynarken akıl yürütme, strateji oluşturma, planlama ve karar verme gibi çeşitli bilişsel yetenekleri kullanır, bir dilden diğerine çeviri yaptığında sembolleri, bağlamı, dili ve anlamı işlemek için üst düzey beyin merkezlerini etkinleştirirler, otomobil kullandıklarında görme, tanıma, durumsal farkındalık, hareket ve muhakeme gibi çeşitli beyin sistemleri devreye girer. Aynen öyle de “insanlar tarafından gerçekleştirildiğinde bilişsel işlev gerektiren bir aktivite otomatikleştirdiğinde, bir yapay zekâ uygulaması” olarak tanımlanmaktadır⁹.

Performans temelli bir başka tanıma göre “yapay zekâ, karmaşık veya büyük ortamlarda, bir makinenin karar vermesi, model tanınması ve tahmin etmesinin doğruluğunu, hızını ve/veya ölçeğini otomatikleştirmek ve geliştirmek veya belirli işlerde insan performansının yerine geçmek için kullanılan genel amaçlı bir teknolojidir¹⁰”.

Global Legal Order, Melbourne Journal of International Law (MelbJIntLaw) 3 V 20 (1), 2019, s.25.

⁶ MARTINEZ, Rex: Artificial Intelligence: Distinguishing Between Types & Definitions, Nev. L.J. 19, 2019, s.1023.

⁷ ARTICLE 19, FE in AI, s.6.

⁸ KOLAREVIC, s.113,.; Ayrıca bakınız: ARTICLE 19, FE and AI, s.6

⁹ SURDEN, Harry: Artificial Intelligence and Law: An Overview, Ga. St. U. L. Rev. V35/4/8, 2019, s.1310. <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol35/iss4/8> (Erişim tarihi:03.11.2023).

¹⁰ KAYE, David: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, New York: United Nations General Assembly, (A/73/348), 2018, para.3.

Avrupa Birliği (AB) Avrupa Komisyonu, yapay zekâyı, “belirli hedeflere ulaşmak için çevrelerini analiz ederek ve belirli bir dereceye kadar özerklikle harekete geçerek akıllı davranışlar sergileyen sistemler” olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda “yapay zeka tabanlı sistemler, sesli asistanlar, görüntü analiz yazılımı, arama motorları, konuşma ve yüz tanıma sistemleri gibi sanal dünyada kullanılan yazılım (software) olabileceği gibi gelişmiş robotlara, otonom araçlara, dronlara veya çeşitli nesnelere internet uygulamaları gibi donanım aygıtlarına (hardware) yerleştirilmiş olabilir”¹¹.

AB Avrupa Parlamentosu tarafından 14 Haziran 2023 tarihinde onaylanan Yapay Zeka Yasası (Artificial Intelligence Act)¹²’nin 3.maddesinin 1.fıkrasına göre ise “yapay zeka sistemi, açık veya örtülü amaçlar doğrultusunda, fiziksel veya sanal ortamları etkileyen tahminler, tavsiyeler veya kararlar gibi çıktılar üretebilen çeşitli özerklik seviyelerinde çalışmak üzere tasarlanmış makine tabanlı bir sistem” olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi yapay zeka, belirli bir hedefe ulaşmak için gerçekleştirilecek en iyi eylemi seçme yeteneğini ifade etmektedir. Rasyonel olarak çalışan yapay zeka, içinde bulunduğu ortamı bazı sensörler aracılığıyla algılar, verileri toplayıp yorumlar, algılanan veriler üzerinde akıl yürütür veya buradan elde edilen bilgileri işler. Bu veriler, en iyi eylemin hangisi olduğuna karar verir ve ardından bazı aktüatörler aracılığıyla buna göre hareket eder, böylece bulunduğu ortamı değiştirir. Yapay zeka sistemleri sembolik kuralları kullanabilir veya sayısal bir model öğrenebilir ve ayrıca ortamın önceki eylemlerden nasıl etkilendiğini analiz ederek davranışlarını da uyarlayabilir¹³.

Görüldüğü gibi yapay zeka, karar alma ve uygulama faaliyetlerini kısmen veya tamamen insanlardan alarak yazılım sistemlerine devreden

¹¹ EU European Commission High-Level Expert Group on Artificial Intelligence: A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines (EU definition of AI), 8 April 2019, s.1. https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf (Erişim tarihi: 03.11.2023).

¹² EU European Parliament: Artificial Intelligence Act, (EU AI Act), P9_TA(2023)0236, 14 June 2023. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html (Erişim tarihi: 03.11.2023).

¹³ EU definition of AI, s.1.

süreçleri tanımlayan şemsiye bir kavramdır¹⁴. Yapay zeka, arama motoru, görüntü analizi, sanal asistanlar, ses veya yüz tanıma sistemlerinde kullanılan yazılım (software) olabileceği gibi otonom araçlara, robotlara, dronlara veya diğer donanım sistemlerine (hardware) kurulabilir. Bu özellikleriyle yapay zeka, özellikle arama motorlarında ve sosyal medyada, çeşitli şekillerde ifade özgürlüğünü olumlu veya olumsuz şekilde etkileme potansiyeline sahiptir.

B. Yapay Zeka Formları

Yapay zeka teknolojileri başta bilgisayar bilimi olmak üzere istatistik, dil bilimi, robot bilimi, elektrik mühendisliği, matematik, sinir bilimi, ekonomi, mantık ve felsefe gibi çok sayıda alanı yakından ilgilendirmektedir. Bu uygulama ve sistemleri üçe ayırmak mümkündür¹⁵: 1-*Makine öğrenme* merkezli yapay zeka, 2-kural, mantık ve bilgi sunan *algoritmik yapay zeka* ve 3-*hibrit yapay zeka*.

Günümüzde yapay zekanın en gelişmiş ve yaygın olan formu, kendisine yüklenen verilerden ve deneyimlerden öğrenerek, işleyerek, analiz ederek ve tahmin yaparak bir davranışı yapmaya karar verme ve uygulamayı mümkün kılan bir teknoloji olan makine öğrenimidir. Yapay zekanın eski formlarında olduğu gibi önceden programlanmış kuralları takip etmek yerine, bu sistemlere “bir görev belirlenir ve bu görevin nasıl başarılacağına veya kalıpların tespit edilebileceğine dair çok sayıda örnek veri girilir. Sistem daha sonra istenen çıktıyı en iyi nasıl elde edeceğini öğrenir.” Örneğin akıllı ev cihazları veya sanal asistanlar, kullanıcıların isteklerini daha doğru bir şekilde işlemek ve yerine getirmek için günlük dil ve konuşma kalıpları hakkında toplanan verilerden öğrenmeye devam etmektedir¹⁶.

Yapay zekanın diğer bir formu da kural, mantık ve bilgi sunumu yapabilen *algoritmik yapay zekadır*. Bu sistem, “girdi verilerini belirli hesaplamalara dayalı olarak istenen sonuca dönüştürmek için kodlanmış prosedürlere” sahip talimatlar dizisi olan algoritmalara dayanmaktadır¹⁷.

¹⁴ KOLAREVIC, s.113.

¹⁵ SURDEN, s.1310.

¹⁶ KAYE, para. 4.; ARTICLE 19, FE in AI, s.7.; KOLAREVIC, s.114.

¹⁷ GILLESPIE, Tarleton: The Relevance of Algorithms, 2014, s. 16. <https://doi.org/10.7551/mitpress/9780262525374.003.0009> (Erişim tarihi: 03.11.2023).; ARTICLE 19, FE in AI, s.6.

Bu algoritmalar, kelime listesini alfabetik sıraya göre düzenleyenler gibi çok basit olabileceği gibi ses tanıma veya finansal tahmin yapabilen algoritmalar gibi çok karmaşık olabilirler. Her ne kadar tüm algoritmalar yapay zeka içermese de, her yapay zeka sisteminin algoritma kümeleri içerdiğinin altını çizmek gerekir. Bu yüzden yapay zeka, çeşitli işlevleri gerçekleştirmek için algoritmaları birleştiren karmaşık bir algoritma olarak algılanabilir. Bazen algoritma, spam postaların otomatik olarak filtrelenmesi gibi özerk bir şekilde karar verir ve bazen de insanlar, örneğin işe alırken, algoritma yardımıyla karar verir ve bu tür kararlar genellikle yarı otomatiktir. Sistemi eğiten veri tabanı, taraflı olabileceğinden ve dolayısıyla ayırıcı etkiler doğurabileceğinden dolayı, algoritma karar verme süreci, insan hakları açısından önem taşımaktadır¹⁸.

Yapay zekanın diğer bir formu da çeşitli seviyelerde otomatik karar verebilen *hibrit yapay zekadır*. Yapay zekanın bu formunda ya makine öğrenimi ve algoritma birlikte bulunmakta ya da yapay zeka sisteminin herhangi bir aşamasında insan müdahalesi bulunduğu için hibrit olarak adlandırılmaktadır¹⁹. Bu sistem genel olarak çeşitli sensörler tarafından büyük ölçekli veri toplanmasını, bu verilerin algoritmalar tarafından işlenmesini ve ardından otomatik performansı içerir. Bu sistemler, büyük miktarda veriyi yönetmenin, organize etmenin, analiz etmenin ve karar alma sürecini buna göre yapılandırmanın etkili bir yoludur. Sisteme değişen derecelerde insan katılımı söz konusu olabilir. Bu nedenle insan haklarını önemli ölçüde şekillendiren veya etkileyen kararlar alabilir veya bilgi üretebilir²⁰.

Yapay zekanın her üç formu da ifade özgürlüğünü olumlu veya olumsuz etkileme potansiyeline sahiptir. Peki yapay zekanın etkileyeceği ifade özgürlüğü nedir?

III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)'nin 19. maddesine göre “Herkesin fikir ve ifade özgürlüğü hakkı vardır, bu hak, müdahale olmaksızın fikir sahibi olmak ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve fikirleri her türlü yoldan aramak, elde etmek ve yaymak hakkını

¹⁸ KOLAREVIC, s.114.

¹⁹ SURDEN, s.1319-1321.

²⁰ ARTICLE 19, FE in AI, s.7.

da içerir”. İfade özgürlüğü, evrensel nitelikli 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)’nin 19. maddesi ile de düzenlenmiştir. Buna göre “Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır. Herkes, düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir; bu hak, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir”. Yine 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nde de güvence altına alınmıştır. “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar”.

Uluslararası nitelikli diğer sözleşmelerde de güvence altına alınmış olan bu özgürlük, çok sayıda hak ve özgürlüğün üzerine kurulduğu *kaynak özgürlük* niteliğindedir. İşbu çalışmada uluslararası insan hakları hukukundaki ifade özgürlüğünün yapay zekâ ile olan ilişkisi inceleme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda ifade özgürlüğü konusunda ortaya çıkan genel prensipleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

Herkesin yararlanabileceği ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun temeli olarak kabul edilmiştir. İfade özgürlüğü kapsamına her türlü haber, bilgi ve düşünce ile bunlara ulaşma, öğrenme ve yayma dâhildir. Düşüncenin kendisi gibi, düşünceyi açıklama biçimi ile düşüncenin açıklandığı araçlar ve yollar da ifade özgürlüğü kapsamındadır. Ancak her hak ve özgürlük gibi ifade özgürlüğü de sınırsız değildir. Görev ve sorumluluklar ile birlikte kullanılması gereken bu hak, hukuk tarafından öngörülmuş meşru amaçlar için sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırmayı yapan kanun erişilebilir, öngörülebilir ve kişilerin eylemlerinin sonuçlarını tahmin etmelerine izin verecek kesinlikte olması gerekir. Devletlerin sahip olduğu sınırlandırma yetkisi, ancak belli şartlarla kullanılabilir. Bu kapsamda sınırlandırma yetkisi, hukuk düzeni tarafından öngörülmuş, demokratik bir toplumda gerekli, hedeflenen meşru amaca yönelik ve orantılı olmalıdır. Sınırlamanın ağırlığı ve özelliği titiz bir şekilde incelenmelidir²¹.

²¹ BOZKURT, Enver - DOST, Süleyman: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Cilt:7, Sayı:1, 2002, s.51-55.; SEARS, Alan M: Algorithmic Speech and Freedom of Expression, Vanderbilt

Yazılı ve görsel medyanın demokratik bir toplumda özel bir önemi vardır. Devletler halkın farklı bakış açısı ile haber alma hakkına özen göstermelidir. İfade özgürlüğünün sağlanmasında devlet, aktif bir rol oynamalıdır. Ancak görsel işitsel medya aracı sahipleri görev ve sorumluluk içinde hareket etmeli, şiddete ve düşmanlığa araç olmamalıdır. Bu bakımdan görsel işitsel medyanın devlet tarafından izin rejimine bağlanması ve bu alanın belirli kurullarla düzenlenmesi, ifade özgürlüğüne aykırılık teşkil etmez²².

Edebi ve sanatsal ifadeler ile politik düşünceler, ifade özgürlüğü bakımından en geniş şekilde korunur. Çünkü bu düşünceler hem demokratik toplum hem de kişilerin gelişmesi bakımından son derece önem taşımaktadır. Yine mesleki ve ticari ifadeler ifade özgürlüğü kapsamındadır. Ancak mesleki ve ticari sınırlar ile kişisel verilerin korunması gerekir. Burada ifade özgürlüğü ile kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği arasında hassas bir dengenin kurulması beklenir. Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü de kamu görevi sorumluluğu kapsamında korunmuştur²³.

Yukarıda en kısa şekilde özetini yapamaya çalıştığımız ifade özgürlüğü, yapay zeka teknolojilerinden en fazla etkilenilecek bir özgürlüktür. Aşağıda yapay zekanın ifade özgürlüğünü olumsuz olarak etkileyebileceği yollar incelenmektedir.

IV. YAPAY ZEKANIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALE YOLLARI

İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. İnternet ise, bireylerin her türlü haber, bilgi ve düşüncüyü sınırlar söz konusu olmaksızın arama, alma ve yayma haklarını kullandıkları en önemli iletişim ortamıdır. Hatta internetin bir tür yarı kamusal alana dönüştüğü bile ileri sürülmüştür²⁴. Günümüzde ise internette yapay zekanın kullanılması ile birlikte yeni bir döneme

Journal of Transnational Law, vol. 53, no. 4, October 2020, s.1364-1369.; ARTICLE 19, Principles of FE, s.12-13.

²² BOZKURT - DOST, s.57-61.

²³ BOZKURT - DOST, s.63-67.

²⁴ SEARS, Thiago Dias: ContentModeration Technologies:Applying Human Rights Standards to Protect Freedom of Expression.” Human Rights Law Review, Vol.20, 2020, s.607-640.

girilmiştir. Çünkü yapay zekâ sistemleri sayesinde, haber, bilgi ve düşünceler otomatik olarak denetlenebilmektedir. Yine yapay zekâ yoluyla kişisel verilerin oluşturulması, toplanması ve işlenmesi ile kullanıcıların profili çıkarılabilmekte ve gelecekteki davranışları tahmin edilebilmektedir. Ayrıca yapay zeka internette, sahte veya yanlış haber, bilgi veya düşünce yayabilmektedir. Bütün bunlar, ifade özgürlüğü açısından ciddi riskler taşıyan gelişmelerdir.

Mevcut yapay zeka teknolojilerinin ifade özgürlüğüne muhtemel müdahale yollarını şu şekilde saymak mümkündür: İçerik kişiselleştirme, otomatik olarak içerik denetimi, engellenmesi veya kaldırılması, sahte veya yanlış içerik yayma (dezenformasyon) ve unutulma hakkının yapay zeka eliyle otomatik olarak uygulanması²⁵ ve yapay zeka yoluyla üretilen içeriklerin doğurabileceği riskler.

A. İçerik Kişiselleştirme

Günümüzde “internet siteleri, erişilebilirlikleri ve çok sayıda veriyi saklamak ve yaymak konusundaki yeterlilikleri sayesinde, halkın güncel haberlere erişimine ve daha genel olarak haberlerin iletilmesinin kolaylaşmasına büyük oranda hizmet etmektedirler²⁶”. Bu nedenle internet “artık bireylerin ifade özgürlüğü haklarını kullandıkları başlıca yollardan birisi haline gelmiştir. Böylece “devletlerin vatandaşların internet erişim hakkını güvence altına alma yükümlülüğü ve herkese bilgi toplumuna katılma hakkını da içermektedir²⁷”. Ancak yapay zeka teknolojilerinin internette kullanılması ile birlikte beklenmedik bir şekilde ifade özgürlüğüne müdahale şekilleri ortaya çıkmıştır. Bunlardan birisi de içerik kişiselleştirmedir.

İçerik kişiselleştirme, internet kullanıcıları için haber ve bilgileri kişisel tercih ve isteklerine göre filtreleyen algoritmaların kullanımını ifade eder. Yapay zeka, her bir kullanıcının çevrimiçi faaliyetlerine ilişkin

²⁵ BRKAN, Maja: Freedom of expression and Artificial Intelligence: on personalisation, disinformation and (lack of) horizontal effect of the Charter, s.2. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354180> (Erişim tarihi:03.11.2023).

²⁶ Times Newspapers Ltd v. The United Kingdom, Applications no. 3002/03 and 23676/03, ECHR, 10 March 2009, para.27.; SEARS, s.608.

²⁷ Ahmet Yıldırım v. Turkey, Application no. 3111/10, ECHR, 18 March 2013, para.31.

verileri kaydeder, saklar ve bunları kullanarak bireysel kullanıcı modelleri oluşturur, her bir kullanıcı için, ilgi duymadığı haber ve bilgileri filtreleyerek ilgili olduğu haber ve bilgileri tahmin eder. Bunun sonucunda arama motoru sonuçları kullanıcıdan kullanıcıya farklılık göstermektedir²⁸.

Yapay zeka tarafından gerçekleştirilen içerik kişiselleştirmenin yapıldığı en yaygın alanlardan birisi *internet aramasında yapılan müdahaledir*. Arama motorları, kullanıcılara gösterilen arama sonuçlarını sıralayan çeşitli algoritmalar kullanarak internet kullanıcılarına göre içerikleri kişiselleştirmektedir. Bu algoritmalar, kullanıcıların geçmiş aramalarına ve kullanıcı hakkında toplanan diğer verilere göre bir profil oluşturarak her türlü haber, bilgi ve ticari içeriği sıralamaktadır. Bu tür kişiselleştirilmiş sıralama sayesinde arama motorları, en iyi arama sonuçları arasında hangi türde veya hangi haber kaynağının görüneceğini belirler. Bu nedenle işbu müdahale, kullanıcıların ulaştığı haber ve bilgiler üzerinde büyük bir etkiye sahip olabilir. İnternet kullanıcıları genellikle yalnızca ilk birkaç arama sonucuna bakar, diğer sayfalarda görüntülenenlere nadiren başvurur. Dolayısıyla kullanıcılar potansiyel olarak daha az çeşitliliğe sahip bilgi ve medya ortamına maruz kalacaktır²⁹.

Yapay zeka tarafından gerçekleştirilen içerik kişiselleştirmenin yapıldığı bir diğer alan ise çeşitli algoritmalarla haber akışlarının düzenlendiği *sosyal medyadır*. Yapay zeka, kullanıcıların genel etkileşim geçmişine bakar. Bu bağlamda yapay zeka, kullanıcıların diğer kullanıcılarla olan, beğenileri, paylaşımları, yorumları, belirli içeriklere abonelikleri gibi etkileşim verilerini kaydeder, kaydedilen bilgileri kontrol eder, bu veriler ışığında kullanıcının kime ulaşabileceğini belirler³⁰. Böylece, kullanıcının sosyal medya etkinliğine dayalı profiline göre inançlarına ve ilgi alanlarına daha yakın olan kişiler ve bilgiler, sosyal medya akışında daha yüksekte ve daha sıklıkla görüntülenecektir. Üstelik sosyal medya kullanıcıları, yalnızca belirli kişiselleştirilmiş bir sırayla bilgi almakla sınırlı olmayıp, arama motorlarında olduğu gibi tüm

²⁸ BOZDAG, Engin: Bias in algorithmic filtering and personalization, *Ethics and Information Technology*, Vol:15, Issue: 3, 2013, s.209-211, <https://doi.org/10.1007/s10676-013-9321-6> (Erişim tarihi:03.11.2023). KOLAREVIC, s.115.

²⁹ BRKAN, s.2.

³⁰ BOZDAG, s.211.; KOLAREVIC, s.116.

webden değil, yalnızca diğer kullanıcılar tarafından gönderilen bilgileri almakla da sınırlanmış olacaktır³¹.

İçerik kişiselleştirmenin, şu konularda ifade özgürlüğü bakımından ihlal potansiyeli taşıdığı söylenebilir. Bunlar, *politik tartışmalara katılma, gerçeği bulma, sosyal uyum, sansürden kaçınma, kişisel gelişim ve manipüle edilme* konularıdır. İçerik kişiselleştirme sebebiyle daha sınırlı bilgiye ulaşan kişi politik tartışmalara yeterince katılamaz. Ulaştığı bilginin gerçekliği, doğruluğu ve objektifliği tartışmalıdır. Farklı bakış açılarını göremediği için sosyal uyum sorunu yaşayacaktır. Gereksiz ve orantısız sansür sebebiyle daha sınırlı bilgiye ulaşacaktır. Ve nihayetinde farklı bilgi ve bakış açılarına ulaşamadığı için bireylerin kendi görüşlerini oluşturma ve geliştirme hakları tehlikeye girecektir³².

İçerik kişiselleştirme kişinin *politik tartışmalara yeterince katılmaması* sonucunu doğurmaktadır. İnternet aramalarının sıralanarak veya sosyal medya haber akışının düzenlenerek içerik kişiselleştirilmesi, filtre baloncucu veya yankı odalarının oluşmasına yani kişinin sadece duymak istediği veya onayladığı haber, bilgi veya düşüncelerin kişinin karşısına çıkmasına sebep olacaktır³³. Bu durum bir yandan kullanıcılar arasındaki ideolojik uçurumun artmasına yol açmakta, diğer yandan kullanıcıyı muhalif görüşten gelen bilgilere maruz kalmaktan da kurtarmaktadır³⁴. Ancak bu halde, eleştirel içeriğe daha az maruz kalınmasına ve güncel sosyal ve politik konularda yetersiz bilgiye ulaşmasına ve politik yelpazenin diğer tarafındaki içeriklerle karşılaşma fırsatının kaçırılmasına da neden olabilmektedir³⁵. Bu yönüyle içerik kişiselleştirilmesi, ifade özgürlüğüne ciddi bir tehdit olabilir. Bu durum kişinin kendi tercihiyle dayanıyorsa ifade özgürlüğü açısından sorun olmayabilir. Ancak bu durum tamamen yapay zekanın dayattığı veya seçtiği içeriklerden oluşuyorsa, kişinin bilgi alma veya bilgiye ulaşma hakkını ihlal edebilecektir.

³¹ BRKAN, s.2.

³² ESKENS, Sarah – HELBERGER, Natali – MOELLER, Judith: Challenged by news personalisation: five perspectives on the right to receive information, *Journal of Media Law*, Vol:9, No:2, 2017, s.264. <https://doi.org/10.1080/17577632.2017.1387353> (Erişim tarihi:03.11.2023).

³³ KOLAREVIC 117.

³⁴ BRKAN, s.3.

³⁵ BOZDAG, s.218.

İfade özgürlüğü kapsamındaki bilgi edinme hakkının *gerçeği bulma* açısından büyük önemi vardır. Çünkü insanlar bir konu hakkında söylenenleri mümkün olan tüm yönlerden dinleyerek doğruyu bulabilir. Bu nedenle herkesin konuşma ve olası tüm argümanları ortaya koyma özgürlüğüne sahip olması gerekir. Çünkü fikir pazarında kazanan fikrin doğru olduğu varsayılır³⁶. AİHM, Th Sunday Times – United Kingdom Krallık kararında, AİHS’de yalnızca basının kamuoyunu bilgilendirme özgürlüğü değil, aynı zamanda kamuoyunun gerektiği gibi bilgilendirilme hakkının da güvence altına alındığını belirtmiştir. Mahkeme, mevcut davada, ilgili hukuki zorluklardan habersiz olan çok sayıda trajedi mağduru ailelerin, altta yatan tüm gerçekleri ve çeşitli olası çözümleri bilmek konusunda hayati bir çıkara sahip olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, ailelerin, kendileri için son derece önemli olan bu bilgiden, ancak bu bilginin yayılmasının yargı otoritesine yönelik bir tehdit oluşturacağından kesin olarak emin olunması halinde mahrum kalabileceğini vurgulamıştır³⁷. Dolayısıyla bilgiye ulaşma hakkı *gerçeği bulma* açısından son derece önem arz etmektedir.

Bilgi alma hakkı ile *sosyal uyum* arasında yakın bir ilişki vardır. İnsanlar sosyal bir gruba aidiyet duygusuna sahiptir. Grupta belirli bir güven düzeyi olmadan sosyal uyum mümkün olmaz. Sosyal uyum ise ortak anlayış ve toplulukların inşasını da gerektirir. Bu da ancak farklı toplumsal gruplar arasındaki temas ile mümkündür. Temas ve iletişimi ise iletişim araçları sağlar³⁸. AİHM, Ouranio Toxo ve Diğerleri / Yunanistan davasında, kamu görevlilerinin çoğulculuk, hoşgörü ve sosyal uyum gibi demokratik bir sistemin doğasında bulunan değerleri savunmak ve teşvik etmek olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, görevlilerin çatışmacı tutumları körüklemek yerine sakinleştirici bir tutumu savunması gerektiğini vurgulamıştır³⁹.

İçeriğin kişiselleştirilmesi aynı zamanda, ifade özgürlüğü kapsamındaki *sansür olmadan bilgi alma hakkını da önemli ölçüde olumsuz etkilemektedir*. AİHM, birçok kararında, basının siyasi ve kamu çıkarını ilgilendiren diğer konularda haber, bilgi ve fikir verme görevinin

³⁶ ESKENS – HELBERGER – MOELLER, s.267.

³⁷ The Sunday Times v. The United Kingdom, Application no. 6538/74, ECHR, 26 April 1979, para.65-66.

³⁸ ESKENS – HELBERGER – MOELLER, s.270.

³⁹ Ouranio Toxo And Others v. Greece, Application no. 74989/01, ECHR, 20 October 2005, para.42.

olduğunu ve kamuoyunun da bu tür bilgileri alma hakkına sahip olduğunu vurgulamaktadır⁴⁰. Bu nedenle, AIHS'nin 10. maddesi, yalnızca basın kamuoyunu bilgilendirme özgürlüğünü değil, aynı zamanda halkın usulüne uygun olarak bilgilendirilme hakkını da güvence altına alır⁴¹. Bilgi alma hakkı aynı zamanda bir bireyin başkalarının kendisine vermek istediği bilgileri alma hakkını da içermektedir⁴². Dolayısıyla yapay zeka yoluyla içerik kişiselleştirme kişilerin sansürlü bir şekilde bilgi alma hakkını sınırlandırmaktadır.

Arama motorlarında veya sosyal medya platformlarında yapay zeka tarafından yapılan içerik kişiselleştirmesi, kendi fikirlerine aykırı görüşlerle çok az karşılaşan veya hiç karşılaşmayan *bireylerin kendi görüşlerini oluşturma ve geliştirme haklarını da tehlikeye atmaktadır*. Haber, bilgi ve düşünceye ulaşma hakkı ifade özgürlüğü kapsamındadır, hatta ön şartıdır. Bu hak uluslararası insan hakları beyanname ve sözleşmelerinde açıkça güvence altına alınmıştır. Bir fikir oluşturma ve bunu sorgulama yoluyla geliştirme hakkı, ifade özgürlüğünün temel bir unsurudur. Ancak bireyin inançlarının, ideolojilerinin, tepkilerinin ve pozisyonlarının geliştirilmesinde aşırı baskıya maruz kalmaması da ifade özgürlüğü kapsamındadır. Ayrıca, fikir sahibi olma özgürlüğüne ciddi bir engel oluşturabilecek tek taraflı bilgilerin teşvik edilmesine izin vermemek de devletin bir görevidir⁴³. AIHM, Khurshid Mustafa ve Tarzibachi-İsveç davasında, kendini gerçekleştirme için ücretsiz bilgi almanın değerini vurgulamıştır. Söz konusu davada başvuranlar İsveç'te kiralık bir dairede yaşamakta ve burada uydu anteni kullanarak Arapça ve Farsça televizyon programlarını izlemektedir. Yeni ev sahibi, uydu anteninin sökülmesini istemiş, başvuranların bu isteğe uymaması üzerine ev sahibi kira sözleşmesini feshetmiş, başvuranlar ise başka bir eve taşınmak zorunda kalmışlardır. Başvuranlar, AIHM önünde bilgi alma özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, başvuranların Irak'tan gelen göçmenler olduğunu, almak istedikleri bilgilerin, başvuranların ilgisini çekebilecek Arapça ve Farsça siyasi ve sosyal haberleri içerdiğini değerlendirmiştir⁴⁴. Dolayısıyla farklı haber,

⁴⁰ Lingens v. Austria, Application no. 9815/82, ECHR, 8 July 1986, para.41.; The Sunday Times v. The United Kingdom, para.65.

⁴¹ The Sunday Times v. The United Kingdom, para. 66.

⁴² KOLAREVIC, s.118.

⁴³ KOLAREVIC, s.116.

⁴⁴ Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden, Application no. 23883/06, ECHR, 16 December 2008, para.44.

bilgi ve düşünceye ulaşma, kendi görüşlerini oluşturma ve geliştirme açısından önem arz etmektedir. Aslında geleneksel yazılı basın, her gün içerik seçimi yoluyla okuyucuların görüşlerini etkilemektedir. Ancak geleneksel basın, her bir kullanıcı hakkındaki haber ve bilgiyi, onu manipüle etmek amacıyla belirli konularla ilgili korkuları ve hassasiyetleri tetiklemek için kullanmamakta, yani kişiselleştirmemektedir⁴⁵.

İçerik kişiselleştirmenin ortaya çıkardığı diğer bir risk de birey ve toplumların *manipüle edilme* potansiyelidir. Yapay zeka yazılımları, işitsel ve görsel nitelikli içerik oluşturmak için yeni araçlar sunmaktadır. Ancak bu yeni araçlar, bir yandan demokrasinin temel taşı olan ifade özgürlüğünün kullanımını kolaylaştırmakta diğer yandan bazı devletlerin sosyal medya platformları üzerindeki kontrol ve denetimini artırmaktadır. Yapay zeka sistemleri ile sosyal medyada, iş akışı veya ürün seçimi optimizasyonu, otomatik veya eski arşivlerden içerik oluşturma, hedef kitleye yönelik içerik seçimi, sanal veri oluşturma veya filtreleme yoluyla içerik kişiselleştirme yapılmakta ve bu durum kamuoyunu etkilemek ve sosyal hareketleri yönlendirmek için de kullanılmaktadır. İfade özgürlüğünün bu araç ve yöntemlerle kullanılmasının, toplumsal hareketler ve özellikle seçim kampanyaları açısından tartışmalı sonuçları doğabilecektir. Ayrıca medyada yer alan bazı haber ve bilgi ve ürünlerin yapay zeka tarafından seçilip trend (genel eğilim) olarak tutulması söz konusu olabilir. İşte bu noktada, internet kullanıcılarının, hükümetler, reklamcılar veya diğer üçüncü kişilerce manipüle edilmesi mümkün olabilecektir⁴⁶. Bu şekilde kişilerin manipüle edilmesi hem medya araçlarına güvensizlik doğurmakta hem de ifade özgürlüğü açısından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır.

Görüldüğü gibi yapay zeka teknolojileri alanındaki gelişmeler, ifade özgürlüğü bakımından bir taraftan yeni fırsat ve ortamları doğururken diğer taraftan risk oluşturmaktadır. Bu kapsamda yapay zeka tarafından yapılan içerik kişiselleştirme bireylerin haber, bilgi ve düşünceye ulaşma çeşitliliğini ve kalitesini azaltabilmekte, filtre baloncukları ve yankı odaları yoluyla farklı görüş sahipleri arasındaki

⁴⁵ KOLAREVIC, s.117.

⁴⁶ ROUMATE, Fatima: Artificial Intelligence, Ethics and International Human Rights Law, International Review of Information Ethics (IRIE) Vol:29/03, 2021, s.3. <https://doi.org/10.29173/irrie422> (Erişim tarihi:03.11.2023).

uçurumun derinleşmesine yol açabilmektedir. Farklı görüşlere maruz kalmayan bireylerin kendi görüşlerini oluşturma ve geliştirme hakları tehlikeye girebilir. Bu nedenle devletler, uluslararası kuruluşlar ve yapay zeka üretici ve kullanıcıları, yapay zekanın ifade özgürlüğünü geliştirmek ve korumak bağlamındaki yönünü güçlendirmelidir.

B. İçeriğin Denetlenmesi, Engellenmesi ve Kaldırılması

Yapay zeka yoluyla ifade özgürlüğüne yönelik ikinci tür müdahale, çevrimiçi içeriğin otomatik olarak denetlenmesi, engellenmesi ve kaldırılmasıdır. Çevrimiçi platformlarda yasadışı, aşırı, şiddeti teşvik eden veya nefret söylemi içeren içeriği denetlemek, engellemek veya kaldırmak için yapay zeka ürünü otomatik araçlar kullanılmaktadır. Yapay zeka, bir taraftan sosyal medyadaki aşırı bilgi yüklemesiyle baş etmede önemli bir rol oynarken diğer taraftan ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi riskine yol açabilecektir⁴⁷.

Dijital ortama yüklenen verilerin sayısal çokluğu karşısında aslında yapay zeka sistemleri, yasa dışı veya platform kurallarına uymayan içerikleri tespit etme konusunda insana nispeten daha etkili ve daha doğru karar verme kapasitesine sahiptir⁴⁸. Çünkü çevirim içi alana sürekli olarak insanın denetleme kapasitesinin çok üstünde içerik yüklenmektedir. Ancak yapay zeka yazılımlarının, insan gibi her içeriğin bağlamını ve doğasını değerlendirme ve dil ve kültür farklılıklarını hesaba katma özelliği (henüz) yoktur. Bu nedenle internet ortamındaki herhangi bir ifade, yapay zeka tarafından yapılan algoritmik olarak içerik kaldırma veya engelleme işlemlerine maruz kalabilecektir. Bu durum ise ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığı ve meşruluğu konusunu gündeme getirecektir⁴⁹.

Belirli bir içerik dijital platforma yüklendikten sonra otomatik olarak kaydedilmektedir. Platformlar, moderasyon sonrası süreçte kendi

⁴⁷ CORTIZ, Diogo – ZUBIAGA, Arkaitz: Ethical and technical challenges of AI in tackling hate speech, International Review of Information Ethics (IRIE), Vol. 29/03, 2021, s.1.; SEARS, s.608.

⁴⁸ YouTube yalnızca Ocak-Mart 2020 arasında topluluk kurallarının ihlali nedeniyle neredeyse iki milyon kanalın, altı milyondan fazla videonun ve yaklaşık 690 milyon yorumun platformdan kaldırıldığını bildirmiştir. SEARS, s.610.

⁴⁹ KAYE, para.13-16.; BRKAN, s.3-5.

kontrol mekanizmaları aracılığıyla içeriğin yasalara, platform kurallarına veya hizmet şartlarına uygun olup olmadığını değerlendirmektedir. Uyumsuzluğun tespiti halinde içerik kaldırılmakta, kullanıcının topluluk kurallarını ihlal etmesi halinde ise kullanıcı geçici veya kalıcı olarak engellenmektedir. İçeriklerin sosyal medya platformlarının standartlarına ve kurallarına aykırı istenmeyen içerikleri denetleyen, ulusal güvenliği tehdit eden, şiddeti, terörü teşvik eden, nefret söylemi, müstehcenlik, çocuk istismarı gibi hukuka aykırı içerikleri kaldıran ve engelleyen sistem yapay zekadır. Bu sistemler, içeriği, filtreler aracılığıyla değerlendirerek, önceden tanımlanmış kriterlere göre istenmeyen veya yasaklanan içeriğin yayınlanmasını otomatik olarak engellemektedir. Ayrıca, kullanıcıların yasa dışı veya istenmeyen içerikleri bildirmesine imkan veren mekanizmalar ve/veya ardından insan moderatörler tarafından belirlenen inceleme prosedürleri de mevcut olabilir. Bu durumda içeriğin kaldırılması veya kullanıcı hesaplarının geçici veya kalıcı olarak engellenmesi bazen insan müdahalesi ile, çoğu zaman yarı otomatik veya tam otomatik süreçler aracılığıyla gerçekleşmektedir⁵⁰.

İçeriğe erişime yönelik filtreleme, engelleme, kaldırma ve diğer teknik veya yasal kısıtlamalar, ifade özgürlüğüne ilişkin *temel ilkelere uygun olduğu* takdirde haklı sayılabilir. Bu kapsamda kısıtlamanın hukuk tarafından açıkça öngörülmüş olması, meşru bir amaç taşınması, kısıtlamanın takip edilen amaç için gerekli ve orantılı bulunması, kısıtlamaya maruz kalan kalan kişiye etkili hak arama yollarının sağlanması gerekir⁵¹.

Hukuk tarafından açıkça öngörülmüş olması şartıyla yapay zekâ tarafından kısıtlanabilecek yasadışı içerikler olarak şunlar sayılabilir: çocuk pornografisi, nefret söylemi, iftira, soykırıma doğrudan ve aleni teşvik, ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete teşvik eden ulusal, ırksal veya dini nefreti savunan söylemler⁵².

Dijital ortamdan bir zararlı bir içeriğin yapay zeka tarafından otomatik kaldırılması ve kurallara uymayan kişilerin engellenmesi, ilk bakışta olumlu gibi gözükse de makul bir şekilde kullanılmadığı takdirde

⁵⁰ KOLAREVIC, s.118-119.

⁵¹ ARTICLE 19: Principle of FE, s.29.; SEARS, s.1364-1369.; Ayrıca bakınız: ELTİMUR, Dilara Yüzer: İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları.” AkdHFD, Y Aralık 2022 C.12 S.2, 2022, s.577-578.

⁵² SEARS, s.618.

ifade özgürlüğüne zarar verebilir. Otomatik kaldırma veya engelleme işlemi ile, algoritmaların zararlı olmayan içerikleri de kaldırma ve kurallara uygun davranan kişileri de engelleme tehlikesi vardır. Çünkü algoritmalar, içeriğin arkasındaki alay, eleştiri, mizah veya ironi gibi duyguları ve üslubu (henüz) ayırt edememektedir. Ayrıca yanlışlıkla kaldırılan içeriğin geri yüklenmesine ilişkin açık bir yasal yükümlülüğün bulunmaması da ifade özgürlüğüne hukuka aykırılık teşkil edebilecektir⁵³.

Yapay zekanın içerik denetlemedeki sorunlardan birisi de *bilgi verme özgürlüğü ile nefret, şiddet ve terörizmin teşvik ve övülmesi ifadelerinin yapay zeka tarafından ayırt edilememesidir*. Özellikle makine öğrenimi, eğer şeffaflık veya gerekçe sağlayacak şekilde tasarlanmıyorsa, zararlı olmayan içeriklerin kaldırılmasına veya engellenmesine sebep olabilecektir. Nefret söylemi ile nefret içermeyen söylemi birbirinden ayırt etmeye yetecek kadar kural ve kriterin makine öğrenimine tanımlanmaması, ihlallere yol açabilecektir⁵⁴. Mesela 2017 yılında gazeteciler ve aktivistler tarafından hazırlanan ve Suriye’deki savaş suçlarını gösteren bazı videolar YouTube (makine öğrenimi sistemleri) tarafından terör propagandası olarak tanımlanmış ve kaldırılmıştır⁵⁵. Bu nedenle zararlı içeriğin tespitinde yapay zekanın kullanılması ifade özgürlüğü açısından sorun olabilecektir

Bir içeriğin yapay zeka tarafından denetlenerek kaldırılmasını, *işlemin hukuk tarafından öngörülmesi* ile birlikte düşünmek gerekir. Sosyal medya platformları, kullanıcılar tarafından yayınlanan içeriği kaldırma konusunda genellikle geniş yetkiye sahiptir ve bunu hizmet şartlarında tamamen kendi takdirlerine göre veya politikalarını ihlal ettiği gerekçesiyle yapabileceklerini belirtir⁵⁶. Oysa bu platformlar genellikle buldukları ülke hukukuna bağlı olarak yasa dışı ve zararlı içerikleri kaldırmak zorundadır. Çünkü ifade özgürlüğüne müdahalenin hukuk tarafından öngörülmüş olması gerekir. AİHS’nin 10.maddesinde bu özgürlüğün kullanılması “yasayla öngörülen ve demokratik toplumda ... gerekli olan bazı formaliteler, şartlar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi

⁵³ BRKAN, s.4-5.

⁵⁴ LLANSO, Emma: No amount of “AI” in content moderation will solve filtering’s priorrestraint problem, 23 April 2020, s.4-5. <https://doi.org/10.1177/2053951720920> (Erişim tarihi:03.11.2023).; SEARS, s.611.

⁵⁵ KOLAREVIC, s.119-120.

⁵⁶ SEARS, s.612.

tutulabileceği” belirtilmiştir. AİHM Özgür Gündem - Türkiye davasında “tedbirin kanunla belirlenmiş olması gerektiğini” vurgulamıştır⁵⁷. Yine Handyside – The United Kingdom davasında Mahkeme, “bir kısıtlama veya cezanın kanun tarafından öngörülmüş olması halinde hukuka uygun olabileceğini” belirtmiştir⁵⁸.

Algoritmik içerik kaldırma ve hesap/erişim engelleme işleminde ifade özgürlüğüne müdahalenin *orantılılığı da* önem taşımaktadır. AİHS'nin 10/2.maddesine göre ifade özgürlüğü, kanunda öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan meşru amaçlardan birine ulaşmak için belirli bazı kısıtlamalara tabi tutulabilir. Dolayısıyla içeriğin kaldırılması veya hesabın/erişimin engellenmesi, acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık vermeli ve meşru amaç ile orantılı olmalıdır. Ahmet Yıldırım - Türkiye davasında, AİHM, bir bilgi kaynağına erişimin kısıtlanması kararının, sadece internete erişime ilişkin yasağa sınırlama getiren ve muhtemel bir kötüye kullanma durumuna karşı hukuki kontrol güvencesi sunan katı bir yasal çerçevede verildiği takdirde AİHS'ye uygun olduğunu belirtmiştir. AİHM, yerel mahkemenin, soruşturma konusu siteyi bloke etmek için uygulanabilecek daha hafif nitelikli bir tedbiri araştırmaksızın ve ihtilaf konusu olaydaki tedbir ile çatışan yararlar arasındaki dengeyi gözetmeksizin, siteye erişimi engellemesini orantılılığa aykırı bulmuştur. AİHM, devletin Google sitesine erişimi engelleme tedbirinin keyfi etkiler doğurduğunu ve kullanıcıların haklarını kısıtladığını belirtmiştir. AİHM'ye göre söz konusu tedbir, büyük miktarlarda bilgiye erişilemez hale getirdiği için önemli bir ikincil etkiye sahiptir. Çünkü haber çabuk bozulan bir üründür ve yayınlanmasını kısa bir süre için bile olsa geciktirmek, onu tüm değerinden ve ilgisinden yoksun bırakabilir⁵⁹. Bu nedenle yapay zeka tarafından yapılacak orantılılık denetimi konusunda yasal bir çerçevenin bulunması ifade özgürlüğü açısından önem taşımaktadır.

Ve nihayet *hangi içeriklerin hukuka aykırı olduğu* konusunda belirlilik, açıklık ve şeffaflık olmalıdır. Filtreleme konusunda belirsiz kurallar veya standartlar sorunu daha da kötüleştirebilir. Çünkü uluslararası insan hakları hukuku, makul bir kişinin, davranışlarını

⁵⁷ Özgür Gündem v. Turkey, Application no. 23144/93, ECHR, 16 March 2000, para.43.

⁵⁸ Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, ECHR, 7 December 1976, para.44.

⁵⁹ Ahmet Yıldırım v. Turkey, para.64-68.

ayarlayabileceği kuralların varlığı gerektirir. Ancak birçok içerik politikasını anlamak zordur. Bu nedenle çevirim içi platformlarda kullanıcılar, hangi ifadelerin kısıtlamaya tabi tutulabileceği konusunda emin olamayabilir⁶⁰. Bu kapsamda “ifade özgürlüğü yalnızca olumlu karşılanan veya zararsız veya önemsiz görülen bilgi veya fikirleri değil, aynı zamanda devleti veya nüfusun belli bir kesimini rahatsız eden veya şok eden bilgi veya fikirleri korumaktadır. Bunlar, demokratik bir toplumun, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir⁶¹.”

Sonuç olarak insanların işini kolaylaştıran yapay zeka yoluyla içerik denetleme ve eleme yapılmasında hukuki bir engel yoktur hatta faydalıdır. Ancak, içeriğin denetlenmesi, kaldırılması ile ilgili hem hukuki hem de yazılım çerçevesi oluşturulmalıdır. Bu çerçeve, ifade özgürlüğü ile ilgili temel ilkelere uygun, şeffaf ve açıklanabilir olmalıdır. Nihayetinde de içeriğin eninde sonunda kaldırılıp kaldırılmayacağına ve gerekçesine insan karar vermelidir⁶².

C. Dezenformasyon

Yapay zeka yoluyla ifade özgürlüğüne yönelik üçüncü tür müdahale, *dezenformasyon*dur. Bu kavram genel olarak sahte veya yanlış, yanıltıcı haber, bilgi ve düşüncenin yapay zeka yoluyla yayılmasını ifade eder. Terim anlamıyla *dezenformasyon*, ekonomik kazanç sağlamak veya kamuoyunu *kasıtlı* olarak aldatmak amacıyla üretilen, sunulan ve yayılan, doğrulanabilir şekilde yanlış veya yanıltıcı bilgidir. *Yanlış bilgi*, etkileri zararlı olsa da, *kasıtlı olmadan* paylaşılan yanlış veya yanıltıcı içeriktir. Hem dezenformasyonun hem de yanlış bilginin yayılması, demokrasiyi tehdit etmek, tartışmaları kutuplaştırmak ve bireylerin sağlığını, güvenliğini ve çevresini riske atmak gibi bir dizi zararlı sonuca yol açabilir⁶³.

Dezenformasyon, yanlış olduğu bilinen bilgilerin kasıtlı olarak oluşturulması ve paylaşılması olarak tanımlanmaktadır. Dezenformasyon, genellikle yanlış bilginin kasıtsız olarak paylaşılması anlamına gelen

⁶⁰ LLANSO, s.4

⁶¹ Handyside v. The United Kingdom, para.49.

⁶² CORTIZ - ZUBIAGA, s.8.

⁶³ EU European Commission: Tackling online disinformation, 2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-disinformation> (Erişim tarihi: 03.11.2023)

yanlış bilgi verilmesi ile karıştırılır. Her ikisi de genellikle *sahte haber* kavramı altında ele alınır. Ancak, her birinin barındırdığı tehditleri doğru bir şekilde değerlendirmek için kavramlar arasındaki ayrımı bilmek önemlidir. Dezenformasyon, ifade özgürlüğüne yönelik daha ciddi bir tehdittir. Çünkü dezenformasyon, içeriğin doğru olduğuna dair samimi bir inanç altında paylaşılabilen yanlış bilgilendirmeden farklı olarak, halkı yanıltmak ve etkilemek için kasıtlı olarak oluşturulan ve yayılan bilgilerdir. Üstelik yapay zeka gibi modern teknoloji dezenformasyonun yayılmasını da kolaylaştırmıştır. Sosyal medya platformları hayata geçirdikleri retweetleme, paylaşma veya yeniden yayınlama mekanizmalarıyla içerik paylaşımını her zamankinden daha hızlı hale getirmiştir⁶⁴.

Yapay zeka teknolojisi, dezenformasyonun etkilerini daha önce hayal bile edilemeyecek seviyelere çıkarmıştır. Bugün artık, *deepfake* olarak bilinen ikna edici sahte ses ve görüntü içerikleri oluşturulmakta ve bu ses ve görüntüler, ilgisiz görüntü veya videoların üzerine yerleştirilebilmektedir⁶⁵. Aslında topluma güvenilir bilgi verilmesi gerekir. Ancak, sahte ve yanıltıcı ses ve video görüntüleri hızla gerçekçi hale geldikçe, üretimi kolaylaştıkça, sahteliğinin tespiti zorlaştıkça ve geniş çapta yayıldıkça, gerçek ses ve video görüntüleri bile güvenilmez hale gelecektir⁶⁶. Böylece, gerçek ile kurgu arasındaki çizgi bulanıklaşarak olumsuz sonuçlara yol açabilecektir. Dezenformasyona karşı insanlar iki şekilde tepki verebilir: Stratejik bir zamanda yayınlanan ve seçimlerde kamuoyunu etkileyebilecek veya protestoları kıskırtabilecek videoları inanarak manipüle veya suiistimal edilmiş olur. Ya da gerçek videoların bile gerçekliğine güvenmeyecektir. Böylece bir haber, bilgi veya düşüncenin gerçekliğini kanıtlamak zorlaşacak ve bilgi güvenilmez hale gelecektir⁶⁷. Her ikisi de ifade özgürlüğü açısından zararlıdır. Ayrıca seslerin ve görüntülerin taklit edilebilirliği, ifade özgürlüğünün sosyal medya gibi ortamlarda kullanılması önünde insanlarda korku veya endişe oluşturabilir. Yani insanlar, sesinin veya

⁶⁴ NUNEZ, Fernando: Disinformation Legislation and Freedom of Expression, UC Irvine Law Review, vol.10, no.2, March 2020, s.785-786.

⁶⁵ WELLS-EDWARDS, Bryn: What's in a Voice? The Legal Implications of Voice Cloning, Arizona Law Review, vol.64, no.4, 2022, s.1214-1215.

⁶⁶ BARBER, Alex: Freedom of expression meets deepfakes, Synthese, 202, Article No.40, 20 July 2023, s.1-2. <https://link.springer.com/ARTICLE/10.1007/s11229-023-04266-4> (Erişim tarihi: 03.11.2023).

⁶⁷ NUNEZ, s.786.; ROUMATE, s.3.

görüntüsünün suiistimal edileceği korku ve endişesi ile sosyal medyada ses veya görüntüsünü kullanmakta tereddüt edecektir. Bu da ciddi bir şekilde ifade özgürlüğünün kullanılmasına zarar verecektir.

Yapay zeka teknolojisi ile yapılan dezenformasyonun önemli sonuçlar doğurabileceği alanlardan birisi de politikadır. Çünkü dezenformasyon, dünya genelinde seçimleri ve kamuoyunun algısını etkilemek için giderek daha fazla kullanılmaktadır. Bu sorun geçmişten beri var olmasına rağmen, sosyal medya platformlarının yaygınlaşması ile birlikte daha da artmıştır. Sosyal medya ve gelişen teknoloji birleşerek, bireyin fikir alma ve yayma hakkını tehdit edecek ölçekte dezenformasyona imkan sağlamıştır. Bu tür bir dezenformasyon kampanyası, seçim sonuçlarını etkileyerek gerçeğin ortaya çıkmasına engel olabilir⁶⁸.

Yapay zeka teknolojisi ile yapılan dezenformasyonun önemli sonuçlar doğurabileceği diğer bir alan ise *ekonomidir*. Üretici veya satıcılar, kendi ürünlerini satmak ve rakip firma ürünlerini kötülemek için dezenformasyonu kullanabilirler. Bir de bunun yapay zeka yoluyla otomatik olarak gerçekleştirilmesi, üstesinden gelinemeyecek sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Ancak özellikle ticari/ekonomik dezenformasyonla mücadele için yeterli hukuki araç yoktur. Bunun yerine şimdilik, insan veya yapay bilgi doğrulayıcıların konuşlandırılması, dezenformasyonun işaretlenmesi veya doğru bilgilerle çevrenmesi, dezenformasyonu tespit etmek için tarayıcı uzantıları kullanılması, bu tür bilgilerin sosyal medya akışında sıralamasının düşürülmesi veya sahte hesapların veya sahte haberler yayan botların kapatılması önerilmektedir⁶⁹.

Yapay zekanın ekonomik alandaki olumsuz etki doğurabileceği bir konu da marka sesleri ile ilgilidir. Marka iletişimi ve sosyal medyanın gelişmesi ile birlikte, dijital ortamda marka sesi her zamankinden daha önemli hale gelmiştir. Bu bağlamda yapay zeka, sosyal medyada kullanıcıların ilgisini çekebilecek marka sesini ve tonunu tahmin ve analiz etmek için kullanılmaktadır. Bu noktada kullanıcıların, yapay zeka

⁶⁸ NUNEZ, s.784.

⁶⁹ BRKAN, s.5-6.

yoluyla marka sesi kullanılarak manipüle edilmesi mümkün olabilecektir⁷⁰.

Bu konu ilgili diğer bir sorun da, dezenformasyonun adeta kazançlı bir işe dönüştürülmesidir. Çünkü dezenformasyonun üretilmesi ucuzdur, bunu yapanların zaman alan çapraz referanslama veya doğrulama işlemleriyle uğraşması gerekmez. Sosyal medya platformlarında paylaşım yapmak genellikle ücretsiz olduğundan, dezenformasyonun yayılmasının nominal maliyetleri de vardır. Üretim ve dağıtım maliyetleri neredeyse önemsiz olduğundan, dezenformasyon yapmak için kurulmuş bir web sitesi, profesyonel haber ajanslarına yük olan araştırma ve doğrulama maliyetleri olmadan, çevrimiçi reklamcılığı kâr elde etmek için kullanabilmektedir⁷¹.

İfade özgürlüğünün gerçek anlamda sağlanabilmesi için dezenformasyonla mücadele edilmesi gerekir. Bu mücadele devletler için bir yükümlülük niteliğindedir. MSHS'nin 19. maddesine göre “herkes müdahale olmaksızın görüş sahibi olma hakkına sahiptir. Bu hak her türlü bilgi ve fikri arama, alma ve yayma özgürlüğünü” içermektedir. İnsanların çevrimdışı olarak yararlandığı özgürlükler, çevrimiçi ortamda da geçerlidir. Bu haklar özel bir görev ve sorumluluk bilinci ile kullanılması gerekir. Bu nedenle bu hak, sadece hukukun öngördüğü ve başkalarının haklarına ve itibarına saygı ve ulusal güvenliği veya kamu düzeni veya sağlık ve ahlaki koruma amaçları ile sınırlandırılabilir. Ancak bu tür sınırlandırmalar, gerekli, orantılı ve en az müdahaleci olmalı ve istenilen sonuca ulaşabilecek araçlar arasında yer almalıdır⁷².

Dezenformasyonla mücadele kapsamında 2017 yılında İfade Özgürlüğü ve “Yalan Haber”, Dezenformasyon ve Propagandaya İlişkin Ortak Deklarasyon⁷³ yayınlanmıştır. Deklarasyon’da bazı standartlar belirlenmiştir: 1-”yanlış haberler” veya “objektif olmayan bilgiler” de

⁷⁰ SIRODA, Sati - SURIKOVA, Jülija: Does The Dependence Of Brand Voice On AI Restrict Freedom Of Expression In Social Media?, Acta Prosperitatis, 14, 2023, s.155-156. <http://dx.doi.org/10.37804/1691-6077-2023-14-155-165> (Erişim tarihi:03.11.2023).

⁷¹ NUNEZ, s.787.

⁷² NUNEZ, s.791.

⁷³ OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe): Joint declaration on freedom of expression and “fake news”, disinformation and propaganda, 3 March 2017 <https://www.osce.org/fom/302796> (Erişim tarihi:03.11.2023).

dahil olmak üzere belirsiz ve muğlak fikirlere dayalı bilgilerin yayılmasına ilişkin genel yasaklar, uluslararası standartlarla uyumsuzdur ve kaldırılmalıdır. 2-(hakaret veya iftiraya ilişkin) ceza kuralları aşırı derecede kısıtlayıcıdır ve kaldırılmalıdır. Yanlış ve iftira niteliğindeki beyanlardan sorumluluğa ilişkin özel hukuk kuralları, yalnızca sanıklara tam bir fırsat tanınması ve bu ifadelerin doğruluğunu kanıtlamada başarısız olması ve aynı zamanda adil yorum gibi diğer savunmalardan faydalanması durumunda meşrudur. 3-Devletler, yanlış olduğunu bildikleri veya makul olarak bilmeleri gereken (dezenformasyon) ya da doğrulanabilir bilgilerin (propaganda) pervasızca göz ardı edildiğini gösteren açıklamalar yapmamalı, desteklememeli, teşvik etmemeli veya daha fazla yaymamalıdır. 4-Devletler, ulusal ve uluslararası yasal yükümlülüklerine ve kamu görevlerine uygun olarak, ekonomi, kamu sağlığı, güvenlik ve çevre gibi kamu çıkarını ilgilendiren konular da dahil olmak üzere güvenilir ve güvenilir bilgiler yaymaya özen göstermelidir.

Aslında, dezenformasyonu tespit etmek ve onunla mücadele etmek için algoritmik araçların kullanılması, dezenformasyonla mücadelede verimliliğin artmasına yol açabilir. Otomatik tespit, sıralamanın düşürülmesi ve bilgilerin sahte olduğu konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesi, sahte haberlerle mücadelenin hızını ve kapsamını artırabilir. Bununla birlikte, bu tür otomatik araçların kullanımının kasıtsız olarak yanlış sonuçlara yol açabileceği ve doğru olan haberlerin bile hatalı bir şekilde dezenformasyon olarak etiketleneceği de göz ardı edilmemelidir⁷⁴.

Devletlerin mesela pandemi sebebiyle veya bilgi kirliliği ile mücadele kapsamında kabul ettiği kurallar, ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği (mahremiyet) üzerinde ciddi bir kısıtlama doğurmuştur. Bu durum genel olarak uluslararası insan haklarıyla ilgili yeni hukuki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu nedenle UNESCO, hâkimler ve mahkemeler için, ifade özgürlüğünü korumak ve geliştirmek amacıyla uluslararası hukukun teorik çerçevesini ve insan hakları standartlarını uygulamak için referans olarak kullanılacak kılavuz yayınlamıştır⁷⁵.

⁷⁴ BRKAN, s.6.

⁷⁵ UNESCO: Protecting Freedom of Expression during the COVID-19 crisis: UNESCO issues Guidelines for Judicial Operators, 15 September 2020, <https://www.unesco.org/en/ARTICLEs/protecting-freedom-expression-during-covid-19-crisis-unesco-issues-guidelines-judicial-operators> (Erişim tarihi: 03.11.2023).

Sonuç olarak dezenformasyonun bizzat yapay zeka tarafından gerçekleştirilmesi veya dezenformasyonun yapay zeka tarafından doğru bir şekilde tespit ve ayırt edil(e)memesi, ifade özgürlüğü ve özellikle bilgi alma hakkı üzerinde ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Buna karşı uluslararası ve ulusal yasal bir çerçevenin çizilmesine ve paydaşlar arasında işbirliğine ihtiyaç vardır.

D. Unutulma Hakkının Yapay Zeka Yoluyla Gerçekleştirilmesi

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Google Spain kararında “unutulma hakkını, kişinin geçmişe ilişkin bilgilerinin, daha üstün bir menfaat olmadığı takdirde, diğer kişiler tarafından sürekli ulaşılabilir olmasının önüne geçilmesi” olarak tanımlamıştır. Mahkeme bilgi edinme hakkı ile kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği hakları arasında bir denge gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁶. Konunun bizi ilgilendiren yönü ise bu dengelemenin/unutulmanın insanlar yerine veya en azından insanlara önemli ölçüde teknik destek sunan yapay zeka algoritmalarının yardımıyla otomatik olarak gerçekleştirilmesi sorunudur. Yukarıda bahsedilen yasa dışı içeriğin veya dezenformasyonun otomatik olarak kaldırılmasında olduğu gibi, algoritmalar, en azından algoritmik önerinin nihai olarak doğrulanması biçiminde, belirli bir derecede insan müdahalesini gerektirecek bu tür bir dengelemeyi gerçekleştirmek için yeterli donanım (henüz) sahip değildir. Bu nedenle unutulma hakkı bağlamında otomatik olarak içeriğin kaldırılması veya dizinden çıkarılması, veri koruma lehine dengeyi çok fazla bozuyorsa, içerik sağlayıcının ifade özgürlüğü veya kullanıcıların bilgi edinme hakkı orantısız bir şekilde ihlal edilecektir⁷⁷.

E. Yapay Zeka Yoluyla İçerik Üretilmesi

Dezenformasyon yollarından birisi de yapay zeka yoluyla üretilen içerikler yoluyla yapılmasıdır. Son yıllarda ChatGPT, MidJourney ve Bard gibi bazı internet uygulamaları, belirli bazı konularda kendilerinden talep edilen içeriği kullanıcılara sunmaktadır. Bu uygulamalar, yapay zekâ teknolojisi program ve/veya yazılım olup, makine öğrenimi veya algoritmalarla bu içeriği üretmekte veya bir araya getirmektedir.

⁷⁶ C-131/12 Google Spain ECLI:EU:C:2014:317, para.81.

⁷⁷ BRKAN, s.6-7.

Yukarıda belirtildiği gibi, bu içerik, kendilerine daha önce yüklenmiş bilgiler ile yapay zekânın dijital ortamda elde ettiği verilerden, genellikle makine öğrenimi yoluyla üretilmektedir. Üretilen bu içerik de bir ifadedir. Ancak yapay zeka tarafından üretilmiş bir ifadedir.

Yapay zekâ tarafından üretilmiş içeriklerle ilgili olarak şu sorular sorulabilir⁷⁸: Yapay zeka yoluyla üretilen içerik, ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerekir mi? Nasıl? Acaba yapay zekâ, insanların tahmin edemeyeceği şekilde içerik üretilip genişletebilir mi? Genişletirse bu ifadeden dolayı kim sorumlu tutulacaktır? Bu uygulamaların kullanıcılarının yapay zekâ tarafından üretilmiş içeriklere ulaşma hakkı var mıdır?

Uluslararası insan hakları belgeleri kapsamında bu sorulara genel olarak olumlu cevap verilmesi gerekir. Yani, yapay zekâ yoluyla üretilen içerikler, ifade özgürlüğü kapsamındadır. Çünkü bu içerikler, her ne kadar doğrudan insan tarafından oluşturulmasa bile insan tarafından tasarlanan yapay zekâ tarafından üretilmektedir. Yani bu ifadeler insan ürünü ifadeler olarak değerlendirilmelidir. Burada *ilk sorun* bu ifadelerin hukukun korumadığı alana çıkması, mesela dezenformasyon yapması durumunda bundan kimin sorumlu olacağıdır. *İkinci sorun* ise yapay zeka tasarımcıları dezenformasyon amaçlı kullanması halinde bu uygulamaların kullanıcılarının haber, bilgi ve düşüncelere ulaşma özgürlüğünün kısıtlanmasıdır.

Yapay zekâ tarafından üretilen ve hükümeti eleştirme, kürtaj, cinsiyet kimliği veya iklim değişikliği ile ilgili bir içeriğin devlet tarafından kısıtlanması⁷⁹ halinde ifade özgürlüğü ihlal edilmiş olabilir. Çünkü kullanıcıların, bu kısıtlama yüzünden siyasi ve ahlaki karar alma süreçleriyle alakalı bulabilecekleri farklı görüşleri duyma fırsatları zayıflayacaktır⁸⁰. Yapay zekâ tasarımının objektif olmaması durumunda da kullanıcıların bilgiye ulaşma hakkı ve dolayısıyla ifade özgürlüğü ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumda da devletin, bireylerin bilgiye ulaşma hakkını güvence altına alıp almadığı sorusu gündeme gelecektir.

⁷⁸ VOLOKH, Eugene – LEMLEY, Mark A. - HENDERSON, Peter: Freedom Of Speech and AI Output, Journal of Free Speech Law, Vol.3, Issue.2, 2023, s.651 vd.

⁷⁹ Burada yapay zeka tarafından kısıtlama değil, tam tersine yapay zeka tarafından üretilen içeriğin devlet tarafından kısıtlanmasından söz ediyoruz.

⁸⁰ VOLOKH - LEMLEY - HENDERSON, s.656.

V. SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yapay zeka kullanımının son derece gerekli ve yaygın olacağı yeni bir döneme girmiş bulunmaktayız. Her alanda olduğu gibi yapay zekayı da insan haklarının ve özellikle ifade özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesi bakımından olumlu kullanmak gerekir. Ancak yapay zekanın başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlükleri olumsuz etkileme potansiyeline karşı bütün paydaşların dikkatli olması, ihtiyaçtan öte bir zorunluluk haline gelmiştir. Böylece, yapay zekanın getireceği tehlikelerin farkında olmayanlar da dahil olmak üzere herkesin ifade özgürlüğü korunabilir.

Yapay zekanın tehlikeli olabileceği iki durum vardır. İlki tamamen otonom silahlarda olduğu gibi yapay zekanın yıkıcı bir şey yapmaya programlanmış olmasıdır. Düşman tarafından engellenmeyi önlemek için, bu silahlar basitçe kapatılması son derece zor olacak şekilde tasarlanmıştır. Böylece insanlar silahın kontrolünü kaybedebilir. İkincisi ise yapay zekanın yararlı bir şey yapmaya programlanması ancak amacına ulaşmak için yıkıcı bir yöntem geliştirmiş olmasıdır. Otonom akıllı bir arabadan sizi mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde havaalanına götürmesini isterseniz, sizi oraya helikopterler tarafından kovalanarak ve kasmuk içinde götürebilir. Çünkü yapay zekanın sevgi veya nefret gibi insani duyguları sergileme ihtimali düşük ve kasıtlı olarak iyiliksever veya kötü niyetli olması beklenemez⁸¹.

Yapay zekanın bu yönünü, ifade özgürlüğüne yönelik olası ve halihazırda mevcut olan risk ve müdahalelerle ilişkilendirdiğimizde, bireyin hangi haber, bilgi veya düşünceye erişmesi gerektiğine, hangi haber bilgi veya düşünceyi ifade edebileceğine yapay zeka yoluyla karar verilmesi, büyük bir problemle karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir. Mesela yukarıda unutulma hakkı bağlamında verileri yok etmek için programlanmış bir yapay zeka bütün verileri silecek ve muhtemelen insan buna engel olamayacaktır. Bu noktada muhtemel ve mevcut sorunları ve çözüm önerilerini şu başlıklar altında ele almak mümkündür⁸²: İlki ifade özgürlüğünün sağlanmasında devletlerin pozitif yükümlülükleri, ikincisi, yapay zeka sistemlerine ilişkin şirketlerin iç düzenlemeleri ve üçüncüsü,

⁸¹ CONN, Ariel: Benefits & Risks of Artificial Intelligence, (14 Nov 2015) <https://futureoflife.org/ai/benefits-risks-of-artificial-intelligence/> (Erişim tarihi:03.11.2023).

⁸² ARTICLE 19, FE in AI, s.15-16.

ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi halinde hesap verebilirlik ve sorumluluk, dördüncüsü hukukun üstünlüğüne olan inancın geliştirilmesi ve sonuncusu ise kamu algısı ve medyanın görevidir.

A. Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri

İfade özgürlüğü kapsamında özellikle haber, bilgi ve düşüncelere erişim hakkı çok sayıda uluslararası sözleşme ve bildirgede güvence altına alınmıştır. AİHS, MSHS ve Avrupa Temel Haklar Bildirgesi bunlardan birkaçıdır. Bu kapsamda devletlerin yetkileri altındaki kişilere karşı pozitif bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin bu yükümlülüklerini, *insan hakları ilkelerine uygun davranma, kamuoyunu bilgilendirme, pozitif koruma tedbirleri alma, veri toplama ve kullanma biçiminin yasal çerçevesini belirleme, tekelsizliği önleme* şeklinde saymak mümkündür.

Devletler öncelikle kendi kurumlarının, başta ifade özgürlüğü olmak üzere *insan hakları temel ilkelerine uygun davranmasını*, kişilerin haber, bilgi ve düşüncelere ulaşmasını ve kamuoyunun doğru bir şekilde *bilgilendirilmesini* sağlamak zorundadır⁸³.

Devletlerin, yapay zeka destekli içerik denetimi, kişiselleştirme ve dezenformasyon konularında pozitif bazı adımlar atması gerekebilir. Günümüzde internet, bireylerin ifade özgürlüğü ve bilgi edinme haklarını kullanmasında büyük rol oynamaktadır. Kişilerin yapay zeka destekli araçlarla alabileceği haberler, kullanıcıların aldığı haberlerin kalitesini ve türünü değiştirebilir. Bu durum bazı kullanıcıların alacağı bilgi yelpazesinin daralabileceği ve onların düşünme biçimlerini ve ifade özgürlüklerini etkileyeceği anlamına gelir. Bu nedenle devletlerin, kişilerin bilgiye ulaşma hakkını temin edecek hukuki düzenlemeler yapması gerekmektedir. AİHM, “ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir biçimde kullanımının yalnızca devletin her türlü müdahaleden kaçınması demek olmadığını, bireyler arası ilişkilere varıncaya kadar *pozitif koruma tedbirlerinin alınmasını* gerektirdiğini” belirtmektedir⁸⁴. Benzer şekilde ABAD, bazı kararlarında, “yasadışı içerik ile yasal içerik arasında yeterince ayırım yapamayan bir sistemin, yasal iletişimin engellenmesine yol açabileceğinden potansiyel olarak bilgi edinme özgürlüğünü

⁸³ KAYE, para.62.

⁸⁴ Dink v. Turkey, Applications no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, ECHR, para.104., Özgür Gündem v. Türkiye, para. 42-46.

zayıflatacağını” belirtmiştir⁸⁵. Yine ABAD başka bir kararında “her türlü engelleme veya tedbirin kesinlikle incelenmesi gerektiğini, aksi takdirde kullanıcıların bilgi edinme özgürlüğünün zarar göreceğini” vurgulamıştır⁸⁶.

Devlet, yapay zeka yoluyla içerik kişiselleştirme ve denetimi konusunda, sadece içeriği değil *verinin toplanma ve kullanılma biçimini* de güvence altına almalıdır⁸⁷. Çünkü ifade özgürlüğü, hem sınırlamaların hukuka uygun ve elde edilmek istenen amaca yönelik olmasını hem de veri toplama ve kullanılma biçimlerindeki belirliliği ve şeffaflığı da kapsamaktadır.

Ve nihayet devletler, çevirim içi ortamlarda, çeşitlilik ve çoğulculuk politikası takip etmeli, rekabetçi bir ortam sağlamalıdır. Bu kapsamda devletler, yapay zeka uzmanlığının ve gücünün birkaç baskın şirketin elinde yoğunlaşmasını ve tekelleşmesini önlemek için gerekli düzenlemeler yapmalı, paydaşların işbirliğini ve tarafsızlığını temin etmelidir⁸⁸.

Avrupa Konseyi, üye devletlere, sosyal medya ve arama motorları da dahil olmak üzere haber ajanslarının, yapay zeka destekli araçlara kaynak sağlayarak internet kullanıcılarının bilgi edinme veya görüş sahibi olma haklarını kısıtlamamaları gerektiğini tavsiye etmiştir. Buna göre bireyler, kendilerini ilgilendiren algoritmik karar alma süreçleri hakkında bilgilendirilmeli ve insan hakları ihlallerine karşı etkili çözüm yollarına erişim sahibi olmalıdır⁸⁹.

B. Şirketlerin Kendi İç Düzenlemeleri

Yapay zeka yoluyla içerik kişiselleştirme ve denetimi konusunda sadece devletlerin çabası yeterli değildir. Bunun yanında yapay zeka üreten ve kullanan şirketlerin de iç düzenleme ve denetime gitmesi,

⁸⁵ Case C-70/10 Scarlet Extended ECLI:EU:C:2011:771, para 52.; Case C-360/10 SABAM ECLI:EU:C:2012:85, para.50.

⁸⁶ Case C-314/12 UPC Telekabel Wien, ECLI:EU:C:2014:192, para.50.

⁸⁷ ARTICLE 19, FE in AI, s.15-16.

⁸⁸ KAYE, para.64.

⁸⁹ HELBERGER, Natali and OTHERS: Implications of AI-driven tools in the media for freedom of expression, Council of Europe, 28-29 May 2020, s.17 <https://rm.coe.int/cyprus-2020-ai-and-freedom-of-expression/168097fa82> (Erişim tarihi:03.11.2023).

uluslararası ve ulusal düzenlemelere uygun teknoloji üretmesi ve program yazması gerekir. Şirketlerin hizmet şartları ve/veya politikaları, ifade özgürlüğü konusunda büyük bir etkiye sahiptir. Yasadışı veya istenmeyen bir içeriğin denetimi, kaldırılması veya engellenmesinde şirketlerin adeta polis, hakim ve infaz görevlerini hep birlikte yürüttüğü söylenebilir⁹⁰. Bu kapsamda şirketlerin yükümlülüklerini, *insan hakları hukukuna uygun davranma, şeffaflık, bildirim ve bağımsız denetim, kullanıcılarına talep, itiraz ve şikayet mekanizmaları kurma* şeklinde sayabiliriz.

Şirketler platformlarında, hizmetlerinde ve uygulamalarında yapay zeka teknolojilerini nerede ve nasıl kullandıklarını, bildirim yükümlülüğü kapsamında açıkça belirtmelidir. Özellikle platform hizmet şartları evrensel *insan haklarına uygun* olmalıdır⁹¹. Burada özellikle sosyal medya şirketleri önem taşımaktadır. Çünkü yapay zeka çok sayıda paydaşı ilgilendiren kapsamlı bir sistemdir. Bu açıdan şirketlerin de devletler gibi bazı yükümlükleri bulunmaktadır.

Günümüzde yapay zeka üreten ve kullanan çok sayıda şirket, bu sistemlerini *şeffaf* olmayan yollarla geliştirmektedir. Ticari sır ve rekabet gibi şeffaflığın önündeki yüksek engeller ve bu sistemlerin karmaşıklığı nedeniyle diğer paydaşların bu teknolojilerin ifade özgürlüğü üzerindeki etkisiyle eleştirel bir şekilde ilgilenmesi giderek zorlaşmaktadır⁹². Bu nedenle şirketler, yapay zeka kodlarını denetlenebilir hale getirmeli, yasal gerekliliklerden ayrı olarak *bağımsız denetimi* mümkün kılmalı ve denetim sonuçları kamuya açıklamalıdır⁹³. Bu nedenle yapay zeka sistemleri için teknik standartlar, düzenleme ve yönergeler yapılırken devlet ve diğer paydaşlar işbirliği yapmalıdır. Özellikle etkili şeffaflık ve izleme mekanizmalarına bağlayıcı olmayan yapılar eşlik etmelidir.

Şirketler, kullanıcıların yapay zeka sistemlerinden olumsuz etkilendiğini iddia edenler için *talep, itiraz ve şikayet sistem ve yolları* sağlamalıdır. Bu kapsamda şirketler, yapılan itirazlara zamanında cevap vermek için insan incelemesi ve çözüm sistemlerini uygulamaya koymalıdır. Ayrıca talep ve şikayetlerin türlerine göre etkili çözüm yollarına ilişkin bilgilendirme yapılmalıdır⁹⁴.

⁹⁰ SEARS, s.613.

⁹¹ KAYE, para.65-66.

⁹² ARTICLE 19, FE in AI, s.15-16.

⁹³ KAYE, para.69.

⁹⁴ KAYE, para.70.

Hesap verebilirlik ile ilgili bir hususu da burada belirtmek gerekir: Bazı haber, bilgi ve düşünceler toplumda tartışma doğurmaktadır. Devletler sosyal medya şirketlerinden çoğu zaman açık bir hukuki dayanak olmadan bu ifadelerin kaldırılmasını istemektedir. Burada devletin hukuki olarak belirlemediği çözümler, özel sektör tarafından yapılması beklenmektedir. Bu durum hesap verebilirlik ve şeffaflık gibi kavramlara zarar verebilecektir⁹⁵. Devletlerin toplumdan gelen tepkileri azaltmak için yapay zeka teknolojisi üreten veya kullanan şirketler üzerindeki bu baskısının kısır bir döngüye yola açtığını da göz önünde bulundurmak gerekir. Bu baskı, şirketleri zararlı veya hukuka aykırı içeriği denetlemeye yönelik daha karmaşık sistemleri programlamaya yöneltmektedir⁹⁶. Bu da çoğu zaman ifade özgürlüğüne ilişkin uluslararası hukuki sınırlamaların ötesine geçen sonuçlara yol açmaktadır. Bu nedenle devletin çevirim içi platform sahiplerinden herhangi bir içeriğin kaldırılması taleplerinde makul ve hukuka uygun davranması önemlidir.

C. Hesap Verebilirlik ve Sorumluluk

Yapay zeka yoluyla ifade özgürlüğünün hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilmesi halinde hesap verebilirlik ve sorumluluk bağlamında dört önemli sorundan söz etmek mümkündür: *İlki* müstehcenlik veya terörizm gibi ifade özgürlüğüne müdahale alanlarının ulusal hukuklarda veya çevirim içi platformlarda farklı şekillerde tanımlanmış olmasıdır. Bu durumda bir ülkede ihlal olarak kabul edilen bir müdahale, başka bir ülkede hukuka uygun görülebilmektedir⁹⁷. Bu nedenle özellikle yapay zeka yoluyla içerik denetimlerine ilişkin uluslararası bir çerçeve oluşturulması önem taşımaktadır.

İkinci önemli sorun zararın tespiti ile ilgilidir. Yapay zeka sistemlerinin genellikle gizliliği nedeniyle, somut bir zarar oluşana kadar, yapay zekanın ifade özgürlüğü hakkı üzerindeki etkisinin araştırılmasını veya değerlendirilmesini neredeyse imkansız kılmaktadır. Özellikle makine öğrenimi algoritmalarının ne zaman kullanıldığı her zaman net değildir. Dolayısıyla yapay zeka kullanımından kaynaklanan zararların tespit edilmesi oldukça zordur. Bir zarar tespit edilse bile sebep olan

⁹⁵ KOLAREVIC, s.121.

⁹⁶ SEARS, s.609.

⁹⁷ KAYA, s.164.

kişilerin sorumluluğuna gidilmesi ve ihlallere ilişkin hesap verebilirliğin sağlanması kolay olmamaktadır⁹⁸. Burada yapay zeka yoluyla oluşan ihlalde zararın tespitine ilişkin bir uluslararası ortak bir yöntem benimsenmelidir.

Üçüncüsü ifade özgürlüğüne yapay zeka yoluyla müdahaleden oluşan zarardan kimin sorumlu olacağına belirsizliğidir. Yapay zeka sistemlerinin insan denetiminde kalması ve nihayetinde sorumluluğuna gidilebilecek bir insanın bulunması bugün için en iyi çözümdür. Bu konuda AB'nin yaklaşımı da bu yöndedir. Konu ile ilgili Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen bir karara göre “yapay zekadaki otonom karar alma, insanları sorumluluktan kurtarmamalı ve karardan sorumlu insanın belirlenebilmesi için karar verme süreçlerinde nihai olarak her zaman insan sorumlu olmalıdır⁹⁹. Ayrıca çevirim içi ortamdaki içerikten platform sahibi şirketin mi yoksa içerik sahibinin mi sorumlu olacağı açıkça belirlenmelidir¹⁰⁰.

Dördüncüsü ise çevirim içi ortamda yapay zeka sisteminin uygulanması veya kullanılması nedeniyle bir ihlalin mağduru olduğunu iddia eden kişilere, ulusal bir makam önünde etkili bir çözüm yolu sunulmasıdır¹⁰¹. Bu durum hak arama özgürlüğünün tabii bir tezahürüdür. Yapay zeka gibi karmaşık bir sistemin müdahalesi sebebiyle ifade özgürlüğü ihlal edilen kişiye etkili bir hak arama yolu sağlanmalıdır.

D. Hukukun Üstünlüğüne Saygı Bilinci

Yapay zekanın ifade özgürlüğüne müdahalesi kapsamındaki mevcut iyileştirme girişimleri, dar anlamda teknik standartların, etik çerçevelerin ve adalet, şeffaflık ve hesap verebilirlik gibi kavramların geliştirilmesine odaklanmaktadır. Ancak bu düzenleme ve çerçevelerin

⁹⁸ ARTICLE 19, FE and AI, s.15-16.

⁹⁹ EU European Parliament: Artificial intelligence: questions of interpretation and application of international law, P9_TA(2021)0009, (2020/2013(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0009_EN.pdf (Erişim tarihi: 07.10.2023); Yapay zekaya kişilik verilerek sorumlu tutulması ile ilgili tartışmalar için bakınız: KILIÇASLAN, Seda Kara: Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, YBHD, Yıl:4 Sayı:2019/2, s.363-389.

¹⁰⁰ KAYA, s.164.

¹⁰¹ HELBERGER and OTHERS, s.17.

uygulanabilir olması, hukukun üstünlüğüne olan saygı bilicinin oluşmasına bağlıdır. Bu alanda yürütülen çalışmaların büyük bir kısmı, bu tür yaptırım mekanizmalarından yoksundur¹⁰². Aslında hukukun üstünlüğüne olan saygı bilinci, hukuki düzenlemelerden ziyade kişisel ve toplumsal eğitim ve gelişme ile ilgilidir. Bu bilinç, içinde bulunulan toplumun ekonomik, sosyal ve kültürel özelliklerinden etkilenerek uzun zaman içinde oluşmaktadır. Hukuk kurallarına uygun davranmanın herkesin yararına olduğu anlayışının yerleşmesi gerekmektedir.

E. Kamu Algısı ve Medyanın Rolü

Yapay zeka ilgili yaygın söylemlerin çoğu, yapay zeka sistemlerinin güncel, pratik ve gerçekçi sonuçları yerine doğurduğu veya doğuracağı tehlikelere odaklanmaktadır. Bu tür olumsuz senaryo ve varsayımlar, dikkati ve finansmanı ifade özgürlüğü ve mahremiyetle ilgili mevcut sorunlardan uzaklaştırmaktadır. Yapay zeka ile ilgili doğru haber verilmesinde medya önemli bir rol oynamaktadır¹⁰³. Bu noktada özellikle medyanın yapması gereken görev, yapay zekanın olumlu olarak kullanılması ile ifade özgürlüğü başta olmak üzere hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması arasında hassas bir denge kurmaktır. Toplumda ancak bu şekilde yapay zeka ile ilgili doğru bir algı oluşturulmuş olacaktır. En nihayetinde yapay zeka, insanın emrinde ve insan tarafından yapılan ve programlanan bir donanım veya yazılımdır. Bu aracın insanın ve insan haklarının zararına kullanılmaması için, devlet, yapay zeka üreticisi veya internet kullanıcısı gibi bütün paydaşların kendilerine düşen görevi yerine getirmesi gerekir.

VI. SONUÇ

Yapay zeka artık, günlük hayatın pek çok alanında kullanılan bir teknoloji olmuştur. Ancak yapay zeka, sayılamayacak kadar fazla faydası ile birlikte başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlükleri olumsuz etkileme potansiyeline sahiptir. Teknolojik gelişmeler, internet ve sosyal medya, haber, bilgi ve düşüncelere ulaşma ve paylaşmayı daha kolay hale getirmiştir. Ancak aynı zamanda çok fazla hukuka aykırı içerik, nefret ve şiddet söylemi ve dezenformasyona da fırsat vermiştir.

¹⁰² ARTICLE 19, FE in AI, s.15.

¹⁰³ ARTICLE 19, FE in AI, s.15.

Yapay zeka teknolojisi bir yandan ifade özgürlüğü önündeki engelleri kaldırırken diğer yandan bu özgürlüğe müdahale yol ve alanları açılmıştır. Bu kapsamda özellikle arama motorları ve sosyal medyada yapay zeka yoluyla içerik kişiselleştirme, içerik denetimi ve dezenformasyon yapılmaktadır. Bu nedenle birey ve toplum daha sınırlı bilgiye ulaşmaktadır. Bu durum şu an için yapay zekanın nasıl ve hangi çerçevede kullanılması ile ilgili ulusal ve uluslararası kuralların bulunmayışından kaynaklanmaktadır. Yapay zeka insanlığın düşmanı olarak değil, onu ve haklarını koruyacak, geliştirecek, sağlayacak ve hayatını kolaylaştıracak bir araç olarak görülmelidir.

Yapay zeka alanında her gün yeni gelişme yaşanmaktadır. Ancak buna rağmen, arama motorları veya sosyal medya platformlarında kullanıcının iradesi dışında yapay zeka tarafından yapılan içerik kişiselleştirme, bugün için kişinin haber, bilgi ve düşünceye ulaşmasını sınırlandırmaktadır. Yine yapay zeka tarafından kullanılan içerik denetleme teknolojileri, henüz insan iletişiminin karmaşıklığını kavrayabilmiş değildir. Bu nedenle yapay zekanın insan gözetimi olmadan içerik denetimi yapması, ifade özgürlüğünün aşırı engellenmesi veya taraflı uygulanması sonucunu doğurabilecektir. Benzer şekilde internet kullanıcıları, yapay zeka yoluyla dezenformasyon yapılarak ticari veya siyasi olarak manipüle edilebilecektir.

Bütün bu potansiyel risklere karşı devletlerin, yapay zeka teknolojisi üreten veya kullanan şirketlerin, medyanın ve kullanıcıların görevleri bulunmaktadır. Bu riskler, ancak bütün paydaşların kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi ve işbirliği ile çözülebilecektir.

KAYNAKÇA

- ARTICLE 19: Privacy and Freedom of Expression In the Age of Artificial Intelligence (FE in AI), April 2018. <https://www.article19.org/resources/privacy-freedom-expression-age-artificial-intelligence/> (Erişim tarihi:03.11.2023).
- ARTICLE 19: The Global Principles on Protection of Freedom of Expression and Privacy (Principles of FE), March 2017. <https://www.article19.org/resources/the-global-principles-on-protection-of-freedom-of-expression-and-privacy/> (Erişim tarihi:03.11.2023).
- BARBER, Alex: Freedom of expression meets deepfakes, *Synthese*, 202, Article No. 40, 20 July 2023, s.1-2. <https://link.springer.com/article/10.1007/s11229-023-04266-4> (Erişim tarihi: 03.11.2023).
- BOZDAG, Engin: Bias in algorithmic filtering and personalization, *Ethics and Information Technology*, Vol:15, Issue:3, 2013, s.209–227. <https://doi.org/10.1007/s10676-013-9321-6> (Erişim tarihi:03.11.2023).
- BOZKURT, Enver - DOST, Süleyman: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Cilt:7, Sayı:1, 2002.
- BRKAN, Maja: Freedom of expression and Artificial Intelligence: on personalisation, disinformation and (lack of) horizontal effect of the Charter, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354180> (Erişim tarihi:03.11.2023)
- CONN, Ariel: Benefits & Risks of Artificial Intelligence, 14 November 2015. <https://futureoflife.org/ai/benefits-risks-of-artificial-intelligence/> (Erişim tarihi:03.11.2023).
- CORTIZ, Diogo – ZUBIAGA, Arkaitz: Ethical and technical challenges of AI in tackling hate speech, *International Review of Information Ethics (IRIE)*, Vol. 29/03, 2021.

- ELTİMUR, Dilara Yüzer: İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları, *AkdHFD*, Y Aralık 2022 C.12 S.2, 2022, s.559-594.
- ESKENS, Sarah – HELBERGER, Natali – MOELLER, Judith: Challenged by news personalisation: five perspectives on the right to receive information, *Journal of Media Law*, Vol:9, No:2, 2017, s.259-284, <https://doi.org/10.1080/17577632.2017.1387353> (Erişim tarihi:03.11.2023).
- GILLESPIE, Tarleton: The Relevance of Algorithms, 2014. <https://doi.org/10.7551/mitpress/9780262525374.003.0009> (Erişim tarihi:03.11.2023).
- HELBERGER, Natali and OTHERS: Implications of AI-driven tools in the media for freedom of expression, Council of Europe, 28-29 May 2020, s.17 <https://rm.coe.int/cyprus-2020-ai-and-freedom-of-expression/168097fa82> (Erişim tarihi:03.11.2023).
- KAYA, Mehmet Bedii: İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 37, Sayı: 2, 2020, s.159–203.
- KAYE, David: Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, New York: United Nations General Assembly, (A/73/348), 2018, s.1-22. <https://digitallibrary.un.org/record/1643488> (Erişim tarihi: 03.11.2023).
- KILIÇASLAN, Seda Kara: Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, *YBHD*, Yıl:4 Sayı:2019/2, s.363-389.
- KOLAREVIĆ, Emina: The Influence of Artificial Intelligence on the Right to Freedom of Expression, *LAW - Theory and Practice*, vol. 39, no. 1, 2022. s.111-126.
- LLANSO, Emma: No amount of “AI” in content moderation will solve filtering’s priorrestraint problem, 23 April 2020. <https://doi.org/10.1177/2053951720920> (Erişim tarihi:03.11.2023).

- MAAS, Mathijs M: International Law Does not Compute Artificial Intelligence And The Development, Displacement or Destruction of the Global Legal Order, *Melbourne Journal of International Law (MelbJIntLaw)* 3 V 20 (1), 2019, s.1-29.
- MARTINEZ, Rex: Artificial Intelligence: Distinguishing Between Types & Definitions, *Nev. L.J.* 19, 2019, s.1015-1042.
- NUNEZ, Fernando: Disinformation Legislation and Freedom of Expression, *UC Irvine Law Review*, vol.10, no.2, March 2020, s.783-798.
- OLIVA, Thiago Dias: ContentModeration Technologies:Applying Human Rights Standards to Protect Freedom of Expression, *Human Rights Law Review*, Vol.20/4, 2020, s.607-640. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa032> (Erişim tarihi:03.11.2023).
- ROUMATE, Fatima: Artificial Intelligence, Ethics and International Human Rights Law, *International Review of Information Ethics (IRIE)*, Vol:29/03, 2021. <https://doi.org/10.29173/irie422> (Erişim tarihi:03.11.2023).
- SEARS, Alan M: Algorithmic Speech and Freedom of Expression, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 53, no. 4, October 2020, s.1327-1376.
- SIRODA, Sati - SURIKOVA, Jülija: Does The Dependence Of Brand Voice On AI Restrict Freedom Of Expression In Social Media?, *Acta Prosperitatis*, 14, 2023, s.155-165. <http://dx.doi.org/10.37804/1691-6077-2023-14-155-165> (Erişim tarihi:03.11.2023).
- SİNGİL, Nesrin: Yapay Zekâ ve İnsan Hakları, *Public and Private International Law Bulletin (PPIL)*, 42(1), 2022, s.121-158. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.970856> (Erişim tarihi: 03.11.2023).
- SURDEN, Harry: Artificial Intelligence and Law: An Overview, *Ga. St. U. L. Rev.* V35/4/8, 2019, s.1306-1337. <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol35/iss4/8> (Erişim tarihi:03.11.2023).

VOLOKH, Eugene - LEMLEY Mark A. - HENDERSON, Peter: Freedom Of Speech and AI Output, Journal of Free Speech Law, Vol.3, Issue.2, 2023, s.651-660.

WELLS-EDWARDS, Bryn: What's in a Voice? The Legal Implications of Voice Cloning, Arizona Law Review, vol. 64, no. 4, 2022, s.1213-1240.

İnternet Kaynakları

EU European Comission: Tackling online disinformation, 2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-disinformation> (Erişim tarihi:03.11.2023).

EU European Commission High-Level Expert Group on Artificial Intelligence: A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines (EU definition of AI), 8 April 2019, s.1. https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf (Erişim tarihi: 03.11.2023)

EU European Parliament: Artificial Intelligence Act (EU AI Act), P9_TA(2023)0236, 14 June 2023. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html (Erişim tarihi: 03.11.2023)

EU European Parliament: Artificial intelligence: questions of interpretation and application of international law, P9_TA(2021)0009, (2020/2013(INI)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0009_EN.pdf (Erişim tarihi: 07.10.2023).

OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe): Joint declaration on freedom of expression and “fake news”, disinformation and propaganda, 3 March 2017 <https://www.osce.org/fom/302796> (Erişim tarihi:03.11.2023).

UNESCO: Protecting Freedom of Expression during the COVID-19 crisis: UNESCO issues Guidelines for Judicial Operators, 15 September 2020, <https://www.unesco.org/en/articles/protecting-freedom-expression-during-covid-19-crisis-unesco-issues-guidelines-judicial-operators> (Erişim tarihi: 03.11.2023).

Yargı Kararları

Ahmet Yıldırım v. Turkey, Application no. 3111/10, ECHR, 18 March 2013.

C-131/12 Google Spain ECLI:EU:C:2014:317.

Case C-314/12 UPC Telekabel Wien, ECLI:EU:C:2014:192.

Case C-360/10 SABAM ECLI:EU:C:2012:85.

Case C-70/10 Scarlet Extended ECLI:EU:C:2011:771.

Dink v. Turkey, Applications no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, ECHR, 14 September 2010.

Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, ECHR, 7 December 1976.

Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden, Application no. 23883/06, ECHR, 16 December 2008.

Lingens v. Austria, Application no. 9815/82, ECHR, 8 July 1986.

Ouranio Toxo And Others v. Greece, Application no. 74989/01, ECHR, 20 October 2005.

Özgür Gündem v. Turkey, Application no. 23144/93, ECHR, 16 March 2000.

The Sunday Times v. The United Kingdom, Application no. 6538/74, ECHR, 26 April 1979.

Times Newspapers Ltd v. The United Kingdom, Applications no. 3002/03 and 23676/03, ECHR, 10 March 2009.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU GENEL İLKELERİNİN EŞİK DEĞERİN ALTINDAKİ KAMU İHALELERİNE UYGULANMASI

Servet ALYANAK*

ÖZ

Eşik değerlerin altındaki kamu ihaleleri genel olarak yalnızca üye devletlerin ulusal kurallarına tâbidir. Ancak, bu alımlara ‘sınır ötesi ilgi’ olması halinde, AB birincil hukukuna, yani Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmanın ilke ve kurallarına tâbi olabilirler. Bu düşük tutarlı ihaleler, çeşitli kamu ihale direktiflerinden oluşan AB ikincil hukukuna tâbi değildir. Bu makalede yukarıda belirtilen AB kamu ihale direktifleri kapsamına girmeyen eşik değerlerin altındaki kamu ihaleleri ele alınmaktadır. Makale, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmanın genel ilkelerine ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadının, eşik değerlerin altındaki kamu alımlarına uygulanması bakımından anlaşılmasına ışık tutmakta ve üye devletlerin söz konusu kamu ihalelerinde iç pazarın tüm avantajlarından yararlanmalarına yardımcı olmak için en iyi uygulamaları önermektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu ihaleleri, eşik değerler, sınır-ötesi ilgi, şeffaflık, eşit muamele.

* Doç. Dr., Türkiye Adalat Akademisi Öğretim Görevlisi, E-Mail: seralyanak06@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-4092-9984.
Makalenin Gönderim Tarihi : 02.06.2023.
Makalenin Kabul Tarihi : 17.11.2023.

APPLICATION OF THE GENERAL PRINCIPLES OF EUROPEAN UNION LAW TO PUBLIC PROCUREMENTS BELOW THE THRESHOLD VALUE

ABSTRACT

Public contracts below-thresholds are subject, in general, only to national rules of the Member States. They may, however, be subject to EU primary law, that is the Treaty on the Functioning of the European Union principles and rules, in case they have ‘cross-border interest’. These lower value contracts are not subject to EU secondary law that is the various of public procurement directives. This article addresses the above mentioned of contracts not covered by the EU public procurement directives. The article sheds light on its understanding of the European Union Court of Justice case-law on general principles of the Treaty on the Functioning of the European Union in terms of their implementation to public procurements below the thresholds and suggests best practices in order to help the Member States to reap the full benefit of the Internal Market.

Keywords: Public contracts, thresholds, cross-border interest, transparency, equal treatment.

I. GİRİŞ

AB hukuk düzeni içerisinde AB düzeyinde uyumlaştırılan en önemli alanlardan birisi kamu alımları alanıdır. Bu durum hem maddi hukuk kuralları hem de usule ilişkin kurallar yönünden geçerlidir. Bununla birlikte, kamu alımları alanında AB düzeyinde bu tür bir uyumlaştırma çabasının geldiği seviye önemli olmakla birlikte, Avrupa Birliği genelinde gerçekleştirilen kamu ihalelerinin önemli bir kısmı AB kamu ihale direktiflerinin kapsamı dışında yapılmaktadır.¹ Ancak bu durum eşik değerler nedeniyle kamu ihale direktifleri dışında kalan kamu ihalelerini önemsiz kılmaz. Tam tersine, AB düzeyinde tüm kamu ihale

¹ European Commission Internal Market and Services, EU Public Procurement Legislation: Delivering Results Summary of Evaluation Report, Ref. Ares(2016)909599 - 22/02/2016, s. 9.

piyasaının %80'inden fazlasını kapsadıkları için hukuki rejimleri dikkatli bir analiz ve senteze değerdir.

Avrupa Birliğinde (AB) kamu ihale direktifleri AB genelinde rekabetçi ihale prosedürleri hakkındaki detaylı kuralları düzenler. Ancak kamu ihale direktiflerinin kısmen veya tamamen kapsamı dışında kalan geniş çapta alımlar da yer almaktadır. Örneğin; kamu ihale direktiflerinde yer alan eşik değerlerin altında kalan alımlar söz konusu AB kamu ihale direktiflerinin kapsamı dışında kalmaktadır. Bu ihalelere ilişkin sözleşmeler halen çoğu kez rekabet ortamı yaratılmadan doğrudan yerel (ulusal) tedarikçilerle imzalanmaktadır.

Kamu ihale direktiflerinin kapsamı dışında kalan ihaleler AB iç pazarında iş dünyası ve özellikle KOBİ'ler ve yeni piyasaya girmiş olan şirketler için önemli fırsatlar sunmaktadırlar. Açık ve rekabetçi ihale usulleri aynı zamanda kamu idarelerinin, çok fazla sayıda potansiyel isteklinin dikkatini çekmesine yardımcı olmakta ve daha iyi tekliflerden kazanım elde etmelerine imkan sağlamaktadır. Birçok üye devletin karşı karşıya olduğu bütçe problemleri göz önüne alındığında, kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanımını temin etmenin özel bir öneme sahip olduğu söylenebilir. Ayrıca, şeffaf kamu ihalelerinin, yolsuzluk ve adam kayırmacılığa karşı bir teminat oluşturduğu da kanıtlanmıştır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarında; Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmanın (ABİHA) iç pazara ilişkin kurallarının, kamu ihale direktiflerinin kapsamı dışında kalan ihalelere de uygulanacağı belirtilmiştir. AB üyesi devletler ve paydaşlar tarafından ABİHA'nın temel prensiplerin eşik değerlerin altında kalan ihalelere nasıl uygulanacağı hep tartışma konusu olmuştur. AB Komisyonu bunu dikkate almış ve 2006 yılında bu amaçla bir Tebliğ (*Communication*) yayınlamıştır.² Komisyon bu tebliğde, ABAD kamu ihale direktiflerinin kapsamı dışında kalan ihalelerle ilgili kararlarının daha iyi anlaşılabilmesi

² 23.6.2006 tarih ve COM 2006/C 179/02 sayılı Kamu İhale Direktifleri Hükümlerinin Tamamen veya Kısmen Kapsamı Dışında Olan Kamu İhale Sözleşmelerinin Verilmesine Uygulanacak Topluluk Hukuku Hakkında Komisyon Yorumlayıcı Tebliği, Brüksel, (OJ C 179, 1.8.2006), (Commission interpretative communication n° 2006/C 179/02 on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives).

ve isteklilerin iç pazardan tam olarak faydalanabilmelerine olanak tanımak amacıyla üye devletlere de bu konuda yol gösterici bazı tavsiyelerde bulunmaktadır.

Bu makale, AB Komisyonunun kamu ihale direktiflerinin kapsamı dışında kalan eşik değerin altında kalan kamu ihaleleriyle ilgili kabul ettiği Tebliğ düzenlemesi altında bu ihalelerde uyulması gereken kurallar hakkında açıklamalar yapmaktadır. Makale, yukarıda belirtilen AB kamu ihale direktifleri kapsamına girmeyen eşik değerlerin altındaki kamu ihaleleri ele alınmaktadır. Makale, Avrupa Birliğinin İşleyişı Hakkındaki Antlaşmanın genel ilkelerine ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadının, eşik değerlerin altındaki kamu ihalelerine uygulanması bakımından anlaşılmasına ışık tutmakta ve üye devletlerin söz konusu kamu ihalelerinde iç pazarın tüm avantajlarından yararlanmalarına yardımcı olmak için en iyi uygulamaları önermektedir.

II. EŞİK DEĞERLER

AB, 1970 yılından beri birbirinin yerine geçen direktifler aracılığıyla kamu ihalesi alanında düzenlemeler yapmıştır. Şu an için AB kamu ihalesi hukukuna ilişkin maddî kurallar 2014/24/EU³ ve 2014/25/EU⁴ ile 2009/81/EC⁵ sayılı kamu ihale direktiflerinden oluşmaktadır.⁶ Bu Direktifler AB genelinde rekabetçi ihale prosedürleri

³ 2014/24/EU sayılı direktif (AB üyesi devletlerdeki kamu mal, yapım ve hizmet alımı ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerine ilişkin direktif), OJ L/94/65, 28.3.2014.

⁴ 2014/25/EU sayılı direktif (AB üyesi devletlerdeki su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde *iktisadî kamu hizmetleri sektörleri*) faaliyet gösteren kuruluşların alım usullerinin koordinasyonuna ilişkin direktif, OJ L 94, 28.3.2014, p. 243–374.

⁵ 2009/81/EC sayılı direktif (savunma ve güvenlik alımlarıyla ilgili direktif) OJ L 216, 20.8.2009, p. 76–136.

⁶ AB Komisyonu, AB'deki kamu alımlarının genel değerinin 2018'de yaklaşık 2.163 milyar Avro (AB Gayri Safi Yurt İçi Hasılasının %13,6'sı) ve bunun yaklaşık 670 milyar Avro değerindeki kamu alımlarının bu üç kamu ihaleleri Direktifi tarafından karşılandığını tahmin etmektedir. Bkz. EU Commission, COM(2023) 460 final, Brussels, 28.7.2023, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts

hakkındaki detaylı kuralları düzenler. Bir kamu ihalesinin bu direktifler kapsamında kalabilmesi için öncelikle bu direktiflerin kapsamında kalan bir idare tarafından gerçekleştirilmesi ve yaklaşık maliyetinin de bu direktiflerde belirtilen belli eşik değerlerin üzerinde olması gerekmektedir. Eşik değer üzerinde kalan kamu ihaleleri açısından yukarıda aktarılan AB kamu ihale direktiflerindeki kurallar uygulanır. Eşik değer altında kalan kamu ihaleleri açısından ise Avrupa Birliği Adalet Divanına göre ABİHA'nın genel ilkeleri ve üye devletlerin bu ilkelere aykırı düşmeyen ulusal mevzuatı uygulanır.

AB kamu ihalesi hukuku AB idare hukukunun önemli bir kısmını oluşturur. AB yasa koyucusu, çıkardığı direktiflerle bu alana özgü Avrupa idare hukukunun uyumlulaştırılmasına yönelik yasalastırma faaliyetlerinde bulunmuştur. Bu şekilde, AB bu alanda ulusal hukuk sisteminin haiz olması gereken asgarî gereklilikler ortaya koymuştur. Neticede, kamu ihalesi alanında gerek bu alandaki maddî hukuka, gerek usul hukukuna ilişkin Avrupalılaştırma süreci büyük ölçüde sağlanmıştır. Bu bakımdan, bu alan AB düzeyinde Avrupa idare hukukunun Avrupalılaştırılmasını göstermesi açısından akademisyenler ve AB hukukçuları açısından önemli bir örnektir.

AB hukukunda *de minimis* ilkesi olarak ifade edilen ilkeye göre, 2014/24/EU ve 2014/25/EU ile 2009/81/EC sayılı kamu ihale direktifleri yalnızca belirli eşik değerlerin üzerindeki kamu ihalelerini kapsamaktadır.⁷ Bu direktiflerde belirtilen eşik değerlerin kapsamına girmeyen ihaleler prensip olarak üye devletlerin ulusal hukukta öngördüğü kurallara tâbidir. Bu ihaleleri AB kamu ihale kurallarından hariç tutmanın gerekçesi, bu ihalelerin düşük değerleri nedeniyle, AB iç pazarında, ihaleyi yapan ülke dışındaki ekonomik girişimciler için yeterince sınır ötesi ilgi çekmeyecekleri ve bu nedenle sınırlı öneme sahip oldukları varsayımına dayanmaktadır.⁸ Diğer bir varsayım da eşik değerlerin altında kalan ihalelerin, üye devletler genelindeki kamu

and on the impact on the internal market of the exclusions set out in Article 12.

⁷ AB kamu ihalelerinde eşik değerler hakkındaki tarihi gelişmeler için bkz. CARANTA Roberto / DRAGOS Dacian: (eds) *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaties?* (Vol 4, European Law Series, DJOF, 2012).

⁸ 2014/24/EU sayılı kamu ihale direktifinin başlangıç kısmının 117 no'lu paragrafi.

ihalelerinin çoğunluğunu kapsayacağı ve eşik değerlerin altındaki ihalelerin rakamsal değer olarak düşük değerli kalacağı ile AB düzeyinde bu rakamın önemsiz bir meblağa tekabül edeceği şeklindeki hatalı bir varsayıma dayanmaktaydı. Zira, yukarıda aktarılan rakamsal değerler ve gerçekler bu varsayımın doğru olmadığını göstermiştir. Açıklamalardan bir diğeri de bazı üye devletlerin ilgili pazarları AB çapında rekabete açma konusundaki direnci nedeniyle eşik değerin altındaki ihaleler Avrupa rejiminden muaf tutulmak istendiği şeklindedir.⁹

Eşik değerler, 2014/24/EU sayılı Direktifin 4. maddesi ve 2014/25/EU sayılı Direktifin 15. maddesi ile 2009/81/EC sayılı Direktifin 8. maddesinde belirtilmiştir. AB kamu ihale kurallarının uygulanması bakımından önem arzeden eşik değerlerin altındaki ihaleler, sınır ötesi alımlarda pazar erişimine önemli engeller teşkil edebilir.¹⁰

Eşik değerler, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kamu Alımları Anlaşmasında (KAA) belirtilen eşik değerlerle uyumu sağlamak için AB Komisyonu tarafından bir Tüzükle güncellenmektedir.¹¹ 2023 yılı itibariyle mevcut eşik değerler aşağıdaki rakamlardan oluşmaktadır.

2014/24/EU sayılı direktif kapsamındaki kurum ve kuruluşlarla ilgili eşik değerler;

⁹ DRAGOS Dacian C. / VORNICU Roxana: European Procurement & Public Private Partnership Law Review, Vol. 10, No. 3, Yıl: 2015, ss. 187-206, s. 188, 189.

¹⁰ BOVIS Christopher: Contribution to Growth: European Public Procurement Delivering improved rights for European citizens and businesses, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies, January 2019, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/626088/IPOL_STU\(2019\)626088_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/626088/IPOL_STU(2019)626088_EN.pdf) (erişim 11.09.2023).

¹¹ [Commission Delegated Regulation \(EU\) 2021/1951 amending Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council in respect of the threshold for concessions; Commission Delegated Regulation \(EU\) 2021/1952 amending Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council in respect of the thresholds for public supply, service and works contracts, and design contests; Commission Delegated Regulation \(EU\) 2021/1953 amending Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council in respect of the thresholds for supply, service and works contracts, and design contests.](#)

- 2014/24/EU sayılı direktifin 4(a) maddesine göre, yapım işleri ihaleleri için eşik değerler direktif kapsamında kalan tüm merkezi ve yerel idarelerin kurum ve kuruluşları için 5.382.000 Avro,

- 2014/24/EU sayılı direktifin 4(b) maddesine göre, mal ve hizmet alımı ihaleleri ile tasarım yarışmaları için eşik değerler merkezi idare kurum ve kuruluşları için 140.000 Avro,¹²

- 2014/24/EU sayılı direktifin 4(c) maddesine göre, mal ve hizmet alımı ihaleleri için daha önce belirtilen eşik değerler yerel idarelerin kurum ve kuruluşları için 215.000 Avro,¹³

- 2014/24/EU sayılı direktifin 4(d) maddesine göre, direktif Ek-XIV'te listelenen belli hizmet alımı ihaleleri yönünden tüm merkezi ve yerel idarelerin kurum ve kuruluşları için 750.000 Avro,

olarak belirtilmiştir.

2014/25/EU sayılı direktif kapsamındaki kurum ve kuruluşlarla ilgili eşik değerler ise;

- 2014/25/EU sayılı direktifin 15(a) maddesine göre, mal ve hizmet alımı ihaleleri ile tasarım yarışmaları için eşik değerler direktif kapsamında kalan tüm kuruluşlar için 431.000 Avro,

- 2014/25/EU sayılı direktifin 15(b) maddesine göre, yapım işleri ihaleleri için eşik değerler direktif kapsamında kalan tüm kuruluşlar için 5.382.000 Avro,

- 2014/25/EU sayılı direktifin 15(c) maddesine göre, direktif Ek-XVII'de listelenen belli hizmet alımı ihaleleri yönünden direktif kapsamında kalan tüm kuruluşlar için 1.000.000 Avro,

olarak belirtilmiştir.

2009/81/EC sayılı savunma ve güvenlik alımları direktifinin giriş kısmının 25 no'lu paragrafında, savunma ve güvenlik alanlarındaki ihale

¹² Bu eşik değer ayrıca savunma sektöründe faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların direktif Ek-3'te belirtilen listede yer alan ürünler yönünden yapacakları mal ve hizmet alımları için de uygulanır.

¹³ Bu eşik değer ayrıca merkezi idarenin savunma sektöründe faaliyet gösteren kurum ve kuruluşları açısından direktif Ek-3'te belirtilen listede yer almayan ürünler yönünden yapacakları mal ve hizmet alımlarına da uygulanır.

sözleşmelerinin ortalama değerlerine bakıldığında, bu direktifin uygulanmasıyla ilgili eşik değerlerin 2014/25/EU sayılı direktifin uygulanmasında esas alınan eşik değere bağlı kılınmasının uygun olacağı belirtilmiştir. 2009/81/EC sayılı savunma ve güvenlik alımları direktifin 8. maddesine göre;

- mal ve hizmet alımı ihaleleri için eşik değerler direktif kapsamında kalan tüm kuruluşlar için 431.000 Avro,

- yapım işleri ihaleleri için eşik değerler direktif kapsamında kalan tüm kuruluşlar için 5.382.000 Avro,

olarak belirtilmiştir.

2014/24/EU sayılı direktifin 4. maddesi ve 2014/25/EU sayılı direktifin 15. maddesi ile 2009/81/EC sayılı direktifin 8. maddesinde belirtilen eşik değerlerin üzerinde kalan alımlar bu direktiflerin ayrıntılı kurallarına göre gerçekleştirilmek durumundadır.

Ayrıca, mevcut müktesebatta, kamu ihale direktiflerinin uygulanabilirliğini önlemek amacıyla yaklaşık maliyeti eşik değerin üzerinde kalan ihalelerin kasıtlı olarak kısımlara bölünmesine karşı yeterince yeterli güvenceler de mevcuttur. Örneğin, 2014/24/EU sayılı direktifin 5. maddesinin 3. fıkrasında; “Bir ihaleye ait yaklaşık maliyetin hesaplanması için kullanılacak yöntemin seçimi, onu bu direktifin kapsamı dışında bırakmak amacı ile yapılamaz. Bir alım, objektif gerekçelerle doğrulanmadıkça, bu direktifin kapsamına girmesini önlemek amacıyla kısımlara bölünemez.” düzenlemesi yer almaktadır.

III. ABİHA’NIN TEMEL İLKELERİ VE BU İLKELERİN EŞİK DEĞER ALTINDA KALAN İHALELERE UYGULANMASI

Avrupa Birliğinde kamu alımlarına uygulanan birincil hukuk, ABİHA’da bulunabilir. Avrupa Birliğinin kamu alımlarına ilişkin düzenlemeleri, AB düzeyinde ortak bir iç pazarın yaratılması hedefi içerisinde kalmaktadır. Her ne kadar ABİHA’da, AB İç Pazarının sağlanması hedefine yönelik kamu alımlarıyla ilgili özel olarak bir düzenleme bulunmasa da AİHA’daki malların serbest dolaşımı (ABİHA’nın 34. maddesi), yerleşme hakkı (ABİHA’nın 49. maddesi), hizmet sağlama özgürlüğü (ABİHA’nın 56. maddesi), eşit muamele,

şeffaflık, orantılılık ve karşılıklı tanıma gibi bazı ilkeler kamu alımlarına da uygulanabilir.¹⁴

A. Temel İlkeler

ABİHA'nın bazı temel ilkeleri kamu ihale mevzuatına ilişkin temel çerçeveyi belirler ve genel olarak ihaleyi gerçekleştiren idarelerin ihale sürecindeki işlemlerine tatbik edilir. İdareler eşik değerlerin altında kalan ihaleler de dâhil olmak üzere bütün kamu ihalelerinde bu temel ilkeleri gözetmelidir. Kamu ihalesi alanındaki bu temel ilkeler; eşit muamale, şeffaflık, orantılılık, karşılıklı tanıma ilkelerinden oluşmaktadır. Bu ilkeler, kamu ihalesi alanındaki maddi kuralların temelini oluşturur ve bu kuralların mevcudiyetinin nedenlerini açıklar.

Buradan hareketle, ihale konusu iş ile ilgilenen bütün ekonomik operatörlere adil rekabet şartlarını sağlayacak şekilde, ABİHA'nın kural ve prensiplerine uygun olarak ihalenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

-Şeffaflık ilkesi

Şeffaflık ilkesi, kamu ihale piyasalarında rekabeti temin etmek bakımından ihalelerin ilan edilmesini ve izlenecek süreçlerde saydam ve tarafsız olunmasını içerir. Adil ve tarafsız bir sürecin garantisi, şeffaf bir şekilde ilana çıkılmasını sağlama zorunluluğunun gerekli sonucudur.

-Eşit muamele ilkesi

Eşit muamele ilkesi, aynı veya benzer pozisyonda olan istekliler arasında farklı muamelede bulunulmasını yasaklamaktadır.¹⁵ Bir ürün

¹⁴ AB kamu alımlarının AB iç pazarı ve entegrasyonu içindeki yeri hakkındaki genel değerlendirmeler için bkz., ARROWSMITH, Sue: The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies, in 14 Cambridge Yearbook Eur. Legal Studies 1, 2012, ss. 1-47; TRYBUS Martin: Public Contracts in European Union Internal Market Law: Foundations and Requirements, in Comparative Law on Public Contracts, ss. 81-121 (Rozen Noguellou & Ulrich Stelkens eds., 2010); ARROWSMITH Sue, The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?, 35 Public Contract Law Journal. 2006, ss. 337, 339; JAN DRIJBER Berend / STERGIOU Helene, Public Procurement Law and Internal Market Law, 46 Common Market Law Review, 2009, s. 805.

veya hizmet için istenen özelliklerin tanımında, ihalenin konusu iş ile gerekçelendirilmeden ve “veya muadili” sözcüğü ile birlikte yazılmadan; özel bir ürün veya kaynağa veya özel bir işleme sürecine, ticari marka, patent, çeşit veya özel bir bölgeye veya üretime atıf yapmamalıdır. Her halükarda iş veya işlev için daha genel tanımlamalarının kullanılması tercih edilmelidir. Eşit muamele ilkesini temin üzere tekliflerin değerlendirilmesiyle ilgili ihalenin karara bağlanması kriterlerinin objektif olarak saptanması gerekmektedir.

Adalet Divanı, eşit muamele ilkesinin esas amacı, ABİHA'nın 18. maddesinde belirtilen vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılması yasağının yanı sıra rekabetin sağlanmasıdır.¹⁶

İdareler, ihaleye katılacak teşebbüslerin aynı üye ülke içerisinde olması veya idare ile aynı bölgede olması gibi diğer üye devlet isteklilerine karşı doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılığa yol açacak şartlar dayatmamalıdır.

-Orantılılık ilkesi

“Orantılılık ilkesi uyarınca öncelikle ulaşılmak istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmede kullanılan idarî önlem veya yasal araçlar arasında makul bir ilişki olmalıdır.¹⁷ Orantılılık ilkesi gereğince, kamu ihalesi gerçekleştiren kurum ve kuruluşlar tarafından alınan önlemlerin

¹⁵ AB kamu ihalesi hukuku alanında eşit muamele ilkesi ile ilgili açıklamalar için bkz. ROE Sally / LESSENICH Christof: “Submission of a bid by a person who has carried out preparatory work for a procurement”, *Public Procurement Law Review*, 4, NA93-97, 2005, s. NA93-97; HILLGER Jens: “The award of a public contract as state aid within the meaning of Article 87(1) EC”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2003, s.109-130; MARDAS Dimitri / TRIANTAFYLLOU Dimitri: “Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis”, *Public Procurement Law Review*, 4, 1995, s.145-158.

¹⁶ ABAD'ın kamu ihalesi alanında eşit muamele ilkesi ile ilgili kararları için bkz. Case 31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. v. Netherlands*, [1988] E.C.R. 4635; Case C-87/94, *Commission v. Kingdom of Belgium (“Wallon Buses”)*, 1996 E.C.R. 1-2043; Case C-243/89 *Commission v Denmark (“Storebaelt”)*, [1993] ECR I-3353; Case C-21/03, *Fabricom v Etat belge*, 2005 E.C.R. I-1559; Case C-513/99, *Concordia Bus Finland v. Helsinki*, 2002 E.C.R. 1-7213.

¹⁷ TRIDIMAS Takis: *The General Principles of EU Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2006, s. 136.

varılmak istenen amaç yönünden gerekli ve uygun olması gerekmektedir.¹⁸ Kamu ihalesi alanında orantılılık ilkesi, kamu ihalesi gerçekleştiren idarelerin ihaleye katılım açısından ve tekliflerin değerlendirilmesi yönünden isteklilerden istenen yeterlilik koşullarının ihale konusu iş açısından aşırı ve ölçülü olmayan mesleki, teknik, ekonomik ve mali kriterler öngörmemesi anlamında da uygulanır.¹⁹ Orantılılık ilkesi bu bağlamda eşik değerin altında kalan kamu ihalelerine de uygulanır.²⁰

Orantılılık ilkesi, ihale sürecinde tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında da uygulanır. Bu kriterlerin ihale konusu işle ilgili ve orantılı olması önem taşır. Bu ilke uyarınca ihale konusu işle ilgili olmayan koşul ve terimlerin ihale dokümanına ve sözleşmeye konulmaması gerekir.²¹

-Diploma, sertifika veya diğer kanıtlar gibi resmi belgelerde karşılıklı tanıma

Karşılıklı tanıma ilkesi uyarınca üye devletlerin kendi mevzuatına uygun olarak piyasada üretilen ve satılan ürünlerin tüm AB sınırları içerisinde serbest dolaşımının sağlanması anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda, idareler, bir üye ülke mevzuatına uygun olarak üretilen diğer

¹⁸ FEENSTRA Sjoerd: “European Communities: concessions and other similar forms of public/private partnership: a draft interpretative communication”, *Public Procurement Law Review*, 1999, 4, CS85-91, s.CS90. Bu konudaki Divan kararı için bkz. *Case T-260/94 Air Inter SA*, judgment of the Court of First Instance of 19 June 1997.

¹⁹ European Commission, *Draft Commission interpretative communication on concessions under Community law on public contracts* O.J. [1999] C94/04 s. 12-13.

²⁰ ALYANAK Servet: *AB Kamu İhalesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2015, s. 117.

²¹ *Case 31/87, Gebroeders Beentjes v. The Netherlands* [1988] E.C.R. 4653; [1990] 1 C.M.L.R. 287 15 ve 16. paragraflar. Bu bağlamda Topluluk rekabet hukuku ile ilgisi bakımından şunu da belirtmekte fayda vardır ki Komisyon tarafından da vurgulandığı üzere idarece bir kamu ihalesinde sözleşmeye haksız terim ve koşullar konulması AT Antlaşmasının 82(1) maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılmasını oluşturabilir. Rekabet kurallarının kamu ihalesi alanında uygulanması konusu aşağıda daha detaylı analiz edilmiştir.

üye ülke ürünlerini, ihale teknik şartnamesinde istenen asgari teknik özellikleri karşılamaı, durumunda farklı muamelede bulunmamalıdır.²²

-Uygun süreler

İhalelerde rekabeti temin etmek amacıyla, ihale katılım beyanı ve tekliflerin sunulması için tespit edilen süre aralığı diğer üye devlet isteklilerinin de anlamlı bir değerlendirme yapmaları ve tekliflerini hazırlamalarına yetecek kadar uzun tutulmalıdır. Bu kapsamda idareler tarafından belirlenen yanıt sürelerinin çok kısa olması ihale fırsatlarına erişimin önünde engel oluşturmaktadır. Buradan yola çıkarak, ilan sürelerinin ihaleye katılım açısından yetersiz kalması halinde bu durum idarelerin her bir ihalenin koşullarını göz önünde bulundurmalarını gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede idarelerin ihaleye katılım taleplerinin ve fiyat tekliflerinin alınması için gereken süre sınırlamalarını belirlerken ihale konusu işin karmaşıklığını ve tekliflerin hazırlanması için gereken yeterli süreyi göz önünde bulundurması gerekmektedir.

-Şeffaf ve tarafsız yaklaşım

Bütün katılımcıların, ihale süreci içerisinde ihale usulüne ilişkin aşamalar, tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin karara bağlanması kriterlerinin belirtilmesi gibi uygulanacak kuralları önceden bilmeleri sağlanmalıdır ve bu kuralların da herkese aynı şekilde uygulanacağı hakkında güvence sağlanmalıdır. İhalenin karara bağlanması aşamasında eşit muamele prensibine bütünüyle itibar edilmesi ve başlangıçta ortaya konan prosedür kuralları ile uyum içerisinde olunması büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda, idareler, ihalenin gerçekleştirilmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin alınan kararları, ayrıca ilan edilen bir ihalenin gerçekleştirilmesinden vazgeçilmesi halinde vazgeçilmesine veya usulün yeniden başlatılmasına ilişkin bilgi ve belgeleri adaylara ve isteklilere bildirmesi gerekmektedir. Ayrıca bu tür bilgilerin, idarelerden talep edilmesi halinde yazılı olarak sunulması gerekmektedir. İlgili tarafın

²² Karşılıklı tanıma ilkesinin kamu ihalesi alanındaki uygulaması için bkz. Bu konudaki açıklamalar için bkz. WILLIAMS Rhodri: “The new Procurement Directives of the European Union”, *Public Procurement Law Review*, 4, 2004, s.153-159. Divan kararları için de bkz. Case C-76/81 *Transporoute et Traveaux SA v. Minister of Public Works* [1982] E.C.R. I-417; Case C-174/82, *Officier van Justitie v. Sandoz BV* [1983] ECR 2445; Case C-274/87 *Commission of the European Communities v. Federal Republic. of Germany*, [1989] ECR 229.

isteği üzerine, idarelerin, mümkün olan en kısa zamanda, başarısız isteklileri tekliflerinin reddedilmesine ilişkin nedenler hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu bildirim yapılırken geçerli bir teklif vermiş olan istekliler ile ihale üzerinde bırakılan isteklilerin adlarının da belirtilmesi gerekmektedir.

Üye ülke kamu idareleri ile kamu hukukuna tâbi diğer kurumlar adına sonuçlandırılan bütün ihalelerin yaklaşık maliyet rakamlarına bakılmaksızın, ABİHA'nın temel ilkelerine, özellikle de malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkeleri ile eşit muamele ilkesi, ayrımcılığın önlenmesi ilkesi, karşılıklı tanıma ilkesi, orantılılık ve şeffaflık ilkelerine tâbidir. Ancak, AB, belli bir eşik değerin üzerindeki kamu ihalelerinde, bu ilkelerin uygulanabilirliğini sağlamak ve kamu alımlarının rekabete açılmasını garanti etmek için kamu ihalesi alanında yukarıda aktarılan direktifler aracılığıyla detay düzenlemeler getiren kurallar kabul etmiştir.

ABAD, üye devlet idarelerinin²³ eşik değerin altında kalan kamu ihalelerini sonuçlandırırken ABİHA'nın temel prensiplerine uymakla yükümlü olduklarını belirtmiştir.

Eşit muamele ve vatandaşlık bazında ayrımcılık yapmama prensipleri, *“her bir potansiyel isteklinin faydalanabilmesi için; hizmet piyasalarının rekabete açılmasını sağlayacak yeterli düzeyde ilan yapmayı ve izlenecek süreçlerde tarafsızlığı sağlamayı temin eden”* şeffaflık ilkesine riayet edilmesi zorunluluğunu da ifade eder.²⁴ Bu temel ilkeler, kamu ihale direktifleri kapsamı dışında kalan eşik değerlerin altındaki ihalelere de uygulanmaktadır.²⁵

²³ AB kamu ihalesi hukuku bağlamında “idare” terimi hem 2014/23/EU sayılı direktifin 1(9) maddesinde belirtilen “contracting authorities” hem de 2014/24/EU sayılı direktifin 2.maddesinde belirtilen “contracting entities” kavramlarının anlamlarını içermektedir.

²⁴ Cases C-324/98, (*Telaustria*), *Telaustria v Telekom Austria* [2000] ECR I-10745, parag.[62]; C-231/03, (*Coname*), *Coname v Comune di Cingia de'Botti*, [2005] ECR I- 7287 parag. [16] ila [19]; ve C-458/03 (*Parking Brixen*), *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen*. 2005 E.C.R. I-8612., parag. [49].

²⁵ C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard*, [2001] ECR I-9505, parag. [20] ve C-264/03, *Commission v France*, 2005 ECR I-8831. 20.10.2005 tarihli yargılama kararı, parag. [32] ve[33] 32 ve 33; C-234/03, (*Contse*), *Case C-234/03, Contse and others* [2005] ECR I-9315, parag. [47] ila [49] arasına bakınız.

Prensip olarak eşik değerin altındaki ihalelere ilişkin kuralların tespiti ulusal yasa koyucuların takdirine bırakılmıştır. Ancak, ABAD bunları AB iç hukuku ve ilkeleri kapsamına dahil etmiştir. Dolayısıyla, AB kamu ihale direktiflerinde belirtilen eşik değerlerin altındaki ihalelerin, doğrudan ABİHA'dan kaynaklanan temel ilkeleri ihlal etmeyecek şekilde gerçekleştirilmesi gerekir.

“Eşik değerler bir nevi AB kamu ihalesi alanında kamu ihale direktiflerine tâbi olmak açısından *de minimis* benzeri bir işlev görmektedir.²⁶ Belli bir eşik değerin altındaki kamu ihalelerinin AB-içi ticaret ve üye devletlerarası ticaret açısından çok önem arz etmeyeceği varsayımından hareketle bu eşik değerlerin altındaki kamu ihalelerine direktif hükümleri uygulanmayacak, ancak ABİHA'nın temel prensipleri bu ihalelere uygulanmaya devam edecektir. Uzun bir zaman, kamu ihalesi alanında yukarıda aktarılan temel ABİHA hükümlerinin üye devletler açısından sadece negatif yükümlülükler içerdiği yönünde bir kabul var idi.²⁷ Ancak Adalet Divanının 1998 yılında verdiği *Telaustria* kararında ABİHA'nın temel prensiplerinin üye devletler açısından negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülükler de içerdiği belirtilmiştir.²⁸ Bu da demek oluyor ki üye devletlerin, kamu ihale direktifleri kapsamı dışında kalan ihaleler açısından, uygulayacakları ulusal kuralların sadece ayrımcılık yapılmaması gibi bir negatif yükümlülük içermeyeceği, aynı zamanda rekabetin temini ve eşit muamele gibi ilkelerin gereği olarak bu ilkeleri temin etmek yönünden belli düzenlemelere iç hukuklarında yer vermeleri gerekmektedir. Bu nedenle, eşik değerin altında kalan ihalelere tatbik edilecek ulusal kuralların ABİHA'nın temel prensipleri ile uyumlu olmasının yanı sıra bu ulusal kuralların ulusal otoritelerce yukarıda anılan genel ilkelere uygun yorumlanması gerekmektedir.”²⁹

Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapma yasağı genel ilkesini içeren 18. maddesi, malların serbest dolaşımına ilişkin 34. maddesi, yerleşme (iş kurma)

²⁶ BOVIS Christopher: EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford University Press, Newyork, 2006, 4.05, s. 152.

²⁷ ARROWSMITH Sue: The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 3.7, s. 126.

²⁸ Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG* [2000] E.C.R. I-10745, ECJ, parag. [4] ve [12].

²⁹ ALYANAK, s. 45.

özgürlüğüne ilişkin 49. maddesi ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin 56. maddesi ile rekabetin teminine yönelik 101 ve 102. maddeleri kamu ihaleleriyle son derece alakalıdır.³⁰

ABAD, kamu ihalelerinin verilmesi için doğrudan doğruya AB Anlaşmasının kural ve prensiplerinden doğan bir dizi temel standart ilkeler geliştirmiştir. ABAD içtihadına göre; ulusal düzeyde eşit muamele ve milliyet bazında ayrımcılık yapmama prensipleri, her bir potansiyel isteklinin yararına olacak şekilde hizmet piyasalarının rekabete açılmasını sağlayacak yeterli düzeyde ilan yapmayı ve izlenecek süreçlerde tarafsız davranmayı temin eden şeffaflığın zorunlu bir sonucu olduğunu ifade etmiştir.³¹

ABİHA'nın genel ilkeleri, eşik değerlerin altındaki ve üstündeki tüm ihalelere de uygulanmaktadır.³² ABAD, kamu ihale direktiflerinin eşik değerlerin üzerinde olup direktiflerin hükümlerine tâbi olan idarelerin Anlaşmanın temel ilkelerine uymakla yükümlü olduklarını açıkça ortaya koymuştur.³³

B. AB İç Pazarı ile Bağlantı ve 'Sınır Ötesi İlgî' (Cross-Border Interest)

Eşik değerlerin altında kalan ihaleler bakımından ABİHA'dan kaynaklanan temel ilkelerin uygulanması durumu, bu ihalelerin iç pazarın işleyişi ile ilgili uygun bağlantısının olup olmadığına bağlıdır. ABAD, örneğin çok düşük meblağlı ihalelerin diğer üye devletlerin ekonomik operatörlerinin ilgi alanında olmayabileceğini tespit etmiştir. Böyle bir durum, AB hukukunda malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı olarak ifade edilen temel özgürlükler üzerindeki etkisi, ABİHA'dan kaynaklanan standartların uygulanması yönünde ABAD'ın hüküm vermesi için çok belirsiz ve dolaylı olarak nitelendirilebilir. Örneğin, 2014/24/EU sayılı direktifin 4(a) maddesine göre, yapım işleri

³⁰ 2014/24/EU sayılı yönergenin 1. maddesi.

³¹ C-324/98 sayılı Karar, Telaustria, [2000] ECR I-10745, 62.paragraf, C-231/03, 21.07.2005 sayılı yargılama kararı, 16-19.paragraflar, C-458/03, Parking Brixen, 13.10.2005 tarihli yargılama kararı, 49.paragraf.

³² C-59/00, Bent Moustén Vestergaard, [2001] ECR I-9505, 20.paragrafa ve C-264/03, Commisison v France, 20.10.2005 tarihli yargılama kararı, 32 ve 33.paragraflara bakınız.

³³ Case C-231/03 *Coname* [2005] ECR I-7287, 20.paragraf

ihaleleri için eşik değerler direktif kapsamında kalan tüm merkezi ve yerel idarelerin kurum ve kuruluşları için 5.382.000 Avro ve üzerindeki kamu yapım işleri ihalelerine uygulanır. 2014/24/EU sayılı direktifine göre bu eşik değer, yapım işleri ihaleleri için sözleşmeyi yapan makamın dışındaki üye devletlerde bulunan ekonomik operatörler için “açık sınır ötesi ilgiyi” yansıtır. İlk bakışta, bu eşik değerin altında kalan yapım işi ihalelerinde diğer üye ülkelerde bulunan teşebbüslerin ilgisini çekme olasılığının epeyce azaldığı gerçeğinden hareketle bu niceliksel yaklaşım makul gibi görünse de bazı durumlarda, ihalenin yapıldığı yer ya da piyasanın özellikleri gibi diğer faktörler eşik değerin altındaki sözleşmelerde de sınır ötesi ilgiyi tetikleyebilir.

Eşik değerlerin altında kalan bir ihaleye, diğer üye ülkelerde yerleşik ekonomik operatörlerin potansiyel ilgilerinin olabileceğine karar vermek tek başına idarenin sorumluluğu altındadır. AB Komisyonunun bakış açısına göre, bu karar ihalenin konusu, yaklaşık maliyet bedeli, söz konusu sektörün özellikleri (büyüklüğü ve yapısı, ticari deneyimleri gibi) ve işin yapılacağı coğrafi yer gibi vakanın özel durumlarına bakılarak verilmelidir.³⁴ Bu tür değerlendirmeler yetkili ulusal inceleme organları veya ulusal mahkemelerin denetimine tâbidir.³⁵ Tabiatıyla, bu idari/yargısal denetim mercilerinin, sınır ötesi ilginin tespitiyle ilgili bir sorun açısından karşılaştıkları durumla ilgili olarak ABİHA'nın 267. maddesi uyarınca ön karar prosedürüne göre ABAD'ın görüşünü almak üzere müracaat etme imkanları vardır. İdare, söz konusu ihalenin AB iç pazarıyla ilgili olduğu sonucuna varırsa, AB hukukundan kaynaklanan temel ilkelere uygun biçimde ihaleyi yapıp sonuçlandırmak zorundadır.

AB Komisyonu, kamu ihale direktifleri kapsamı dışında kalan ihalelerin yapımı, temel standart ilkelere yönelik olası bir ihlalin farkına vardığında, her bir olayın özel durumunu göz önüne alarak, söz konusu olan ihalenin İç Piyasa ile bağlantısını değerlendirecektir. AB Anlaşmasının 258. maddesi altında yer alan ihlal davası prosedürü, yalnız ihlalin ciddiyeti ve iç pazara etkileri söz konusu olduğunda açılacaktır. İhlal davası prosedüründe ABAD, ayrımcılık yapmama ve şeffaflık ilkelerini ihlal edecek şekilde imzalanan bir ihale sözleşmesinin ‘belirli

³⁴ COM 2006/C 179/02 sayılı tebliğ, s. C 179/3.

³⁵ Joined Cases C-147/06 and C-148/06 SECAP [2008] ECLI:EU:C:2008:277, at [30].

bir sınır ötesi ilgi' gerektirdiğini göstermek ve kanıtlamanın AB Komisyonuna ait olduğunu belirtmiştir.³⁶

“Sınır ötesi ilgi” konusu ABAD önünde bazı davalarda incelenmiş olmasına ve bu konuda önemli miktarda literatür bulunmasına karşın şaşkıncu bir şekilde AB düzeyinde ‘sınır ötesi ilgi’ kavramının net bir tanımı yapılmamıştır. ABAD ne tür bir sınır ötesi ilgiden (sadece diğer AB ülkeleri tarafından gösterilecek muhtemel bir sınır ötesi ilgi mi, yoksa nitelikli ve kesin bir sınır ötesi ilgi mi) bahsedildiği tartışmalıdır. ABAD, *Comune di Ancona* davasında³⁷ mahkeme “kesinlik” ifadesini çıkarmış ve sınır ötesi ilgiyi, *bir teşebbüsün faaliyetlerinin bir kısmını başka bir üye ülkeye genişletmek için yaptığı bir ekonomik strateji ve ihaleyi kazanmak için aldığı taktik bir karar* olarak değerlendirmiştir. Fakat, bu dava ile aynı gün görülen *Belgacom* davasında,³⁸ mahkeme bu kez “kesinliğe” atıf yapmıştır. Bu atfı aynı zamanda *Generali-Providencia Biztosító Zrt*³⁹ ve *Spezzino*⁴⁰ davalarında da yapmıştır. ABAD’ın diğer bir kararına göre *SC Enterprise Focused Solutions SRL* davasının⁴¹ da mahkeme, *ihaleye konu sözleşmenin değerinin düşük olmasına rağmen, ihale uluslararası bir markaya ait işlemciye sahip olan bilgi işlem ekipmanlarının teminine ilişkin olduğu için, sözleşmenin sınır ötesi ilgi uyandırabileceğini* belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle ABAD bir taraftan “kesin” ilgiye atıf yaparken, bu karar, sınır ötesi ilgiyi ortaya koymada daha az kesinlikte bir kriteri yeterli görmüştür. Bu bağlamda, Adalet Divanı bir sözleşmenin kesin bir sınır ötesi ilgi uyandırıp uyandırmayacağına ilişkin nihai kararı vermek üzere tüm ilgili unsurların detaylı bir şekilde değerlendirilmesi hususunu ulusal mahkemelere

³⁶ Case C-507/03, *Commission v Ireland* [2007] ECR I-9777, paragraph 32 ff; in Case C-195/04, *Commission v. Finland* [2007] ECR I-3351, paragraph 25.

³⁷ Case, C-388/12 *Comune do Ancona* ECLI:EU:C:2013:734.

³⁸ Case C-221/12 *Belgacom* EU:C:2013:736.

³⁹ Case C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt* ECLI:EU:C:2014:2469 and Case C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228.

⁴⁰ Case C-113/13 *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» and others* ECLI:EU:C:2014:2440.

⁴¹ Case C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228.

bırakmıştır. Ancak ulusal mahkemeler de kesin ve net bir şekilde ‘sınır ötesi ilgiyi’ tanımlamada zorluklar yaşamaktadır.⁴²

Yukarıda bahsedilen *Comune Di Ancona* davasında ABAD, yapılan bir ihalede ihale sözleşmesinin ihaleyi kazanan firma sahibine ciddi miktarda gelir veya avantaj sağlamamasının, yerleşik bir teşebbüs için ekonomik bir menfaat sağlamadığı anlamına geldiğini, fakat yeteri kadar kâr sağlanmamasının ihalenin ‘sınır ötesi ilgi’ uyandırmayacağı sonucuna varılamayacağına karar vermiştir.⁴³

C. Sınır Ötesi İlgii Haiz Kamu İhalelerin Gerçekleştirilmesi İçin Temel İlkelerin Nasıl Uygulanacağı Meselesi

Avrupa Birliği Komisyonu 2006 tarihli eşik değerlerin altında kalan tebliğe ayrıca belirli temel standartları da belirlemektedir. Bu bağlamda tebliğe, eşik değerlerin altında kalan ihalelerin “ilanı”, “ihalelerin gerçekleştirilmesi süreci” ve “idari/yargısal denetim sürecine” ilişkin ihale makamları tarafından takip edilecek hususlar da açıklanmıştır. Makalenin bu bölümünde bu konulara değinilmiştir.

1. İlan ve Yeterli Düzeyde Duyuru Yapılmasını Sağlama Mecburiyeti

ABAD’a göre, ABİHA’nın temel prensiplerinden olan eşit muamele ve ayrımcılık yapmama ilkeleri tüm potansiyel isteklilerin yararı için piyasanın rekabete açılmasını sağlamaya yetecek yeterli ilanın yapılmasını da ifade eder.⁴⁴

⁴² BOGDANOWICZ Piotr B, “Cross-Border Interest and Concession Contracts: a Critical Approach”, *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, 2015 (2), ss. 83-91.

⁴³ Case C-388/12 *Comune do Ancona* ECLI:EU:C:2013:734. BOGDANOWICZ Piotr, “(Still) Qualitative Approach to a Cross-Border Interest and Application of European Union Law to Concessions? Some Remarks on C-388/12 *Comune di Ancona* Judgment”, *Public Procurement Law Review*, (2015) 1, NA22.

⁴⁴ Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG* [2000] E.C.R. I-10745, ECJ, parag. [4] ve [12], [62]; aynı yöndeki ABAD’ın başka bir kararı için bkz. C-458/03 (*Parking*

ABAD'ın içtihat hukuku, kamu ihale direktiflerinin temelini oluşturan eşit muamele prensibinin, beraberinde, bu prensibe uyulduğunun doğrulanabilmesi için şeffaflık yükümlülüğünü de doğuracağı şeklinde anlaşılması gerektiğini göstermektedir.⁴⁵ Mevzuat olarak da örneğin, 2014/24/EU sayılı kamu ihale direktifinin başlangıç kısmının 1 no'lu paragrafı,⁴⁶ şeffaflık ilkesine atıfta bulunmaktadır. Şeffaflık yükümlülüğü, tüm katılımcıların ihale sürecindeki geçerli kuralları önceden bilmesi ve bu kuralların yeknesak bir şekilde uygulanması gerektiği anlamına gelir.

Şeffaflık ilkesi, ihale sürecinde ayrımcılık yapma yasağı ile eşit muamele ilkelerine riayet edilmesini sağlaması nedeniyle idarelerin tarafsız bir ihale süreci gerçekleştirmelerini de amaç edinir.⁴⁷ Nitekim, 2014/24/EU sayılı direktif ile 2014/25/EU sayılı direktifte, vatandaşlık

Brixen), *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen*. 2005 E.C.R. I-8612., parag. [49].

⁴⁵ Case C-26/03 *Stadt Halle* [2005] ECR I-1, 45. Paragraf; Case, *Commission v Ireland*, paragraphs [26] and [29 – 31]; Case C-95/10, *Strong Segurança SA v Município de Sintra, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança*, ECLI:EU:C:2011:161 [35].

⁴⁶ 2014/24/EU sayılı kamu ihale direktifinin başlangıç kısmının 1 no'lu paragrafında; “Kamu ihalelerinin Üye Devletlerin ihale makamları tarafından veya onlar adına sonuçlandırılmasının, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın ilkelerine ve özellikle malların serbest dolaşımı, iş kurma serbestisi ve hizmet sunma serbestisi ile bunlardan doğan eşit muamele, ayrımcı olmama, karşılıklı tanıma, orantılılık ve şeffaflık gibi ilkelere uygun olması gerekmektedir. Ancak, belli bir değer üzerinde kamusal ihalelerde, bu ilkelerin uygulanabilirliğini sağlamak ve kamu alımlarının rekabete açılmasını garanti etmek için ulusal ihale usullerini koordine eden hükümlerin tanzim edilmesi gerekmektedir.” düzenlemesi yer almaktadır. Kamu ihalesi hukukunda genel ilkeler için bkz. DE MARS Sylvia, “The limits of general principles: a procurement case study”, *European Law Review*, 316.

⁴⁷ WELTZIEN Kurt: “Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an in-house entity - scope of the procurement directives in the classical sector”, *Public Procurement Law Review*, 2005, 5, 237-255, s.249. Bkz. Case C-496/99 P *Succhi di frutta* [2004] ECR I-3801, 111. paragraf ve Case C-6/05 *Medipack*, 53. paragraf.

temelinde ayrımcılık yapma yasağı ile eşit muamele ilkesinden bağımsız olarak şeffaflık ilkesine dair düzenlemeler yapılmıştır.⁴⁸

Şeffaflığın sağlanması zorunluluğu, bir başka üye devlette yerleşmiş istekliler için ihaleden önce ihaleyle ilgili gerekli bilgiye ulaşabilmelerini, böylece de eğer isterlerse, ihaleye katılma yönündeki ilgilerini açıkça beyan edebilme imkânının sağlanmasını gerektirir. İhaleye katılım bakımından örneğin belli istekliler arasındaki ihale veya pazarlık usulü gibi ihaleler bakımından katılımcı sayısına ilişkin getirilecek sınırlamalar da şeffaf olmalıdır. İhale makamları, başvuru sahiplerinin ilgili sektördeki önceki iş deneyimlerine, işletmelerinin büyüklüğüne ve altyapısına, mesleki ve teknik yeterliliklerine veya diğer nesnel katılım ve yeterlik kurallarına başvurabilirler.

İdareler, ihale usulüne katılmak için yeterli seviyede açık, şeffaf yöntemlerle ve ilan yaparak derlenen yeterli istekli listesinin olduğu bir yeterlilik sistemini (yeterlik listesi) kullanabilir. Ancak, listelerdeki tedarikçiler için eşit fırsatlara izin vermelidir. Tedarikçilerin yeterliklerinin belirlenme yöntemi ve bunun için gereken süre, yabancı tedarikçileri yeterlik listesinin dışında bırakmak veya bu tedarikçilerin planlanan belli bir alıma girmesini önlemek için kullanılmalıdır. İdareler, öngörülen belirli bir alım için katılma koşullarını karşılayan yerli tedarikçileri veya AB üyesi ülkelerde yerleşik tedarikçileri yeterli tedarikçi olarak kabul edeceklerdir. Yeterlik listelerinin kullanılması halinde, idarelerin, ayrımcı olmamayı ve istekliler arasında yerli ya da yabancı istekli (AB üyesi ülkelerde yerleşik firmalar bakımından) ayırımı yapmaması gerekmektedir.

Komisyon, ihaleyi yapacak idarenin bazı potansiyel isteklilerle irtibat halinde olması ve bu potansiyel tedarikçilere ulaşma girişiminde bulunsa bile bu bakış açısından uygun olmayacağı kanaatindedir. Böyle bir seçici yaklaşım, diğer üye devletlerin potansiyel isteklilerine, özellikle piyasaya yeni giren girişimcilere karşı ayrımcılığı engellemeyebilir. Aynı husus, “pasif” ilanın söz konusu olduğu yani idarelerin aktif ilan vermekten kaçındığı fakat ihaleyi kendi imkanlarıyla öğrenip katılmak niyetinde olan başvuru sahiplerinin bilgi taleplerine karşılık verdiği bütün durumlar için de geçerlidir. Medya yayınlarında ihalenin yapılacağına dair basit bir atıf, bilgi amaçlı kongreler tarzında ihaleyle ilişkin bilgi

⁴⁸ 2014/24/EU sayılı direktifin 18(1) maddesi ile 48-55. maddeleri arası ve 2014/25/EU sayılı direktifin 36(1). maddesi ile 48-55. maddeleri arası.

verme veya yapılacak ihale hakkında politik tartışmalar veya etkinlikler düzenlenmesi yeterli bir ilan şeklini oluşturmamaktadır. Bu nedenle, şeffaflık yükümlülüğü, ancak ihale tarihinden önce yeterli derecede ‘erişilebilir bir ihale ilanın’ yayımlanması ile karşılanabilir. Bu ilan, ihalenin rekabete açılabilmesi için idare tarafından yayımlanmalıdır.⁴⁹ Bu nedenle, eşik değerin altında kalan ihaleler için teklif vermek üzere bazı potansiyel isteklilerin bireysel olarak davet edilmesi şeffaflık yükümlülüğü açısından yeterli değildir.

2. İlan Yöntemleri

İdareler, kendi ihalelerinin ilanlarını yayımlamak için en uygun araca karar verme konusunda sorumludurlar. Özellikle ihalenin konusu, değeri ve ilgili sektördeki yerleşmiş uygulamalar göz önünde bulundurularak ihalenin AB iç pazarı ile ilgisi (sınır ötesi ilgisi) üzerine kurulu değerlendirme, idarenin yapacağı ilanın ne şekilde olacağı ve nerede yayımlanacağına rehberlik etmelidir. İhale konusu işin içeriği, niteliği ve büyüklüğü diğer üye devlet potansiyel isteklilerinin ilgisini çekme ihtimali ne derece yüksekse, ilanın kapsamı da o kadar geniş olmalıdır.

AB Komisyonu yeterli ve yaygın olarak kullanılan ilan yolları yöntemleri olarak özetle şu araçlara başvurulabileceğini belirtmiştir.⁵⁰

-İnternet

İhale ilanlarının yayımlanması için çok çeşitli seçenekler sunması ve geniş erişim olanağı ile kolay kullanımı nedeniyle internet, özellikle diğer üye ülke isteklileri ve daha düşük bedelli ihalelere katılmak isteyen KOBİ’ler için web siteleri üzerinden ihale ilanlarını nispeten kolay erişilebilir kılmaktadır. İdarenin kendi internet sitesi üzerinden ihale ilanını yayımlaması etkin maliyetli ve esnek bir yoldur. İlanlar, potansiyel isteklilerin kolayca anlayabileceği bir şekilde sunulmalıdır. İdareler, gelecek dönemlerde gerçekleştirecekleri Kamu Alımları Direktifleri kapsamında olmayan ihaleler için, kendi alıcı profiline bir parçası olarak, internet üzerinden bilgi yayınlamayı da düşünmelidirler. İdarenin kendi web portalında, ihale ilanları için ayrılmış özel bir yerin olması daha yüksek bir görünürlük yaratır ve daha geniş arama seçenekleri sunar. Bu

⁴⁹ 23.6.2006 tarih ve COM 2006/C 179/02 sayılı Tebliğ s. 4.

⁵⁰ 23.6.2006 tarih ve COM 2006/C 179/02 sayılı Tebliğ s. 4.

bağlamda, düşük bedelli ihale sözleşmeleri için e-mail üyeliği ile ulaşılabilecek ihale ilanları rehberliğinde özel bir platform oluşturulması en iyi uygulamadır. Böylelikle şeffaflık ve etkinliği sağlamak için internet olanaklarının tümü kullanılmış olur.⁵¹

-Ulusal Resmi Gazeteler, kamu ihale ilanlarına ayrılmış özel bölümleriyle ulusal resmi gazeteler, ulusal veya yerel basında yayınlanan gazeteler veya özel basımları,

-Yerel yayın yöntemleri

İdareler halen, yerel gazeteler, belediye ilan gazeteleri ve hatta ilan tahtaları gibi yerel ilan yöntemlerini kullanabilmektedirler. Böyle dar bir alanda ilan yapmak, sadece bir yerel piyasanın mevcut olduğu çok küçük ihaleler için yeterli olabilecektir.

-Avrupa Birliği Resmi Gazetesi / TED (Elektronik Ortamda Günlük İlanlar)

AB Resmi Gazetesinde ilanın yayımlanması zorunlu olmamakla beraber, özellikle 'sınır ötesi ilgi' bağlamında yüksek ilgi çekeceği düşünölen ihaleler için ilgi çekici bir seçenektir.

3. İlanın İçeriği

Eşik değerin altında kalan ihaleler için yapılacak ihale ilanlarının, ABİHA'nın eşit muamele ile şeffaflık ilkelerini temin edecek şekilde düzenlenmesi gerekir. ABAD şeffaflığın, istekliye resmi davetiye göndermeyi gerektirmediğini açıkça ortaya koymuştur.⁵² Bu nedenle ilan, idareyle irtibata geçilmesi için bir davetiye ile birlikte ihale usulünün ve sözleşmenin önemli detaylarının kısa tanımlamaları ile sınırlandırılabilir. Gerekli olması durumunda, internet üzerinden veya istek üzerine idareden temin edilebilir ek bilgiler ile ilan tamamlanabilir. İlan veya ek ihale dokümanının, diğer üye devlet isteklilerinin ihaleye katılıp katılmama hakkında karar vermelerine yetecek makul düzeyde bilgiler içermesi gerekir.

⁵¹ AB Komisyonu İngiltere'de, düşük bedelli ihaleler için yeni oluşturulan fırsat portalını bu bağlamda örnek olarak göstermiştir. www.supply2.gov.uk

⁵² ABAD, Coname davası, 21. paragraf

AB kamu ihale direktifleri belli şartlar altında, ilana çıkılmadan da alım yapma prosedürlerine izin veren özel istisnalar içermektedir. Örneğin, 2014/24/EU sayılı direktifin 32. maddesine göre idareler bazı durumlarda önceden ihale ilanı vermeksizin pazarlık usulü yoluyla ihale düzenleyebilir. Üye devletler, 32. maddede açıkça belirtilen özel durumlarda ve koşullarda, ihale makamlarının önceden ilansız pazarlık usulü uygulayabileceklerini öngörebilir. Bu kapsamdaki en önemli ihaleler, Özetle, teknik veya sanatsal nedenlerden ötürü veya fikri mülkiyet haklarının korunması dahil olmak üzere münhasır hakların korunmasıyla ilgili sebeplerden ötürü ihalenin sadece belirli bir işletmeye verilebileceği durumlarda bu usule başvurulabilir. Bir idarenin sadece tek bir ticari işletme tarafından üretilen çok özel bir teknolojiye sahip ürünler satın almasının gerektiği durumlarda da yukarıda bahsedilen madde hükmü geçerlidir. Yerel olarak ve AB düzeyinde söz konusu ekipmanı temin edebilecek diğer ticari işletmelerin bulunup bulunmadığını tespit etmek idarenin görevidir. Bu durumu kanıtlamak oldukça güç olabilmektedir. Bu istisnalar, AB kamu ihale direktifleri kapsamında olmayan eşik değerin altında kalan ihalelere de uygulanabilecektir. Bu nedenle idareler, direktifler içerisinde yer alan herhangi bir istisna kuralında yer alan koşulları taşıması şartıyla ilan yapmaksızın da bu tür ihaleleri aynı şekilde gerçekleştirebilecektir.

IV. İNCELEME SÜRECİ VE YASAL KORUMA

AB, kamu ihale direktifleri aracılığıyla kabul ettiği maddi kuralların yanı sıra bu kuralların uygulanmasını sağlamak üzere yargılama usul kuralları kabul etmiştir. Kamu ihalesi alanındaki uyumsuzluklara ilişkin yasal çözüm ve çareler 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı direktifler⁵³ vasıtasıyla ortaya konulmuştur. Bu şekilde, bütün AB üyesi ülke isteklileri açısından kamu ihaleleri alanındaki ulusal denetim sisteminde asgarî bulunması gereken yasal çözüm ve çareler AB düzeyinde uyumlaştırılmıştır. İnceleme ve denetim süreci hakkındaki 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı direktifler sadece 2014/24/EU ve 2014/25/EU kamu ihale direktifleri kapsamında gerçekleştirilen ihaleleri kapsamaktadır.

⁵³ 89/665/EEC sayılı Direktif, OJ L 395, 30.12.1989, sf.33 ve 92/13/EEC sayılı Direktif, OJ L 76, 23.3.1992 sf.14

Eşik değerlerin altında kalan ihaleler ilgili inceleme ve denetim süreci ise ABAD kararları ve uygun düştüğü ölçüde 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı direktiflerle uyum içerisinde olmak zorundadır.

- ABAD Tarafından Geliştirilen İlkeler

AB kamu ihale direktiflerinde belirtilen eşik değerlerin altında kalan ihalelere ilişkin olarak bireyler, AB hukukundan kaynaklanan hakların etkin yasal korumasını talep etmeye yetkili olduklarına dair ABAD içtihadına⁵⁴ göre hukuki bir güvenceye sahiptirler. Bu hukuki güvence, üye devlet ülkelerinin mevcut anayasal geleneklerinden doğan hukukun genel ilkelerinden birisidir. AB maddî hukukundan kaynaklanan hakların uygulanmasıyla ilgili yargılama usul ve kurallarına dair AB mevzuatı hükümlerinin olmaması durumunda, etkin yasal korumayı garanti eden zorunlu kural ve prosedürlerinin uygulanıp uygulanmaması üye devletlerin kararına bırakılmıştır.

ABAD kararları uyarınca, AB maddî hukukunun ulusal düzeyde uygulanmasına ilişkin yargılama usullerinde uyulması gereken bazı temel standartlar geliştirilmiştir. Kamu ihalesi alanında üye devletlerin ulusal denetim sistemlerinde bulunması gereken asgarî standartlara ilişkin çerçeve, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı direktiflerde belirtilen yasal çareler ile birlikte Divanın bu alanla ilgili içtihadı oluşturmaktadır.⁵⁵ Divanın 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı direktiflerde mevcut yasal yolların etkili ve eşit kullanımına ilişkin çok önemli kararları vardır. Böylece, ulusal kamu ihalesi inceleme ve denetim sistemi üzerinde 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı direktifte şart koşulan asgarî standartların dışında Divanın da içtihat yoluyla ortaya koyduğu asgarî standartların kayda değer bir etkisi vardır.

Eşik değerlerin altında kalan ihalelerde AB hukukunun etkili ve gerektiği gibi uygulanması ve AB hukukundan kaynaklanan hakların

⁵⁴ C-50/00 sayılı karara Union de Pequeños Agricultores. [2002] ECR I 6677, 39.paragraf ve 222/86 sayılı karar, Heylens, [1987] ECR 4097, 14.paragrafına bakınız.

⁵⁵ DINGEL Dorthe Dahlgaard: A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, s. 160.

kullanılmasıyla ilgili yargılama usul kural ve yaptırımları ulusal mahkeme/denetim mercileri tarafından kendi iç hukukunda öngörülen usullere (usul özerkliği ilkesi) göre gerçekleştirilir.

“Bu usul özerkliği ilkesi, ABAD’ın *Rewe/Comet* dâvalarında⁵⁶ ortaya koyduğu iki koşula tâbidir.⁵⁷ Usul hukukuna ilişkin bu şartlar ilk olarak *Rewe/Comet* davalarında söz konusu olmuştur. Bu koşullardan ilki, AB hukukunu uygulamaya yönelik usule dair şartların “*tamamen ulusal bir iç hukukî meseleye ilişkin dava hakkını belirleyenlerden daha olumsuz*” olmaması gerekir. Diğeri de bu şartların AB hukukundan kaynaklanan haklardan yararlanmayı “*neredeyse imkânsız*” veya “*aşırı güç*” kılmaması gerekir.⁵⁸ Bu şartlar, AB maddi hukukundan kaynaklanan hakların ulusal düzeyde uygulanmasına ilişkin “*ayrımcılık yapmama veya eşitlik*”⁵⁹ ve “*etkililik*” ilkelerini teşkil etmektedir.”⁶⁰

AB yargılama usul hukukunda ABAD içtihadı ile geliştirilen eşitlik ilkesine göre, AB maddi hukukundan kaynaklanan dâvalar ile benzer mahiyet arzeden ulusal hukuktan kaynaklanan bir haktan kaynaklanan dâvaların tâbi olduğu yargılama usul, kural ve yaptırımlarının aynı olmasını gerektirir. Gene ABAD içtihadı ile geliştirilen etkililik ilkesi uyarınca da, ulusal yargılama kurallarının AB

⁵⁶ C-3/76 *Rewe v. Landwirtschaftskammer Saarland* [1976] E.C.R. 1989 ve C-45/76 *Comet v. Produktschap voor Siegerwassen* [1976] E.C.R. 2043.

⁵⁷ BAYKAL Sanem: AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:14, Ankara, 2002, s. 76; LENAERTS Koen / ARTS Dirk / IGNACE Maselis: *Procedural Law of the European Union*, 2nd ed., Editor BRAY Robert, Sweet and Maxwell, London, 2006., 3-010, s. 92.

⁵⁸ “*Aşırı güç*” unsuru Divanın C-199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* [1983] E.C.R 3595 dâvasında eklenmiştir. Bkz. TILLOTSON John / FOSTER Nigel: *Text, Cases and Materials on EUROPEAN UNION LAW*, 4th Edition, Cavendish Publishing, London, 2003, s. 567.

⁵⁹ Bu ilke ayrımcılık yapma yasağı ilkesi (*non-discrimination principle*) veya eşitlik ilkesi (*principle of equivalence*) olarak adlandırılmaktadır. Adalet Divanı ise, son kararlarında bu ilkeyi eşitlik ilkesi (*principle of equivalence*) olarak adlandırmaktadır. Örneğin, bkz. Case C-231/96 *Edis* [1998] E.C.R. I-4951. Bkz. JANS J.H. / LANGE R. De / PRECHAL S. / WIDDERSHOVEN R.J.G.M., *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2007, s. 42.

⁶⁰ ALYANAK, s. 338.

maddi hukukundan kaynaklanan haklardan yararlanmayı “*neredeyse imkânsız*” veya “*aşırı güç*” kılmaması gerekmektedir.

Etkililik ilkesine göre, ihale dışı bırakma kararı gibi ihale sürecindeki istekli olan kişileri olumsuz etkileyecek kararlar denetime tâbi olmalıdır. Başvuru sahibi veya şikayetçi eşik değerin altında kalan ihalelerde yukarıda aktarılan ABİHA’dan kaynaklanan genel ilkelere aykırı işlem yapılması halinde bu işlemler şikayete konu olabilmelidir. Böyle bir şikayet hakkının etkin olarak kullanımına izin vermek açısından idareler, şikayet yolu açık olmak üzere verdikleri kararların gerekçelerini kararla birlikte veya kararın ilgililere iletilmesini müteakip talep üzerine açıklamalıdır. Bu nedenle, ulusal denetim organlarının, idarece bu ihalelerin sonuçlandırılmasıyla ilgili ihale süreci içerisinde alınan bütün kararların esaslarını, kararların makul ve gerekçeli olup olmadığını da incelemeleri gerekmektedir.

V. SONUÇ

AB kamu ihale direktiflerinde belirtilen eşik değerlerin altında kalan kamu ihaleleri, reform için en zor kategoriyi temsil etmekle beraber kamu almalarında AB üyesi devletler için iyi bir kamu alımları mevzuatı oluşturmak için büyük bir fırsatı da temsil etmektedir. Eşik değerlerin altında kalan kamu ihaleleri, bir yandan, kamu alımları müktesebatının kapsamı dışında kalmak isteyen üye devletlerin kamu harcamalarının önemli bir kısmını kapsıyor. Öte yandan, bu ihalelerin bir tür rekabete tâbi tutulması zorunluluğu mevcuttur. Eşik değerin altındaki kamu ihalelerine ‘sınır ötesi ilginin’ olması durumunda AB hukukuna tâbi olacağı ABAD tarafından belirtilmiş ve konuya ilişkin önemli miktarda literatür bulunuyor olmasına karşılık AB düzeyinde ‘sınır ötesi ilginin’ net bir tanımının yapılmamış olması dikkat çekmektedir.

Eşik değerin altında kalan ihaleler için Avrupa Birliği, Birlik düzeyindeki mevzuat boşluğunu AB hukuku genel ilkelerinin bu ihalelere de uygulanması gereğiyle tamamlamak istemiştir. Ancak açık ve kesin nitelikli kuralların olmayışı bu ihaleler yönünden piyasada belirsizlik yaratmış ve satın alma kurallarının bu sözleşmelere işlevsiz bir şekilde uygulanmasıyla sonuçlanmıştır.

Üye devletlerin ihale politikalarını ve eşik değerin altında kalan ihalelerin verilmesine ilişkin kuralları tasarlama şeklinin, bir bütün olarak kamu ihale sisteminin etkinliği açısından büyük önem taşıdığı açıktır. Eşik değerin altında kalan ihaleler için üye devletlerin uyguladığı ulusal

mevzuatın çok detay ve katı kurallar öngörmesi halinde bunun ekonomik girişimciler için getireceği idari ve usule ilişkin yükler, bu ihalelerin rekabetçi bir şekilde ihale edilmesinden kaynaklanan potansiyel verimlilik faydalarını aşabilir. Bu nedenle, eşik değerin altında kalan ihaleler için en doğru seçenek AB düzeyinde bu ihaleler için mevcut AB direktifleri paralelinde ancak bu kurallardan daha esnek yeni kurallar ittihaz etmektir. Diğer bir radikal çözüm de iç pazar hedeflerini sağlamak için mevcut AB kamu ihale direktiflerindeki eşik değerlerin düşürülmesi ve kamu ihalesi alanındaki AB hukukunun ihalelerin çoğuna uygulanmasını sağlamaktır.

KAYNAKÇA

Kitap/Kitap Bölümü ve Makaleler

- ALYANAK Servet: AB Kamu İhalesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 2015.
- ARROWSMITH, Sue: The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies, in 14 Cambridge Yearbook Eur. Legal Studies 1, 2012, ss. 1-47.
- ARROWSMITH Sue, “The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?”, 35 Public Contract Law Journal. 2006, ss. 337, 339.
- ARROWSMITH Sue: The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet & Maxwell, London, 2005.
- BAYKAL Sanem: AT Hukukunun Etkili Biçimde Uygulanması ve Bireysel Haklar, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi No:14, Ankara, 2002.
- BOGDANOWICZ, Piotr: “Cross-Border Interest and Concession Contracts: a Critical Approach”, European Procurement and Public Private Partnership Law Review, 2015 (2), ss. 83-91.
- BOGDANOWICZ Piotr, “(Still) Qualitative Approach to a Cross-Border Interest and Application of European Union Law to Concessions? Some Remarks on C-388/12 Comune di Ancona Judgment”, Public Procurement Law Review, (2015) 1, NA22.
- BOVIS Christopher: EC Public Procurement: Case Law and Regulation, Oxford University Press, Newyork, 2006.
- BOVIS Christopher: Contribution to Growth: European Public Procurement Delivering improved rights for European citizens and businesses, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies, January 2019, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/626088/IPOL_STU\(2019\)626088_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/626088/IPOL_STU(2019)626088_EN.pdf) (erişim 11.09.2023).

- CARANTA Roberto / DRAGOS Dacian: (eds) *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaties?* (Vol 4, European Law Series, DJOF, 2012).
- DE MARS Sylvia, “The limits of general principles: a procurement case study”, *European Law Review*, 316.
- DRAGOS Dacian C. / VORNICU Roxana: *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Vol. 10, No. 3, Yıl: 2015, ss. 187-206.
- EUROPEAN COMMISSION *Internal Market and Services, EU Public Procurement Legislation: Delivering Results Summary of Evaluation Report*, Ref. Ares(2016)909599 - 22/02/2016.
- TRYBUS Martin: *Public Contracts in European Union Internal Market Law: Foundations and Requirements*, in *Comparative Law on Public Contracts*, ss. 81-121 (Rozen Noguellou & Ulrich Stelkens eds., 2010).
- DINGEL Dorthe Dahlgaard: *A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999.
- HILLGER Jens: “The award of a public contract as state aid within the meaning of Article 87(1) EC”, *Public Procurement Law Review*, 3, 2003, s.109-130.
- JAN DRIJBER Berend / STERGIOU Helene, *Public Procurement Law and Internal Market Law*, 46 *Common Market Law Review*, 2009.
- JANS J.H. / LANGE R. De / PRECHAL S. / WIDDERSHOVEN R.J.G.M., *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2007, s. 42.
- ROE Sally / LESSENICH Christof: “Submission of a bid by a person who has carried out preparatory work for a procurement”, *Public Procurement Law Review*, 4, NA93-97, 2005, s. NA93-97.
- LENAERTS Koen / ARTS Dirk / IGNACE Maselis: *Procedural Law of the European Union*, 2nd ed., Editor BRAY Robert, Sweet and Maxwell, London, 2006.

- MARDAS Dimitri / TRIANTAFYLLOU Dimitri: “Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal and economic analysis”, *Public Procurement Law Review*, 4, 1995, s.145-158.
- WELTZIEN Kurt: “Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an in-house entity - scope of the procurement directives in the classical sector”, *Public Procurement Law Review*, 2005.
- WILLIAMS Rhodri: “The new Procurement Directives of the European Union”, *Public Procurement Law Review*, 4, 2004.
- TILLOTSON John / FOSTER Nigel: *Text, Cases and Materials on EUROPEAN UNION LAW*, 4th Edition, Cavendish Publishing, London, 2003.
- TRIDIMAS Takis: *The General Principles of EU Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2006.
- FEENSTRA Sjoerd: “European Communities: concessions and other similar forms of public/private partnership: a draft interpretative communication”, *Public Procurement Law Review*, 1999, 4, CS85-91.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

- Case 31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. v. Netherlands*, [1988] E.C.R. 4635;
- Case C-87/94, *Commission v. Kingdom of Belgium (“Wallon Buses”)*, 1996 E.C.R. 1-2043;
- Case C-243/89 *Commission v Denmark (“Storebaelt”)*, [1993] ECR I-3353;
- Case C-21/03, *Fabricom v Etat belge*, 2005 E.C.R. I-1559;
- Case C-513/99, *Concordia Bus Finland v. Helsinki*, 2002 E.C.R. 1-7213.
- Case T-260/94 *Air Inter SA*, judgment of the Court of First Instance of 19 June 1997.

- European Commission, *Draft Commission interpretative communication on concessions under Community law on public contracts* O.J. [1999] C94/04 s. 12-13.
- Case 31/87, *Gebroeders Beentjes v. The Netherlands* [1988] E.C.R. 4653; [1990] 1 C.M.L.R. 287.
- Case C-76/81 *Transporoute et Traveaux SA v. Minister of Public Works* [1982] E.C.R. I-417;
- Case C-174/82, *Officier van Justitie v. Sandoz BV* [1983] ECR 2445;
- Case C-274/87 *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*, [1989] ECR 229.
- Cases C-324/98, (*Telaustria*), *Telaustria v Telekom Austria* [2000] ECR I-10745, parag.[62];
- C-231/03, (*Coname*), *Coname v Comune di Cingia de'Botti*, [2005] ECR I- 7287 parag. [16] ila [19];
- C-458/03 (*Parking Brixen*), *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen*. 2005 E.C.R. I-8612., parag. [49].
- C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, [2001] ECR I-9505, parag. [20]
- C-264/03, *Commission v France*, 2005 ECR I-8831. 20.10.2005, parag. [32] ve[33] 32 ve 33;
- C-234/03, (*Contse*), Case C-234/03, *Contse and others* [2005] ECR I- 9315, parag. [47] ila [49] arasına bakınız.
- Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG* [2000] E.C.R. I-10745, ECJ, parag. [4] ve [12].
- C-324/98 sayılı Karar, *Telaustria*, [2000] ECR I-10745, 62.paragraf, C-231/03, 21.07.2005 sayılı yargılama kararı, 16-19.paragraflar.
- C-458/03, *Parking Brixen*, 13.10.2005 tarihli yargılama kararı, 49.paragraf.
- C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, [2001] ECR I-9505, 20.paragraf.
- C-264/03, *Commisison v France*, 20.10.2005 tarihli yargılama kararı, 32 ve 33.paragraflar.
- Case C-231/03 *Coname* [2005] ECR I-7287, 20.paragraf.

- Joined Cases C-147/06 and C-148/06 SECAP [2008] ECLI:EU:C:2008:277, at [30].
- Case C-507/03, *Commission v Ireland* [2007] ECR I-9777, paragraph 32.
- Case C-195/04, *Commission v. Finland* [2007] ECR I-3351, paragraph 25.
- Case, C-388/12 *Comune do Ancona* ECLI:EU:C:2013:734.
- Case C-221/12 *Belgacom* EU:C:2013:736.
- Case C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt* ECLI:EU:C:2014:2469.
- Case C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228.
- Case C-113/13 *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» and others* ECLI:EU:C:2014:2440.
- Case C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228.
- Case C-388/12 *Comune do Ancona* ECLI:EU:C:2013:734.
- Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG* [2000] E.C.R. I-10745, ECJ, parag. [4] ve [12], [62].
- C-458/03 (*Parking Brixen*), *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen*. 2005 E.C.R. I-8612., parag. [49].
- Case C-26/03 *Stadt Halle* [2005] ECR I-1, 45. paragraf.
- Case, *Commission v Ireland*, paragraphs [26] and [29 – 31].
- Case C-95/10, *Strong Segurança SA v Município de Sintra, Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança*, ECLI:EU:C:2011:161 [35].
- Case C-496/99 *P Succhi di frutta* [2004] ECR I-3801, 111. paragraf ve Case C-6/05 *Medipack*, 53. paragraf.
- C-50/00 sayılı karara *Union de Pequenos Agricultores*. [2002] ECR I 6677, 39.paragraf ve 222/86 sayılı karar, *Heylens*, [1987] ECR 4097, 14. paragraf.

C-3/76 *Rewe v. Landwirtschaftskammer Saarland* [1976] E.C.R. 1989 ve
C-45/76 *Comet v. Produktschap voor Siegerwassen* [1976]
E.C.R. 2043.

Case C-231/96 *Edis* [1998] E.C.R. I-4951.

Mevzuat

23.6.2006 tarih ve COM 2006/C 179/02 sayılı Kamu İhale Direktifleri Hükümlerinin Tamamen veya Kısmen Kapsamı Dışında Olan Kamu İhale Sözleşmelerinin Verilmesine Uygulanacak Topluluk Hukuku Hakkında Komisyon Yorumlayıcı Tebliği, Brüksel, (OJ C 179, 1.8.2006), (Commission interpretative communication n° 2006/C 179/02 on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives).

2014/24/EU sayılı direktif (AB üyesi devletlerdeki kamu mal, yapım ve hizmet alımı ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerine ilişkin direktif), OJ L/94/65, 28.3.2014.

2014/25/EU sayılı direktif (AB üyesi devletlerdeki su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde (*iktisadî kamu hizmetleri sektörleri*) faaliyet gösteren kuruluşların alım usullerinin koordinasyonuna ilişkin direktif, OJ L 94, 28.3.2014, p. 243–374.

2009/81/EC sayılı direktif (savunma ve güvenlik alımlarıyla ilgili direktif) OJ L 216, 20.8.2009, p. 76–136.

89/665/EEC sayılı Direktif, OJ L 395, 30.12.1989, sf.33 ve 92/13/EEC sayılı Direktif, OJ L 76, 23.3.1992 sf.14

EU Commission, COM(2023) 460 final, Brussels, 28.7.2023, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts and on the impact on the internal market of the exclusions set out in Article 12.

[Commission Delegated Regulation \(EU\) 2021/1951 amending Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council in respect of the threshold for concessions; Commission Delegated Regulation \(EU\) 2021/1952 amending Directive 2014/24/EU of](#)

[the European Parliament and of the Council in respect of the thresholds for public supply, service and works contracts, and design contests; Commission Delegated Regulation \(EU\) 2021/1953 amending Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council in respect of the thresholds for supply, service and works contracts, and design contests.](#)

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE AİLE İÇİ VE KADINA YÖNELİK ŞİDDETLE MÜCADELE ÜZERİNE BİR İNCELEME

Aslıhan KÜÇÜKER*

Ömer ÖZKAYA**

ÖZ

Kadına yönelik şiddet bütün toplumlarda görülen kökeninde siyasal, ekonomik, kültürel, hukuki pek çok problemin yer alabildiği bir olgudur. Bu nedenle bir yandan sorunla hem çok aktörlü hem de bütüncül bir bakışla mücadele edilmesi gerekliliği ortaya çıkmakta, diğer yandan kadına yönelik şiddet nedenleri ve sonuçlarıyla, geliştirilen politik mücadele mekanizmalarıyla bilimsel araştırmalara konu edildiğinde multi-disipliner bir yaklaşımla ele alma ihtiyacı doğmaktadır.

Bu bağlamda çalışmada, kadına yönelik şiddet olgusunun uluslararası mevzuata girişi, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle birlikte tartışılarak 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin

* Arş. Gör. Dr., Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Suç Araştırmaları Anabilim Dalı, E-Mail: aslihankucuker@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2106-4356.

** Doç. Dr., Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Ceza Adaleti Anabilim Dalı, E-Mail: omerakademik@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2302-5991.

Makalenin Gönderim Tarihi : 30.06.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 28.12.2023.

Önlenmesine Dair Kanun” ile geliştirilen şiddetle mücadele mekanizmaları Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmiştir. Böylece kanunun uygulanmasıyla ilgili sorunlar hak ihlalleri çerçevesinde ele alınabilecektir. Çalışma kapsamında, 2023 Ekim ayı itibarıyla Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası ilgili mevzuat bölümünden “6284 sayılı Kanun” seçilerek filtrelenmiş, otuz karara ulaşılmış, bu kararlar belgesel gözlem tekniğiyle incelenmiştir. Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde yürütülen araştırma sayısı oldukça azdır. Bu bakımdan çalışmanın literatüre katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Çalışmada sadece bireysel başvuru kararları incelenmiş olup norm denetimi kararlarına yer verilmemiştir ve çalışma güncel bireysel başvuru kararları çerçevesinde hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: 6284 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi kararları, aile içi ve kadına yönelik şiddet, koruyucu ve önleyici tedbir kararları.

A STUDY ON COMBATING DOMESTIC VIOLENCE AND VIOLENCE AGAINST WOMEN WITHIN THE FRAMEWORK OF THE CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

ABSTRACT

Violence against women is a phenomenon seen in all societies, which may be rooted in many political, economic, cultural and legal problems. For this reason, on the one hand, the need to combat the problem with both multi-actor and holistic view emerges, and on the other hand, when the causes and consequences of violence against women are subject to scientific research with the developed political struggle mechanisms, the need to address it with a multi-disciplinary approach arises.

In this context, in the study, the introduction of the phenomenon of violence against women into international legislation was discussed together with the international agreements to which Turkey is a party, and the mechanisms to combat violence developed with the “Law on the Protection of the Family and Prevention of Violence Against Women” No. 6284 were examined within the framework of the Constitutional Court decisions. Thus, problems related to the implementation of the law can be addressed within the framework of violations of the right. Within the scope of the study, as of October 2023, “Law No. 6284” was selected and filtered from the relevant legislation section of the Constitutional Court Decisions Information Bank, thirty decisions were reached, and these decisions were examined with the documentary

observation technique. The number of studies conducted within the framework of the Constitutional Court decisions on the subject is quite low. In this respect, it is thought that the study will contribute to the literature. In the study, only individual application decisions were examined, constitutionality review decisions were not included, and the study was prepared within the framework of current individual application decisions.

Keywords: Law No. 6284, Constitutional Court decisions, domestic violence and violence against women, protective and preventive precaution decisions.

I. GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)'nün 2000-2018 yılları arasında dünya genelinde topladığı verilere göre¹ her üç kadından biri yakın ilişki içerisinde olduğu kişi tarafından şiddete uğramakta, 15-19 yaş aralığında her dört kız çocuğundan biri ise yakın ilişki içinde olduğu kişi tarafından fiziksel ya da cinsel şiddete maruz kalmaktadır. Kadına yönelik şiddet küresel ve çok katmanlı bir sorundur. Bütün toplumlarda, zamanlarda ve bir toplum içerisinde farklı sosyoekonomik düzeylerde farklı biçimleriyle görülebilen; sınıfları kesen, kültürel temelli bir sorun olarak tanımlanabilir. Aile içi şiddet ise bağlamsal olarak kadına yönelik şiddetten bağımsız değerlendirilemeyecek bir tanımlamadır. Çünkü kadınlar en çok aile içinde ya da en yakın oldukları kişiler tarafından şiddete uğramaktadır.

Aile, özel ve mahrem alan olarak tanımlandığından, mahrem alanda gerçekleşen bu özel şiddet türü² uzun süre yasal düzlemde devletlerin ilgi alanı dışında bırakılmıştır.³ Aile içi ve kadına yönelik şiddetin ayrımcılık biçimi, insan hakları ihlali ve suç olarak uzun yıllar tanımlanamaması, bu şiddet türünün özel alanla ilişkilendirilmesinden;

¹ WHO: Violence Against Women Prevalence Estimates, 2018: Global, Regional and National Prevalence Estimates for Intimate Partner Violence Against Women and Global and Regional Prevalence Estimates for Non-Partner Sexual Violence Against Women, World Health Organization, Geneva 2021, s. 1-3.

² Doğan, Recep: Namus, Töre ve Eril Şiddet, Ütopya Yayınevi, Ankara 2016, s.63.

³ Uygur, Gülriz: İstanbul Sözleşmesi Işığında Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Temel Yaklaşımı, B. Yarar içinde, Şiddetin Cinsiyetli Yüzleri, s. 193-210, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 198.

devletlerin hukuk alanının ise kamusal alanla ilişkilendirilmesinden ötürüdür.⁴ Diğer yandan kadına yönelik şiddet kültür, inanç, örf, adet ve geleneklerle bağdaştırılarak meşrulaştırıldığı için uluslararası hukuk uzun süre kadına yönelik şiddeti insan hakları ihlali olarak tanımlamamıştır.⁵

1979 yılında onaylanıp 1981 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, (CEDAW)” nin kabulü uluslararası hukukun nötr ve dolayısıyla toplumsal cinsiyet körü kaldığı yaklaşımını değiştirmesi bakımından önemli bir dönüm noktasına işaret etmektedir. Sözleşme daha sonra alınacak tavsiye kararlarıyla birlikte kadınlara yönelik ayrımcılık biçimlerini, ayrımcılıkla oluşan şiddeti ve insan hakkı ihlallerini tanımlaması bakımından önemlidir. Diğer yandan Sözleşme çerçevesinde kadına yönelik şiddet, ayrımcılık biçimi olarak taraf devletlerin uygulamalarında yorumlanmadığı için 1989 yılında 12 numaralı, 1992 yılında ise 19 numaralı tavsiye kararları alınmış, tavsiye kararlarında kadına yönelik şiddet bir ayrımcılık ve insan hakları ihlali olarak tanımlanmış, devletlerin ve uluslararası topluluğun öncelikli yapması gerekenin bu özel şiddet türünün ortaya çıktığı kültürel koşulları dikkate alarak uygun mücadele mekanizmalarını geliştirmek olduğu belirtilmiştir.⁶ İç hukukumuzun özellikle medeni hukuk ve ceza kanununun ciddi ihtilaflarına rağmen, bu ihtilafları gidereceği güvencesini vererek Türkiye, 1985 yılında CEDAW’a taraf olmuş, 1986 yılında Sözleşme yürürlüğe girmiştir.⁷ Diğer yandan toplumsal bağlamda 80’lerin sonu, Türkiye’de kadın hareketinin gündem oluşturmaya ve ön plana çıkmaya başladığı bir döneme denk gelmektedir. Sözleşmede kadın konusunda çalışan sivil toplum kuruluşlarının politika süreçlerine aktör olarak dahil edilmesi gerekliliği belirtilmiş, kadın örgütlerine gölge raporlar hazırlama

⁴ Scott, Katreena: Predictors of Change Among Male Batterers: Application of Theories and Review of Empirical Findings, Trauma, Violence and Abuse, 5(3), Yıl: 2004, s. 260-284, s. 267.

⁵ Berktaş, Fatmagül: Tarihin Cinsiyeti, Metis, İstanbul 2015, s.46

⁶ Uygur, Gülriz, Çağlar Gürgey, F.: Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları İhlali ve Bunun Bir Örneği Olarak Kadına Yönelik Şiddet, F. Kaya, N. Özdemir ve G. Uygur (Editör), Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet (s. 9-60), Savaş Yayınları, Ankara 2014, s.45-46.

⁷ Berktaş, s.51-52.

yoluyla lobicilik faaliyetleri yürütme imkânı verilmiştir.⁸ Bu kapsamda kadın örgütleri hem mevzuat geliştirme çalışmalarına paydaş olarak kabul edilmiş hem de belirli aralıklarla devlet organlarının Sözleşme gereklerini yerine getirip getirmediğine dair CEDAW komitesine gölge raporlar sunmuşlardır.⁹

Uluslararası düzlemde devletlerin, CEDAW'a ve 1992 yılına kadar Sözleşme kapsamında kabul edilen tavsiye kararlarına rağmen cinsiyete dayalı ayrımcılık sonucu ortaya çıkan şiddetle yeterli mücadele kapasitelerini ve araçlarını geliştirememesi, etkin mücadele yürütememesi kadına yönelik şiddete ilişkin ayrı bir hukuki norma ihtiyaç olduğunu göstermiştir. 1993 yılında BM "Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi, Declaration on the Elimination of Violence Against Women (DEVAW)" BM Genel Kurulunda oylamaya başvurulmaksızın kabul edilmiştir. Bildirgenin akabinde kadına yönelik şiddetle ve diğer ayrımcılık biçimleriyle devletlerin nasıl mücadele edeceği konusunda somut eylem planını belirlemek üzere 1995 yılında Pekin'de "Dünya Kadınlar Konferansı" düzenlenmiştir. Konferans sonucunda katılımcı devletlerden bağlayıcı taahhütler istenmiştir. Katılımcı devletlerin verdikleri taahhütlere ilişkin etkili mücadele mekanizmalarını nasıl geliştirdikleri ve uyguladıklarının beşer yıllık aralıklarla düzenlenen konferanslar aracılığıyla takip edileceği belirtilmiştir.¹⁰ Türkiye bu konferansın çıktısı olan deklarasyonu çekincesiz imzalamış, eylem planını kabul etmiştir. Bu gelişmeler akabinde, aile içi ve kadına yönelik şiddetle mücadele için "Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü (KSSGM)" öncülüğünde kadın örgütleri de sürece dahil edilerek yasa hazırlıkları başlatılmıştır.¹¹ 1998

⁸ Diner, Çağla ve Toktaş, Şule, Türkiye'de Kadın Sığınma Evleri: Yasal Süreçler ve İdari Uygulamalar, E. Çelebi, D. Havlioğlu ve E. Kayaalp (Editör), Sınır Bilgisi & Siyasal İktidar: Toplumsal Mekan ve Kadına Yönelik Şiddet (s. 109-137), Ayizi Kitap, Ankara 2014, s. 116-120.

⁹ Acar, Feride: CEDAW'dan İstanbul Sözleşmesi'ne: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslararası Standartların Evrimi, F. Kaya, N. Özdemir, & G. Uygur (Editör), Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-içi Şiddet içinde (s. 61-76), Savaş Yayınevi, Ankara 2012, s. 62-65.

¹⁰ Oğuz, Gürsel Yaktıl: Toplumsal Yaşamda Kadın, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2009, s.180.

¹¹ Eray, Şenay: Yeni Kurumsalcı Yaklaşımlar Çerçevesinden Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Kamu Politikası: Eğitim ve Siyasal Katılım Alt Politika Örnekleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara 2015, s.128.

yılında yayımlanan 4320 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun” devletin aile içi şiddete kayıtsız kalamayacağını hükme bağlaması, dönemin koşullarında uygulama sorunları olsa da¹² aile içi şiddeti ve bu şiddeti önlemek, şiddet mağdurunu korumak adına bir dizi tedbirler getirmesi bakımından önemlidir. Kanunun uygulama yönetmeliği, 10 yıl sonra, 1 Mart 2008 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanmıştır.¹³

CEDAW akabinde Türkiye’deki mevzuat gelişmeleri sürerken 2006 yılında Avrupa Konseyi bir görev gücü kurarak kadına yönelik şiddetle mücadele için bölgesel düzlemde mevcut durumun rapor edilmesini sağlamıştır. Uluslararası yedi uzmandan oluşan görev gücü, 2006-2009 yılları arasında mevcut durum tespiti için çalışmalar yürütmüş ve Avrupa özelinde ayrı bir sözleşmeye ihtiyaç olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Bunun üzerine 2009-2011 yılları arasında sözleşme için gerekli hazırlık çalışmalarını ve müzakereleri yürüten “Kadına Yönelik Şiddetle ve Aile İçi Şiddetle Mücadele ve Önleme Geçici Komitesi (CAHVIO)” kurulmuştur. Komite bir sözleşme taslağı çıkararak “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” kısaca İstanbul Sözleşmesini, 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzaya açmıştır. CAHVIO üyesi olarak bu süreçte Türkiye adına bulunan ve süreci aktaran Feride Acar, İstanbul Sözleşmesi’nin münhasıran kadınlara yönelik ve aile içi şiddetle ilgili uluslararası bir hukuki araç olarak, bölgesel düzeyde CEDAW’ı tamamladığını belirtir.¹⁴

Türkiye, Sözleşmeyi ilk imzalayan ülkelerden biridir ve hemen akabinde Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirmek üzere mevzuat çalışmalarını başlatmıştır. Aile içi ve kadına yönelik şiddetle etkin mücadele için gerekli mekanizmaların kurulması, şiddete maruz kalan bireyin acil durumlarda, hızlı bir biçimde koruma altına alınabilmesi ve ikincil mağduriyetlerin önlenmesi adına gerekli tedbirlerin alınabilmesi için yasal boşlukları gidermek üzere 2012 yılında 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”¹⁵ Resmî Gazetede yayımlanmıştır. ¹⁶ Daha sonra, “6284 Sayılı

¹² Ertürk, Yakın: Sınır Tanımayan Şiddet: Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu, Metis Yayınları, İstanbul 2015, s. 312.

¹³ Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik, (Resmî Gazete 26803, 1 Mart 2008).

¹⁴ Acar, s. 63-65.

¹⁵ Çalışmamızda bundan sonra 6284 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği” Resmî Gazetede yayımlanmıştır.¹⁷

Bu makale aile içi ve kadına yönelik şiddetle ilgili devletin taraf olarak girdiği uluslararası yükümlülükler çerçevesinde 6284 sayılı Kanunu konu edinmektedir. Anayasa mahkemesi kararları çerçevesinde Kanunun uygulamasında ortaya çıkan hak ihlallerinin incelemesi yapılacaktır. Mahkeme kararları 6284 sayılı Kanunla ilişkilendirilerek taranmış, Ekim 2023’te otuz karara ulaşılmıştır. Bu kararlar ihlal edilen haklara göre tasnif edilmiştir. Yürütülen araştırmada mevzuat üzerine “belgesel gözlem” yöntemi kullanılmıştır.

Makalenin ilk bölümünde aile içi ve kadına yönelik şiddetle ilgili kavramlar tanıtılarak, ikinci bölümde Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler aracılığıyla aldığı yükümlülükler ve 6284 sayılı Kanun çerçevesinde bu yükümlülükleri mevzuat düzleminde nasıl tanımladığı, sorunla ilgili bu bağlamda geliştirdiği mücadele stratejileri Anayasa Mahkemesi kararlarıyla birlikte tartışılacaktır. Çalışma Anayasa mahkemeleri kararlarıyla birlikte konuyu irdeleyen araştırma literatürüne katkı sağlayacak, zamanla yeni kararlarla birlikte yapılan çalışmalara yol gösterebilecektir.

II. AİLE İÇİ VE KADINA YÖNELİK ŞİDDET KAVRAMLARI

Şiddeti farklı unsurlarıyla birlikte ele alması nedeniyle literatürde genellikle DSÖ’nün tanımına atıf yapılmakta, uluslararası mevzuatta da bu tanıma yer verilmektedir. Buna göre şiddet “*bir yaralanma ya da yaralanma tehlikesi, ölüm, psikolojik hasar, gelişim bozukluğu ya da yoksunlukla sonuçlanan, bir kişiye, kişinin kendi kendine, bir grup ya da topluma kasıtlı olarak fiziksel ya da duygusal zor kullanması, güç uygulaması veya tehdidi*”dir.¹⁸ Diğer yandan şiddetin fiziksel, cinsel, ekonomik ve psikolojik/duygusal türlerini birbirinden ayırt etmek önemlidir. Çünkü neden olacağı sonuçlar itibarıyla bu şiddet türlerinden herhangi birinin diğerinden daha zararlı olabileceğini öngörmek

¹⁶ RG. T. 20.03.2012, S. 28239.

¹⁷ RG. T. 18.01.2013, S. 28532

¹⁸ WHO: Global Consultation on Violence and Health, Geneva 1996.

imkansızdır. Darp ve cebir gibi fiziksel edimleri şiddet olarak görmek yönünde geleneksel bir eğilim de mevcuttur. Bu nedenle şiddet türlerinin hukuk metinlerinde de ayrı tanımlanmasının oluşabilecek ihlalleri önlemek bakımından önemi açıktır.

Genel olarak kişiyi fiziksel zarara, kayba uğratan ve istemediği davranışlara yönelten her türlü edim ve zorlama fiziksel şiddet; kişiyi psikolojik ya da duygusal zarara uğratan, ruhsal bütünlüğünü bozan her türlü davranış ve söz psikolojik/duygusal şiddet; kişinin ekonomik davranışlarını sınırlayan, bu konudaki kararlarını engelleyen her türlü edim ekonomik şiddet; kişinin cinsel davranışlarını kendi rızası dışında sınırlayan, ya da istemsiz bir biçimde cinsel içeriğe ve davranışa maruz bırakan her türlü davranış ve tehdit ise cinsel şiddet olarak özetlenebilir.¹⁹ Bu şiddet türleri şiddetin aile içi, kadına yönelik ya da farklı tezahürlerinde ayrı ayrı ya da birlikte görülebilir.

Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet kavramları esasında araştırma literatüründe kapsam itibarıyla farklılaşan ve kesişebilen iki ayrı sosyolojik olguya işaret etmektedir. Bu bölümde hukuksal olarak önemli olduğu düşünüldüğü için öncelikle bu kesişim ve farklılaşma birbirinden ayırt edilerek kavramlar daha çok hukuki yönden tanımlanmaya çalışılacaktır. Girişte tartışıldığı üzere aile içi ya da kadına yönelik boyutlarıyla şiddetin uluslararası ve ulusal mevzuata girişi, bir insan hakkı ihlali olarak tanımlanması görece yeni bir olgudur. Konunun özellikle uluslararası hukuk alanında geç yer edinmesinin temelinde özel alan-kamusal alan ayrımı yatmaktadır. Özellikle feminizmin kuramsal etkisiyle özel alan-kamusal alan tartışmaları bir yönüyle kadın ve toplumsal cinsiyet çalışmalarında önemli bir alana ve soruna işaret etmektedir. Toplumsal cinsiyet çalışmalarında sorunun merkezinde genel anlamda kadının ev-özel alanla sınırlandırılmış rolleri, yetiştirilme pratikleri, sosyalleşme süreçleri incelenerek bunun kültürel olarak nasıl öğrenildiği, üretildiği, kuşaktan kuşağa aktarılarak yeniden üretildiği tartışılmaktadır.²⁰ Sorunla mücadelenin zorluğunun bu öğrenme sürecinin kültürel değil de biyolojik bir zorunluluk gibi çoğunlukla farkında olmadan yeniden üretilmesinden geldiği kabul edilmektedir.

¹⁹ Kurst-Swanger, K. Ve Petcosky, J: Violence in the Home: Multidisciplinary Perspectives. Oxford University Press, 2003.

²⁰ Connell, R. W.: Toplumsal Cinsiyet ve İktidar: Toplum, Kişi ve Cinsel Politika, (C. Soydemir, Çev.) Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017.

Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet kavramlarının çalışıldığı, birinin diğerini öncellediği ya da farklılaştığı dönemlerde de yine toplumsal cinsiyet bakış açısının izi sürülebilmektedir. Bu bakımdan özellikle araştırma literatüründe konuya ilişkin ilk çalışmaların aile içi şiddet araştırmalarıyla olduğu ve konunun daha çok aile içi şiddete maruz kalan çocuklar özelinde incelendiği görülmektedir. İlk olduğu kabul edilen araştırma Kempe vd. tarafından hazırlanan “hırpalanmış çocuk sendromu” makalesidir.²¹ İlk kapsamlı ulusal aile içi şiddet araştırması ise Amerika’da 1975 yılında yapılmış ancak şiddet bütün biçimleriyle ele alınmadığı için feminist eleştirilere konu olmuştur. Kadına yönelik şiddetin ilk defa aile içi şiddetten bağımsız ayrı bir araştırmaya konu olması 1993 yılında Kanada İstatistik Kurumunun yaptığı “Kadına Yönelik Şiddet Alan Araştırması” ile olmuştur.²² Bu tarihin uluslararası mevzuatın gelişimiyle doğru orantılı olduğu görülmektedir.

A. Aile İçi Şiddet

Aile içi şiddet genel anlamda, bir aile bireyinin aynı aile içinde başka bir bireye şiddet uygulaması olarak tanımlanabilir. CEDAW 19 Numaralı tavsiye kararında aile içi şiddet kadına yönelik şiddetin bir biçimi olarak ele alınmış, aile içinde gizli kalması nedeniyle bütün şiddet türleriyle birlikte aile içindeki bütün yaşlardan kadınlara etkisinden bahsedilmiştir.²³ CEDAW tavsiye kararlarında, DEVAW ve İstanbul Sözleşmesinde müstakil bir aile içi şiddet tanımlaması yapılmamıştır. Bunun yerine hem İstanbul Sözleşmesinde hem de 6284 sayılı Kanunda ev içi şiddet tanımına yer verilmiştir.

İstanbul Sözleşmesi madde 3(b) hükmünde ev içi şiddeti “*eylemi gerçekleştiren, mağdurla aynı ikametgahı paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha önce paylaşmış olsun veya olmasın, aile içinde veya aile biriminde veya mevcut veya daha önceki eşler veya birlikte yaşayan*

²¹ Gelles, R. J.: Family Violence, R. L. Hampton, T. P. Gullotta, G. R. Adams, E. H. Potter III, & R. P. Weisberg (Editör), Family Violence: Prevention and Treatment Vol.1 Issues in Children's and Families' Lives (s. 1-24), Sage Publication, 1993, s.16.

²² Altınay, A. G. ve Arat, Y.: Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet, Punto Baskı Çözümleri, İstanbul 2008, s. 52-54.

²³ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 19, Madde 16-22, 1992. (<https://www.aile.gov.tr/media/35255/cedaw-genel-tavsiye-kararlari-1986-2013.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

*bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri*²⁴ olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan anlaşılacağı üzere ev içi şiddet esasında aile içi şiddeti de kapsamakta, aile dışı birliktelikleri ya da farklı aile formlarını ya da birliktelik bitse dahi bu bireylerin karıştığı şiddet vakalarını da ev içi şiddet kapsamında ele almaktadır.

6284 sayılı Kanun da benzer biçimde müstakil aile içi şiddet tanımına yer vermemiş, bunun yerine 2(b) maddesinde ev içi şiddeti “*Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet*”²⁵ olarak tanımlamıştır. 4320 sayılı Kanunla birlikte değerlendirildiğinde 6284 sayılı Kanunda ev içi şiddet tanımının yer alması önemlidir. 4320 sayılı Kanun sıklıkla resmi nikah bağıyla kurulan birliktelikler üzerinden yorumlanarak uygulandığından aile içi vakalarla sınırlı kalmaktaydı. Diğer yandan Uygur, hukukun bütünsel olarak değerlendirilmesi gerektiğini, 4320 sayılı Kanun, CEDAW ile birlikte yorumlandığında, İstanbul Sözleşmesi ve 6284 sayılı Kanunun birlikte yorumundan farklı sonuçlara götürmeyeceğini ifade eder. Ancak bu durumun 6284 sayılı Kanunla hiçbir yenilik getirilmediği anlamına gelmediğini vurgular.²⁶ Aynı doğrultuda Karınca’da mevzuatın doğru yorumlandığında 2012 öncesi mevzuatın etkili mücadele için gerekli araçları verdiğini, 4320 sayılı Kanunun en önemli eksiğinin yalnızca polisiye tedbirler aracılığıyla şiddet sorununu çözmeye çalışmak olduğunu, bütüncül sosyal politika ve destek mekanizmalarını tanımlamada eksik kaldığını belirtmiştir.²⁷

Sosyolojik olarak aile tanımının literatürde kapsam olarak genişlediğini belirtmek gerekir. Farklı kültürlerde ve bağlamlarda aile olma formları değişmekte, farklı birlikte yaşam formları, çekirdek ve geniş aile formları, evlat edinilmiş çocuklar hatta evcil hayvanlar aile

²⁴ Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi), 2011, Madde 3 (b). (<https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

²⁵ 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 8 Mart 2012. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6284.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

²⁶ Uygur, Gülriz, 2015, s. 209-210.

²⁷ Karınca, Eray, s. 138.

tanımına dahil edilmektedir. Bu çerçevede ev içi şiddeti ve farklı aile formlarını kapsamına alabilecek bir aile içi şiddet tanımının yapılmasının önemli olduğu son dönem çalışmalarda vurgulanmaktadır.²⁸

B. Kadına Yönelik Şiddet

Aile içi şiddet tanımında esasında bir cinsiyet vurgusu yoktur; aile ya da aile formunda bir birliktelik içerisinde tarafların birbirine uyguladığı şiddeti tanımlamakla birlikte, aile içerisinde daha dezavantajlı konumda olan çocuk ve kadınların şiddete maruz kalma riskinin arttığı bilinmektedir.²⁹ Kadına yönelik şiddet ise kapsamı itibarıyla sadece aile içerisinde ya da özel alanda meydana gelmez; cinsiyet temelli ayrımcılığa dayanır ve hem kamusal hem de özel alanda kadınlar şiddete maruz kalabilir.

Uluslararası mevzuata bakıldığında 1992 yılında yayımlanan CEDAW 19 numaralı tavsiye kararı madde 6'da genel açıklama başlığı altında toplumsal cinsiyete dayalı şiddet kavramı çerçevesinde kadına yönelik şiddetin tanımlandığı görülmektedir.

“6. Sözleşmenin (CEDAW) 1. maddesi kadına yönelik ayrımcılığı tanımlamaktadır. Buna göre ayrımcılık toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti, yani bir kadının sırf kadın olması nedeniyle maruz kaldığı veya kadınları artan oranlarda etkileyen şiddeti de içermektedir. Bu şiddet, kadına fiziksel, zihinsel ya da cinsel yönden zarar veya acıya neden olan davranışları, bu davranışlara ilişkin tehditleri, zorlamayı ve özgürlüklerin kaybedilmesine neden olan diğer davranışları kapsamaktadır. Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, ilgili Sözleşme hükümleri açıkça şiddeti vurgulamasa da bu hükümlerin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.”³⁰

Kadına yönelik şiddet CEDAW hükümleri çerçevesinde kadınların sırf kadın oldukları için uğradıkları her türlü şiddet olarak tanımlanmaktadır. Bu şiddetin toplumsal cinsiyete dayalı bir ayrımcılık biçimi olduğu vurgulanarak, ayrımcılıkla mücadele için taraf devletlerin

²⁸ Kurst-Swanger, K. ve Petcosky, J, s.5-7.

²⁹ Tezel Şahin, Fatma ve Kurtulmuş, Z.: Değişen Aile Yapısı, Aile İçi Roller ve Aile İçi İlişkiler, E. D. M. Korkmaz (Editör), Dünyada, Türkiye'de Kadın ve Şiddet (s. 167-192), Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2015, s. 185-186.

³⁰ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 19, Madde 16-22.

yükümlülükleri gereği, Sözleşmenin öngördüğü etkin mekanizmaları kurmaları ve işletmeleri gerekmektedir.

1993 yılında devletlerin kadına yönelik şiddeti ayrımcılık ve insan hakları ihlali olarak görmemesi ve etkin mücadele mekanizmalarını geliştirmemesinin de etkisiyle müstakil bir hukuki norm ihtiyacı ortaya çıkmış ve daha önce bahsi geçtiği üzere DEVAW oylamaya başvurulmaksızın BM Genel Kurulunda kabul edilmiştir. DEVAW’da yer alan kadına yönelik şiddet tanımı, olguyu bütün yönleriyle tasvir etmesi, kapsayıcı olması ve olgunun temelini toplumsal cinsiyete dayalı eşitsizliğe dayandırması bakımından önemlidir. Bildirgenin 1. maddesinde kadına yönelik şiddet “*ister kamusal isterse özel yaşamda meydana gelsin; kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayanan bir eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma*”³¹ olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım şiddeti bütün türleri ile içermesi, kamusal-özel alan fark etmeksizin her ortamda ortaya çıkabildiğini vurgulaması, sadece fiziksel zararlarla sınırlı kalmayıp, şiddet tehdidinin bir tür şiddet, baskılama, zorlama ve ayrımcılık türü olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.³²

CEDAW komitesi 2017 yılında yayımladığı 35 numaralı tavsiye kararında, “Komitenin 19 sayılı Genel Tavsiyenin kabulünden bu yana 600’den fazla değerlendirme raporu kabul ettiği”, bunların “açık biçimde kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet” içerdiğini ifade etmiştir. Kararın giriş bölümü 2. maddesinde “Uygulamanın teamül hukukuna uygun olması gerekliliği (opinio juris) ve devletlerin uygulamaları, toplumsal cinsiyete dayalı kadınlara yönelik şiddetin yasaklanmasının uluslararası teamül hukuku ilkesine evrildiğini”³³ belirterek madde 6 ve 7’de kadına yönelik şiddetin küresel ve yaygın bir

³¹ BM Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri (DEVAW), 1993. (<https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafli-soz/bm/bm-19.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

³² Rittersberger-Tılıç, Helga: Aile İçi Şiddet: Bir Sosyolojik Yaklaşım, 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek Konferansı (s. 119-130) içinde, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998, s. 120.

³³ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 2, 2017. (<https://kadinininsanhaklari.org/wp-content/uploads/2018/08/CEDAW-General-Recommendation-35-ceviri-Nazan-Moroğlu.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

sorun alanı olduğunu, devletlerin halen etkin mücadele için gerekli mevzuatı hazırlamadığı ya da yetersiz hazırladığı³⁴ ya da uygulamada yetersizlikler olduğunu, ekonomik öncelikler çıktığında mücadele için gerekli bütçenin ayrılmadığını, bu nedenle de “kadına yönelik şiddetin çoğunlukla cezasız kaldığı bir kültür oluştuğunu” vurgulamıştır. 9. maddede ise; her ne kadar 19 numaralı tavsiye kararında kadına yönelik şiddet toplumsal cinsiyet kaynaklı tanımlansa da daha açık biçimde ifade etmek üzere “kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet” ifadesini “bu tür şiddetin toplumsal cinsiyet temelli neden ve etkilerini açık bir biçimde ortaya koyan daha kesin bir terim” olduğu için tercih ettiğini belirtmektedir. 10. maddede bu şiddet türünün sonuçlarının önemine dikkat çekilmektedir:

“10. Komite, kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti, kadınların erkeklere kıyasla ikincil konumlarını ve basmakalıp rollerini kalıcı hale getiren temel sosyal, siyasi ve ekonomik araçlardan biri olarak görmektedir. Komite, bu çalışma boyunca, bu şiddet türünün gerçek kadın-erkek eşitliğinin sağlanması ve kadınların Sözleşme ile

³⁴ T.C. Anayasa Mahkemesi 6284 sayılı Kanunun kabulüyle birlikte; “Şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasların düzenlendiği anlaşıldığını” ve “Anılan hükümler değerlendirildiğinde şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunanlar bakımından tek başına, kurulan hukuk sisteminin yetersiz olduğundan söz edilemeyeceğini” ifade etmektedir. Özlem Tuncel Kaya Başvurusu, B.N. 2013/8868, K.T. 10/3/2016, §53, 56). Yine bir başka kararda AYM “Kanun koyucu tarafından ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi için etkili ve süratli bir yöntem izlenmesi, şiddete maruz kalan veya uğrama tehlikesi altında olan kişinin gecikmeksizin korunması amacıyla Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle (bkz. § 20) belirlenen standartlara uygun olarak 6284 sayılı Kanun hükümleri ihdas edilerek yürürlüğe konulmuştur. 6284 sayılı Kanun kapsamında, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esaslar ile yaptırımların düzenlendiği görülmektedir. Buna göre devletin koruma yükümlülüğü çerçevesinde gerekli yasal altyapının oluşturulduğu anlaşılmaktadır” demektedir. (Semra Özel Üner Başvurusu, B.N. 2014/12009, K.T. 26/10/2016, §39)

güvence altına alınan insan haklarından ve temel özgürlüklerden faydalanmaları önünde önemli bir engel olduğunu açıkça ortaya koymuştur."³⁵

CEDAW 35 numaralı tavsiye kararı bir ayrımcılık biçimi ve insan hakları ihlali olarak kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti açık ve net bir biçimde tanımlaması, Sözleşmeye taraf devletlerin kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle ilgili olarak genel yükümlülüklerini netlikle belirlemesi bakımından önemlidir.

Uluslararası bağlamda son olarak İstanbul Sözleşmesindeki kadına yönelik şiddet tanımını incelemekte fayda vardır. Her ne kadar 20 Mart 2021 tarihinde 31429 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmiş olsa da incelenen başvurular Sözleşme feshedilmeden önce yapılmıştır. İncelenen kararların başvuruları 2013 ila 2020 yılları arasında yapılmıştır. Dolayısıyla alt mahkemeler bakımından Sözleşme hükümleri geçerli olmaktadır.

İstanbul Sözleşmesi madde 3(a)'da kadına yönelik şiddeti tanımlar:

"-kadına karşı şiddetten-, kadınlara karşı bir insan hakları ihlali ve ayrımcılık anlaşılacak ve bu terim ister kamu ister özel yaşamda meydana gelsinler, söz konusu eylemlerde bulunma tehdidi, zorlama veya özgürlüğün rastgele bir biçimde kısıtlanması da dahil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet eylemleri olarak anlaşılacaktır."³⁶

Yine Sözleşmenin 3(d) maddesinde kadınlara karşı toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık tanımlanarak *"bir kadına karşı, kadın olduğu için yöneltilen veya kadınları orantısız bir biçimde etkileyen şiddet olarak anlaşılacağı"*³⁷ belirtilmiştir.

Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmelerle birlikte, İstanbul Sözleşmesi esas alınarak hazırlanan 6284 sayılı Kanunda ise kadına yönelik şiddet tanımına madde 2(ç) hükmünde yer verilmiştir. Buna göre "Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya

³⁵ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No.35, Madde10.

³⁶ İstanbul Sözleşmesi, Madde 3(a).

³⁷ İstanbul Sözleşmesi, Madde 3(d).

kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı”³⁸ ifade etmektedir. Kanunun 2. maddesinde şiddetin farklı biçimleriyle tanımlanması önemlidir. Kanun;

*“Madde 2 (d): Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı”*³⁹ şiddet olarak tanımlamaktadır. Ayrıca bu tanımda şiddet eyleminin gerçekleşmesi gerekmekte, her tür şiddet tehlikesi/ tehdidi/ riski de Kanun kapsamına alınmaktadır.

III. CEDAW İLE TANIMLANAN ULUSLARARASI YÜKÜMLÜLÜKLER VE 6284 SAYILI KANUN KAPSAMINDA GELİŞTİRİLEN MÜCADELE MEKANİZMALARI

Şiddet, buraya kadar tartışıldığı üzere yaygın olarak kadınlar tarafından yaşandığı ve çoğunlukla kültürel olarak şiddetin kadınlara yönelik biçimlerinin hukuk dışı normlarla meşrulaştırılarak normal, olağan, doğal karşılandığı; kadınlara yönelen şiddet içeren tutum ve davranışların devlet kanallarına kolaylıkla bildirilemediği, bildirildiğinde de cezasızlıkla sonuçlandığı için önemli bir sorundur. Şiddet nedeniyle kadınların sağlığı bozulmakta, fiziksel ve duygusal olarak zarar görmekte ya da uç formuyla hayatlarını kaybedebilmektedirler. Kadınların maruz kaldığı şiddet nedeniyle başta yaşam hakkı olmak üzere, eşitlik hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, işkenceden, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı ceza veya muameleden korunma hakkı, ulaşılabilir en yüksek standartta fiziksel ve ruhsal sağlık düzeyine erişim hakkı, kendi hakkında karar verme hakkı, ifade özgürlüğü hakkı, yasalar önünde eşit korunma hakkı, her türlü ayrımcılığa uğramama hakkı, evleneceği kişiyi seçme hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı, mülkiyet edinme hakkı ve seyahat etme hakkı gibi pek çok temel insan hakkı ihlal edilmektedir.⁴⁰ Bu bağlamda başta BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi olmak üzere,

³⁸ 6284 sayılı Kanun, Madde 2-(ç)

³⁹ 6284 sayılı Kanun, Madde 2-(d)

⁴⁰ UNFPA, Kolluk Eğitimleri Eğitici El Kitabı, Ankara 2018, s.121.

CEDAW, DEVAW ve CEDAW 12, 19 ve 35 numaralı tavsiye kararları uluslararası yükümlülükleri belirlemektedir. Bu bölümde özellikle CEDAW çerçevesinde uluslararası yükümlülükler ortaya konularak 6284 sayılı Kanun değerlendirilecektir.

A. CEDAW Hükümleri Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri

CEDAW, tavsiye kararları paranteze alındığında kadına yönelik ayrımcılık biçimlerini, neden olduğu hak ihlallerini ve bu ayrımcılığın toplumsal kökenlerini tanımlaması bakımından önemlidir. Kavramlarda tartışıldığı üzere kadına yönelik şiddetin bir ayrımcılık biçimi olarak Sözleşme kapsamında yorumlanması gerekliliği daha sonra yayımlanan tavsiye kararlarıyla olmuştur. Sözleşme salt bir eşitlik fikrinden yola çıkmaz; ayrımcılık biçimlerinin baskı, zorlama ve şiddet edimlerinin kadınların insan haklarını ihlal ettiğini, kültürel temellerinden ötürü devletin bu ayrımcılık biçimleriyle gerekirse pozitif yükümlülükler alarak mücadele yürütmesi ve önleyici birtakım yükümlülükler alması gerektiğini vurgular.⁴¹ Sözleşmenin 1. maddesinde cinsiyete dayalı ayrımcılık oldukça geniş bir biçimde tanımlanmıştır:

“1. Bu Sözleşmenin amacı bakımından kadınlara karşı ayrımcılık terimi kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet ve kısıtlama anlamına gelir.”⁴²

Tanımdan hareketle kadına yönelik şiddetin de bir ayrımcılık biçimi olduğu yorumu kolaylıkla yapılabilir olsa da konunun daha net sınırlara ulaşması DEVAW ile olmuştur.⁴³ CEDAW 12 numaralı tavsiye kararı kadına yönelik şiddet başlığını taşır ve taraf devletlere Sözleşme maddeleri gereği şiddet vakalarını da rapor etme tavsiyesinde bulunulur:

⁴¹ Acar, Feride, s.63.

⁴² CEDAW, Madde 1. (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

⁴³ Berktaş, s.48-49.

“Sözleşmenin 2, 5, 11, 12 ve 16. maddelerinin, taraf devletlerin kadınları aile içinde, işyerinde veya toplumsal hayatın herhangi bir düzeyinde kendilerine yönelik her türlü şiddetten korumak amacıyla hareket etmesini gerektirdiğini göz önünde tutarak....

Taraf Devletlerin Komiteye sundukları periyodik raporlara aşağıdaki bilgileri dahil etmelerini tavsiye etmektedir:

1. Kadınların günlük hayatta karşılaştıkları her türden şiddet vakasına karşı (cinselliğe dayalı şiddet, aile içi istismar, işyerinde cinsel taciz, vb.) kadınları korumaya yönelik yürürlükteki mevzuat;

2. Bu şiddeti ortadan kaldırmak amacıyla alınan diğer tedbirler;

3. Saldırı veya istismar mağduru kadınlara yönelik mevcut destek hizmetleri;

4. Kadınlara yönelik her türden şiddet vakasına ve bu şiddet mağduru kadınlara ilişkin istatistiki veriler.”⁴⁴

Bu kapsamda 12 numaralı tavsiye kararı ile hem kadına yönelik şiddetin de bir ayrımcılık türü olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş, hem de taraf devletlerin Komiteye sundukları raporlarına bu ayrımcılık biçimine mevzuatlarında nasıl yer verdiklerini, önleyici tedbirlerini, mağdurlara sundukları destek hizmetlerini ve şiddetin yaygınlığını ölçmek üzere oluşturmaları gereken istatistiki verileri eklemeleri hatırlatılmıştır. Komitenin 19 numaralı tavsiye kararı 2. maddede, rapor etme tavsiyesi hatırlatılarak 4. maddede komiteye sunulan bu raporlar değerlendirilir:

“4. Komite, taraf devletlerin sundukları tüm raporların, kadınlara yönelik ayrımcılık ile toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve insan hak ve özgürlüklerinin ihlali arasındaki yakın ilişkiyi yeterli derecede yansıtmadığı kararına varmıştır. Sözleşmenin amacına ulaşabilmesi için, taraf devletlerin kadınlara yönelik her türlü şiddeti ortadan kaldırmak amacıyla olumlu tedbirler alması gerekmektedir.”⁴⁵

6. maddede CEDAW hükümlerinin doğrudan şiddetin ayrımcılık biçimi olduğunu vurgulamasa dahi toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin bir ayrımcılık biçimi kabul edilerek Sözleşmenin hükümlerinin ihlal

⁴⁴ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 12, 1989. (<https://www.refworld.org/docid/52d927444.html> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

⁴⁵ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 19, madde 4.

edileceği anlamını taşıdığı için altı çizilmektedir. “*Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, ilgili Sözleşme hükümleri açıkça şiddeti vurgulamasa da, bu hükümlerin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.*”⁴⁶ 7. maddede ise şiddetin uluslararası insan hakları hukukuna göre kadınların temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği belirtilerek yaşama hakkı, işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalmama hakkı, uluslararası veya ülke içi silahlı çatışma zamanlarında insani normlara göre eşit koruma hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, kanun kapsamında eşit korunma hakkı, aile içinde eşitlik hakkı, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı, adil ve elverişli çalışma koşulları hakkı ihlal edilen haklar arasında sıralanmıştır.

19 numaralı tavsiye kararının 8. maddesinde şiddet failinin kamu otoriteleri de olabileceği bu tür bir şiddet edimi gerçekleştirildiğinde devletlerin uluslararası insan hakları hukuku ve diğer insan hakları sözleşmelerini ihlal etmeme yükümlülükleri olduğu hatırlatılmıştır. 9. maddede taraf devletlerin yükümlülüğünün “*sadece kadına yönelik ayrımcılığın ürünü olan şiddet eylemlerinde bulunmamakla sınırlı kalmadığı, kadınların bu tür şiddetten ve ayrımcılığın diğer formlarından uzak tutulabilmesi adına gerekli bütün önlemleri almakla da yükümlü olduğu*”⁴⁷ vurgulanmaktadır. Devletlerin, hak ihlalini önlemek ve şiddet eylemlerini soruşturmak, cezalandırmak ve gerekli tazminatları sağlamak üzere “gereken özeni” göstermezlerse kişilerin bireysel eylemlerinden de sorumlu tutulacağı belirtilir. Devletlerin “gereken özeni gösterme yükümlülüğü” 9. maddede açıklıkla belirtilmektedir: Buna göre devlet organları kadınlara yönelik ayrımcılıkla sonuçlanacak şiddet edimlerinden imtina edecek, bu tür şiddeti önlemek adına gerekli bütün önlemleri hem toplumsal hem hukuki düzlemde almak üzere pozitif sorumluluklarını üstlenecek, hak ihlali gerçekleştiğinde ise eylemleri soruşturma, cezalandırma ve gerekli tazminleri sağlamak üzere “*etkin soruşturma yükümlülüğü*” nü yerine getirecektir. Bu süreci işletirken ise 11. maddede açıklanan toplumsal koşul ve sonuçları gözeterek hareket edecektir. 11. maddede geleneksel toplumsal cinsiyet rollerinin gelenek, örf, adet ve inanç temelinde yani kültürel olarak üretildiği, bu rollerin kadınları zaman zaman toplumlarda ikincil konuma sürüklediği, aile içi şiddet ve istismar, zorla evlendirme, asit saldırıları, çeyiz ölümleri ve

⁴⁶ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 19, madde 6.

⁴⁷ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 19, madde 9.

kadın sünneti gibi şiddet veya zorlama içeren ayrımcılık ve hak ihlaliyle sonuçlanan edimlerin sürdürülmesine neden olduğu ifade edilmektedir. 12. ila 23. maddelerde kadınlara uygulanan özellikle ekonomik şiddet ve cinsel şiddet biçimleri detaylandırılarak ayrımcılık ve insan hakları ihlalleri ile ilişkisi kurulmaktadır. Kısaca 19. tavsiye kararı 9. maddede devletlerin özen gösterme ve etkin soruşturma yürütme yükümlülüklerine dikkat çekildiği, 10. ila 23. maddelerin ise CEDAW'ın ayrımcılığa ilişkin yükümlülüklerinin kadına yönelik şiddetle ilişkisi ve devletlerin bu ilişkiyi nasıl kuracakları hakkında ayrıntılı bir izah olduğu söylenebilir. Kültürel temelli açıkladığı kadına yönelik şiddet sorunuyla mücadele etmek üzere taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için 24. maddede özel tavsiyelerde bulunur. Bunlardan bazıları şöyledir:

“(a) Taraf devletlerin ister kamusal ister özel yaşamda meydana gelsin, toplumsal cinsiyete dayalı her türden şiddetle mücadele etmek amacıyla uygun tedbirleri alması gerekmektedir;

(b) Taraf devletlerin, aile içi şiddet ve istismar, tecavüz, cinsel saldırı ve diğer cinsiyete dayalı şiddete karşı yasaların tüm kadınlara yeterli korumayı sunmasını ve kadınların bütünlüğü ve itibarına saygı duymasını sağlanması gerekmektedir. Mağdurlara, uygun koruyucu hizmetlerin ve destek hizmetlerinin sağlanması gerekmektedir. Adli ve uygulayıcı personel ile kamu görevlilerinin toplumsal cinsiyete dayalı bir şekilde eğitilmeleri, Sözleşmenin etkin uygulanabilmesi için zaruridir;”⁴⁸

Devletlerin, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet türlerine karşı yasalarla yeterli ve gerekli tedbirleri alması, şiddet ortaya çıktığında ise mağdurlar için uygun koruyucu ve destek hizmetlerinin sağlanması gerekliliği vurgulanmaktadır. Mücadele mekanizmalarında çalışan kamu görevlilerinin toplumsal cinsiyete duyarlı eğitiminin etkin mücadele için önemli olduğu belirtilmektedir. 90'lı yıllarda konuya ilişkin bütüncül politikalar önermesi bakımından bu hususların önemli olduğu düşünülmektedir.

“(c) Taraf devletlerin, şiddetin boyutu, neden ve sonuçları ve şiddeti önlemede ve şiddetle mücadelede alınan tedbirlerin etkinliği hakkında yapılan istatistik ve araştırma derlemelerini teşvik etmesi gerekmektedir;

⁴⁸ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 19, madde 24 (a), (b).

(e) *Taraf devletlerin, raporlarında, kadına yönelik şiddeti sürdüren davranış, gelenek ve uygulamaların niteliği ve boyutunu ve bunun sonucu ortaya çıkan şiddet biçimlerini belirlemesi gerekmektedir. Şiddetin üstesinden gelmek için aldıkları tedbirler ve bu tedbirlerin sonuçları hakkında rapor hazırlamaları gerekmektedir;*

(i) *Tazminat dahil olmak üzere etkin şikâyet süreçleri ve çözüm mekanizmalarının sağlanması gerekmektedir;*

(k) *Taraf devletler, mülteciler, özel eğitimli sağlık personeli, rehabilitasyon ve danışmanlık hizmetlerini kapsayacak şekilde, aile içi şiddet, tecavüz, cinsel saldırı ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin diğer biçimlerine maruz kalmış kadınlar için gerekli hizmetler oluşturmalı ya da bu türden hizmetleri desteklemelidir;*

(o) *Taraf devletlerin, şiddet mağdurları için sağlanan hizmetlerin kırsal bölgelerde yaşayan kadınlar tarafından erişilebilir olmasını ve yalıtık toplumlara gerekli olduğu takdirde özel hizmet sunulmasını sağlaması gerekmektedir;*⁴⁹

Yukarıda sıralanan maddelerde toplumun farklı kesimlerinde ve bölgelerinde, farklı sosyoekonomik düzeydeki kadınların da gözetilerek toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin eğitimlerin verilerek önleyici çalışmalar yapılması, adli hizmetlerin, sosyal, ekonomik, psikolojik destek hizmetlerinin erişilebilir olmasını sağlamak, kapalı topluluklar için bu konularda gerekli özel hizmetlerin planlanarak sunulması gibi konularda devletlere birtakım ödevler verilmiştir. Ayrıca hem kanıt temelli politika geliştirmek ve yasal çalışmaları bu çerçevede sürdürmek hem de elde ettiği verilerle geliştirdiği politikaların işlerliğini denetlemek üzere topluma özgü şiddetin neden ve sonuçları hakkında data oluşturma ve düzenli araştırmalar yürütme ya da bu tür araştırmaları destekleme konusunda tavsiyelerde bulunulmuştur.

“(p) *Kadınları şiddete karşı korumaya yönelik tedbirler, eğitim ve istihdam olanaklarını içermeli ve aile içi işçilerin istihdam durumlarının izlenmesini sağlamalıdır;*

(r) *Aile içi şiddetle mücadele etmeye yönelik tedbirlerin şunları içermesi gerekmektedir:*

(i) *Gerekli olduğu durumlarda cezai müeyyideler ve aile içi şiddet vakaları için medeni usul hukuku yolları;*

⁴⁹ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 19, madde 24 (c), (e), (i), (k), (o).

(ii) *Namus nedeniyle aile üyesi kadınlara yönelik işlenen saldırı veya cinayetleri haklı gösteren yasaların kaldırılması;*

(iii) *Mülteciler, danışmanlık ve rehabilitasyon programlarını kapsayacak şekilde, aile içi şiddet mağdurlarının emniyet ve güvenliklerini sağlayan hizmetler;*

(iv) *Aile içi şiddet faillerine yönelik rehabilitasyon programları;*

(v) *Ensest ilişkilerin ve cinsel istismarın görüldüğü ailelere yönelik destek hizmetleri;*

(v) *Taraf devletlerin raporlarının, kadına yönelik şiddeti önlemek üzere alınmış yasal, önleyici ve koruyucu tedbirlere ve bu tedbirlerin etkinliğine ilişkin bilgileri içermesi gerekmektedir.*⁵⁰

Diğer maddelerde, özellikle son tavsiyede konuya ilişkin tedbirlerin koruyucu ve önleyici olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir. Şiddete uğrayan kadınların sadece adli süreçlerle güvenliğinin sağlanması değil, sosyal ve ekonomik destek mekanizmalarının kurularak dezavantajlı konumlarının giderilmesi için fiziksel ve psikolojik sağlık hizmetleriyle, ekonomik ve sosyal bakımlardan desteklenmesinin sağlanması devletlere ödev olarak yüklenmiştir.

CEDAW, 12 ve 19 numaralı tavsiye kararlarında etkin mücadele edilebilmesi için tavsiye niteliğinde ancak CEDAW hükümleri gereği yükümlülük olarak tanımlanmadığında ciddi ihlallere de neden olabilecek hususlar açıklanmıştır. Toplumsal cinsiyete dayalı kadına yönelik şiddetle etkin mücadele edilmediğinde ortaya çıkacak ayrımcılıklar ve bu ayrımcılıkların neden olacağı ihlalleri önlemenin “*devletler açısından uluslararası bir hukuk normu olarak kabul edildiği*”⁵¹ 14 Temmuz 2017 tarihinde Komitenin aldığı 35 numaralı tavsiye kararında belirtilmiştir. Acar, tavsiye kararlarının doğrudan bağlayıcı olmadığını, kadına yönelik ayrımcılığın ve şiddetin nasıl yorumlanması gerektiğini belirtmesi bakımından devletler üzerinde etkisinin dolaylı olduğunu belirtir.⁵² Diğer

⁵⁰ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 19, Madde 24 (p), (r), (v).

⁵¹ Moroğlu, Nazan: Birleşmiş Milletlerden Şiddetle Mücadelede Kararlı Bir Adım CEDAW Genel Tavsiye No. 35, 2018. (<https://nazanmoroglu.com/wp-content/uploads/2018/11/CEDAW-Genel-Tavsiye-No.-35.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

⁵² Acar, Feride, s.68.

yandan 35 numaralı tavsiye kararından önceki durum değerlendirildiğinde, kendi başına yaptırımı olmasa da özellikle 12 ve 19 numaralı tavsiyelerin bölgesel insan hakları mahkemeleri aracılığıyla devletler üzerinde bir yaptırım tesis edebildiği, 2009 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) Opuz-Türkiye davasında açıklıkla görülebilmektedir.⁵³ Dava, CEDAW'a atıfla devletin şiddet mağdurunu korumak ve şiddetin tekrarını önlemek bakımından gereken özeni göstermediği gerekçesiyle Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır. Yine 2017, 35 numaralı tavsiye kararında da konunun uluslararası hukuk normu haline geldiği 2. maddede belirtilirken Opuz-Türkiye davası örnekler arasında yer almıştır.

35 numaralı tavsiye kararının içeriğine bakıldığında 19 numaralı tavsiye kararında belirtilen hususların açıldığı, daha belirgin ve açık bir biçimde hukuk normlarına yansıtıldığı görülmektedir. Yine kararın 2. maddesinde 19 sayılı genel tavsiyenin konunun uluslararası norm haline gelmesinde “*ana katalizatör niteliğinde*” olduğu ifade edilmiştir. 3. maddede 35 numaralı tavsiyenin amacı niteliğinde “*19 sayılı genel tavsiyenin kabul edilmesinin 25. kuruluş yıldönümünde, taraf devletlere, toplumsal cinsiyete dayalı kadınlara yönelik şiddetin ortadan kaldırılmasını hızlandırmayı amaçlayan ek bir rehber oluşturma kararı alındığı*”⁵⁴ belirtilmiştir. Madde 8’de belgenin 19 numaralı tavsiyede yer alan bilgileri güncellediğini ve kapsam olarak bu tavsiyeye ek olarak okunması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda ek olarak vurgulanan bazı hususlar burada ele alınacaktır. 12. maddede kadınların farklı olduğu ve farklılıklarına dayalı olarak duruma özgü nitelikleri göz önüne alınarak uygun politikaların geliştirilmesi gerekliliği belirtilir. 14. maddede kadınların toplumsal cinsiyet temelli şiddetten yaşam döngülerinin her aşamasında etkilendiği bu nedenle kadın kavramının kız çocuklarını da kapsadığı vurgulanır. 16. madde kadına yönelik şiddet suçlarının bazı boyutlarda işkence, zalim, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ile eşdeğer olduğu vakalardan örneklerle atıfla açıklanmaktadır: “*Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyet dayalı şiddet, tecavüz, aile içi şiddet veya zararlı uygulamalar da dahil belli durumlarda işkence, zalim, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ile eşdeğerdir. Bazı durumlarda, kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, uluslararası suçları da içerebilir.*”⁵⁵ Madde 17’de bu ilişkinin kurulabilmesi için “*toplumsal*

⁵³ Ertürk, Yakın, s.31.

⁵⁴ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 3.

⁵⁵ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 16.

cinsiyet hassasiyeti olan bir yaklaşım” ile vakaların değerlendirilmesi gerekliliği vurgulanmaktadır.

35 numaralı genel tavsiye kararının üçüncü bölümü taraf devletlerin yükümlülüklerini CEDAW yükümlülüklerine atıfla düzenlemektedir. Taraf devlet yükümlülüğünün iki kapsamı olduğu belirtilmektedir: *“Bu tür şiddetin (a) bir taraf devletin veya aktörlerinin ve (b) devlet dışı aktörlerin eylemleri veya ihmallerinden kaynaklanması”*⁵⁶

Devlet aktörlerinin eylem ve ihmallerine ilişkin sorumluluklara bakıldığında öncelikle yasama, yürütme ve yargı birimlerindeki görevlilerin eylem ve ihmalleri dahil olmak üzere, taraf devletin bütün aktörlerinin kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet teşkil eden eylem ve ihmallerinden sorumlu olduğu belirtilir. Yasa, politika, program ve prosedürlerin kadına karşı ayrımcılık yapmamasını sağlamanın yanı sıra, *“kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı her türlü şiddet formunu belirtmek adına etkili ve erişilebilir bir yasal ve hizmet çerçevesi”* sunması gerekliliği belirtilir.⁵⁷

Taraf devletlerin, bütün aktörlerinin bu tür eylem ve ihmali önlemek üzere gerekli eğitimleri vermekle yükümlü olduğu ifade edilir ve; *“kamu makamları tarafından hata, ihlal veya ihmal teşkil eden durumlar da dahil olmak üzere kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet vakalarında uygun yasal veya cezai yaptırımları araştırmak, mahkemeye vermek ve uygulamaktan ve bunun yanı sıra düzeltilmesini sağlamaktan sorumludur. Bunu yaparken, kadınların farklılığı ve bundan doğan çoklu/kesişimsel ayrımcılık riskleri de göz önünde tutulmalıdır.”* hükmüne uluslararası mevzuata atıflar yapılarak kararda yer verilir.⁵⁸

24, 25 ve 26. maddelerde taraf devletlerin, devlet dışı aktörlerin eylem ve ihmallerinden kaynaklanan sorumlulukları geniş bir biçimde açıklanmaktadır. 24 (b) maddesi 19 No.’lu tavsiye kararında da geçen gerekli özeni gösterme yükümlülüğünü ayrıntılı olarak açıklaması bakımından önemlidir. Buna göre, CEDAW 2 (e) maddesine atıfla devletin kadınlara yönelik ayrımcılıkla mücadele etmek ve önlemek için gerekli bütün önlemleri alması gerekliliği belirtilerek bu yükümlülüğün

⁵⁶ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 21.

⁵⁷ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 22.

⁵⁸ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 22.

özel yükümlülük olarak anıldığı ve Sözleşmeyi bütün olarak desteklediği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla her türlü ayrımcılıkta ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığına dayalı şiddetle etkin mücadele yürütmek üzere ilgili bütün iş ve işlemlerinde devletin gereken özeni gösterme yükümlülüğüne bütüncül bakmanın önemi vurgulanmış olmaktadır. Taraf devlet, “*devlet dışı aktörlerin kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle sonuçlanan eylemleri veya ihmalleri için uygun önlemleri alamaz ve bunun yanı sıra araştıramaz, mahkemeye veremez, cezalandıramaz ve düzeltilmesini sağlayamaz ise bundan sorumlu olacaktır.*”⁵⁹ ibaresi devletlerin şiddeti önlemek için bütün önlemleri alması yükümlülüğünü, alınan önlemlere rağmen şiddet vakasıyla karşılaştığında bunu etkin bir biçimde araştırıp soruşturmadığında, adli süreci işletmediğinde, cezalandırmadığında ve tazminini sağlamadığında bütün eylem ve oluşan ihmallerden sorumlu tutulacağını net ve açık biçimde ifade etmektedir. Yine aynı maddede sadece şiddet edimleri değil, şiddet tehdidine karşı da proaktif bir rol benimsemesi gerekliliği yine gereken özeni gösterme kapsamında değerlendirilmiştir:

“*Teşkilatları şiddet tehlikesini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde... uygun önlemleri alamazsa veya bu eylemlerin muhataplarının mağduriyetlerini tazmin etmek için bu eylemleri araştıramaz, mahkemeye veremez, cezalandıramaz ve düzeltilmesini sağlayamazsa, kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemlerine örtülü izin vermiş veya teşvik etmiş olacaktır. Bu ihmaller veya ihlaller insan hakları ihlalleridir.*”⁶⁰

26. maddede özen gösterme ilkesini yerine getirmek üzere;

“*...devlet veya devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet biçimlerini ortadan kaldırmaya yönelik olarak anayasal düzey de dahil olmak üzere; yasal normların formüle edilmesi, genel politikaların, programların, kurumsal çerçevelerin ve gözetim mekanizmalarının geliştirilmesi...*”⁶¹ gerekliliği vurgulanmaktadır. Buna göre taraf devletlerin yasama organlarına bütün kanunları toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık konusunda gerektiğinde yeniden düzenlemesi, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin örf, adet, gelenek veya inanç gibi geleneksel normlara atıfla yaptırımsız kaldığı ya da orantısız cezalandırıldığı mevzuatı Sözleşme ile

⁵⁹ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 24 (b).

⁶⁰ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 24 (b).

⁶¹ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 26.

uyumlu hale getirerek, bu tür şiddet biçimlerini yasaklayan yasalar oluşturulması, şiddete maruz kalan bireyin “*hak sahipleri olarak*” değerlendirilerek gerekli yaptırım ve iyileştirmeler de dahil olmak üzere toplumsal cinsiyete duyarlı hükümlerle bu bireylere yasal koruma sağlanması gerekliliği ifade edilmektedir.⁶²

Yürütme organına ise bütün aktörlerle iş birliği ve koordinasyon içinde yürütülecek politikalarla ilgili gerekli bütçeyi sağlamak yükümlülüğü verilmektedir. “*Taraf devletler, kadınları toplumsal cinsiyete dayalı şiddetten korumak, tekrarını önlemek ve tüm mağdurların /şiddete maruz kalanların iyileştirilmesi için bütçe sağlamak için erişilebilir, uygun maliyetli ve yeterli hizmetler sunmalıdır.*”⁶³ Erişilebilir, uygun maliyetli ve yeterli hizmetin sunumu için gerekli bütçeyi sağlamak, hizmetler verilirken kamu görevlilerinin ihmali, yetersizliği ya da suç ortaklığında gerekli soruşturma ve yaptırımı sağlamak yine yürütme düzeyinde devletin yükümlülükleri arasında sayılmaktadır. Burada şiddetin tekrarını önlemek hususu dikkat çekmektedir. İkincil mağduriyetlerin oluşmasını önlemek İstanbul Sözleşmesinde vurgulanan hususlardan biridir. Şiddete maruz kalan ya da şiddete uğrama tehlikesi olan bireyden devlet bir kez haberdar olduğunda, ani gelişen olaylara müdahale kabiliyeti geliştirmeli, gecikmeksizin olaya müdahale ederek mağduru şiddetin farklı bir görünümünden ya da tekrarından koruması gerekmektedir. Bu husus 6284 sayılı Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında değerlendirilmektedir.⁶⁴

Yargı düzeyinde taraf devletin, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet eylemlerinden kaçınması, bu şiddeti cezalandıran ceza hükümlerini uygulaması, uygularken tarafsız ve adil olması, kararlarında “*toplumsal cinsiyet kalıp yargılarından veya uluslararası hukuk da dahil olmak üzere yasal hükümlerin ayrımcılığa yol açan şekilde yorumlanmasından etkilenmemesini*” sağlama yükümlülükleri belirtilmektedir.⁶⁵

Kararın son maddeleri bazı tavsiyeler içermektedir. Bu tavsiyelerde özetle toplumsal cinsiyet eşitliğinin devletin farklı formel ve enformel sektörlerinde bütüncül bir biçimde uygulanacak ana akım

⁶² CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 26 (a).

⁶³ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 26 (b).

⁶⁴ Bkz. 6284 sk. Madde 3(2) ve 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği, Madde 3(c).

⁶⁵ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 26 (c).

politika ile sağlanması gerekliliği, toplumun tamamında ve her sektörde topyekûn mücadele ile ayrımcılığı önlemekle ilgili yükümlülüklerin etkin bir şekilde alınabileceği, yine toplumun bütününe, geleneksel toplumsal cinsiyet rollerinin ayrımcılık yarattığına ilişkin farkındalık geliştirmek üzere eğitimin her kademesinde yer verilmesi gerekliliği, konuyla ilgili doğrudan veya dolaylı hizmet veren aktörlerin eğitiminin önemi vurgulanmaktadır. Kovuşturma ve Ceza başlığında yer alan 45. madde arabuluculuk faaliyetlerine değinmektedir. Buna göre;

“45. Kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet konusunda, arabuluculuk ve uzlaşma dahil olmak üzere, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına gitmenin zorunlu olmamasını temin etmek. Bu yolların kullanımı, kesinlikle, yalnızca uzmanlaşmış bir ekibin öncesinde yaptığı bir değerlendirme ile şiddet mağdurlarının /şiddete maruz kalanların özgür ve bilgilendirilmiş onayı sağlandığında ve mağdur veya aile bireyleri için herhangi bir risk göstergesi olmadığı zaman düzenlenmeli ve bu yola başvurulmasına izin verilmelidir. Alternatif çözüm yolları, kadın mağdurlara/şiddete maruz kalanlara güç sağlamalı ve özellikle kadınlara karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olaylarını anlaması ve buna yeterince müdahale edebilmeleri için eğitilmiş uzmanlar tarafından; kadın ve çocuk haklarının yeterince korunması sağlanarak ve ayrıca kadınların herhangi bir önyargıyla yeniden mağdur edilmeleri önlenmelidir. Bu alternatif çözüm yolları, kadınların adalete, mahkemelere erişimine engel teşkil etmemelidir.”⁶⁶

Bu maddeye göre arabuluculuk çözümleri toplumsal cinsiyete dayalı şiddet başvurularında zorunlu olmayacak, bu kapsamda yeniden mağdur edilmeleri önlenecek şekilde iş ve işlemleri yürütülecek ve bu yolla adalete erişime engel olacak biçimde hizmet modeli geliştirilmeyecektir.

Devlet bu tür şiddete maruz kalan kadınlar için etkili tazminat sağlamakla hem maddi tazminat hem de destek hizmetlerini kullanarak tam iyileşmesini sağlamak üzere gerekli bütün hizmetlere erişimini sağlamakla yükümlü tutulmuştur. *“Bu tür tazmin yolları, yeterli, hızla belirlenen, bütünsel ve çekilen zararın ağırlığına orantılı olmalıdır.”⁶⁷*

CEDAW hükümleri, 35 numaralı tavsiye kararıyla birlikte incelendiğinde kadınlara yönelik toplumsal cinsiyet ayrımcılığı sonucu

⁶⁶ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 45.

⁶⁷ CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, Madde 46.

oluşan şiddetle mücadele ederken taraf devletleri; toplumsal cinsiyet eşitliği duyarlı politikalar geliştirerek, yasaları bu perspektiften gözden geçirerek, bu tür şiddeti yasaklayan ve önleyen, ortaya çıktığında ya da çıkma tehlikesi olduğunda bütün aktörlerin devlet sorumluluğunda koordine edildiği ve işbirliği içinde çalıştığı, özel durumlara özgü tedbirlerin alındığı, kanıt temelli politikaları oluşturma ve izleme faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere istatistiklerini oluşturduğu, gerektiğinde konuyla ilgili araştırmaları desteklediği bütüncül mekanizmaları kurmak ve etkin işlemlerini sağlamakla yükümlü kılmaktadır. Anayasamızın 90. maddesinde “*usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*”⁶⁸ hükmü bulunmaktadır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı da belirtilmektedir.

CEDAW içerik olarak İstanbul Sözleşmesi ile karşılaştırıldığında devlete verdiği yükümlülükler bakımından benzerdir. Dolayısıyla İstanbul Sözleşmesi’ne taraf olunmasa dahi kadına yönelik şiddetle mücadelede devletin uluslararası insan hakları hukukuna göre kadınlara yönelik nasıl politika geliştirmesi ve uygulaması gerektiği, uygulamada gözetmesi gereken ilkeler ve devletin yükümlülükleri CEDAW’la ve sonrasında alınan tavsiye kararlarıyla belirlenmiş olmaktadır. Uygur, bu hususta; CEDAW, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 4320 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun” ve Başbakanlık 2006/17 sayılı Genelge ile birlikte okunduğunda İstanbul Sözleşmesi’yle birlikte okunması zaruri olan 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”dan farklı bir noktada durmadığını, sadece yoruma açık hususları “*daha açık ve belirgin bir şekilde hukuk normlarına yansıtılmış*” olduğunu belirtmektedir.⁶⁹

⁶⁸ Bkz. Anayasa, 90, 7 Mayıs 2004 tarihinde yapılan değişiklik.

⁶⁹ Uygur, Gülriz, s. 209-210.

B. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

2012 yılında yayımlanan 6284 sayılı Kanun, ülkemizde aile içi ve kadına yönelik şiddetle etkili mücadele etmek üzere gerekli kapasiteleri kurmak ve işletmek için bütüncül ve çok aktörlü bir yaklaşımla koruyucu ve önleyici hizmetleri tanımlamıştır. Kanun özellikle taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin gereklerini yerine getirmek üzere başlatılan mevzuat çalışmalarının bir çıktısı olarak görülebilir. Mağdurlara verilecek hizmetlerin uluslararası mevzuat esas alınarak Kanunda yer aldığı, sağlanacak adli ve sosyal hizmetlerde “*insan haklarına dayalı, kadın-erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli*” bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği, kadınlara yönelik cinsiyete dayalı şiddeti engelleyici özel tedbirlerin ayrımcılık olarak görülemeyeceği belirtilmektedir.⁷⁰ Bu çerçevede bütün olarak hizmet sunumunda sahip olunması gereken anlayış, hızlı ve etkili müdahale ile insan hakları temelinde toplumsal cinsiyet eşitliğidir.⁷¹ Kanunda bu hususun uluslararası sözleşmelerde olduğu yoğunlukta görünmediği söylenebilir. Diğer yandan kadına yönelik şiddetle birlikte, şiddetin aile içi diğer formları da Kanun kapsamında yer almaktadır. Bu noktada önemli olanın uygulamada kadına yönelik şiddet vakalarında devlet tarafından kurulan mekanizmaların toplumsal cinsiyet temelli kadına yönelik şiddete ne kadar duyarlı yaklaştığına ve bu tür edimlerin orantılı biçimde cezalandırılıp cezalandırılmadığına bakmak olacağı söylenebilir.

Kanunun amacı 1. maddede düzenlenmiştir. Buna göre Kanunun amacı “*şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesiyle ilgili alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.*”⁷² Kanun mülga 4320 sayılı Kanuna göre şiddet kapsamını genişletmiş, tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarını da Kanun kapsamına almıştır. Kanun kapsamı yalnızca kadınlar değil, kadınlarla

⁷⁰ 6284 sayılı Kanun Madde 1-(2)a,b,c,ç.

⁷¹ Uygur, Gülriz, s. 207.

⁷² 6284 sayılı Kanun madde 1.

birlikte çocuklar, diğer aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarından oluşmaktadır.⁷³

Kanunun 2. maddesinde şiddetin bütün biçimlerini içeren bir tanımlamanın verilmesi, ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddet tanımlarının kapsayıcı olması önemlidir. Ancak Kanunun 2.maddesinde “şiddet uygulayan” tanımı AYM’de bireysel başvurulara⁷⁴ konu edilmiş ve hak ihlali kararları verilmiştir. İlk başvuruda başvuru aile mahkemesi kararında kendisine “şiddet uygulayan” şeklinde yer verilmesinin masumiyet karinesini⁷⁵ ihlal ettiğini iddia etmiştir. Aile mahkemesi tarafından, şiddet mağdurunun (eski kız arkadaşı) talebi üzerine başvurucuya yönelik önleyici tedbir kararına hükmetmiştir. Bu hükümde başvuru “şiddet uygulayan” olarak ifade edilmiştir. Bu ifade karşısında başvuru iddiası şöyledir:

“Mahkeme tarafından verilen tedbir kararında kendisi için “şiddet uygulayan” ifadesinin kullanıldığını, hâlbuki tedbir kararına esas

⁷³ AYM, Kanunun 1. maddesi kapsamında yapılan bir bireysel başvuruda (A.Z.Ö Başvurusu, B.N. 2014/546, K.T. 19/12/2017, § 31-33,81-86.) hak ihlali kararı vermiştir. Başvuru tedbir türü olarak kendisinin ve oğlunun kimlik bilgilerinin değiştirilmesini talep etmiş; ancak bu değişiklik, değişiklik yapılmasına dair karar alınmasından 10 ay sonra gerçekleştirilebilmiştir. Her ne kadar anılan gecikmenin sebeplerinden bir tanesinin karar tarihinde henüz ilgili Yönetmeliğin yürürlüğe girmemiş olması olsa dahi; adli ve idari makamlar arasındaki koordinasyon ve organizasyon eksikliğinden kaynaklandığından hareketle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğine oy çokluğuyla karar vermiştir. Karşı oy kullanan Mahkeme üyesi;

“Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınan temel hakkın Devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin, her somut olayın kendi şartları içinde değerlendirilmesi gereken tedbirlerin alınmasını zorunlu kıldığı ve bu tedbirlerin alınmamasının Devletin sorumluluğunu ortaya çıkarabileceği bilinmektedir. Ancak insan davranışlarının öngörülemezliği ile öncelikler ve kaynaklar değerlendirilmek suretiyle tercih edilecek tedbirlerin belirlenmesinde, pozitif yükümlülüğün yetkililer üzerinde aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiği, ilgili bütün kararlarımızda olduğu gibi bu kararımızda da tekrarlanmaktadır”

görüşü çerçevesinde çoğunluk kararına katılmamıştır.

⁷⁴ S.M. Başvurusu, B.N. 2016/6038, K.T. 20/6/2019.

⁷⁵ Benzer konuda bir diğer ihlal kararı; A.B. Başvurusu, B.N. 2018/2626, K.T. 14/10/2020.

Cumhuriyet Savcılığının hazırlık dosyasında takipsizlik kararı verildiğini, tedbir isteyen taraftan ileri sürülen iddiaların tamamının gerçek dışı olduğunu, tek taraflı beyanlara itibar edilerek tedbir kararında suçlu olduğu izlenimi doğuran ifadelerin kullanılmasının kişilik haklarını zedelediğini belirtmiştir. Başvurucu ayrıca 6284 sayılı Kanun'da "şiddet uygulayan" ibaresinin "bu Kanun'da şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişiler" olarak tanımlandığını, ancak uygulamada her olayda matbu olarak şiddet uygulayan tabirinin kullanıldığını, Mahkeme tarafından şiddet uygulayan ibaresinin Kanundaki tanımı kastedilerek konulmuş olsa dahi kararda ilgili isnada ilişkin tanımdaki ifadeye yer verilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Başvurucu netice olarak tedbir kararında kullanılan ifadenin suç atfı anlamına geldiğini belirterek Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir" (§ 26).

Bu iddia karşısında Mahkeme yaptığı değerlendirmede;

"Şiddet uygulayan tabirinin bu nitelikteki tedbir kararlarında şablon olarak kullanılması yerine her somut olay çerçevesinde mahkeme veya diğer adli makamlarca değerlendirilerek titiz bir yaklaşım sergilenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kanun'da şiddet uygulayan kavramı kullanılmış ise de bu tabirin her olayda uygulayıcılar tarafından kullanılmasını zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkeme ve ilgili makamlar tarafından verilen tedbir kararlarında şiddet uygulayan yerine şiddet uyguladığı iddia edilen, şiddet uygulama tehlikesi bulunduğu iddia edilen ya da aleyhine tedbir istenen gibi başka uygun tabirlerin kullanıldığı da görülmektedir. Zira uygulama açısından genel anlamda şiddet uygulayan ibaresinin amaçsal kullanım sınırlarını aşacak tarzda kişinin suç konusunu doğurabilecek eylemleri işlediği izlenimini doğuran, sorunlu bir tabir olduğu görülmektedir. 6284 sayılı Kanun'un terminolojisinde şiddetin suç kavramından daha geniş bir anlam içerdiği ve şiddet uygulayan kavramının şiddet uygulamasa da uygulama tehlikesi bulunan kişileri de kapsayan teknik bir tabir olduğu gözönüne alınsa dahi somut olayın koşullarında başvurucu hakkında şiddet uygulayan ifadesinin kullanılmasının, hangi bağlam ve şartlarda kullanıldığına ilişkin amaçsal sınırı aşacak tarzda başvurucunun takipsizlik kararına konu eylemi işlediği ya da farklı şiddete yönelik eylemleri fiilen gerçekleştirdiği izlenimini doğurduğu anlaşılmıştır. Bu açıdan kararda geçen ifadelerle başvurucunun tedbire konu eylemleri işlediği veya suçlu

olduğu inancının yansıtıldığı sonucuna ulaşılmıştır” (Ş 51, 52) demek suretiyle hak ihlali kararı vermiştir. Diğer başvuruda⁷⁶, başvurucu “şiddet uygulayan” ifadesinin şeref ve itibar hakkının korunması çerçevesinde maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede, konuyu yukarıda ele alınan S.M. Başvurusundaki gibi masumiyet karinesinin ihlali değil, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması hakkı üzerinden değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş;

“Şeref ve itibar hakkı ile masumiyet karinesinin kapsamı bazı durumlarda örtüşebilmektedir. Zira her ikisinin de temel amaçlarından biri, bireyi başkaları tarafından kişilik haklarına yapılan ve yapılacak olan saldırılara karşı korumaktır (...) Buna karşılık şeref ve itibar hakkı hem hakka müdahale edebilecek kişiler hem de ihlal oluşturabilecek fiillerin niteliği yönünden daha geniş bir kapsama sahiptir. Bu bağlamda şeref ve itibar hakkı sadece kamu otoritelerinin değil herkesin fiil ve işlemleriyle ihlal edilebilir bir hak niteliğindedir. Öte yandan şeref ve itibar hakkı, masumiyet karinesinden farklı olarak sadece suç isnadı mahiyetindeki işlem ve açıklamaları değil kişilik haklarına saldırı teşkil eden her türlü fiil ve işlemi kapsamaktadır. (...) Kamu görevlilerinin bireylerin şeref ve itibarlarını zedeleyici fiil ve işlemlerden kaçınmaları gerekir. Kamu görevlilerinin görevlerinin gereği olan işlemleri yaparken veya fiilleri icra ederken bireylerin kişilik haklarına saldırı teşkil eden, şeref ve itibarlarını zedeleyen incitici ve saldırgan bir dil kullanmaktan imtina etmeleri gerekir. Bu yükümlülük yargı görevi yapan mahkemeler yönünden de geçerlidir. Bu bağlamda mahkemeler verdikleri kararlarda kullandıkları dile özen göstermek ve kelime tercihlerine dikkat etmek zorundadır. Mahkeme kararlarında taraflardan birini aşağılayan, rencide eden veya taraflardan birinin onurunu kıran ya da kamuoyunda taraflardan biri hakkında şeref ve itibarını etkileyecek düzeyde yanlış ve hatalı bir kanaat oluşmasına sebep olan ifadelere yer verilmesi Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasını ihlal edebilir. (...) Şiddet uygulayan tabirinin bu nitelikteki tedbir kararlarında şablon olarak kullanılması yerine her somut olay çerçevesinde mahkeme veya diğer adli makamlarca değerlendirilerek titiz bir yaklaşım sergilenmesi gerekmektedir. Kanun'da şiddet uygulayan kavramı yer almakta ise de bu tabirin her olayda uygulayıcılar tarafından kullanılmasını zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim mahkemeler ve ilgili makamlar

⁷⁶ T.K. Başvurusu, B.N. 2017/27041, K.T. 11/12/2019.

tarafından verilen bazı tedbir kararlarında şiddet uygulayan yerine şiddet uyguladığı iddia edilen, şiddet uygulama tehlikesi bulunduğu iddia edilen ya da aleyhine tedbir istenen gibi başka uygun tabirlerin kullanıldığı da görülmektedir. (...) şiddet uygulayan ifadesinin kullanılmasının başvurusunun kişilik haklarını zedeleyecek nitelikte olduğu ve şeref ve itibar hakkının korumasına ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” (§ 23-46)

demek suretiyle hak ihlali kararı vermiştir.

6284 sayılı Kanun her şeyden önce bir tedbir kanunudur ve şiddet mağduru, yakınları, çocukları ile şiddet faili için bazı tedbirler bu Kanunla öngörülür. Kanun kapsamında verilebilecek tedbirler şiddet mağduru ve yakınları için olan koruyucu tedbirlerle, şiddet failine verilen önleyici tedbirlerdir. Bu tedbirlerin bir bölümüne kolluk “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*” var ise geçici süreli hükmedebilmektedir. Koruyucu tedbirlerde kolluğun verdiği tedbir kararı 48 saat içinde mülki amirin onayına sunulmakta, onaylanmayan tedbir kararı 48 saatin sonunda hükümsüz olmaktadır.⁷⁷ Önleyici tedbirlerde ise hâkim tarafından onaylanmadığında 24 saatin sonunda kolluğun aldığı tedbir kararı hükmünü kaybetmektedir.⁷⁸ Koruyucu tedbir kararları Kanunda Mülki Amir tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları olarak düzenlenmiştir. Ancak bütün tedbir kararlarında aile mahkemesi hâkimi en yetkili aktördür; Kanunda belirtilen tedbirlere ve gerek duyduğunda ilave tedbirlere karar verebilir.⁷⁹

Kanunda tanımlanan gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı önemlidir. Çünkü uluslararası sözleşme yükümlülükleri gereği şiddete maruz kalan kadının tekrar örselenmesini, şikayet sonrası süreçte şiddetin farklı biçimlerde ortaya çıkmasını engelleyecek ve devletin ani gelişen olaylara hızlı cevap vermesini sağlayacak tarzda hareket etmesine olanak sağlayacaktır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı Kanunun uygulama yönetmeliğinde tanımlanmaktadır:

⁷⁷ 6284 sayılı Kanun, Madde 3-(1) ve (2).

⁷⁸ 6284 sayılı Kanun, Madde 5-(2).

⁷⁹ Aslan Düzgün, Ülgen: Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Amacıyla Hakim ve Kolluk Amiri Tarafından Verilebilecek Koruyucu ve Önleyici Tedbir Kararları, C. Taştan, & A. Küçüker Yıldız(Editör), Kadına Karşı Şiddetle Mücadele: Hukuk, Deneyimler ve Aktörler (s. 23-44), Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2018, s.27.

“Kolluk tarafından yapılacak tahkikat ve risk değerlendirilmesi sonucunda, derhal işlem yapılmadığı takdirde, şiddet eyleminin önlenememesi, kişinin can güvenliği, hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi, korunan kişinin zarar görmesi, şiddet eyleminin iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması, şiddet uygulayanın kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi gibi ihtimallerin ortaya çıkması ve resen veya ilgilinin talebi üzerine mülki amirden ya da hâkimden karar almak için yeterince vakit bulunamaması halidir.”⁸⁰

Gecikmesinde sakınca bulunan hal başvuru ve karar mekanizmalarında geçen sürede telafisi olmayan zararların ortaya çıkmasını önlemektir. Kolluk amiri, somut olayın özelliğine göre risk durumuna bakarak gecikmesinde sakınca bulunup bulunmadığına karar verebilecektir.⁸¹

Kanunda belirtilen koruyucu tedbirler, şiddete/şiddet tehdidine maruz kalan kişi, yakınları ve varsa çocukları için mülki amir ya da aile mahkemesi hâkimi tarafından verilebilmektedir. Bunlar Kanunun 3. Maddesinde düzenlenmiştir:

“a) Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması.

b) Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması.

c) Psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi.

ç) Hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması.

d) Gerekli olması hâlinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması hâlinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkânının sağlanması”⁸²

⁸⁰ 6284 sayılı Kanun, Uygulama Yönetmeliği, 2013, Madde 3-c.

⁸¹ Günay, Mehmet, 6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler, TAAD, Yıl 3, Sayı 10 (Temmuz 2012).

⁸² 6284 sayılı Kanun, Madde 3.

Bu tedbirlerden (a) ve (ç) maddesine, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ilgili kolluk amiri geçici süreli olarak hükmedebilmektedir. Burada dikkatlerden kaçmaması gereken bir husus, tedbir kararlarının Kanunda sınırlı sayıda belirlenmemiş olması durumudur. Aşağıdaki AYM Kararında bu husus belirtilmiştir:

“Başvurucu, tedbir isterken özellikle müşterek konutun kendisine tahsisi yönünde bir talepte bulunmamıştır. Ancak başvurusunun bu şekilde açıkça talepte bulunup bulunmamasının bir önemi de bulunmamaktadır. Zira 6284 sayılı Kanun'da belirtilen tedbir kararları sınırlı sayıda değil örnekleme suretiyle sayılmış, tedbir kararı vermeye yetkili merciler bu tedbirlerden birine, birkaçına veya her somut olayın özelliklerine göre alınması gereken en uygun tedbirlere karar verme konusunda geniş takdir yetkisiyle donatılmışlardır. Dolayısıyla 6284 sayılı Kanun uyarınca yargı makamlarının mutlaka talep edilen belirli bir tedbiri sağlama yükümlülüğü bulunmadığı anlaşılmaktadır.”⁸³

6284 sayılı Kanunda bazı koruyucu tedbirlere sadece hakim tarafından hükmedilebileceği belirtilmiş, bunlar Kanununun 4. maddesinde düzenlenmiştir: şiddete maruz kalan kişinin iş yerinin değiştirilmesi, bulunduğu yer dışında bir yerleşim yeri belirlenmesi, evli ise ailenin sahip olduğu eve aile konutu şerhi konulması, diğer türlü tedbirlerle korunması sağlanamadığı durumlarda kimliğinin ve kimliği ile ilgili bütün bilgi ve belgelerin değiştirilmesidir.⁸⁴ Nitekim AYM'ye yapılan bireysel başvurulardan bir tanesi⁸⁵ bu maddeye ilişkin olarak gösterilebilir. İlgili başvuruda başvuru eski eşinden şiddet gördüğü, bıçakla yaralandığı gerekçeleriyle hakkında koruma tedbir kararı talep etmiştir. Bu talebi olumlu neticelendiren Mahkeme, tedbir uygulamasına karar vermiştir. Başvuru aynı zamanda can güvenliğinden endişe etmesi nedeniyle görev yerinin değiştirilmesini, görev yaptığı ildeki milli eğitim müdürlüğünden talep etmiştir. Ancak Müdürlük bu talebi olumsuz karşılamıştır. Bunun üzerine talep mahkemeye sunulmuştur. Başvuru;

"boşanma davası açtığını, ancak çocukla babanın şahsi ilişki kurması kararı yerine getirilirken eşinin kendisini darp ettiğini, ölümle tehdit ettiğini, daha sonra evinden eşyasını almaya gittiği sırada da bıçaklayarak yaralandığını belirtmiştir. Başvurucu, çalıştığı okula gitmek için her gün kullandığı güzergâhı eski eşinin de kullandığını, maaş aldığı

⁸³ Semra Özel Üner Başvurusu, B.N. 2014/12009, K.T. 26/10/2016, §42

⁸⁴ 6284 sayılı Kanun, Madde 4.

⁸⁵ K.Ş. Başvurusu, B.N. 2016/14613, K.T. 17/7/2019.

bankanın, ilçe milli eğitim müdürlüğünün ve yaşantısını sürdürmek için ihtiyaç duyduğu yerlerin eşinin çalıştığı yere çok yakın olduğunu, bu sebeple sürekli korku içinde olduğunu ve can güvenliğinden endişe ettiğini,” dile getirmiştir. Ancak mahkeme de görev yeri değişikliği yönündeki tedbir talebini, talebin idari mahiyette olması gerekçesiyle olumsuz değerlendirmiştir. Bu konudaki başvuruyu değerlendiren AYM;

“Millî Eğitim Bakanlığı ve İzmir 7. Aile Mahkemesinin şiddet mağduru başvurucuyu korumaya yönelik tedbirleri sağlama yönündeki pozitif yükümlülüklerine uygun hareket etmedikleri anlaşılmaktadır. Bu durumda başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirildiğinden söz edile”meyeceğinden hareketle hak ihlali kararı vermiştir.

Kanunda öngörülen şiddet failine yönelik önleyici tedbirler 5. maddede tanımlanmıştır. Bu tedbirlerin tamamına, birkaçına ya da gerekli durumlarda başka türlü tedbirlere hakim karar verebilmektedir:

“a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.

b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.

c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve iş yerine yaklaşmaması.

ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması.

d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.

e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi.

f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi.

g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi.

ğ) *Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi.*

h) *Korunan kişilerin buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması.*

ı) *Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması*⁸⁶

Kanunun 5. maddesi (a), (b), (c) ve (d) bentlerine gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa kolluk amiri de geçici süreli olarak hükmedebilmekte, 24 saat içinde hâkim tarafından onaylanmayan tedbir kararları ise kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Bu tedbirler başka bir kişinin özgürlüğünü kısıtlar nitelikte olduğu için kararın hakim tarafından onaylanma süresi 24 saatle sınırlı tutulmuştur.

Kanunun 5. maddesinin uygulanmasıyla ilgili olarak birçok dava AYM’de bireysel başvuruya konu edinmiştir. Salih Söylemezoğlu⁸⁷ kararı, 6284 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan 5. maddenin uygulanması noktasında “gerekçeli karar hakkı”nın⁸⁸ ihlal edildiğine ilişkin temel ilkelerin belirlendiği karar olarak ele alınabilir. İlgili başvuruda başvurucu 6284 sayılı Kanun kapsamında verilen koruma kararına karşı itirazda ileri sürülen delillerin ve iddiaların kararda tartışılmaması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği ileri sürmektedir. Bu bağlamda başvurucu genel itibarıyla;

“6284 sayılı Kanun kapsamında aleyhinde önleyici tedbir kararı verildiğini; boşanma, nesebin reddi dava dosyaları ve çocuk teslimine ilişkin icra dosyası kapsamında herhangi bir şiddet veya benzeri davranışlarda bulunmadığını ve böyle bir yapıda olmadığı hususunun

⁸⁶ 6284 sayılı Kanun, Madde 5.

⁸⁷ Salih Söylemezoğlu, B.N. 2013/3758, K.T. 6/1/2016.

⁸⁸ Benzer diğer kararlar: Emre Kaya Başvurusu, B.N. 2018/743, K.T. 10/2/2021; Mustafa Atak Başvurusu, B.N. 2018/27304, K.T. 24/2/2021; M.Ş.N. Başvurusu, B.N. 2018/3789, K.T. 7/4/2021; Ahmet Ertan Çınar Başvurusu, B.N. 2018/32978, K.T. 7/9/2021; Gülbahar Yeni Başvurusu, B.N. 2019/17533, K.T. 19/1/2022; Ercan Şahin ve Diğerleri Başvurusu, B.N. 2018/8030, K.T. 2/2/2022; Murat Demircan Başvurusu, B.N. 2019/37343, K.T. 22/9/2022.

tespit edilebileceğini, lehine tedbir kararı verilenin iddialarının gerçekliğinin araştırılması için yaptığı itirazın hiçbir inceleme ve araştırma yapılmaksızın gerekçesiz olarak reddedildiğini, esasen iddiaların doğruluğu ihtimaline binaen araştırma yapılmaksızın tedbir kararı verilmesinin Kanun hükmüne dayandığını ve bu durumun doğru olduğunu ancak bu iddiaların gerçek dışı olduğu ve talebin de kötü niyetli yapıldığının ispatı için aleyhine tedbir kararı verilen kişiye itiraz imkânı getirildiğini, itiraz makamının yeterli inceleme yapılmaksızın bir gün içinde, sadece kanunda yer alan prosedüre uygun olup olmama şeklindeki denetim yapmak suretiyle beyanı alınmadan karar verdiğini, bu nedenle savunma hakkına riayet edilmediğini, kararda taleplerine cevap verilmediğini, matbu bir ret kararı verildiğini,” iddia etmektedir. AYM yaptığı değerlendirmede, öncelikle kanunun beşinci maddesinin ne tür düzenlemeler getirdiğini açıklamış ve devamında verilecek olan tedbir kararı ile bir tarafın vücut dokunulmazlığı, yaşam hakkı gibi kişinin olmazsa olmaz hak ve menfaatlerin korunmasını amaçlarken öte yandan önleyici tedbirler aracılığıyla diğer taraf için kişi hak ve özgürlüklerine önemli ölçüde sınırlamalar getireceğini ifade etmiştir. Bu bakımdan verilecek tedbir kararının olumlu veya olumsuz etkilenen tarafların temel hak ve özgürlükler arasındaki dengenin gözetilmesi gerekliliğine vurgu yapan mahkeme oldukça önemli bir tespitte bulunmuştur. Yine mahkemeye göre herhangi bir delil araştırması veya belge ibrazı koruyucu tedbir kararı verilmesinde zorunlu değilken önleyici tedbir kararı verilmesi için şiddete maruz kaldığı veya maruz kalma tehlikesi altında bulunduğu hususunda olguların varlığının gerektiği, aksi yöndeki uygulamaların kişilere kanunla sağlanan hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verebileceği hususu önem taşımaktadır. Mahkemenin tespit ettiği üzere kanunda düzenlenen tedbir kararı verildiği anda infaz kabiliyetine haizdir. Bu nedenle kanunda amaçlanan ‘acil müdahale’ bu aşamada sağlanacaktır. Tedbir kararında şiddetin var olduğuna yönelik kanaate nasıl ulaşıldığının açıklanması bu yaklaşıma ait sınırın olayların özelliğine göre gerekçeli karar hakkının temel esaslara zarar vermeyecek düzeyde belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda ilgili başvuruda;

“somut olaya ilişkin olarak itiraz merciinin kararında, başvuruçunun dilekçesinde belirttiği dosyalarda bu dosyaların içeriğindeki belge ve beyanları ile dinlenilmesi istenilen tanıklarla ilgili hiçbir hususa değinilmediği, tedbire dayanak olgunun gerçekliğinin bu çerçevede tartışılmadığı, tedbir kararında esasa ilişkin hususlarda gerekçe bulunması halinde bu karara atıf yapılarak değerlendirme yapılmasının makul görülebilecek iyi ancak itiraz iddiasına konu itiraz

merci kararında, dosyaya sunulan delillerle sonuç arasında ne şekilde bağ kurulduğunun, gerekçesiz olarak verilen tedbir kararına yapılan itirazın neden reddedildiğinden asgari düzeyde dahi açıklanmadığından” (§34-42) hareketle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bununla birlikte AYM'nin 2022 tarihli yeni sayabileceğimiz Kararındaki⁸⁹ Karşı Oy Yazısı mahkemeden gerekçeli karar beklenmesinin yerinde olmayacağı şeklindedir. Karşı Oy Yazısında, “Bu şartlar altında, mahkemeden olağan haller altında aradığımız gerekçeli karar hakkına harfi harfiyen uygun davranmasının beklenmesi bir tarafın şiddet mağduru olmasının engellenmesini geciktirerek, istenmeyen sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilir” görüşü dile getirilmiştir.

AYM'ye bireysel başvuru yapılan bir başka dava⁹⁰ konusunda başvuruçunun iddiası şöyledir:

“eski eşinin İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak evden uzaklaştırılmasını talep ettiğini, şikâyete ilişkin hiçbir delil olmamasına rağmen dilekçenin işleme konduğunu, etkili soruşturma yapılmadan ve hiçbir delil toplanmadan yalnızca beyana dayalı olarak karar verildiğini, olay tarihinde eşini hiç görmediğini, Ankara'da olduğunu, kararın tamamen kötü niyetle aldırıldığını,” (§22)

Mahkeme ise;

“Somut olayda başvuruçunun eski eşi N.Ö.nün şikâyeti üzerine başvuru hakkında Savcılığın E.2014/77662 sayılı dosyasında soruşturma başlatıldığı, N.Ö.nün soruşturma kapsamında alınan 23/5/2014 tarihli beyanı ve şikâyet dilekçesinde, başvuruçunun kendisini takip ettiğini, daha önce de tehdit ve hakarete bulunduğunu, kaçarak karakola sığındığını, olaylar nedeni ile başvuruçunun iki kez ceza aldığını ve hakkında tedbir kararı verildiğini, can güvenliğinin olmadığını belirterek tedbir kararı verilmesini talep ettiği anlaşıl” dığını tespit etmiş ve “somut olayda Mahkemenin; Savcılığın yazısı ve lehine tedbir istenilenin başvuruçusu ile arasında daha önce geçtiğini iddia ettiği birtakım olaylardan bahsederek verdiği beyanını gözönüne alarak eski eş N.Ö.nün şiddete maruz kaldığı veya maruz kalma tehlikesi altında bulunduğu hususundaki olguların varlığına kanaat getirerek tedbir

⁸⁹ Ercan Şahin ve Diğerleri Başvurusu, Karar Tarihi: 2/2/2022, R.G. Tarih ve Sayı: 22/4/2022 – 31817,

⁹⁰ M.M.Ç Başvurusu, B.N. 2014/12971, K.T. 1/2/2017.

kararı verdiği, 6284 sayılı Kanunda öngörülen amaç dikkate alındığında, bu konuda tam kanaate ulaştırıcı kesin bir delil aranmasına gerek bulunmadığı, nitekim Mahkemenin gerekçeli kararında bu hususa değinildiği, başvurucunun itiraz dilekçesinde, tedbir kararı için yeterli olguların varlığını bertaraf edecek, ayrıca değerlendirilmesini gerektiren herhangi bir hususun ileri sürülmediği, başka bir deyişle itiraz merciince tedbire dayanak iddiaların tartışılmasını gerektirecek bir delilin sunulmadığı, bu nedenle itiraz mercii tarafından tedbir kararına atıf yapılarak değerlendirme yapılmasının da makul görülebileceği, bu açıdan başvuru konusu olayda adil yargılanma hakkını ihlal edici bir durumun mevcut olmadığı sonucuna ulaşıl”dığı (Ş23, 26) tespit ederek başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Diğer yandan 6284 sayılı kanunun 8. maddesinde tedbir kararlarının ilgilinin başvurusu, bakanlık (ASHB), kolluk birimleri ya da Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine ilk seferinde en çok altı ay için verilebileceği belirtilmekte, gerek duyulması halinde ise başvuru ile ya da resen aynen devamına karar verilebileceği ya da farklı tedbirlerle birlikte sürenin uzatılabileceği belirtilmektedir.⁹¹ 8. Madde-(3)’te ise koruyucu tedbirlerin verilebilmesi için “belge ve delil aranmayacağı”, önleyici tedbirlerin ise “geciktirilmeksizin” verilebileceği belirtilmektedir.

Bu husus kanun uygulayıcı aktörler bakımından da önemlidir. Çünkü kamuoyunda da kanunla ilgili olarak sıklıkla tartışıldığı üzere kanuna göre “kadının beyanı esas alınarak” tedbir kararlarına hükmedildiği şeklinde yanlış bir algı mevcuttur.⁹² Öncelikle ifade etmek gerekir ki 6284 sayılı Kanunun ikinci maddesinde şiddet mağduru⁹³ tanımlanırken cinsiyete tabi bir ayırım yapılmamıştır. Başka bir ifadeyle Kanuna göre şiddet mağduru kadın olabileceği gibi erkek de olabilir. Bu bakımdan kadının beyanının esas alınması cinsiyet ayrımcılığı temelinde negatif bir ayrımcılık oluşturacağı için Kanunda kadının beyanının esas alınacağına dair bir ifade yer almamaktadır. Öte yandan 2004 yılında

⁹¹ 6284 sayılı Kanun, madde 8,(1),(2).

⁹² Bkz. (<https://www.aile.gov.tr/ksgm/haberler/aile-ve-sosyal-hizmetler-bakanimiz-derya-yanik-baskanliginda-kadina-yonelik-siddetle-mucadele-2022-faaliyet-plani-tanitim-toplantisi-gerceklestirildi/>)

⁹³ e) Şiddet mağduru: Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiler

verilen bir Yargıtay kararına göre, cinsel taciz ve saldırı suçlarında belge ve delil ileri sürmenin her zaman mümkün olamayacağı göz önüne alınarak kadının beyanının esas alınması gerekliliği gerekçeli kararda yer bulmuş ve bu karar emsal teşkil etmiştir.⁹⁴ Benzer bir karar AİHM tarafından yine cinsel taciz suçuyla ilgili olarak 1988 yılında alınmıştır.⁹⁵ Dolayısıyla kadının beyanının esas alınması sadece cinsel suçlarla ilişkilidir. Mağdurun beyanı koruyucu tedbirlerde esas alınmaktadır. Çünkü bu tedbirler başka bir kişinin özgürlüğünü sınırlamamaktadır. Önleyici tedbirler verilirken hızlı bir soruşturma yapılabilir, bu kararlar verilirken dikkat edilmesi gereken mağdurun ikincil örselenmesine mani olacak biçimde “geciktirilmeksizin” verilmesidir. Kanunun ve kanunla ilgili mevzuatın bütününde her vakaya her türlü tedbirin uygulanması değil, kanunda sıralanan ve gerekiyorsa başka türlü vakaya uygun tedbirlerin verilerek gerekli destek mekanizmalarının çalıştırılması, verimli ve etkili tedbirler uygulanmasıdır.

Gerekçeli karar hakkının ihlaliyle ilişkili olarak kanunun 8-(4) maddesi de önemlidir. Buna göre, “*Tedbir kararı, korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edilir. Tedbir talebinin reddine ilişkin karar ise sadece korunan kişiye tebliğ edilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili kolluk birimi tarafından verilen tedbir kararı şiddet uygulayana bir tutanakla derhâl tebliğ edilir.*” Mahkeme tarafından reddedilen geçici süreli tedbirlerin sadece korunan kişiye tebliğ edileceği belirtilmektedir. Bütün bu işlemlerin gerekli durumlarda gizlilik içinde sürdürüleceği vurgulanmaktadır. Madde 8-(5)’te “*Tedbir kararının tefhim ve tebliğ işlemlerinde, tedbir kararına aykırılık hâlinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin uygulanacağı ihtar*” yapılacağı belirtilmektedir.

Kanunun 11. maddesinde kolluk görevleri tanımlanarak “*Kolluk görevleri, kolluğun merkez ve taşra teşkilâtında bu Kanunda belirtilen hizmetlerle ilgili olarak, çocuk ve kadının insan hakları ile kadın erkek eşitliği konusunda eğitim almış ve ilgili kolluk birimlerince belirlenmiş olan yeteri kadar personel tarafından yerine getirilir*”⁹⁶ kanun kapsamında görevlerini yerine getiren kolluk personelinin toplumsal

⁹⁴ Bkz. Ankara 9. Sulh Ceza Mahkemesi’nin 2001/01496E. ve 2002/00310K. sayılı kararı ve Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 2003/4048E. ve 2004/2528K. sayılı onama kararı

⁹⁵ AİHM, Salabiaku-Fransa Davası, 7 Ekim 1988, Seri A No. 141-A

⁹⁶ 6284 sayılı Kanun, madde 11-(1)

cinsiyet ve insan hakları ilişkisi konusunda eğitim almış olmaları, nicelik ve nitelik bakımından yeterli olmaları gerektiği belirtilmektedir. Ancak uluslararası yükümlülükler gereği, kadına yönelik şiddetle mücadele mekanizmalarında görev yapan bütün aktörlerin eğitimi, sağlık ve yargı hizmetleri de dahil olmak üzere önemsenmektedir. Kanunda ve yönetmeliğinde bu eğitimler ŞÖNİM ve kolluk personeliyle sınırlı tutulmuştur.

Kamu görevlilerinin aile içi ve kadına karşı şiddetin önlenmesinde görevlerini titizlikle yerine getirmeleri önem taşır. Çünkü sadece tedbirlere kanunla yer verilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda bu tedbirlerin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan özelde kolluk görevlerinin genelde ise kamu görevlilerinin sorumlulukları açısından hak ihlali başvuruları göze çarpmaktadır. AYM'ye yapılan başvurulardan bir tanesi⁹⁷ kadına yönelik şiddete ilişkin koruyucu ve önleyici tedbirlerin kamu görevlilerinin ihmali ile etkin olarak uygulanmaması sonucunda ölümün gerçekleşmesi, ihmali bulunan kamu görevlileri hakkında cezai takibat yapılmaması ve fail hakkında orantılı bir ceza verilmemiş olması nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Çalışmada incelenen 30 karar içerisinde neticesi itibarıyla en ağır ihlali içeren vaka bu karardadır:

“başvurucu; kızının gereken önlemlerin etkin bir şekilde alınmaması sonucu kamu görevlilerinin ihmali neticesinde ve sürekli tehditlerde bulunan eski eşi tarafından öldürüldüğünü ileri sürmüştür. Başvurucu; ilgili kamu görevlilerinin kızını şiddetten korumak için yerine getirmesi gereken gözetim, denetim, koordine etme ve bilgilendirme görevlerini yerine getirmediğini, tedbir kararlarının infazının takibinin yapılmadığını hatta tedbir kararlarının tebliğ edilmediğini dile getirmiştir. Başvurucu devamla kızının kamu görevlilerinin ilgisizliği ve ihmali ile yalnızlaştırıldığını, kamu görevlilerinin bu konudaki ihmallerinin gözardı edildiğini, kamu görevlilerine cezai takibat yapılmadığını, faile yönelik ceza yargılamasında ise tasarlayarak öldürme hâli söz konusu olmasına karşın bu durumun dikkate alınmadığını, verilen cezanın orantısız, yapılan ceza indirimlerinin de haksız olduğunu belirterek adil yargılanma, etkili başvuru ve yaşam haklarının ihlal edildiğini iddia et”miş” (§ 100)

Mahkeme ise yaptığı değerlendirmede;

⁹⁷ T.A. Başvurusu, B.N. 2017/32972, K.T. 29/9/2021.

“öldürme olayının ebeveyn görüşmesi için müşterek çocuğun teslimi esnasında gerçekleştiği dikkate alındığında ilgili kamu makamlarının somut süreci gözeterek müşterek çocuğun teslimi veya ebeveyn görüşmesi ile ilgili bir değerlendirme yapmamış olması da hayati tehlikenin önlenmesi için gereken önlemlerin alınmadığına, 6284 sayılı Kanun'un etkin ve pratik bir şekilde uygulanmasına yönelik adım atılmadığına işaret eden bir diğer ciddi ihmâl/özensizlik” olduğunu ifade etmiş (...) “Tüm bu tespitler ışığında somut süreçte şiddetin önlenmesini sağlamak adına ilgili kamu makamları tarafından gereken makul adımların atıldığı söyleneme”yeceğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre “Bu durum karşısında S.E.ye yönelik şiddetin engellenmesi adına koruyucu ve önleyici tedbirlerin pratik ve etkili bir biçimde alınmamış olmasının kamu makamları için yaşamın korunması noktasındaki pozitif yükümlülük bakımından ciddi bir ihmâl/özensizliğe işaret ettiği açıktır. Ayrıca sürecin sık yaşanan olaylar ve şikâyetler nedeniyle sürekli olarak kolluk makamlarına yansıyor oluşu ve alınan tedbir kararlarının süreci izlemekle görevli ŞÖNİM'e her seferinde bildirilmesi karşısında S.E. adına koruyucu tedbirlere başvurulması yönündeki imkânın hayata geçirilmesinin kamu makamlarına aşırı bir yük yükleyeceğinden de söz edilemeyecektir. Sonuç olarak kamu makamlarının ellerindeki hukuki/kurumsal altyapı ile desteklenmiş kamusal gücü 6284 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat gereği yaşamı koruma yükümlülüğü doğrultusunda etkili bir biçimde devreye soktuğu söylenemeyecektir. Bir başka ifadeyle kamu makamlarının S.E.nin korunmasına dair sonuç doğurmaya elverişli tedbirleri almak ve uygulamak konusunda yetersiz kaldığı açıktır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde başvuruçunun kızı S.E.nin yaşamının korunması noktasında devlete ait koruma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği, Kamu görevlilerine ilişkin süreç yönünden ve yaşam hakkının koruma yükümlülüğü bakımından ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.” (§ 160-168) demek suretiyle hak ihlali kararı vermiştir.

Bir diğer başvuruda⁹⁸ ise,

“Başvuruçucu; kardeşi E.B.nin eşi R.B.den şiddet gördüğünü, buna karşın R.B. hakkında başlatılan ceza soruşturmasının etkin bir şekilde yürütülmeyerek şiddet faili R.B.ye gerekli ve caydırıcı bir ceza verilmediğini, dolayısıyla adli ve idari mekanizmalardaki yetersizlikler ve

⁹⁸ Fatma Güneş Başvurusu, B.N. 2016/8300, K.T. 3/6/2020.

ihmaller neticesinde ölüm olayının meydana geldiğini ileri sürmüştü” (§ 62),

Mahkeme yaptığı değerlendirmede;

“Başvurucu, kardeşi E.B.nin Aile Mahkemesince verilen tedbir kararının devamı sırasında ya da kamu makamlarının koruması altında iken öldürüldüğüne ilişkin bir iddia ileri sürmemiştir. Dosya kapsamında yer alan belgelerden de E.B.nin tedbir kararı devam ederken veya tedbir kararından sonra aile içi şiddete maruz kaldığına dair herhangi bir şikâyetine rastlanmadığı gibi yaşanan tüm süreçlerde can güvenliğinin bulunmadığı hususunda kamu makamlarına ilettiği bir bilgiye de ulaşmamıştır. Dolayısıyla E.B. 12/9/2013 tarihinde yaşadığı aile içi şiddet olayından sonra yaşamına yönelik bir tehlike bulunduğu dair kamu makamlarına herhangi bir şikâyet veya ihbarda bulunmamıştır. (...) Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde kamu makamlarının başvurusunun kardeşi E.B.nin, eşi R.B. tarafından öldürüleceğini bilmedikleri ya da bilecek durumda olmadıkları bir hâlde ölüm olayını önleyememiş olmaları nedeniyle onları ölümden sorumlu tutmak kamu makamlarının üzerine aşırı yük yükleyen bir yoruma meydan verecek” (§64-71) olması sebebiyle yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Uluslararası yükümlülükler kapsamında arabuluculuk faaliyetleri Kanunun uygulama yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Tedbir kararları, kararın niteliğine göre kamu kurum ve kuruluşları tarafından ŞÖNİM ile iş birliği içerisinde ivedilikle yerine getirilir. Koruyucu veya önleyici tedbir kararlarının alınması ve yerine getirilmesi aşamasında şiddet mağduru ile şiddet uygulayan arasında uzlaşma ya da arabuluculuk önerilemez.”*⁹⁹ CEDAW çerçevesinde tartışıldığı üzere arabuluculuk faaliyetleri yapılacaksa dahi uzman eşliğinde, mağdur odaklı, mağdurun çıkarına gerçekleşmesi gerektiği belirtilirken 6284 sayılı Kanun baz aldığı İstanbul Sözleşmesiyle benzer biçimde arabuluculuk ve uzlaştırma faaliyetlerini yasaklamıştır.¹⁰⁰

Kanunun 13. maddesi tazyik hapsini düzenlemektedir. Buna göre failin tedbir kararlarına uymadığı durumlarda zorlama hapsine tabi tutulacağı, bu cezanın aykırılığın ağırlığına göre ilk seferde 3 günden 10

⁹⁹ 6284 sayılı Kanun, Uygulama Yönetmeliği, Madde 35-(3).

¹⁰⁰ İstanbul Sözleşmesi, Madde 48-1.

güne kadar, tekrarında 15 günden 30 güne kadar olacağı ve toplam süresinin 6 ayı geçemeyeceği belirtilmektedir.¹⁰¹

Kanununun 13. maddesinin uygulanmasıyla ilgili olarak yine AYM'ye hak ihali başvuruları yapılmıştır. Erdal Türkmen başvurusu bu bakımdan verilen önemli bir karardır.¹⁰² Kanununun 5. maddesine ilişkin daha önce tartıştığımız Salih Söylemezoğlu kararından sonra “gerekçeli karar hakkı”nın ihlali bakımından Erdal Türkmen kararı önem taşımaktadır. Bahsedilen kararda başvuru 6284 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen zorlama hapsi kararına yapılan itirazda esaslı iddiaların cevaplandırılmaması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucu;

“zorlama hapsi kararına yaptığı itirazda; beyan ve delillerinin dikkate alınmadığını, Mahkemenin bu konuda herhangi bir değerlendirme yapmadığını, tedbir kararını ihlal ettiğinin iddia edildiği tarihte başka bir şehirde olduğunu, bu konuda tanıklarının dinlenmediğini, kamera kayıtlarının incelenmediğini, somut delillere rağmen dosyada hiçbir inceleme yapılmadan, yalnızca karşı tarafın iftira niteliğindeki beyanlarına dayanılarak hapis kararı verildiğini” ileri sürmektedir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede;

“6284 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının a, c, f bentleri uyarınca başvuru hakkında beş ay süreyle geçerli olmak üzere tedbir kararı verilmiş, lehine tedbir kararı verilenin talebi üzerine Emniyet tarafından 27/11/2015 tarihinde düzenlenen tutanak içeriğine göre Mahkemenin 4/12/2015 tarihli kararıyla başvuru hakkındaki tedbir kararına aykırı davrandığı belirtilerek 6284 sayılı Kanun'un 13. maddesi gereğince hakkında 3 gün zorlama hapsi verildiğini, (...) Zorlama hapsi kararının kesinleşmesinden sonra Mahkemenin tedbir kararına aykırı davranışın her tekrarında hapis süresini artırarak uygulayacağı yani zorlama hapsi kararının daha sonra verilmesi muhtemel hapis kararlarının müddeti üzerinde doğrudan bir etki göstereceği anlaşılmaktadır. Yine zorlama hapsi kararı, karar kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığı tarafından infaz edilecek; dolayısıyla verildiği anda uygulanma kabiliyeti olan önleyici ve koruma tedbir kararları için gerekli aciliyet unsuru bu aşamada söz konusu olmayacağını, (...) Söz konusu karardaki ilkeler göz önünde bulundurulduğunda, lehine tedbir kararı verilenin tek taraflı beyanına dayalı olarak düzenlenen tutanak içeriğine

¹⁰¹ 6284 sayılı Kanun, Madde 13-(1),(2)

¹⁰² Erdal Türkmen Başvurusu, B.N. 2016/2100, K.T. 4/4/2019.

göre zorlama hapsi kararının verildiği hallerde, başvuruçunun itiraz mercine sunduğu beyan ve delillerin dikkate alınıp incelendiğinin itiraz mercii kararında gösterilmesi gerekir. Zorlama hapsi kararının kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma sonucunu doğurduğu ve sonraki aşamada yapılması muhtemel ceza yargılamasında verilecek karara da etki edebileceği gözetildiğinde itiraz mercinin başvuruçunun iddialarını titizlikle incelemesinin önemi daha da artacağı, (...) Bu tespitler ışığında somut olayda itiraz mercinin kararında başvuruçunun dilekçesinde ileri sürdüğü itiraz ve deliller ile dinlenmesini istediği tanıklarla ilgili hiçbir hususa değinilmediği, delillerin dikkate alınmaması ve tanıkların dinlenmemesiyle ilgili olarak mahkeme kararında yeterli herhangi bir gerekçeye yer verilmediği, hapis kararına dayanak olgunun gerçekliğinin başvuruçunun beyan ve delillerinin etkili bir şekilde incelendiği sonucunu doğuracak ölçüde tartışılmadığı” (§40-48), anlaşıldığından gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine¹⁰³ karar vermiştir.

Zorlama hapsine ilişkin olarak Mahkemenin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı çerçevesinde verdiği iki karar göze çarpmaktadır. Bu kararlardan ilkinde¹⁰⁴ Mahkeme başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olarak değerlendirirken ikinci¹⁰⁵ başvuruda hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir. İlk başvuruda başvuruçucu “kesinleşen koruma kararı ile zorlama hapis kararlarının gerekçesiz olarak kaldırıldığını ve koruma kararının kaldırılması kararının kendisine tebliğ edilmediğini belirterek ailenin korunması, yaşam, etkili başvuru ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürm”üş (§ 25) ve Mahkeme yaptığı değerlendirmede;

“Başvuruçucu, kendisine ve ailesine Y.A.nın 1 km'den fazla yaklaşmamasına ilişkin karar ile Y.A. aleyhine verilen zorlama hapsi kararlarının itiraz üzerine kaldırılması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında devlete ait koruma yükümünün ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de devlete ait koruma yükümü, kamu makamlarının mutlaka kişinin tercih ettiği belirli bir önlemi almasını gerektirecek şekilde yorumlanamayacağı, (...) Başvuruçunun ruhsatlı silahı bulunan Y.A.nın kendisini ölümlü tehdit etmesi nedeniyle yaşam hakkının risk altında

¹⁰³ Aksı yönde karar için bakınız: Mustafa Karaca Başvurusu, B.N. 2020/15967, K.T. 20/5/2021.

¹⁰⁴ Eylem Çetin Demir Başvurusu, B.N. 2014/2302, K.T. 9/11/2017

¹⁰⁵ Ö.T. Başvurusu, B.N. 2015/16029, K.T. 19/2/2019.

olduğu iddiasıyla yaptığı başvuru karşısında kamu makamları, Y.A.nın tabancasını ilgili makamlara teslim etmesi yönünde karar almış ve kararın gereğinin yerine getirilmesini sağlamışlardır. Ayrıca Y.A.nın başvurucu ve aile bireylerine yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına, bu kişilerin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesine, iletişim araçlarıyla veya sair surette kişileri rahatsız etmemesine, buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmamasına ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmamasına karar verildiği (...) Başvuruya konu olaylar, ileri sürülen tehdidin boyutu ve başvurusunun kişisel koşulları bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurusu ve ailesinin maruz kaldığı tehdide ilişkin kamu makamlarının hareketsiz kalmadıkları, kamu makamları tarafından alınan tedbirlerin başvurusu ve ailesinin korunması noktasında açıkça yetersiz olmadığı, başvurusunun şikâyetleri hakkında soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin başlatıldığı dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında devlete ait koruma yükümlülüğüne yönelik bir ihlalin olmadığına açık olduğu anlaşıl"dığı için kabul edilemezlik kararı vermiştir (§36-42).

İkinci başvuruda başvurusu,

“koruma kararının geçerli olduğu beş ay içinde boşanma sürecinde olduğu eşi tarafından darbedildiğini, buna rağmen derece mahkemelerinin yanlış değerlendirmeleri sonucu zorlama hapsi talebinin reddedildiğini belirtmiştir. Başvurusu bu nedenle can güvenliğinin korunmasında kamu makamlarının gerekli hassasiyeti göstermediğini ifade ederek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür” (§ 20), Mahkeme yaptığı değerlendirmede, “somut olayda zorlama hapsi talebinin reddi nedeniyle başvurusunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı bağlamında kamu makamlarının pozitif yükümlülükleri yönünden inceleme yapılması gerek”tiği (...) “koruma kararının geçerli olduğu beş aylık süre içinde başvurusunun eşi tarafından darbedildiği anlaşılmaktadır. Başvurusunun Aile Mahkemesine sunduğu dilekçede 9/11/2014 tarihli darp eylemini gerekçe göstererek zorlama hapsi talebinde bulunduğu görülmektedir. Zorlama hapsi talebini reddeden derece mahkemesinin kararında koruma kararının geçerliliğini yitirdiği tarihten sonraki eylemlerin zorlama hapsi için gerekçe olamayacağı belirtilmesine karşın hangi eylem tarihinin esas alındığı konusunda hiçbir açıklama ve bilgi bulunmadığı, başvurusunun ileri sürdüğü 9/11/2014 tarihli darp olayına ilişkin hiçbir değerlendirme ve gerekçe ortaya konulmadığı anlaşılmıştır. Buna göre karardaki gerekçelerin

başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirildiğinden söz edile”meyeceğinden (§30-35) hareketle hak ihlali kararı vermiştir.

6284 sayılı Kanun yayımlanmasıyla birlikte bazı yeni mücadele mekanizmalarını da tanımlamaktadır. Bu kapsamda “Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri (ŞÖNİM)”, “*şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verildiği, çalışmalarını yedi gün yirmi dört saat esası ile yürüten merkezler*”¹⁰⁶ olarak belirtilmektedir. ŞÖNİM’ler öncelikle pilot uygulama ile birkaç ilde kurulan merkezler olarak ortaya çıkmış, daha sonra yaygınlaştırılarak bütün illerde kuruluşu 2020 yılı itibarıyla gerçekleştirilmiştir.¹⁰⁷ Kanunun 3. bölümü ŞÖNİM’lerin kurulması, koordinasyonun sağlanması ve destek hizmetlerinin verilmesiyle ilgilidir. Uluslararası yükümlülükler kapsamında sosyal, ekonomik ve psikolojik destek hizmetlerinin sağlanması ŞÖNİM’lere verilmiştir. Devletin yükümlülükleri olarak belirtilen “mağdurun şiddetin verdiği zararlarını gidererek tam bir iyileşme sağlayabilecek” ekonomik, sosyal ve psikolojik destek hizmetlerinin yürütücüsü ve hukuki tedbirlerin alınması, destek hizmetleriyle birlikte etkin biçimde yürütülmesi için diğer kurumlar arasında eşgüdüm ve koordinasyonu sağlayıcı, ilgili mevzuatla belirlenen kuruluşlar ŞÖNİM’lerdir.¹⁰⁸ Bu hizmetler koordinasyon hizmetinin yanı sıra “psiko-sosyal hizmetler”, “hukuki destek hizmeti”, “eğitim ve meslek destek hizmeti”, “sağlık destek hizmeti”, “ekonomik destek hizmeti”, “müdahale ve yönlendirme hizmeti” ile “önleyici hizmetler” başlıklarıyla 2016 yılında yayımlanan ŞÖNİM hakkında yönetmelikte yer almaktadır. Mevzuatta merkezi bir konumda tanımlanmasına karşın konuya ilişkin AYM kararlarında en az bahsi geçen aktör kurum ŞÖNİM’dir.

¹⁰⁶ 6284 sayılı Kanun, Madde 2-f.

¹⁰⁷ KSGM, Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele IV. Ulusal Eylem Planı (2021-2025), Ankara 2021. (<https://www.aile.gov.tr/media/82082/kadina-yonelik-siddetle-mucadele-iv-ulusal-eylem-planı-2021-2025.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

¹⁰⁸ ŞÖNİM Hakkında Yönetmelik, 2016.

IV. SONUÇ

Uluslararası sözleşme yükümlülüklerine göre 6284 sayılı kanun değerlendirildiğinde, kanunun bu yükümlülüklerle uygun tarzda şiddetle mücadelede bütüncül ve çok aktörlü bir yaklaşım içerdiği söylenebilir. Bu yaklaşımın mevzuatta tanımlı olması önemlidir, ancak yeterli değildir. Uygulamada da şiddet mağduru kadının ihtiyaç duyacağı hizmetlerle CEDAW hükümlerinde anlatıldığı üzere “tam iyileşmesinin” sağlanması, duruma/vakaya özgü tedbirlerle şiddet sarmalından çıkarılması gerekmektedir. Bunun için ise bütün aktör kurumların koordinasyon içinde, gerekli kapasitelerle çalışarak vakaya yerinde ve etkin müdahalesinin sağlanması gerekmektedir.

6284 sayılı Kanun kapsamında aile içi ve kadına karşı şiddet konusunu bireysel başvurular çerçevesinde ele alan bu çalışmada 30 bireysel başvuru kararı incelenmiştir. İçerik bakımından ise 23 karara çalışmada yer verilmiştir. İncelenen kararların çoğunluğunun adil yargılanma hakkı kapsamında “gerekçeli karar hakkı” çerçevesinde değerlendirildiği ve ekseriyetle aleyhine tedbir istenen kişilerin haklarının ihlal edildiği görülmektedir. Başvurucuların çoğunlukla erkek olması, 6284 sayılı Kanun kapsamında şikayet edilen kişilerden oluşması önemli bir bulgudur. Kanun kapsamında hak ihlali iddiası Ekim 2023 itibarıyla çoğunlukla şiddete maruz kalan kadınlardan değil, şiddet uyguladığı iddia edilen erkeklerden gelmektedir. Hak ihlalleri sadece gerekçeli karar hakkı çerçevesinde değil, aynı zamanda masumiyet karinesi, şeref ve itibar hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması, koruma ve etkin soruşturma yükümlülüğü kapsamında yaşam hakkı, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı gibi geniş bir hak yelpazesinde yaşanmıştır. Bu bakımdan şu tespiti yapmak mümkündür: Aile içi ve kadına karşı şiddetle mücadele etmek, temel bir insan hakkı meselesidir. Bir hakkın korunması için yapılan eylem ve işlemlerle yeni hak ihlallerinin ortaya çıkmaması gerekir. Bu bakımdan devlet erkleri fonksiyonlarını icra ederken bu durumu göz önüne almalıdır. Ancak incelenen AYM kararları da göstermektedir ki kimi hallerde “bir hakkın korunması” adına “başka hak ihlalleri” yaşanabilmektedir. Bu tür ihlallerin ise vakaya özgü tedbir kararı verilmemesinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Kararlarda da atıf yapıldığı üzere 6284 sayılı Kanunda koruyucu tedbirlerin “belge ve delil aranmaksızın”, önleyici tedbirlerin ise “geciktirilmeksizin” yerine getirileceği belirtilmiştir. “Başka hak ihlallerini” önlemek aslında kanunu gerektiği gibi uygulamaktan geçmektedir: Önleyici tedbir kararları başkalarının özgürlüğünü sınırlayıcı nitelikte olduğu için bu kararların

belge ve delil aranmaksızın değil, geciktirilmeksizin verilmesi kanunda esas gösterilmiştir. Dolayısıyla kanun uygulayıcıların hızlı bir soruşturma ile belge ve delil toplamasına engel bir durum yoktur. Özellikle önleyici tedbir kararları vakaya özgü biçimde, risk değerlendirmesine tabi tutularak verildiğinde ihlallerin önlenebileceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Feride: CEDAW'dan İstanbul Sözleşmesi'ne: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslararası Standartların Evrimi, F. Kaya, N. Özdemir, & G. Uygur (Editör), Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-içi Şiddet içinde (s. 61-76), Savaş Yayınevi, Ankara 2014.
- ALTINAY, A. G. ve ARAT, Y. : Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddet, Punto Baskı Çözümleri, İstanbul 2008.
- ASLAN DÜZGÜN, Ülgen: Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Amacıyla Hakim ve Kolluk Amiri Tarafından Verilebilecek Koruyucu ve Önleyici Tedbir Kararları, C. Taştan, & A. Küçük Yıldız (Editör), Kadına Karşı Şiddetle Mücadele: Hukuk, Deneyimler ve Aktörler (s. 23-44), Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2018.
- BERKTAY, Fatmagül: Tarihin Cinsiyeti, Metis Yayınları, İstanbul 2015.
- CONNELL, R. W.: Toplumsal Cinsiyet ve İktidar: Toplum, Kişi ve Cinsel Politika. (C. Soydemir, Çev.) Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017.
- DİNER, Çağla ve TOKTAŞ, Şule, Türkiye'de Kadın Sığınma Evleri: Yasal Süreçler ve İdari Uygulamalar, E. Çelebi, D. Havlioğlu ve E. Kayaalp (Editör), Sınır Bilgisi & Siyasal İktidar: Toplumsal Mekan ve Kadına Yönelik Şiddet (s. 109-137), Ayizi Kitap, Ankara 2014.
- DOĞAN, Recep: Namus, Töre ve Eril Şiddet, Ütopya Yayınevi, Ankara 2016.
- ERAY, Şenay: Yeni Kurumsalcı Yaklaşımlar Çerçevesinden Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Kamu Politikası: Eğitim ve Siyasal Katılım Alt Politika Örnekleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.
- ERTÜRK, Yakın: Sınır Tanımayan Şiddet: Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu, Metis Yayınları, İstanbul 2015.
- GELLES, R. J.: Family Violence, R. L. Hampton, T. P. Gullotta, G. R. Adams, E. H. Potter III, & R. P. Weisberg (Editör), Family

Violence: Prevention and Treatment Vol.1 Issues in Children's and Families' Lives (s. 1-24), Sage Publication, 1993.

GÜNAY, Mehmet, 6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler, TAAD, Yıl 3, Sayı 10 (Temmuz 2012).

KARINCA, Eray: Neden Kız Doğursun Analar? F. Kaya, N. Özdemir, & G. Uygur (Editör) Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet (s. 137-142), Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

KSGM, Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele IV. Ulusal Eylem Planı (2021-2025), Ankara 2021. (<https://www.aile.gov.tr/media/82082/kadina-yonelik-siddetle-mucadele-iv-ulusal-eylem-plani-2021-2025.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

KURST-SWANGER, K. ve PETCOSKY, J: Violence in the Home: Multidisciplinary Perspectives. Oxford University Press, 2003.

MOROĞLU, Nazan: Birleşmiş Milletlerden Şiddetle Mücadelede Kararlı Bir Adım CEDAW Genel Tavsiye No. 35, 2018. (<https://nazanmoroglu.com/wp-content/uploads/2018/11/CEDAW-Genel-Tavsiye-No.-35.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

OĞUZ, Gürsel Yaktıl: Toplumsal Yaşamda Kadın, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2009.

RITTERSBERGER-TILIÇ, Helga: Aile İçi Şiddet: Bir Sosyolojik Yaklaşım, 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek Konferansı (s. 119-130) içinde, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998.

SCOTT, Katreena: Predictors of Change Among Male Batterers: Application of Theories and Review of Empirical Findings, Trauma, Violence and Abuse, 5(3), Yıl: 2004, s. 260-284.

TEZEL ŞAHİN, Fatma ve KURTULMUŞ, Z.: Değişen Aile Yapısı, Aile İçi Roller ve Aile İçi İlişkiler, E. D. M. Korkmaz (Editör), Dünyada, Türkiye'de Kadın ve Şiddet (s. 167-192), Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2015.

UNFPA: Kolluk Eğitimleri Eğitici El Kitabı, Ankara 2018.

UYGUR, Gülriz, ÇAĞLAR GÜRGEY, F. : Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları İhlali ve Bunun Bir Örneği Olarak Kadına Yönelik Şiddet, F. Kaya, N. Özdemir ve G. Uygur

Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Aile İçi ve Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Üzerine Bir İnceleme

(Editör), Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet (s. 9-60), Savaş Yayınları, Ankara 2014.

UYGUR, Gülriz: İstanbul Sözleşmesi Işığında Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Temel Yaklaşımı, B. Yarar içinde, Şiddetin Cinsiyetli Yüzleri, s. 193-210, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.

WHO: Global Consultation on Violence and Health, Geneva 1996.

WHO, Violence Against Women Prevalence Estimates, 2018: Global, Regional and National Prevalence Estimates for Intimate Partner Violence Against Women and Global and Regional Prevalence Estimates for Non-Partner Sexual Violence Against Women, World Health Organization, Geneva 2021.

Mevzuat

BM CEDAW, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 1979

(<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

BM CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 12, 1989. (<https://www.refworld.org/docid/52d927444.html> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

BM CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 19, 1992. (<https://www.aile.gov.tr/media/35255/cedaw-genel-tavsiye-kararlari-1986-2013.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

BM CEDAW, Genel Tavsiye Kararı, No. 35, 2017. (<https://kadinininsanhaklari.org/wp-content/uploads/2018/08/CEDAW-General-Recommendation-35-ceviri-Nazan-Moroğlu.pdf> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

BM Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri (DEVAW), 1993. (<https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/cok>

[taraflioz/bm/bm_19.pdf](#) adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 2011. (<https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention> adresinden alındı. Erişim Tarihi: Haziran 2022.)

Kararlar

Ankara 9. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2001/01496E. ve 2002/00310K. sayılı kararı ve Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2003/4048E. ve 2004/2528K. sayılı onama kararı

AİHM, Salabiaku-Fransa Davası, 7 Ekim 1988, Seri A No. 141-A

A.B. Başvurusu, B.N. 2018/2626, K.T. 14/10/2020.

A.Z.Ö Başvurusu, B.N. 2014/546, K.T. 19/12/2017.

Ahmet Ertan Çınar Başvurusu, B.N. 2018/32978, K.T. 7/9/2021.

Emre Kaya Başvurusu, B.N. 2018/743, K.T. 10/2/2021.

Ercan Şahin ve Diğerleri Başvurusu, B.N. 2018/8030, K.T. 2/2/2022.

Erdal Türkmen Başvurusu, B.N. 2016/2100, K.T. 4/4/2019.

Eylem Çetin Demir Başvurusu, B.N. 2014/2302, K.T. 9/11/2017.

Fatma Güneş Başvurusu, B.N. 2016/8300, K.T. 3/6/2020.

Gülbahar Yeni Başvurusu, B.N. 2019/17533, K.T. 19/1/2022.

K.Ş. Başvurusu, B.N. 2016/14613, K.T. 17/7/2019.

M.M.Ç Başvurusu, B.N. 2014/12971, K.T. 1/2/2017.

M.Ş.N. Başvurusu, B.N. 2018/3789, K.T. 7/4/2021.

Murat Demircan Başvurusu, B.N. 2019/37343, K.T. 22/9/2022.

Mustafa Atak Başvurusu, B.N. 2018/27304, K.T. 24/2/2021.

Mustafa Karaca Başvurusu, B.N. 2020/15967, K.T. 20/5/2021.

Ö.T. Başvurusu, B.N. 2015/16029, K.T. 19/2/2019.

Özlem Tuncel Kaya Başvurusu, B.N. 2013/8868, K.T. 10/3/2016.

Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Aile İçi ve Kadına Yönelik Şiddetle
Mücadele Üzerine Bir İnceleme

S.M. Başvurusu, B.N. 2016/6038, K.T. 20/6/2019.

Salih Söylemezoğlu, B.N. 2013/3758, K.T. 6/1/2016.

Semra Özel Üner Başvurusu, B.N. 2014/12009, K.T. 26/10/2016.

T.A. Başvurusu, B.N. 2017/32972, K.T. 29/9/2021.

T.K. Başvurusu, B.N. 2017/27041, K.T. 11/12/2019.

ÇOĞUNLUKÇU-ÇOĞULCU DEMOKRASİ İKİLEMİNDE PARTİ İÇİ DEMOKRASİ ANLAYIŞI VE CUMHURBAŞKANCI HÜKÜMET SİSTEMİNE YANSIMALARI

Mustafa OKŞAR*

ÖZ

Ülke geneline egemen olan demokrasi anlayışının çoğunlukçu veya çoğulcu bir yapı göstermesi, parti içi demokrasi anlayışıyla yakın bir ilişki içindedir. Siyasi partilerin iç işleyişlerinde lider sultanının egemen olması, ülke düzeyindeki demokrasi anlayışının da çoğulcu eksenden çoğunlukçu eksene kaymasına neden olmaktadır. Kendi içinde çoğulcu bir demokrasi anlayışını benimseyememiş ve lider sultanı altında kararlar alan bir siyasi partinin, iktidara geldiğinde ülke düzeyinde bir çoğulcu demokrasi anlayışını gerçekleştirebilmesi ve sürdürebilmesi mümkün gözükmemektedir. Türkiye’de siyasi partilere katı disiplin ve lider sultanı egemendir. 1982 Anayasasında 2017 yılı değişiklikleriyle siyasi partisiyle ilişkisi kesilmeyen Cumhurbaşkanını odak noktaya alacak şekilde kurgulanan cumhurbaşkanı hükümet sistemi, Meclis çoğunluğu-siyasi parti-Cumhurbaşkanı eksenini üzerinden parti düzeyinden başlayarak ülke genelinde uygulama alanı bulabilecek bir lider hegemonyasına ve bu bağlamda çoğunlukçu

* Dr. Öğr. Üyesi, Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü,
E-Mail: musoksar@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2147-1042.
Makalenin Gönderim Tarihi : 25.07.2023.
Makalenin Kabul Tarihi : 21.11.2023.

demokrasi anlayışına zemin hazırlamaktadır. Bu zemin üzerinde şekillenen anayasal pratikler, sistemin, kişisel iktidara doğru evrilmesinin yolunu açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, çoğunlukçu demokrasi, çoğulcu demokrasi, parti içi demokrasi, parti disiplini, lider hegemonyası.

THE UNDERSTANDING OF INTRA-PARTY DEMOCRACY IN THE MAJORITARIAN-PLURALISTIC DEMOCRACY DILEMMA AND ITS REFLECTIONS ON THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM

ABSTRACT

The fact that the understanding of democracy that dominates the country has a majoritarian or pluralist structure is in a close relationship with the understanding of intra-party democracy. The dominance of the leader in the internal functioning of political parties causes the understanding of democracy at the country level to shift from the pluralist axis to the majoritarian axis. It does not seem possible for a political party that has not been able to adopt a pluralistic understanding of democracy within itself and that makes decision under the authority of its leader, to be able to realize and maintain a pluralistic understanding of democracy at country level when it comes to power. In Turkey, political parties are dominated by strict discipline and leadership supremacy. The presidential government system, which was designed to focus on the President, whose ties with his political party were not severed with the 2017 amendments to the 1982 Constitution, provides a leader that can be implemented throughout the country, starting from the party level, through the axis of the Parliament majority-political party-President. It paves the way for hegemony and, in this context, the majoritarian understanding of democracy. Constitutional practices take the form of on this basis pave the way for the system to evolve towards individual power.

Keywords: Presidential system of government, majoritarian democracy, pluralistic democracy, intra-party democracy, party discipline, leader hegemony.

I. GİRİŞ

İktidarı ele geçirme amacını güden siyasi partilerin, çoğunluk iradesinin oluşturulmasında önemli bir işlev gördüğü açıktır. Bu demokratik işlevsellik o kadar etkindir ki, birçok çağdaş anayasada siyasi partilere ilişkin düzenlemelere yer verilmekte ve demokrasinin vazgeçilmez bir unsuru olduğu vurgulanmaktadır.¹ Siyasi partilerin varlığı ile demokratik rejim arasında sıkı bir ilişki söz konusudur. Geniş ve karmaşık olan toplumlarda, yönetilenlerle yönetenler arasında bağlantıyı en iyi şekilde sağlama araçlarından biri olan ve halkın siyasal katılımını sağlayan siyasi partiler² halk iradesinin belirli bir yönde toplanması açısından etkin ve önemli işlevler görmektedir. Partisiz demokrasinin bir ütopya olduğu ve bu bağlamda siyasi partilerin yasaklanmasının veya ortadan kaldırılmasının, demokratik hukuk düzenini yıkmakla aynı anlama geldiği söylenebilir.³ Bununla birlikte demokrasilerdeki temel rollerine ve önemlerine rağmen siyasi partilerin eleştiriye açık yönlerinin bulunduğu da bir gerçektir. Nitekim Georges Vedel, “demokrasi, gerçi siyasi partiler olmaksızın yaşayamaz, ancak

¹ Örneğin 1961 Anayasasında (m.56/3) ve 1982 Anayasasında (m.68/2) yer alan düzenlemelerde, siyasal partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu belirtilmektedir. Ayrıca Almanya (m.21), Bulgaristan (m.11), Fransa (m.4) İspanya (m.6), İtalya (m.m.19), Macaristan (m.VIII), Polonya (m.11), Portekiz (m.10), Romanya (m.8) ve Yunanistan (m.29) Anayasalarında benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. İnceleme konusu yapılan 23 anayasadan, altısında (ABD, Avusturya, Belçika, Danimarka, Hollanda, İrlanda) siyasi partilere ilişkin düzenlemelere yer verilmediği görülmektedir. Bkz. BİLGİN, Murat (2022), “Seçimler ve Siyasi Partiler”, *Konularına Göre Karşılaştırmalı Dünya Anayasaları*, TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, TBMM Basımevi, 1. B., Ankara, 2022, s.242-249. https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2022/konularina_gore_karsilastirmali_dunya_anayasalari.pdf, (Erişim Tarihi: 23 Mart 2023).

² Bkz. ÖZBUDUN, Ergun (1977), *Siyasal Partiler*, AÜHF. y., Ankara, 1977, s.162.

³ Bkz. TUNAYA, Tarık Zafer (1982), *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5.B., Ekin y., İstanbul, 1982, s.279.

siyasi partiler yüzünden ölebilir de” sözleriyle demokrasi açısından temel bir tehlikeyi vurgulamaktadır.⁴

Demokrasilerin özünde çoğunluğun yönetimine dayandığı yönünde genel bir kabul bulunmakla birlikte; önemli olan çoğunluğun yönetim hakkının ne derece mutlak olduğudur.⁵ Bu bağlamda, çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi anlayışları gündeme gelmektedir. Öte yandan ülke düzeyinde çoğulcu bir demokrasi anlayışını gerçekleştirmek ve sürdürmek için siyasi partilerin iç işleyişte çoğulcu bir anlayışa sahip olmaları ve kendi içlerinde farklı ve ayrık düşüncelerin yaşayabileceği bir ortam sağlamaları önemli bir gerekliliğe işaret etmektedir. Aksi durumda, kendi iç işleyişlerinde çoğulcu demokrasi anlayışına sahip olmayan ve lider sultanın egemen olduğu siyasi partilerin ülke düzeyinde çoğulcu bir demokrasi anlayışının yerleşmesi için mücadele vermesi gerçekçi ve anlamlı bir olguya işaret etmeyecektir.

2017 anayasa değişiklikleriyle kurgulanan Cumhurbaşkanlığı⁶ hükümet sisteminin, parti içinde esas alınan demokrasi anlayış ve uygulamalarını partili Cumhurbaşkanı üzerinden ülke yönetimine yansıtılması olanağı tanıdığı görülmektedir. Bu bağlamda kendi içinde çoğulcu demokrasi anlayışını sağlayamayan ve lider sultanı altında bulunan partilerin, ülke düzeyinde çoğunluk zorbalığına/baskısına yol açacak bir eksen üzerinde ilerlemesi olasılığı artmaktadır. Parti içi düzenden kaynaklı lider sultanın ülke düzeyinde partili tek kişiyi

⁴ Bkz. ÖZBUDUN (1977), *a.g.e.*, s.163. Hitler'in Nasyonal Sosyalist Partisi ile Mussolini'nin Faşist Partisi'nin tüm insanlığa yaşattıkları, G. Vedel'in tespitini doğrulayan en trajik örneklerdir. Bkz. ÇOŞAR, Vedat Ahsen (2009), “Siyasi Partilerin Yasaklanması ile İlgili Venedik Kriterleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y.67, S.2, Ankara, 2009, s.123.

⁵ Bkz. GÖZLER, Kemal (2020), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, 2. B., Ekin y., Bursa, 2020, s. 716.

⁶ 1982 Anayasasında 2017 değişiklikleriyle kurgulanan hükümet sistemi çerçevesinde erkler ayrılığı ilkesi dışlanarak, erklerin Cumhurbaşkanında toplanmasının yolunun açılması ve uygulamanın da bu yönde ilerleme göstermesi nedeniyle, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi yerine “cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” nitelendirmesi ve ifadesi tercih edilmiştir. Her alanda tek iradenin baskın ve yoğun bir yetkiye sahip olduğu, erklerin tek kişide toplandığı bir hükümet sistemini, bu şekilde ifade etmenin, mevcut durumu daha gerçekçi olarak yansıttığını düşünmekteyiz.

egemen kılan bir hükümet sistemi kapsamında çoğulcu demokrasi anlayışını önceleyen bir yönetimi sürdürülebilir kılmak pek mümkün gözükmemektedir. Yürütme organı üzerinde hiyerarşik yetkilere sahip partili Cumhurbaşkanının, uygulamada Mecliste çoğunluğu sağlayan partisi üzerinden yasama organını yetkilerini de kendi kişiliğinde toplaması, parti içi lider sultasının/hegemonyasının ülke ölçeğinde gerçekleşmesinin yolunu açmıştır.

Bu çalışmada, çoğunluk ilkesi ekseninde çoğulcu ve çoğunlukçu demokrasi anlayışları genel hatlarıyla irdelenmiştir. Disiplinli yapının parti içinde baskı aracı olarak kullanılmasından kaynaklı sorunlar ve parti içi işleyişe egemen olan lider sultasının/hegemonyasının ülke ölçeğindeki demokrasi anlayışına yansımaları incelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca 1982 Anayasasında 2017 yılında yapılan değişikliklerle tasarlanan cumhurbaşkanı hükümet sistemi döneminde gerçekleşen anayasal pratikler (uygulama) çerçevesinde, parti içi lider sultasının ülke ölçeğinde uygulama alanı bulan bir lider hegemonyasına dönüşmesi, ülke düzeyinde çoğunlukçu demokrasi anlayışının egemen kılınması, yasama ve yürütme erklerinin Cumhurbaşkanında birleşmesi ve devlet yönetiminin kişisel iktidara evrilmesi sorunları irdelenmeye çalışılmıştır.

II. ÇOĞUNLUKÇU DEMOKRASİ VE ÇOĞULCU DEMOKRASİ İKİLEMİNDE PARTİ İÇİ DEMOKRASİ ANLAYIŞI

Demokrasiler özünde çoğunluğun yönetimine dayanmaktadır. Bununla birlikte demokrasinin vazgeçilmez ilkesi olarak kabul edilen çoğunluk ilkesi, uygulama bakımından kendi içinde birçok sorunu barındırmaktadır. Bu bağlamda, çoğunluk karşısında azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ve çoğunluk yönetiminin azınlık haklarıyla sınırlandırılması konularında çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi anlayışları gündeme gelmektedir. Öte yandan, ülke düzeyinde egemen olan demokrasi anlayışının çoğunlukçu veya çoğulcu bir eksen üzerinde ilerlemesi, parti içi demokrasi anlayışıyla yakın bir ilişki içindedir. Ülke ve parti ölçeklerinde gerçekleşen demokrasi anlayışları belli bir koşutluk göstermektedir. Siyasi partilerin iç işleyişlerinin çoğulcu bir demokrasi anlayışından uzaklaşarak, oligarşik bir yapı üzerinden lider sultasına açık hâle gelmesi, ülke düzeyindeki demokrasi

anlayışının çoğunlukçu eksen üzerinden şekillenmesine neden olmaktadır. Gerçekte bu farklı ölçeklerde gerçekleşen demokrasi anlayışlarının ve uygulamanın belirlenmesi bakımından aynı kriterler ve yaklaşımlar esas alınmaktadır. Çoğunluk ilkesi ekseninde demokrasi anlayışlarının ortaya konulmasında esas alınan kriterler, parti içi demokrasi anlayışının belirlenmesinde de geçerli olmaktadır. Bu çerçevede, kısaca çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi anlayışlarının ortaya konması ve bu anlayışların parti içi demokrasiye yansımalarının irdelenmesi yerinde bir yaklaşım olacaktır.

A. Çoğunluk İlkesi Ekseninde Çoğunlukçu ve Çoğulcu Demokrasi Anlayışları

Demokrasiler, ilke olarak gerçeğin, sağduyunun ve adaletin çoğunluğun kararında yattığına inanmaktadırlar.⁷ Çoğunluğun daha doğruyu bulacağı ve daha doğru karar vereceği görüşü genel anlamda kabul edilen bir görüştür.⁸ Demokrasiyi savunanlar ve eleştirenler de çoğu kez demokrasinin çoğunluk yönetimi olduğunu ve bunu gerektirdiğini benimsemişlerdir.⁹ Çoğunluk ilkesinin demokrasilerde haklılaştırılması nedenlerini dört gurup altında toplayan Dahl, *kendi kaderini tayin olanağının azamileştirilmesi; akla uygun gerekliliklerin zorunlu bir sonucu olarak çoğunluk yöntemi; çoğunluğun doğru kararları üretmeye daha yatkın olması; faydanın azamileştirilmesi* durumlarını, demokratik rejimlerde çoğunluk ilkesinin haklılaştırılması sebepleri olarak ileri sürmektedir.¹⁰ Bu ilkenin, demokrasilerin vazgeçilmez ilkesi olduğu vurgulanmakla birlikte, yaklaşımın eleştiriye açık birçok yönünün bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bu bağlamda, azınlığın kendini yönetme hakkının olmaması, gerçekte parçalı azınlık iradelerinin niceliksel (sayısal) toplamında çoğunluğu oluşturan olarak azınlıkta kalma durumunun göz ardı edilmesi, demokratik süreçte eşitliğin ve

⁷ Bkz. TUNCAY, Suavi (2000), *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, 2.B., Gündoğan y., İstanbul, 2000, s. 80-81.

⁸ TURHAN, Mehmet (2004), *Anayasal Devlet*, 3.B., Naturel y., Ankara, 2004, s.132.

⁹ DAHL, Robert A. (1993), *Demokrasi ve Eleştirileri* (Çev.: KÖKER, Levent), Türk Demokrasi Vakfı y., Ankara, 1993, s.169.

¹⁰ Bkz. DAHL (1993), *a.g.e.*, s.169-191.

tarafsızlığın tam olarak sağlanamaması, azınlıkta kalan irade açısından azami faydanın sağlanamaması, çoğunluk iradesinin de gerçekte azınlıkların veya tek bir kişinin yönetimine terk edildiği gibi konular eleştirel yaklaşımları yansıtmaktadır.¹¹

Çoğunluk ilkesi, halk iradesinin belirlenmesi sürecinde kümelenen iradelerin etkinliği ve iktidara yansımaları açısından farklı demokrasi anlayışlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu farklı anlayışların altında, genellikle halk kavramına değişik anlamlar yüklenmesi yatmaktadır. Demokrasi tanımının asli unsuru olarak kabul edilen halk kavramının anlamı üstünde birbirinden farklı, hatta birbiriyle pek bağdaşmayan iki anlayış bulunduğu söylenebilir. Bunlar kısaca halkın *bireyci ve toplulukçu (bütüncül)* anlayışlarıdır. Bireyci anlayışta halk, her biri özerk kararlar alma hakkına sahip olan özgür ve eşit bireylerin toplamından ibaret görülmektedir. Bu anlayış çoğunlukçu demokrasi anlayışının aksine, çoğulcu demokrasi anlayışını yansıtmaktadır. Buna karşılık, *toplulukçu* görüşte halk, ortak veya kolektif çıkarla birbirine bağlanmış tek ve bölünmez bir bütün olarak görülmektedir. Bu bağlamda halk, sadece bir toplumun belli bir andaki tek tek üyelerinden oluşan bir varlık olmayıp; bu bireylerin kendilerini içinde buldukları kurumlar, yapılar ve kültür yanında geçmiş ve gelecekteki üyeleri de kapsayan bir anlayışı yansıtır. Böyle bir anlayış, her bir bireyin özel iradesinden ziyade genel irade üzerinde odaklaşan, Rousseau'nunki¹² gibi bir demokrasi modeline yol açmaktadır.¹³ Bu bağlamda demokrasinin gelişimini doğrudan hazırlayan halk/millet

¹¹ Bu konuda bkz. ARBLASTER, Anthony (1999), *Demokrasi*, (Çev.: YILMAZ, Nilüfer), 1.B., Doruk y., Ankara,1999, s.100-107.

¹² Rousseau'nun yaklaşımında genel irade, çoğunluğun iradesi olarak kabul edildiğinden, genel irade dışında kalan azınlık iradesinin çoğunluk iradesine tabi kılınması söz konusudur. Hatta bu kapsamda, genel irade dışında kalmış, azınlığa düşmüş iradenin, çoğunluk iradesini kabullenmesinin zorunlu bir sonuç olduğu, buna katlanılmadığı takdirde gerektiğinde zora başvurulabileceği savunmuştur. Rousseau'nun bu yaklaşımları, azınlık iradesini ve haklarını dışlayan çoğunlukçu (mutlak) demokrasi anlayışının yeşermesine ve uygulama alanı bulmasına neden olmuştur. Bkz. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, (Çev.: ERENULUĞ, Alpagut), 3.B., Öteki y., Ankara, 1999, s.45-51.

¹³ Bu konuda bkz. ERDOĞAN, Mustafa (2001), *Anayasal Demokrasi*, 4.B., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001, s. 197.

egemenliği¹⁴ düşüncesi, genel iradede çoğunluğun iradesine geçişi neredeyse önleyememekte ve oybirliği kısa sürede yerini tartışmaya, anlaşmazlığa, bir yanda bir azınlığın, öte yandan bir çoğunluğun örgütlenmesine bırakmaktadır.¹⁵ Bunun sonucu olarak demokratik mantıklar, “biz” ile “onlar”, “halk”a ait olanlar ve dışındakiler arasında bir sınır çekilmesine yol açmaktadır.¹⁶ Nitekim Sartori, halk kavramının sınırlı çoğunluk (çoğulcu) ilkesine göre nitelendirilmesi gerektiğini ve çoğunluğun hiçbir hakkının salt yani sınırsız olmadığını vurgulamaktadır. Bu bağlamda, halk herkesten oluşmadığı gibi, yurttaşların büyük bir bölümüne de indirgenemez. Halkın niceliksel bir çoğunluk ölçütüne dönüştürülmesi, sadece bir “uygulamalı tanımlamaya” yol açacaktır. Başka bir anlatımla, seçim sürecinde halk, çoğunluk ve azınlığa bölünmektedir. Ancak gerçekte halk, gene de tümüyle çoğunluk artı azınlıktan oluşmaktadır. Bu çerçevede çoğunluk ölçütü, hatalı bir şekilde sınırsız bir çoğunluk egemenliğine dönüşürse, bu dönüşüm halkın bir bölümünün halk olmaktan çıkmasına, dışarıda bırakılmasına neden olacaktır. Aksine azınlık haklarıyla sınırlandırılmış bir çoğunluk egemenliği biçiminde anlaşılan demokrasi, halkın yani çoğunluk artı azınlık toplamının tam karşılığını oluşturacaktır.¹⁷

Çoğunluk ilkesi bağlamında oluşan iradenin kapsamı, uzlaşmış irade sayısı bakımından farklı bir sorunu gündeme taşımaktadır. Gerçekte çoğunluğu sağlayan irade toplamı, *millet-halk-seçmen* ekseninde¹⁸

¹⁴ Demokrasinin hareket noktası kuşkusuz halk/millet egemenliği düşüncesidir. Halk egemenliği ile milli egemenlik teorileri arasında kuramsal olarak farklılıklar olduğu ileri sürülmekte ise de günümüz uygulamaları bakımından demokratik anayasalar çerçevesinde bu farklılıkların birebir karşılık bulmadığını belirtmek gerekir. Bu konuda bkz. GÖZLER (2020), *a.g.e.*, C. I, s. 508-513.

¹⁵ TOURAINE, Alain (2004), *Demokrasi Nedir?*, (Çev.: KUNAL, Olcay), 4.B., Yapı Kredi y., İstanbul, 2004, s. 37,117.

¹⁶ MOUFFE, Chantal (2009), *Demokratik Paradoks*, (Çev.: AŞKIN, A. Cevdet), 2. B., Epos y., Ankara, 2009, s.16.

¹⁷ Bkz. SARTORİ, Giovanni (1993), *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev.: KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer-TURHAN, Mehmet), Türk Demokrasi Vakfı y., Ankara, 1993, s. 34-35.

¹⁸ Millet (ulus) kavramı, bir toplumun geçmişini ve geleceğini de kapsayacak şekilde özellikle manevi ve sübjektif yönüne vurgu yaparken; halk kavramı ise, ulusun zaman ve mekân açısından sınırlandırılmış şekli olarak, belli bir ülkede hâlen yaşayanları kabul etmektedir. Seçmen kitlesi de ilave

gittikçe daha az kapsayıcı ve uzlaşmış daha az sayıda iradenin yansımaları ifade etmektedir.¹⁹ Ayrıca iktidar yolunu açan ve yönetme hakkı tanıyan uzlaşmış irade sayısının (çoğunluğunun), azınlıkta kalan seçmen iradesinin genel toplamına oranla sayısal olarak daha az olma olasılığı her zaman gündemdeki yerini korumaktadır. Bu çerçevede seçimlerde elde edilen irade çoğunluğunun, her zaman halk iradesini tam olarak yansıtmadığı çıkarımını yapmak hatalı olmasa gerektir.

Diğer yandan seçim sürecinde elde edilen sayısal bir çoğunluğu esas alan çoğunluk ilkesinin seçim sonrası aşamalarda demokrasinin sürdürülebilirliği bakımından uygun bir ortam yaratabilmesi, oy verme ve seçim sürecinde adil, dürüst ve eşit olanaklar sunulmasına bağlıdır. Çoğunluğun sağlandığı sürecin, adil ve dürüst olmayan, eşit şartlardan uzak bir seçim üzerinden temellendirilmesi, daha başlangıçtan itibaren seçim sonrası uygulamaya aktarılacak demokrasi anlayışının, çoğunlukçu bir anlayış ekseninde şekilleneceğinin öncülü olarak karşımıza çıkabilecektir. Sayısal üstünlüğün sağlanmasında seçim sürecinin çoğulcu demokrasi anlayışını gerçekleştirecek özelliklere sahip olması, bu sürecin ilk aşamasından başlayarak her aşamada azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasının zorunlu bir sonucudur. Çoğunluğun belirlenmesi sürecindeki yaklaşım, süreç sonrası benimsenecek demokrasi anlayışının da bir habercisidir. Gerçekten de oy verme/seçim sürecini, çoğulcu demokrasi anlayışından soyutlamak, bir bütün olarak baştan itibaren çoğulcu demokrasi anlayışının dışlanması anlamına gelmektedir. Seçim süreci (sayısal çoğunluğun sağlanma süreci) ile seçim sonrası gerçekleşecek demokrasi anlayışının anayasal bir tercihin ötesinde anayasal pratikler olarak uygulamaya yansıtılması, bütüncül bir yapının ayrılmaz parçalarıdır. Çoğunluğun belirlenmesi sürecinin ideolojik çoğulculuğa ve farklı görüşlerin tartışılmasına olanak tanımayan bir ortamda gerçekleştirilmesi, daha başlangıçtan itibaren olması gerekenden uzak, görünüşte/sahte bir demokrasi anlayışının temellerini atacaktır. Bu bağlamda sayısal olarak azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığından ve sayısal azınlığın iktidara gelme olasılığından söz etmek anlamsızlaşacaktır. Son noktada

sınırlamalarla (belli bir yaşa sahip olma, kısıtlı olmama vb.) daha dar kapsamlı bir irade örtüşmesini/uzlaşmasını betimlemektedir.

¹⁹ Bu konuda bkz. KAPANİ, Münci (1998), *Politika Bilimine Giriş*, 10.B., Bilgi y., Ankara, 1998, s.76-77.

demokrasi, sayısal üstünlüğü sağlayan çoğunluğun, sınırlanamayan bir iktidar gücünü keyfi olarak ve zorbalıkla kullanmasını örten bir perde işlevi görmekten öteye gidemeyecektir. Ayrıca çıkış noktası olarak alınan çoğunluk ilkesinin anlam kazanması seçim sonrası aşamalarda, çoğunluk ve azınlık iradelerinin hepsinin yönetim araçları üzerinde aktif ve sürekli bir şekilde etkin olmasını, yönetime katılımcı bir yaklaşımı²⁰ gerekli kılmaktadır.

Çoğunluk ilkesi ekseninde hareket eden demokrasi yaklaşımlarının anlamlandırılması, çoğunluğu temsil eden iktidar gücünün sınırlandırılması bakımından önem göstermektedir. Buna göre çoğulcu demokrasi ile salt sayı üstünlüğüne dayanan çoğunlukçu demokrasiyi birbirinden ayıran temel fark, azınlık haklarının güvence altına alınarak iktidarın sınırlandırılmasında kendisini göstermektedir.²¹ Çoğunlukçu demokrasiye *mutlak demokrasi* veya *otoriter demokrasi* adı da verilmektedir.²² Mutlak demokrasilerde azınlığın hiçbir rolü, hiçbir değeri yoktur; o her zaman çoğunluğa boyun eğmek zorundadır. Çoğulcu demokrasi ise azınlığa her şeyden önce çoğunluk haline geçebilme hakkını ve olanağını tanır. Bu hak, kendisine bağlı olarak diğer hak ve özgürlükleri beraberinde getirir. Çoğulcu demokrasi, çoğunlukta veya azınlıkta olsun, istinasız herkesin eşit olarak kişiliğine bağlı bir takım hak ve özgürlüklere sahip olduğu inancı üzerine kurulmuştur. Toplumun yönetimde, çoğunluğun iradesi bu hak ve özgürlüklerle sınırlanmıştır.²³ Bu çerçevede, halk iradesinin demokratik ve adil seçimlerle belirlenmesi, iktidarı elde eden çoğunluğun baskısının (zorbalığının) önlenmesi, iktidarı elde edemeyen azınlığın iktidara katılabilme ve belli oranda temsil edilebilme yollarının açık tutulması, çoğunluk haklarının sınırının azınlık haklarını dikkate alan bir denge çerçevesinde çizilmesi ve azınlık haklarının güvence altına alınması ön plana çıkmaktadır. Buna göre *çoğunlukçu demokrasiler*, çoğunluk iradesini genel irade ile özdeşleştirip,

²⁰ Tanör, katılımcı olmayan bir demokrasinin, “halksız demokrasi” olduğunu belirtmektedir. TANÖR, Bülent (1991), *İki Anayasa 1961-1982*, Beta y., İstanbul, 1991, s. 78.

²¹ Antik ve modern demokrasi arasındaki fark *büyüklik* değil, *doğa* farkıdır. Can alıcı fark, modern liberal demokrasinin kurucusu olan *çoğulculuğun* kabul edilmesinde yatar. Bkz. MOUFFE (2009), *a.g.e.*, s.30.

²² KAPANİ, Münci (1993), *Kamu Hürriyetleri*, 7. B., Yetkin y., Ankara, 1993, s. 169.

²³ KAPANİ (1993), *a.g.e.*, s. 172-173.

azınlık iradesini yok saymaya ve görmezlikten gelmeye çalışırken; *çoğulcu demokrasiler* ise, azınlık ve çoğunluk arasında hak ve özgürlükler bakımından belirli bir denge gözeterek çoğunluğu azınlık haklarıyla sınırlayan, azınlık iradesinin her zaman çoğunluk olabilme potansiyelini içinde barındıran bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda da vurgulandığı gibi, çoğunlukçu demokrasi sisteminin temelinde bir bakıma halkın, organik bütüncü yaklaşımla ele alınması yatmaktadır. Bu bütüncül yaklaşım, birey çıkar ve iradelerini bir bütünün içinde değerlendirdiği ve bunlara bireysellik tanımadığı, her bireyin kendi başına karar verebilme özelliğini ve özgürlüğünü dışladığı için genel iradeyi bir bütünün yansıması olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda da genel irade bölünemez, temsil kabul edilemez sonuçlarına ulaşmaktadır.²⁴ Sartori'nin belirttiği gibi, bu bütüncül yaklaşım bireyin bir hiç olduğu, bütün adına bireyin teker teker ezilebileceği, sadece bütünün vurgulandığı totaliter otokrasilerin haklılığına hizmet etmektedir. Bu formül bozulmadıkça demokrasinin işlemeye başlaması olanaksızdır.²⁵ Çoğunlukçu (mutlak ve sınırsız) demokrasi yöntemi, sayısal halk çoğunluğunun kayıtsız ve şartsız iradesine dayanan bir rejimdir. Halk iradesi herhangi bir yönde bir defa belirdikten sonra, artık bu iradenin karşısına çıkacak sınırlayıcı hiçbir kuvvet olamaz veya olmamalıdır. Zira bu takdirde halk iradesinin tam olarak gerçekleşmesi engellenmiş veya geciktirilmiş olur ki, bu da demokrasiye aykırı düşer. Çoğunluğun daima haklı olduğu için haklı görüldüğü bu yaklaşımda, çoğunluk sırf çoğunluk olduğu için her zaman haklıdır ve onun istediği her zaman iyi ve doğrudur. Bu ise, sayı üstünlüğü rejimi demektir.²⁶

Çoğunluğa (sayısal üstünlüğe), azınlık üzerinde kendi iradesini zorla kabul ettirecek nitelikte sınırsız bir hakkın tanınması, zamanla, çoğunluğun yücelttiği ilkenin tam karşısı bir kuralın işlemesine neden olur. Eğer bir demokratik yarışmanın birincisi, sınırsız (salt) iktidar elde

²⁴ Rousseau'nun çoğunlukçu sistemi ile birey egemenliği düşüncesi bağdaşmamaktadır. Birey kayıtsız ve koşulsuz genel iradeye boyun eğecektir, malı, hakları ve hatta hayatı genel iradeye, çoğunluğun iradesine yani devlete tâbi olacaktır. Rousseau'nun öngördüğü bu sistem bireyin tümüyle devlete tabi olduğu ve kişinin devlet tarafından yutulduğu bir sistemdir. Bkz. GÖZE, Ayferi (1995), *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 7. B., Beta y., İstanbul, 1995, s. 209.

²⁵ SARTORİ (1993), *a.g.e.*, s. 25.

²⁶ Bkz. KAPANİ (1993), *a.g.e.*, s. 169-170.

ederse, o zaman bu birinci gelen kendini sürekli birinci olarak kabul ettirebilir. Bu takdirde, demokrasinin geleceği artık demokratik olamaz ve demokrasi daha başında bir demokrasi olmaktan çıkar. Çünkü bir demokrasinin geleceğinin demokratik olması çoğunlukların azınlıklara ve/veya azınlıkların da çoğunluklara dönüşebilmesine bağlıdır. Bu bağlamda farklı bir bakış açısından sınırlı çoğunluk ilkesi, sonuçta, demokrasinin demokratik işlemlerini sağlayan tek ilke olmaktadır.²⁷ Sayısal çoğunluğa bağlı olarak iktidarı elde edenlerin, azınlık haklarını tanınamaması ve azınlığın iktidarı elde etme yollarını açık tutmaması yaklaşımı, kendi iktidatlarının sürekliliğini, halk iradesinden kopuşu, bu iradenin sürekli bir yanılısına içine hapsedilmesini ve demokrasi adına azınlığın ve iradelerinin yok edilmesi sonuçlarını doğuracaktır. Bu tehlikeler, demokrasi anlayışında, sınırlı çoğunluk yani çoğulcu bir anlayışın önemini vurgulamaktadır.

Demokrasiler özünde çoğunluğu yönetimine vurgu yapsa da sadece çoğunluğun yönetimi olarak kabul etmek mümkün değildir. Çünkü çoğunluğun temsiline dayalı bir yönetim, çoğunluk diktası/zorbalığı da olabilir. Bu bağlamda, demokrasi, çoğunluğun yönettiği ancak azınlıkta olanların yönetimin keyfiliklerine karşı korunduğu bir rejimdir. Siyasal iktidarın sınırlandırılması ve özellikle de bağımsız bir yargı denetimi, çağdaş liberal demokrasinin vazgeçilmez öğelerindedir. Siyasal iktidar üzerindeki yargı denetimi, azınlıkta olanların korunmasını, bireysel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlar.²⁸ Bağımsız ve tarafsız bir yargısal denetimin bulunmadığı bir ortamda siyasal iktidarın sınırlandırılmasından ve azınlıkta kalan kesimin hak ve özgürlüklerinin güvence altında bulunduğundan söz edilemez.

Demokrasilerde çoğunluk ilkesinin sınırlarının bulunması gerektiği genel bir kabul görmektedir. Hiç kuşkusuz demokrasilerde kural, ülkeyi seçimleri kazanan parti veya partilerin yönetmesidir. Ancak bu çoğunluk her istediğini her zaman yapamaz. Özgürlükçü ve çoğulcu bir demokrasi anlayışında, temel siyasal karar organlarının serbest seçimlerle oluşması, serbestçe örgütlenen siyasal partiler arasında eşit şartlarla yürütülen iktidar yarışı ve tüm vatandaşların hak ve

²⁷ Bkz. SARTORI (1993), *a.g.e.*, s. 26.

²⁸ Bkz. KIŞLALI, Ahmet Taner (1993), *Siyasal Çatışma ve Uzlaşma*, 2. B., İmge y., Ankara, 1993, s.218.

özgürlüklerinin güvence altına alınması asgari gereklilikler olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁹ Görüldüğü gibi demokrasiyi sadece çoğunluk ilkesi ile eş anlamlı olarak ele almak olanağı bulunmamaktadır. Bu özellik ve ilkelerden de anlaşıldığı üzere demokrasilerde çoğunluk ilkesinin en önemli sınırını hak ve özgürlükler oluşturmaktadır.

Demokratik siyasal sistemler, çoğulcu sistemler olarak da nitelendirilebilir. Çoğulcu sistemlerde “tek doğru” yoktur ve dolayısıyla, yasal bir muhalefet ya da muhalefetler vardır. Çağdaş çoğulcu sistemler, toplumda çıkarları ve dolayısıyla dünya görüşleri farklı kesimlerin bulunmasını doğal sayarlar; bu farklı çıkar ve dünya görüşlerinin barışçı yollardan savunulmasına, siyasal iktidarın da bu barışçı savaşım sonunda oluşmasına olanak verirler.³⁰ Çoğulcu demokrasi anlayışı, farklı düşüncelerin ve buna bağlı olarak parçalı iradelerin korunmasını sağlayan ve çoğunluğun karşısında, çoğunluğu sağlayamayanların her zaman çoğunluğu sağlayabilme potansiyel ve olanağını içinde barındıran, oy verme süreci (seçimler) sonunda, ortaya çıkan iradeyi genel iradenin tam bir yansıması olmadığına farkında olarak, azınlık iradesini çoğunluk iradesi içinde eritmeyen veya eritmeye kalkışmayan bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde demokrasi, azınlıktakilerin haklarına saygılı, genel ve eşit oy serbest seçimler ile yönetime gelmiş çoğunluğun iktidar yetkilerini belli bir süre kullandığı, çoğunluk iradesinin mutlak ve sınırsız olmadığı sistemler olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda özgürlüğü sadece amaç olarak değil aynı zamanda amaca ulaşmak için bir araç olarak gören demokrasi anlayışında çoğunluk iradesinin, her istediğini yapabilen, mutlak ve sınırsız bir irade olduğu kabul edilemez

²⁹ Bkz. ÖZBUDUN, Ergun (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, 18.B., Yetkin y., Ankara, 2018, s. 87. Özbudun’un üç başlık altında topladığı bu özellikler, daha kapsamlı olarak, “1. Etkin siyasal makamların seçimle belirlenmesi. 2. Seçimlerin düzenli aralıklarla tekrarlanması. 3. Seçimlerin serbest olması. 4. Birden çok siyasi partinin var olması. 5. Muhalefetin iktidar olma şansının bulunması. 6. Temel hak ve özgürlüklerin tanınmış ve güvence altına alınmış olması.” şeklinde ifade edilebilir. Bkz. GÖZLER (2020), *a.g.e.*, C. I, s.705-706.

³⁰ KIŞLALI (1993), *a.g.e.*, s.200-201.

bir durumdur. Onun sınırını azınlığın hak ve özgürlükleri ile bunların hukuki güvence altına alınmış olmaları oluşturmaktadır.³¹

Erkler ayrılığı ve bağımsız yargı gibi ilkelerle çoğunluğun sınırlandırılmasının sağlanamadığı veya anayasal düzenlemelerle bireysel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınamadığı rejimlerde hem bir bütün olarak halkın hem de bu bütün içinde azınlıkta kalanların, iktidarın siyasal baskısı ve çoğunluk zorbalığıyla karşı karşıya kalması kaçınılmaz olacaktır. Bu çerçevede, erkler ayrılığı ilkesi üzerinden temellendirilmeyen bir sistemin, seçimli çoğunluk zorbalığına³² ve çoğunlukçu bir demokrasi anlayışının yerleşmesine yol açacağı açıktır. Çoğunluğu temsilen iktidarı ele geçiren bir siyasi parti ve liderinin yürütme ve yasama erkini kendi bünyesinde birleştirmesine olanak tanıyan bir hükümet sisteminde, ülke düzeyinde çoğulcu bir anlayışın gerçekleşme olasılığı bulunmamaktadır. Böyle bir ortamda çoğunluğu temsilen yöneten grubun ve hatta tek bir kişinin iradesi, tek doğru ve halkın genel iradesi olarak kabul edilmekte; seçimli bir çoğunluk veya tek kişi zorbalığının önü açılmaktadır. Bu eksende ilerleyen bir sürecin, iktidar dışı olarak ötekileştirilen azınlık iradelerinin bir “hiç”e dönüşmesine yol açacağını söylemek hatalı bir çıkarım olmasa gerektir.

B. Parti İçi Demokrasinin Gerçekleştirilme Eksenine

Yukarıda irdelenen çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi anlayışlarının, ülke düzeyinde uygulanan demokraside olduğu kadar, daha küçük ölçekte parti içi demokraside de geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Bir parti genel anlamda kendi siyasi programı doğrultusunda hareket etmekle birlikte, bu durumun parti içi çok sesliliğe engel

³¹ KÜÇÜK, Adnan (2005), *Siyasi Partilere İlişkin Yasaklar*, 1. B., Asil y., Ankara, 2005, s.137-138; KAPANİ (1993), *a.g.e.*, s.173; AKAD, Mehmet (1997), *Genel Kamu Hukuku*, 2.B., Filiz Kitabevi y., İstanbul, 1997, s. 253.

³² Sartori, Madison ve Jefferson’a atıf yaparak, erkler ayrılığı ilkesi ile sınırlandırılmamış bir meclis hükümeti zorbalığının (seçimli zorbalık) çoğunluk ve azınlık ilişkisiyle bir ilgisinin bulunmadığını, bölünmemiş bir kuvvetin (iktidarın) daima aşırı ve tehlikeli bir kuvvet (iktidar) olduğu ilkesi ile ilgili olduğunu belirtmekte ve çoğunluğun sınırlandırılmasının anayasal bağlamda bünyesinde bulunduğu anlamın, ancak azınlığın muhalefet etme, muhalefette bulunma hakkı ile ilişkilendirilebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. SARTORİ (1993), *a.g.e.*, s.145.

olmaması gerekir. Parti içi işleyişte, farklı görüş ve düşüncelere yaşam ve yarışma hakkı tanımayan bir çoğunlukçu anlayışın, oligarşik yapılanmaya ve bu yapı üzerinden lider sultasına açık hâle gelmesi kaçınılmazdır. Kendi iç işleyişinde çoğulcu bir anlayışı benimsememiş bir siyasi partinin, iktidara geldiğinde ülke düzeyinde çoğulcu bir demokrasi anlayışına işlerlik kazandırması da pek mümkün gözükmemektedir.

1. Parti İçi Demokraside Çoğulcu Anlayışın Gerekliliği

Parti içi demokrasi, en dar anlamıyla partinin iç işlerinde ve işleyişinde demokratik ilkelerin uygulanması olarak tanımlanabilir.³³ Siyasi partilerin, örgüt içi düzenlerinin demokrasi esaslarına uygun hukuki düzenlemelerle sınırlarının çizilerek, partilerdeki oligarşik³⁴ eğilimlerin/lider sultasının ve baskıların ortadan kaldırılması; demokratik örgüt yapısının kurularak lider, teşkilat, organlar ve adayların demokratik yöntemlerle belirlenmesi ve karar mekanizmasının tabandan tepeye doğru oluşturulması sürecinin³⁵ adı olarak belirlenen parti içi demokrasi, partiler hukukunun en önemli konularından birini oluşturmaktadır.

Parti içi demokrasinin çoğunlukçu veya çoğulcu bir anlayış üzerinden temellendirilmesi farklı bir önem göstermektedir. Parti içi işleyişte çok sesliliğe, muhalefete ve farklı görüşlere yaşam hakkı tanımayan çoğunlukçu bir anlayışın benimsenmesi, kaçınılmaz olarak parti içi oligarşik bir yapının ve oligarşik yapı içinde lider sultasının oluşmasına zemin hazırlamakla kalmayıp, lider sultasının sürekli hâle gelmesine de olanak tanımaktadır. Bu çerçevede parti içi demokrasi sürecinin, çoğulcu bir anlayış ekseninde şekillenmesi gerektiğini vurgulamak gerekir. Gerçekte çoğulcu anlayış, parti içi demokrasilerde dar ölçekli bir düzlemde ilerlemektedir. Nitekim belli bir siyasal program

³³ Bkz. ÖZCAN, Hüseyin- YANIK, Murat (2007), *Siyasi Partiler Hukuku*, Der y., İstanbul, 2007, s.171.

³⁴ Duverger, siyasi partilerin görünüşte demokratik, gerçekte oligarşik olduğunu belirtmektedir. Bkz. DUVERGER, Maurice (1993), *Siyasi Partiler*, (Çev.: ÖZBUDUN, Ergun), 4. B., Bilgi y., Ankara, 1993, s.188. Siyasi partilerin genel olarak oligarşik bir yapılanmaya müsait olduğu ve bu yapılanmanın değişmez bir kanun (tunç kanunu) gibi geçerliliğini koruduğu belirtilmektedir. Bkz. PERİNÇEK, Doğu (2008), *Anayasa ve Partiler Rejimi*, 4. B., Kaynak y., İstanbul, 2008, s.123-124.

³⁵ Bkz. TUNCAY (2000), *a.g.e.*, s.52.

ekseninde hareket edenler arasında derin görüş farklılıklarının bulunması beklenmemelidir. Burada vurgulanması gereken nokta, lider, teşkilat, organların ve adayların belirlenmesi ve seçim sürecinde birden çok adaya, farklı görüş ve yaklaşımlara yarışma ve yaşam hakkı tanınmasıdır. Aksi durumda, siyasi partilerin görünüşte demokratik, gerçekte oligarşik olduğu;³⁶ siyasi partilerin genel olarak oligarşik bir yapılanmaya müsait olduğu ve bu yapılanmanın değişmez bir kanun (tunç kanunu) gibi geçerliliğini koruduğu³⁷ yönündeki görüşler her zaman gündemdeki yerini koruyacaktır.

Oligarşik eğilimin ve lider sultanının söz konusu olduğu bir partide ise, lider, organ ve adayların demokratik yöntemlerle belirlenmesi ve çoğulcu bir demokrasi anlayışının yaşatılması pek mümkün gözükmemektedir. Parti içi seçimlerin ve adayların belirlenmesinde, çoğulcu demokrasi anlayışının benimsenmesi daha başlangıçtan itibaren lider sultanının ve/veya oligarşik yapılanmanın önüne geçecektir. Kendi iç işleyişinde böyle bir çoğulcu demokrasi anlayışını gerçekleştiremeyen bir partinin iktidara geldiğinde, ülke düzeyinde çoğulcu bir anlayışı yaşatabilmesi uzak bir olasılıktır. Lider sultanının egemen olduğu bir partinin, demokrasi anlayışı bakımından parti-ülke ölçeğinde bir özdeşleşmeye ve ülke genelinde uygulama alanı bulabilecek bir lider hegemonyasına ve bu bağlamda çoğunlukçu demokrasi anlayışına yol açacaktır.³⁸

Parti içi çoğulcu anlayışın uygulanabilmesi, parti örgütlenmesinde organların ayrılığını ve bu organlar arasında karşılıklı bir denetim ve denge düzeneğinin kurulmasını da zorunlu kılmaktadır. Diğer yandan anayasalarda kurgulanan hükümet sistemlerinin parti-ülke ölçeğinde demokrasi anlayışlarının özdeşleşmesini kolaylaştıracak

³⁶ Duverger, parti liderliğinin doğal olarak oligarşik bir biçim alma eğiliminde olduğunu, parti yönetici sınıfının az çok kapalı bir kast, girilmesi güç bir “iç çevre” oluşturduğunu, bu durumun demokratik ve teokratik yöneticiler bakımından geçerli olduğunu, teorik olarak seçimlerin bir oligarşinin doğuşunu önlemesi gerektiğini ancak iç çevrenin etkisiyle parlamento üyelerinin belirlenmesi dahil parti içi seçimlerde liderliğin oligarşik yapısının korunduğunu belirtmektedir. Bkz. DUVERGER (1993), *a.g.e.*, s.188, 210.

³⁷ PERİNÇEK (2008), *a.g.e.*, s. 123-124.

³⁸ Aksi yönde görüş için bkz. İBA, Şeref (2020), *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, 4. B., Seçkin y., Ankara, 2020, s. 89.

dinamik ve mekanizmalar içermesi, parti içi lider sultasının sorununun ülke düzeyine yansımaya neden olmaktan ve sorunu içinden çıkılmaz bir konuma çekmektedir. Gerçekten de ülke ölçeğinde erkler ayrılığı ilkesini sönümleyen ve dinamiklerini tek bir kişinin yetkileri üzerinden kurgulayan bir hükümet sisteminin, parti içinde zaten var olmayan denetimsizlik üzerinden ülke düzeyinde uygulama alanı bulacak bir lider hegemonyasına ve çoğunluk zorbalığına yol açması kaçınılmaz görülmektedir.

Parti içi çoğulcu demokrasi anlayışının sağlanması, genel anlamda partinin bütün kademelerinde görev alan kişilerin seçimle ve belirli bir süre için göreve gelmelerine ve ülkenin önemli sorunları hakkında çözüm önerilerinin alt kademelerden yukarı kademelere doğru gerçek ve çoğulcu demokratik bir süreç içerisinde ulaşılabilmesini gerektiren yolların açılmasına bağlıdır. Siyasi partilerin topluma öncülük edebilmelerinin ve çoğulcu demokrasiyi hayata geçirebilmelerinin önkoşulu, parti içinde farklı fikirlerin bir arada yaşayıp yarışmalarına olanak tanıyan bir parti içi hukuk ve demokrasi düzeninin kurulması ve işlerlik kazanması, oligarşik eğilim ve baskıların ortadan kaldırılmasıdır. Bu şekilde işleyen bir süreç parti içi oligarşik yapılanmayı ve lider sultasını da engelleyecektir. Gerçekten günümüzde siyasi partiler olmaksızın demokrasinin yaşamasına ve işlemesine olanak yoktur. Bu bağlamda demokrasiyi yaşatmak ve sürdürmek için siyasi partilerin çoğulcu anlayış ekseninde ilerleyen demokratik bir iç işleyişe sahip olmaları ve parti içerisinde farklı ve ayrık düşüncelerin yaşayabileceği bir çoğulcu ortam sağlanması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Aksi halde, kendi içlerinde demokrasiyi uygulamayan partilerin ülke bazında demokrasi mücadelesi yapması gerçekçi ve inandırıcı olamayacaktır.³⁹

Parti içi demokrasinin yapısının çoğulcu bir demokrasi anlayışı ekseninde gerçekleştirilmesi, parti içi muhalefetin varlığını, bu muhalefete saygı gösterilmesini ve parti düzeyinde sahip oldukları hakların korunmasını gerekli kılmaktadır. Ancak iç yapısında bu niteliklere sahip bir siyasi partinin, ülke bazında çoğulcu demokrasi anlayışını gerçekleştirebileceği ve sayısal çoğunluk karşısında azınlık

³⁹ Bu konuda bkz. ÖZOK, Özdemir (2005), “Açış Konuşması” *Siyasi Partiler ve Demokrasi, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu*, Ankara Barosu y., Ankara, 26-27 Mayıs 2005, s. 8-9; TUNCAY (2000), *a.g.e.*, s. 52.

haklarını koruyabileceği söylenebilir. Ülke düzeyinde egemen olacak demokrasi anlayışının çoğulcu bir eksen üzerinden yürüyebilmesi, çoğunluk iradesini temsil eden ve iktidara gelen partinin iç yapısında belli derecede siyasal muhalefete (parti içi alternatif görüşlere) ve çok sesliliğe izin veren bir çoğulcu demokrasi anlayışına sahip olmasıyla gerçekleşebilecektir. Burada vurgulanması gereken bir nokta da parti içi ve ülke düzeylerinde çoğulcu demokrasi anlayışının çerçevesinin “yetkiler” üzerinden değil “haklar” üzerinden çizilmesidir. Tanilli'nin belirttiği gibi, çoğunluk ve azınlık arasındaki eşitlik, yetkilerde değil, haklarda kendini göstermektedir. Başka bir anlatımla iktidarda veya yönetimde olanlar, ayırım gözetmeksizin haklarda eşitlik ekseninde yetkilerini kullanmalıdır.⁴⁰ Bu bağlamda gerek parti içi gerek ülke düzeyinde çoğulcu bir demokrasi anlayışının ortamı hazırlanmış olacaktır. Doğal olarak haklarda eşitliğin hukuki çerçevede ortaya konması da farklı bir gerekliliğe işaret etmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, siyasi partiler, iktidara geldiklerinde tüm toplum düzeyinde kuracakları demokratik yapının bir örneğini, daha iktidara gelmeden parti içi işleyişlerinde yaşama geçirmek zorundadırlar. Aksi halde, çoğulcu demokrasi anlayışını içlerinde özümseyemeyenlerin bunu yaşama geçirmeleri şüpheli kalacaktır. Bu bağlamda parti içi demokrasi, bir iç sorun olmaktan daha çok demokrasiyi geliştirmenin bir şartı olarak hem yönetenleri hem de yönetilenleri ilgilendirmektedir.⁴¹

2. Parti İçi Çoğulcu Demokrasi Anlayışının Gerçekleşmesinde Sorunlu Alanlar: Lider Sultası ve Disiplinli Parti Yapısı

Parti içi demokrasi anlayışını etkileyen birçok faktör bulunmaktadır.⁴² Ancak bu demokrasi anlayışının çoğulcu bir eksen

⁴⁰ Bu konuda bkz. TANİLLİ, Server (1988), *Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş*, 5.B., Say y., İstanbul, 1988, s. 43.

⁴¹ Bu konuda bkz. YANIK, Murat (2013), *Parti İçi Demokrasi*, 2. B., Adalet y., Ankara, 2013, s. 113.

⁴² Siyasal rejim, siyasal kültür, seçim sistemi, hükümet sistemi, sosyal ve ekonomik yapılar, yönetsel yapı ve bürokrasi, baskı grupları ve kamuoyu, parti disiplini ve parti liderinin konumu gibi faktörlerin parti içi demokrasi anlayışının belirlenmesinde etkili olduğu söylenebilir. Bkz. TUNCA Y

üzerinden ilerlemesi konusunda, disiplinli parti yapısı ve liderlerin parti içindeki konumları ve sahip oldukları disiplin yetkileri ayrı bir önem göstermektedir. Parti disiplininin lider tarafından bir baskı aracı olarak kullanılmasına olanak tanıyan bir yapı göstermesi, parti içi farklı düşünceleri dışlayan çoğunlukçu bir anlayışın yerleşmesini, oligarşik eğilimleri ve lider sultasını sürdürülebilir kılacaktır. Parti yönetiminin lidere mutlak itaat ve bağlılık üzerinden şekillendirilmesi ve parti disiplini kapsamında sahip olunan araçların (yaptırımların) bu itaatin sağlanması yönünde kullanılması parti üzerinde lider sultasını/hegemonyasını daha da güçlendirmektedir. Parti düzeyinde gerçekleşen lider sultasının, anayasada partili tek kişinin (Cumhurbaşkanının) odağa alınması üzerinden kurgulanan bir hükümet sistemi çerçevesinde ülke düzeyine taşınması olasılığı ise oldukça yüksek gözükmektedir. Bu bağlamda, iç işleyişinde çoğulcu bir demokrasi anlayışını gerçekleştiremeyen ve disiplinli parti yapısı ekseninde lider sultasını esas alan bir siyasi partinin, ülke genelinde çoğulcu bir demokrasi anlayışını benimsemesi ve sürdürmesinin pek mümkün olmadığını söylemek gerekir. Parti içi demokrasinin çoğunlukçu veya çoğulcu bir anlayış üzerinden gelişme göstermesi, ülke düzeyindeki demokrasi anlayışının da yörüngesini belirlemektedir. Öte yandan anayasada kurgulanan hükümet sisteminin erkler arasında kurduğu düzenek ve ilişkiler ağı da parti ve ülke düzeylerinde oluşan demokrasi anlayışlarının iktidardaki siyasi parti ve lideri üzerinden geçirgenlik yoğunluğunu ve yönünü etkilemektedir. Bu bağlamda, ülkemizdeki siyasi partilerde, lider sultasını ve parti disiplininin lider tarafından bir baskı aracı olarak kullanılması olgularının ortaya konması yararlı olacaktır.

a. Parti İçi Demokraside Liderin Konumu: Türk Siyasi Partilerinde Lider Sultasını

Siyasal rejim, siyasal kültür, seçim sistemi, hükümet sistemi, sosyal ve ekonomik yapılar, yönetsel yapı ve bürokrasi, baskı grupları ve kamuoyu, parti disiplini ve parti liderinin konumu gibi faktörler parti içi

(2000), *a.g.e.*, s. 64-130; YANIK (2013), *a.g.e.*, s. 119-133; ÖZCAN-YANIK (2007), *a.g.e.*, s. 175-180.

demokrasi anlayışının belirlenmesinde etkili olmaktadır.⁴³ Görüldüğü üzere parti içi çoğulcu demokrasi anlayışının yerleştirilmesi geniş bir yelpazede farklı faktörleri ve gereklilikleri içermektedir. Ancak parti içi demokrasi anlayışının çoğulcu bir eksen üzerinden ilerlemesi konusunda disiplinli parti yapısı ve liderlerin parti içindeki konumlarının belirlenmesi farklı bir öneme işaret etmektedir. Bu kapsamda disiplinli parti yapısının sağladığı olanaklar ve yaptırımlar çerçevesinde, liderin her konuda tek belirleyici konumda olması, lider sultanının egemen olduğu bir partiyi betimlemektedir.

Bu noktada özellikle aday gösterme yetkisinin kimde olduğunun belirlenmesi, parti içi demokrasinin nitelendirilmesinde en temel ve önemli konulardan birini oluşturmaktadır. Diğer yandan siyasi partilerde aday belirleme yetkisinin kimde somutlaştığı konusunun, milletvekili adaylarının belirlenmesi bağlamında sadece parti içi bir sorun olarak görülmesi de mümkün değildir. Liderin milletvekili adaylarını belirleme konusunda tek yetkili olması, anayasada kurgulanan hükümet sistemi çerçevesinde yasama ve yürütme erkleri arasındaki ilişkiler bakımından önemli bir sorunu gündeme taşıyacak niteliktedir. Milletvekili adaylarının parti içi lider sultanı ve oligarşik yapıdan bağımsız olarak önseçimle belirlenmesi, iki erk arasındaki denge ve denetim mekanizmasının sağlıklı bir şekilde kurulmasına önemli bir katkı sağlayacaktır. Aksi durumda, milletvekilinin, kendisini aday gösteren liderinden ve parti menfaatlerinden bağımsız olarak parlamento faaliyetlerine katılması mümkün olamayacaktır. Bu bağlamda, hükümet sistemi çerçevesinde iktidar haritası nasıl çizilmiş olursa olsun, iktidara gelen siyasi parti liderinin, iki erk üzerinden ülke düzeyinde bir hegemonya kurmasının ve çoğunlukçu bir demokrasi anlayışını yerleştirmesinin önüne geçilemeyecektir. Perinçek'in belirttiği gibi, gerçekten de günümüzde iktidar partisinin lider kadrosu, aynı zamanda parlamentonun/hükümetin üyeleridir. Liderler, parti disiplini kapsamında, disiplin ve aday belirleme yetkileri üzerinden yasama organının çoğunluğunu yönetme olanağına sahip olabilmektedirler. Bu bağlamda yasama ve yürütme organlarının hareket eksenlerinin, belirli bir partinin yönetici grubunun ve hatta genellikle parti liderinin kararlarıyla belirlendiğini belirtmek gerekir.⁴⁴

⁴³ Bkz. TUNCAY (2000), *a.g.e.*, s. 64-130; YANIK (2013), *a.g.e.*, s. 119-133; ÖZCAN-YANIK (2007), *a.g.e.*, s. 175-180.

⁴⁴ Bkz. PERİNÇEK (2008), *a.g.e.*, s.131. Aynı yönde bkz. TANİLLİ (1988), *a.g.e.*, s. 234.

Yasama irade ve işlevinin bu şekilde silikleştirildiği bir ortamda ve bu ortama dinamikleriyle/iktidar haritasıyla olanak tanıyan hükümet sistemlerinde lider iradesinin devlet iradesi niteliği kazanacağını söylemek hatalı olmasa gerektir.⁴⁵

Parti içi demokrasi anlayışı açısından asıl belirleyici etkenin aday belirleme yöntemlerinde ve bu süreçte liderin konumuna bağlı olarak yetkinin kimde olduğunun belirlenmesinde kendini gösterdiğini vurgulamak gerekir. Nitekim Schattschneider, aday gösterme mekanizmasının partiler bakımından taşıdığı temel önemi şu sözlerle belirtmektedir: “*Aday belirleme sürecinin niteliği, partinin niteliğini tayin eder. Adayları kim seçebiliyorsa, partinin sahibi de odur. Dolayısıyla bu parti içi iktidar dağılımını gözlemlemeye en elverişli noktalardan biridir.*”⁴⁶ Aday belirleme yönteminin demokratik ilkelere uygun olması, parti içi çoğulcu demokrasi anlayışının yerleşmesinde olmazsa olmaz ön koşullardan birine işaret etmektedir. Parti adaylarının belirlenmesinde seçmenin değil, parti genel merkezinin ve liderin söz hakkına sahip oluşları, seçmenin seçme hakkını daralttığı gibi sadece partiler arasında bir tercih yapmak zorunda kalmalarına neden olmaktadır.⁴⁷ Duverger’in “*Milletvekilleri, seçmenleri tarafından seçilmeden önce, parti tarafından seçilmekte; seçmenler ise bu seçimi onaylamaktan başka bir şey yapmamaktadır.*” yönündeki tespiti aday belirleme konusunda önemli bir gerçeğe vurgu yapmaktadır.⁴⁸ Bu bağlamda, adayların belirlenme yöntemleri bütün demokratik sistemlerde siyasi parti merkezi ile yerel teşkilatlar arasında önemli bir çatışma konusu olmaktadır. Aday belirleme yetkisinin parti genel merkezlerine verilmesi durumunda parti içi oligarşik yapının ve lider sultasının güç kazandığı görülmektedir. Lider sultasının güçlendiği bir partide aday belirleme bakımından liderin gerçek seçmenlerin yerine geçtiği ve tek belirleyici konumuna yükseldiğini

⁴⁵ Liderin milletvekili adaylarını belirleme konusunda, lider sultas ve parti disiplini kapsamında tek yetkili olmasından kaynaklı sorunlar, ülkemizde beş yıldan fazla bir süre uygulama alanı bulan cumhurbaşkanı hükümet sistemi bakımından ayrıca irdelenecektir.

⁴⁶ SCHATTSCHEIDER, Elmer Eric (1942), *Party Government: American Government in Action Series*, Transaction Publishers, 1942, s. 64’den aktaran ÖZBUDUN (1977), *a.g.e.*, s. 99.

⁴⁷ Bu konuda bkz. BİLİR, Faruk (2007), *Siyasi Partilerde Parlamento Adaylarının Belirlenmesi*, Yetkin y., Ankara, 2007, s. 136-137.

⁴⁸ DUVERGER (1993), *a.g.e.*, s. 454.

söylemek gerekir.⁴⁹ Lider sultanın önlenmesi ve parti içi çoğulcu bir demokrasi anlayışının gerçekleştirilmesinde, parti içi gücün yaygın ve eşit bir şekilde dağıtılması, liderlerin seçilmesinde ve adayların belirlenmesinde geniş bir katılımın sağlanması önemli bir rol oynamaktadır.⁵⁰ Parti içi tüm siyasal gücün tek bir kişide toplanmasının önüne geçilmedikçe lider sultanın engellenmesi mümkün gözükmemektedir. Parti içi çoğulcu demokrasi anlayışının sağlanması, parti içi dinamiklerin birbirini denetleyen ve dengeleyen organlar üzerinden kurgulanarak gücün bölünmesi ve parti içinde alınan siyasal kararlarda farklı görüşlere yaşam alanı tanınacak şekilde geniş bir katılımın sağlanması gerekmektedir. Ayrıca parti tarafından benimsenen siyasal programın eksen değiştirmesine yol açmayacak şekilde parti içinde çoğulcu bir anlayışla farklı görüşlerin varlığı, parti programının güncellenmesine ve yaşayan bir programa dönüşmesine katkı sağlayacaktır.

Parti içi demokrasi bakımından Türk siyasi partileri irdelendiğinde hukuki ve fiili değişimin lider sultasına doğru evrildiği görülmektedir. Ülkemizde siyasi partilerin anayasal düzleme çekilmeleri ilk olarak 1961 Anayasasında karşımıza çıkmaktadır. Siyasi partileri demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez unsuru olarak gören 1961 Anayasası (m.57/2) ve 1982 Anayasası (m.69/1) parti içi düzen, çalışma ve faaliyetlerin demokrasi kurallarına uygun olarak kanunla düzenleneceği esasını benimsemiştir. Parti içi demokrasi kavramı açısından üyelik hakları, örgütlenme, organ ve adayların belirlenmesine ilişkin seçim yöntemi önemli kavramlar olarak belirlemektedir. Parti içi demokrasi, 1961 Anayasasının 57. maddesinin 2. fıkrasında, “*parti içi çalışma ve faaliyetlerinin demokrasi esaslarına uygun olarak kanunla düzenleneceği*” belirtilmiştir. Aynı şekilde, 1982 Anayasasında ise 69. madde 1. fıkrasında “*Siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları demokrasi ilkelerine uygun olur. Bu ilkelerin uygulanması kanunla düzenlenir.*” şeklinde belirtilmiştir.⁵¹ Bu bağlamda, parti içi

⁴⁹ Bu konuda bkz. İBA (2020), *a.g.e.*, s. 92.

⁵⁰ Bkz. HEYWOOD, Andrew (2007), *Siyaset*, (Edit.: KALKAN, Buğra, Bölüm Çev.: KOPUZLU, Zeynep), 1. B., Adres y., Ankara, 2007, s. 370.

⁵¹ Anılan fıkranın ilk metni şu şekildedir: “*Siyasi partilerin çalışmaları ve kararları, demokrasi esaslarına aykırı olamaz.*”

demokrasinin somutlaştırılması ve çerçevesini çizme görevi yasa koyucuya bırakılmıştır.⁵²

1961 Anayasası döneminde çıkarılan 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile parti içi demokrasi çerçevesinde *önseçim* kurumu ilk olarak yer almıştır.⁵³ Bu kurum aday listelerini, “*oligarşik heyetlere bırakmak yerine*”, parti seçmen kütüğüne kayıtlı parti üyelerinin katılımına açmıştır. Bu konuyu düzenleyen yasa hükmünün anayasada yer alan “*tek dereceli genel oy prensibi*”ne (1961 Any. m.55/2) aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de Anayasa Mahkemesi tarafından,⁵⁴ “*aday listesinin düzenlenmesinin oligarşik heyetlere bırakılmamasının gerekliliğine ve parti adaylarının tespitinde parti üyelerinin katılmasındaki demokratik anlama*” vurgu yapılarak reddedilmiştir. 1982 Anayasası döneminde çıkarılan 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun ilk metninde (m.37) kayıtlı parti üyelerine açık, zorunlu önseçim öngörmüş, bu yolla parti örgütleri üzerindeki merkez egemenliği, oligarşik yapılanma ve lider sultasını önlenmek istenmiştir. Ancak daha sonra bu madde değiştirilerek zorunlu önseçim sistemi terk edilmiş; aday belirlenmesi yöntemi partilerin tercihine bırakılmıştır. Böylece neredeyse önseçim istisna hâline gelirken merkez yoklaması kural haline dönüşmüştür. Genel başkanlar eliyle kullanılan merkez yoklaması yetkisinin ise lider hegemonyasına/sultasına yol açtığı da bilinen bir gerçektir.⁵⁵ Başka bir anlatımla, 2820 sayılı

⁵² Bu noktada, 2017 Anayasa değişiklikleriyle kurgulanan hükümet sistemi çerçevesinde, Meclis çoğunluğu-siyasi parti-partili Cumhurbaşkanı siyasi özdeşleşmesi üzerinden Cumhurbaşkanının yasama organı tarafından çıkarılacak kanunlar üzerinde yoğun bir etkiye sahip olduğunu belirtmek gerekmektedir.

⁵³ 648 sayılı SPK. m. 29/1: “*Siyasi partilerin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği için yapılacak seçimlerde gösterecekleri adaylar, her seçim çevresinde parti seçmen kütüğüne kayıtlı bulunan bütün parti üyelerinin katılabilecekleri bir önseçimle tespit edilir.*” Bu madde 26 Mayıs 1973 tarih ve 1783 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve adayların belirlenmesi sistemi partilerin kendi tüzük ve yönetmeliklerine bırakılmıştır. KOÇAK, Mustafa (2002), *Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları*, Turhan Kitabevi y., Ankara, 1993, s.104-105, dpn. 46.

⁵⁴ AYMK., T. 18 Mayıs 1967, E:1965/36, K: 1967/12, 25 Ekim 1967 Tarih ve 12737 Sayılı Resmî Gazete.

⁵⁵ Bkz. KOÇAK (2002), *a.g.e.*, s.104-105.

Kanun'da 1986 yılında yapılan değişiklikle⁵⁶ önseçimin zorunlu olmaktan çıkarılmış olması, partileri önseçim yönteminden uzaklaşmaya âdeta özendirmiştir.⁵⁷

Parti üyelik hakları ve örgütlenmeye ilişkin düzenlemeler (648 sayılı SPK. m.3-17; 2820 sayılı SPK. m.5-20) parti içi demokrasinin işlemesi açısından büyük bir önem göstermektedir. Partilerin örgütlenme tabanının mümkün olduğu kadar yayılmasının sağlanmasıyla⁵⁸ parti tabanının güçleneceği ve bu durumun parti içi demokrasinin etkisini artıracığı, önseçimlerin sağlıklı bir şekilde işlemesine geniş ölçüde yardımcı olacağı, parti liderlerinin etkisini azaltacağı açıktır. Sağlıklı ve güvenilir bir üye kütüğünün tutulmasının⁵⁹ aynı yönde olumlu etkiler yaratacağı da tartışmasızdır. Ayrıca üyelik haklarının yargısal denetimle güçlendirilmiş olarak yapılandırılması ve üyeliğe son verilme yetkisinin⁶⁰ sınırlı olarak belli bir organa tanınması gibi hususların parti içi demokrasiye olumlu katkılarda bulunacaktır.⁶¹ Diğer yandan üyelerinin eşit haklara sahip olmadığı, parti tüzüğü ve programı çerçevesinde

⁵⁶ 28 Mart 1986 Tarih ve 3270 sayılı Kanun ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 37. maddesi değiştirilmiştir. Değişik Madde 37/1: “*Siyasi Partiler, milletvekilliği genel veya ara seçimlerinde, adaylık için müracaat eden ve adaylığı uygun bulunanlar arasından, adayların tespitini; serbest, eşit gizli oy açık tasnif esasları çerçevesinde, tüzüklerinde belirleyecekleri usul ve esaslardan herhangi biri veya birkaçı ile yapabilirler.*” Bkz. 15 Nisan 1986 Tarih ve 19079 Sayılı Resmî Gazete.

⁵⁷ SAĞLAM, Fazıl (1999), *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta y., İstanbul, 1999, s.198.

⁵⁸ 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununda siyasal partilerin zorunlu örgütsel yapısı, *merkez örgütü, il örgütü ve ilçe örgütü* olarak belirtilmiştir (m.13-21).

⁵⁹ Parti içi demokrasinin işletilebilmesinin, önseçimlerden sağlıklı sonuçlar alınabilmesinin, kısaca üyelik haklarının güvenceye kavuşturulabilmesinin temel koşulu üye kayıtlarının mevzuata uygun bir biçimde düzgün tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak günümüzde parti üyeliği kurumunun parti içi iktidar yarışının aracı haline dönüştürüldüğünü ve partilerde naylon üyelikler ve gelişigüzel kayıtların olağan görüldüğünü belirtmek gerekmektedir. KOÇAK (2002), *a.g.e.*, s.107 ve dnp.51.

⁶⁰ 2820 sayılı SPK m. 53/1: “*Siyasi partilerin disiplin kurullarınca verilebilecek cezalar, uyarma, kınama, partiden veya gruptan geçici veya kesin olarak çıkarma cezalarıdır.*”

⁶¹ Bkz. SAĞLAM (1999), *a.g.e.*, s.196-197.

düşünce ve kanaatlerin özgürce tartışılmadığı bir siyasi partinin demokratik çoğulcu bir içyapıya sahip olduğundan da söz edilemez.⁶² Siyasi partilerdeki oligarşik yapılanmanın ve lider sultanının önüne geçilmesi, parti adaylarının partinin tüm üyelerinin katılacağı bir önseçimle belirlenmesi ve önseçim sisteminin tüm partiler için zorunlu tutulması; tercihli oy hakkının tanınması, karma seçim sisteminin uygulanması gibi konuların gündeme getirilmesiyle mümkün olabilir.⁶³

Yukarıda vurgulandığı gibi, bir partinin iç demokrasi anlayışının betimlenmesinde, aday belirleme yöntem ve uygulamaları en önemli gösterge olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasal düzlemde, *parti içi çalışma ve faaliyetlerinin demokrasi esaslarına uygun olarak kanunla düzenleneceği* (Any. m.69/1) belirtilmek suretiyle yasa koyucuya takdir alanı yaratılmıştır. Ancak parti içi işleyiş ve demokrasi anlayışının en temel faktörlerinden birini oluşturan aday belirleme konusunun ise yasa koyucu tarafından partilerin inisiyatifine terk edildiği görülmektedir. Gerçekten de 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 37. maddesi çerçevesinde aday belirleme konusunun yöntem ve esaslarının düzenlenmesi parti tüzüğüne bırakılmıştır. Böylece siyasi partilere aday belirleme konusunda geniş bir serbesti tanındığı görülmekte ve lidere önseçim yöntemini devre dışı bırakarak merkez yoklaması⁶⁴ gibi bir yöntemi uygulama yolunu açık tutmaktadır. Aday belirlemede merkez yoklaması yöntemi bu yetkiyi parti merkezine, hatta gerçekte denetimsiz bir şekilde parti liderine vermektedir. Duverger'nin belirttiği gibi liderler doğal olarak iktidarlarını korumak ve artırmak eğiliminde olduklarından ve üyelerin ise bu eğilimi engellemek yerine lideri putlaştırmak suretiyle onu daha da güçlendirdiklerinden, tüzüklerinde demokratik bir görünüm algısı yaratan partilerde bile lider sultanı bir takım dolambaçlı ve kamuflejli yollarla sağlanabilmektedir.⁶⁵ Aday belirlemede üyelerinin

⁶² Bkz. KOÇAK (2002), *a.g.e.*, s.107.

⁶³ Bkz. SAĞLAM (1999), *a.g.e.*, s.198-199.

⁶⁴ Merkez yoklaması, adayların seçim çevresi itibarıyla doğrudan doğruya parti merkezi tarafından belirlenmesi ya da atanmasıdır. Ülkemizde 1983 yılından beri en çok uygulanan aday belirleme yöntemi olarak merkez yoklaması, parti tüzüklerinde düzenlenen bir konudur. Bkz. İBA (2020), *a.g.e.*, s.97

⁶⁵ DUVERGER (1993), *a.g.e.*, s. 190. Ayrıca Duverger, parti tüzük ve yönetmeliklerinin ya gerçeği hiç tasvir etmediğini ya da çok eksik ettiğini;

uygulamada aktif bir rol oynamadığı bir partide, çoğulcu bir demokrasi anlayışından söz etmek yerine, lider sultanından ve onun sürdürülebilir bir nitelik gösterdiğinden söz etmek daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Lider değişiminde de çoğulcu eksen üzerinden hareket edilmesi gerekmektedir. Ancak Türk siyasi partilerine bakıldığında seçilen parti liderlerinin uzun bir süre konumlarını terk etmediği,⁶⁶ aksine parti içi işleyişinde konumuna bağlı olarak lider sultanını güçlendirecek ve sürdüreceği fiili ve hukuki zemin hazırlama girişimlerinde bulunduğu ve genelde de bunu gerçekleştirdikleri görülmektedir.⁶⁷

Bu çerçevede Türkiye’de siyasi partilerde aday belirleme yetkisi merkez yoklaması yöntemiyle parti genel merkezine verildiğinden oligarşik yapının ve buna bağlı olarak lider sultanının güçlendiğini ve sürdürülebilir bir aşamaya geldiğini söylemek gerekir. Öte yandan parti liderlerinin iktidarlarını ve lider sultanını sürdürmek için başvurdukları

çünkü bunların, oldukları gibi uygulandıklarının ender olduğunu belirtmektedir. Bkz. DUVERGER (1993), *a.g.e.*, s.11.

⁶⁶ Türkiye’deki siyasi parti liderlerinin değişme olasılığının çok zayıf olduğu ve liderlerin uzun yıllar partilere genel başkanlık yaptığı görülmektedir: Osman Bölükbaşı 18 yıl (3 siyasi partide); Recep Tayyip Erdoğan 19 yıl (2014- 2017 yılları arasında Cumhurbaşkanı olması nedeniyle kesintiye uğramış ancak 2017 anayasa değişikliklerinden sonra parti genel başkanlığı devam etmektedir.); Necmettin Erbakan 20 yıl (5 siyasi partide); Süleyman Demirel 22 yıl (2 siyasi partide); Bülent Ecevit 24 yıl (2 siyasi partide); Devlet Bahçeli 25 yıl; Alparslan Türkeş 29 yıl; İsmet İnönü 33 yıl; Doğu Perinçek 34 yıl (4 siyasi partide) ve Aykut Edibali 37 yıl. Bkz. KAPLICA, Koray (2013), “En Uzun Süre Genel Başkanlık Yapan Liderler”, <https://www.dogrulukpayi.com/liste/en-uzun-sure-genel-baskanlik-yapan-liderler>, 13 Mart 2023, (Erişi Tarihi: 29 Ağustos 2023).

⁶⁷ Türk siyasi partilerini fazla incelemeye gerek kalmaksızın herhangi bir araştırmacının dikkatini ilk çekecek özelliklerinden biri oligarşik diyebileceğimiz bir liderlik yapısına sahip olmalarıdır. Türkiye’de siyasi partiler liderlerini yenilemekte güçlük çekmekte, lider yenilenmesi çok sancılı bir süreç olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz. TURAN, İter (2011) “Türk Siyasi Partilerinde Lider Oligarşisi: Evrimi, Kurumsallaşması ve Sonuçları”, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No: 45, İstanbul, 2011, s. 2.

yöntemler, Türkiye’de demokrasinin gelişmesi ve yerleşmesini de zorlaştırmıştır. Merkez yoklaması yönteminin benimsenmesi sonucu lider tarafından keyfi olarak üye listeleriyle sürekli oynanması, seçimle göreve gelen yerel parti yöneticilerinin merkez tarafından görevden alınması gerek parti içi gerek ülke ölçeğinde işleyen bir çoğulcu demokrasinin göstergeleri değildir. Ayrıca liderlerin parti içi otoritelerini güçlendirme ve sürdürme eğilimlerinin yanında liderin yenilenmesini engelleyici bir hukuk yapısının ve ilişkiler ağının varlığı da lider sultasını destekleyen ve zemin hazırlayan bir nitelik göstermektedir.⁶⁸ Bütün bunların yanında, liderin parti üzerindeki hegemonyasını ve üyelerin kendisine itaat ve bağlılığını güçlendirmek ve sürdürmek amacıyla, parti disiplinini bir baskı ve yaptırım aracı olarak kullanması ayrıca irdelenmesi gereken bir sorunu gündeme taşımaktadır.

b. Parti İçi Demokraside Parti Disiplininin Baskı Aracı Olarak Kullanılması

Siyasi partiler, yalın bir tanımlamayla belirli bir siyasi görüş ve program çerçevesinde halkın desteğini alarak iktidara gelmeye çalışan örgütlü bir yapıdır. Benimsenen siyasi program ve amaçların gerçekçi bir şekilde uygulanabilmesi için parti içi düzenin ve dengenin sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda meclisteki parti temsilcilerinin (milletvekillerinin), yöneticilerin ve üyelerin belli bir uyum içinde hareket etmeleri beklenen bir duruma işaret etmektedir. Bu uyum ve düzenin sağlanması ise parti disiplini olgusunu ve bu bağlamda belli bazı araçların/yaptırımların kullanılmasını gündeme getirmektedir.

Parti disiplini, parti birliğini sağlamak amacıyla, herhangi bir siyasi konuda partisinin programından farklı siyasi görüş eğiliminde bulunan parti üyeleri ve partinin parlamentodaki temsilcilerini bu tutumundan vazgeçirme yolunu ifade etmektedir.⁶⁹ Diğer bir tanımlamayla, parti disiplini, partiyi parlamentoda temsil eden milletvekilleri ve üyelerinin benimsenen parti programı çerçevesinde

⁶⁸ Bu konuda bkz. TUNCAY (2000), *a.g.e.*, s.73, 182-183; PERİNÇEK (2008), *a.g.e.*, s.127; TURAN (2011), *a.g.m.*, s.17; İBA (2020), *a.g.e.*, s.92-93.

⁶⁹ Bkz. TEZİÇ, Erdoğan (1976), *100 Soruda Siyasi Partiler-Partilerin Hukuki Rejimleri ve Türkiye’de Partiler*, Gerçek y., İstanbul, 1976, s. 83.

asgari bir uyum içinde olmasını sağlamak amacıyla belirlenmiş kurallar ve bu kurallara uymayanlar hakkında uygulanan yaptırımlardan oluşan bütüncül bir yapıyı ve sistemi betimlemektedir. Bu çerçevede, disiplinli (sert) parti,⁷⁰ üyelerinin, parti tüzük, program ve kararlarına sıkı bir biçimde bağlı oldukları partidir.⁷¹ Teziç'e göre, disiplinli parti gerek örgüt içinde gerek örgüt dışında parti programına ve yöneticilerine kesin bir otorite ve yetkiler tanıyan partilerdir. Parti örgütünde yoğun ve kesin bir merkezîyetçilik vardır. Partinin parlamentodaki temsilcileri dahil tüm üyeleri hakkında partiden uzaklaştırmaya kadar varan disiplin yaptırımları uygulanabilmektedir.⁷² Bu bağlamda parti disiplininin uygulamadaki katılık derecesine göre bu yapı, olması gereken amacın dışında bir baskı ve lider sultasını sürdürülebilir kılmanın bir aracı hâline dönüşebilmektedir. Aşırı katı bir parti disiplini, liderin siyasi partinin tüm grupları üzerinde kontrolüne, gerektiğinde baskı ve yaptırım uygulanması yoluyla parti çıkarlarının her şeyin üzerinde tutulmasına olanak sağlamaktadır.

Öte yandan bir partinin disiplinli veya serbest oluşu ile otokratik veya demokratik bir karaktere sahip olması arasında doğrudan bir koşutluk aramak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Her disiplinli partinin otokratik bir yapıya sahip olduğunu söylemek hatalı bir çıkarıma işaret edecektir. Demokratik bir iç işleyişe sahip partiler de dengeli ve akılcı bir seviyede disiplinli bir özellik gösterebilirler.⁷³ Bu bağlamda parti disiplininin parti içi çoğulcu demokrasi anlayışıyla bağdaştırmak ve ikisi arasında belli bir dengenin kurulması önemli bir soruna işaret etmektedir.⁷⁴ Parti içi iktidarı ele geçirme çatışmasının siyasi bir olgu

⁷⁰ Disiplinli partilerin karşıtı olarak serbest (yumuşak) partiler, her alanda üyelerini, adaylarını, seçmenlerini serbest bırakacak kadar yumuşaklığa ve esnekliğe sahiptir. Alınan kararlar yönetici ve lider otoritesine dayandırılmaz. Bkz. TUNAYA (1982), *a.g.e.*, s. 267.

⁷¹ TEZİÇ, Erdoğan (2016), *Anayasa Hukuku*, 20. B., Beta y., İstanbul, 2016, s. 407; TEZİÇ (1976), *a.g.e.*, s. 90.

⁷² Bkz. TUNAYA (1982), *a.g.e.*, s. 267; KOÇAK (2002), *a.g.e.*, s. 53-54; TEZİÇ (2016), *a.g.e.*, s. 407; YANIK (2013), *a.g.e.*, s.75-76.

⁷³ Bu konuda bkz. TUNAYA (1982), *a.g.e.*, s. 267; TEZİÇ (2016), *a.g.e.*, s. 410. Ayrıca günümüzde ABD dışında hemen hemen bütün siyasi partilerin, disiplinli partiler olduğunu söyleyebiliriz. Bkz. TEZİÇ (1976), *a.g.e.*, s. 90.

⁷⁴ Parti disiplini ile partilerin iç işleyişinin demokratik olma ilkesi arasındaki dengenin kurulamaması, parti yöneticilerinin ve liderlerin partiye egemen

olarak her partide canlılığını koruması, parti disiplininin bir baskı aracına dönüşmesine ve dolayısıyla parti içi demokrasi ile parti disiplini arasında sağlıklı bir dengenin kurulamamasının nedenlerinden birini oluşturmaktadır.⁷⁵ Parti disiplininin parti içi çoğulcu bir demokrasi anlayışına hizmet etmesi ve belli bir denge içinde olması için, parti disiplininin normatif ve uygulama alanının sınırları parti tüzük ve yönetmeliklerinde yer alan düzenlemelerle kesin bir şekilde çizilmesi ve birebir uygulamaya aktarılması gerekmektedir. Bu kapsamda her partide disiplin sistemi, liderin tutum ve dayatmalarından bağımsız olarak parti içi organların birbirlerini denetleyecek, dengeleyecek ve frenleyecek şekilde yapılanması gerekliliğini ön plana çıkarmaktadır. Gerçekte bu durum, parti içi organların (erklerin) ayrılığı ilkesinin uygulanmasından başka bir şey değildir. Böyle bir parti içi denge ve denetim mekanizmasının gerçekleştirilmesi parti disiplinin baskı aracı olarak kullanılmasına ve bu bağlamda lider sultasının uygulama alanı bulmasına ve sürdürülmesine engel olacaktır. Parti disiplininin gerçekleşmesinde etkin olan yetkili organların (kurulların) önseçimle oluşturulması ve bu süreçte liderin baskısını engelleyecek şekilde çoğulcu anlayışın etkin bir şekilde uygulanması önemli gereklilikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Önemli olan parti disiplinin baskı aracına dönüşmesini engelleyecek kuralların ve uygulamanın esas alınmasıdır. Bu bağlamda, parti disiplinin kurallarını ortaya koyan düzenlemeler ile bunların uygulanmasının birebir koşutluk göstermesi gerektiği açıktır. Aksi durumda parti disiplinin gerçekleştirilmesinde demokratik ilkelere öncelik verildiği algısını yaratan parti tüzük ve yönetmeliklerinin lider sultasına geniş ve etkin bir uygulama alanı yaratmada örtü işlevi göreceğini belirtmek hatalı olmasa gerektir. Nitekim günümüzde parti disiplininin norm-uygulama koşutluğunda siyasi partilerin sağlıklı ve dengeli bir görünüm çizmediklerini söylemek gerekir. Günümüz uygulamalarında parti disiplinin olması gereken amacından saparak, parti içinde lider sultasının sürdürülmesi ve lidere bazı konularda itaat etmeyenlerin pasifleştirilmesi ve parti içi muhalefetin yok edilmesi amaçlarıyla kullanılan bir baskı

olmalarına ve oligarşik eğilimler düzleminde lider sultasının ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bkz. TEZİÇ (2016), *a.g.e.*, s. 408.

⁷⁵ Bu konuda bkz. ÖZCAN-YANIK (2007), *a.g.e.*, s. 215; YANIK (2013), *a.g.e.*, s. 181.

aracına dönüştüğü görülmektedir.⁷⁶ Son çözümlemede, ülkemiz bakımından siyasi partilerin katı disiplinli bir yapıya sahip olduklarını, lider sultasının yoğun bir şekilde varlığını gösterdiğini ve parti disiplininin bir baskı aracı olarak kullanıldığını söylemek hatalı bir çıkarım olmasa gerektir. Türk siyasi partilerinin katı disiplinli yapısı ve bu yapı içerisinde lider sultasının varlığı genel kabul görmektedir.⁷⁷

Gerçekte parti disiplininin baskı aracı olarak kullanılması olgusu, önemli sonuçlarını, daha çok siyasi partinin parlamento üyeleri (milletvekilleri) üzerindeki baskıda göstermektedir. Bu bağlamda, parti disiplini, tüm parlamento üyelerinin partinin karar organlarının, gerçekte parti liderinin tek iradeyle oluşturduğu siyasi çizgiye ve bu yönde aldığı kararlara uygun davranmalarının (oy kullanmalarının) baskı aracı olarak kullanılmaktadır. Buna göre disiplinli partide milletvekillerinin, meclis çalışmalarında bağımsız davranmaları ve özgürce kendi iradeleri doğrultusunda oy kullanmaları, partiden ihraç edilmeye kadar varan farklı yaptırımlarla karşılaşma olasılığının yüksek olması nedeniyle pek mümkün gözükmemektedir. Milletvekillerinin siyasi partisiyle gerçekleşen bu paradoksal ilişki, milletvekilini tüm milleti temsil görevinden gittikçe uzaklaştırırken, parlamentonun yürütme karşısındaki denetim yetkisini de işlevsiz kılmaktadır. Nitekim Yanık'ın belirttiği gibi, milletvekillerinin parti disiplini çerçevesinde lider sultası altında alınan parti kararları karşısında özgür bir tutum takınamamaları, parlamentoların asli işlevlerini kaybetmelerine, âdeta komisyon ve parti gruplarında alınan kararları aynen uygulayan bir erke dönüşmelerine yol açmaktadır.⁷⁸ Ayrıca parti disiplini üzerinden parlamento üyelerinin ve

⁷⁶ Berkes, aynı yöndeki görüşleri 1946 yılında yazdığı kitabında, “*Parti disiplininin gayesi partinin iplerini elinde tutan, partinin parasını idare eden merkezi makamları kontrol eden, namzetlerin seçilmesi konusunda son sözü söyleyen liderlerin üstünlüğünü sağlamaktır.*” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. BERKES, Niyazi (1946), *Siyasi Partiler*, Yurt ve Dünya y., İstanbul, 1946, s. 10.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. TUNCAY (2000), *a.g.e.*, s. 185; İBA (2020), *a.g.e.*, s. 93; PERİNÇEK (2008), *a.g.e.*, s. 127; PERİNÇEK, Doğu (2012), *Türkiye'nin Anayasa Birikimi*, 2.B., Kaynak y., İstanbul, 2012, s. 206-207; YANIK (2013), *a.g.e.*, s. 185; ÖZCAN-YANIK (2007), *a.g.e.*, s. 219; TEZİÇ (1976), *a.g.e.*, s. 93; TURAN (2011), *a.g.m.*, 1-21.

⁷⁸ Parti içi demokrasiyi geliştirmek için, yasama çalışmaları parti gruplarının tekelden çıkarılmalı ve milletvekillerine grup disiplini dışında bağımsız

dolayısıyla yasama organının işlevsizleştirilmesi, anayasada tek kişi üzerinden kurgulanan hükümet sisteminin sağladığı olanaklar çerçevesinde kişisel iktidara yol açabilecek kadar önemli bir sorunu gündeme taşımaktadır. Yasama ve yürütme erkeleri arasında sağlıklı bir fren-denge-denetim mekanizması kuramamış bir hükümet sisteminde, parlamentonun işlevsel bir varlığından söz etmek bile anlamsızlaşmaktadır. Erklar arası denge ve denetimin bulunmadığı bir hükümet sisteminde iktidar haritasının tek bir iradenin odak noktaya oturtulması şeklinde çizilmesi, parti disiplinin oluşturduğu köprü üzerinden parlamento iradesinin bir kişinin iradesi içinde erimesine ve parti içi lider hegemonyasının ülke düzeyinde yaşam alanı bulmasına neden olmaktadır.

III. PARTİ İÇİ DEMOKRASİ ANLAYIŞININ CUMHURBAŞKANI HÜKÜMET SİSTEMİNE YANSIMALARI

Yukarıda da vurguladığımız gibi, siyasi partilerin işlevsel iç denetimden yoksun katı disiplinli bir yapı göstermesi ve parti içi lider zorbalığının/sultasının varlığı konuları, ülke düzeyinde çoğunlukçu-çoğulcu demokrasi anlayışı ikileminde yön belirleyici faktörler olarak karşımıza çıkmaktadır. 2017 değişiklikleriyle Anayasada kurgulanan hükümet sisteminin tek kişinin iradesini odak noktasına alan dinamiklere ve iktidar haritasına sahip olması, disiplinli parti yapısını ve liderin parti içi konumunu daha da önemli kılmaktadır. Anayasal düzenlemelerin, Meclis-siyasi parti-Cumhurbaşkanı ekseninde partili Cumhurbaşkanına, Meclis çoğunluğunu yakalayan disiplinli bir yapıya sahip siyasi partisi üzerinden çoğunlukçu demokrasi anlayışını ve parti içi işleyişte kurduğu lider hegemonyasını ülke düzeyinde gerçekleştirebilme olanağını tanıması, çoğulcu demokrasi anlayışının ülkeye egemen olması noktasında sorunlu bir alanın sürekli gündemde tutulmasına neden olmaktadır.

davranma olanağı tanınmalıdır. Aksi durumda parti disiplini nedeniyle, ülkemizde olduğu gibi, milletvekilleri halkın temsilcileri olmak yerine partilerinin temsilcileri olmaya ve halkın menfaatleri yerine parti menfaatlerini ön planda tutmaya devam edeceklerdir. Bkz. YANIK (2013), *a.g.e.*, s. 182-183.

A. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Dinamikleri

1. 2017 Anayasa Değişiklikleriyle Kurgulanan Hükümet Sisteminin Nitelendirilmesi ve Kavramsallaştırma Sorunu

Hükümet sistemlerinin betimlenmesinde erkler ayrılığı ilkesinin temel bir öneme sahip olduğu açıktır. Anayasalarda kurgulanan hükümet sistemleri, demokratik çağdaş bir hukuk devletinde bağımsız olması ön kabul gören yargı erki dışında bırakılarak, yasama ve yürütme erklerinin karşılıklı etkileşimi ve aralarındaki iktidar paylaşımı üzerinden tanımlanmaktadır. Anayasal düzenlemelerle tasarlanan hükümet sistemlerinin dinamiklerini, anayasal pratiklerden (uygulamadan) bağımsız bir şekilde belirlemek her zaman bir eksikliğe işaret edecektir. Anayasal düzlemde yasama ve yürütme arasında fren-denge-denetim mekanizmasının sağlıklı bir şekilde kurulması, anayasal pratiklerin oluşum ve gerçekleşme yönünü belirlemektedir. Yasama ve yürütme erkleri arasında denge ve denetimden yoksun bir iktidar haritası oluşturulması, bu erklerden birinin diğerinin içinde erimesine veya tamamen işlevsiz kılınmasına neden olmaktadır. Anayasal düzlemde geniş yetkilerle donatılmış bir yürütme erkinin ilk hareket eden (*first mover*)⁷⁹ konumunda bulunması, uygulama alanında diğer erke göre üstünlüğü elde etme yolunu açık tutmaktadır. Özellikle yürütme erki yetkilerinin tek kişide toplandığı başkanlık veya başkanlık benzeri hükümet sistemlerinde bu durum daha çok önem göstermektedir.

Erklerin tek bir kişide (başkan/cumhurbaşkanı) birleşmesine yol açan hükümet sistemleri anayasada yer alan kavramlar çerçevesinde farklı şekillerde ifade edilebilir. Başkanlık ekseninde ilerleyen ve

⁷⁹ Başkanlık hükümet sistemlerinde, başkanın kararname çıkarma, bakanlıklara atama yapma, veto yetkisi gibi tek taraflı yetkilere sahip olması ona ilk hareket eden taraf olma olanağı sağlamaktadır. Başkanın sahip olduğu takdir yetkisi, fırsatlar ve kaynaklar nedeniyle ilk hareket eden olarak, yetkilerini hızlı, güçlü bir şekilde ve isterse önceden haber vermeden kullanma olanağı bulunmaktadır. Bu durum başkanın yasama erki karşısında daha da güçlü olmasının yollarını açmaktadır. Bu konuda ve kavram hakkında bkz. MOE, Terry M.- HOWELL, William G. “Unilateral Action and Presidential Power: A Theory”, *Presidential Studies Quarterly*, C. 29, S. 4, 1999, s. 856. (<http://home.uchicago.edu/~whowell/papers/Unilateral Action.pdf>, (Erişim Tarihi: 6 Eylül 2023)).

başkanlık hükümet sistemi unsurlarından ve dinamiklerinden kopuk olarak erklerin tek kişide toplanmasını sağlayacak şekilde kurgulanan başkanlık benzeri hükümet sistemlerinin, hiper-başkanlık (aşırı başkanlık), süper başkanlık⁸⁰ veya başkancı⁸¹ sistem olarak kavramsallaştırıldığı görülmektedir. Bu şekilde ifade edilen hükümet sistemlerinin, erkler arası fren-denge-denetim mekanizmasını sağlayacak dinamiklerden yoksun olduklarını ve erklerin bir kişide birleştiğini söylemek gerekir. Bu bağlamda Larkins, hiper-başkanlık sisteminin, başkanların güç tekeliğini ellerine alma ve tüm kontrol-denge mekanizmalarını zayıflatarak, yok ederek, rejimi değiştirme konusundaki bilinçli çabaları neticesinde oluştuğunu; yasama ve yargının kontrol altına alınması gereken iki organ olarak başkanların hedefinde olduğunu; başkanların, yasama organını siyasi partisi aracılığıyla kontrol altında tutabildiklerini ve istenilen yasaların çıkarılmasını sağladıklarını ve ayrıca bu yöntemlerle başkanın aynı zamanda yasama organı içindeki muhalefeti kontrol edebildiğini; gerektiğinde yasadışı ve anti-demokratik uygulamaların devreye sokulduğunu; yargıyı kontrol etmek suretiyle, keyfi yöntemlerle aşılacak anayasal-yasal sınırların görmezden gelinmesinin sağlandığını, muhalifleri sindirmek için hukuka aykırı baskı araçlarının kullanıldığını ve yargı bağımsız ve tarafsız olmadığından etkili bir anayasaya uygunluk denetimi yapılamadığını belirtmektedir.⁸²

⁸⁰ Fish, yürütme erkinin iki başlı bir yapıya sahip olduğu Rusya örneğini üzerinden süper başkanlık (super presidentialism) adını verdiği hükümet sistemini, olağanüstü yetkilerle donatılmış bir Cumhurbaşkanı karşısında, ona göre hayli zayıf konumda olan bir yasama organının bulunduğu ve Cumhurbaşkanının kararnamelerle yasal düzenlemeler yapma yetkisine sahip olduğu bir sistem olarak tanımlamaktadır. Bkz. FISH, m. Steven (1997), “The Pitfalls of Russian Super Presidentialism”, *Current History*, October 1997’den aktaran ONAR, Erdal (2005), “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?”, *Başkanlık Sistemi*, (Yay. Haz. ERGÜL, Teoman), TBB. y., Ankara, 2005, s.78. Ayrıca bu konuda bkz. OKŞAR (2013), *a.g.e.*, s.122-125.

⁸¹ Teziç, Güney Amerika ve Afrika ülkelerinde başkanlık hükümet sistemi dinamiklerinden sapmış sistemleri “başkancı rejimler” olarak nitelendirmektedir. Bkz. TEZİÇ (2016), *a.g.e.*, s. 539-541.

⁸² Bkz. LARKINS, Christopher (1998), *The Legacies of Hyper-presidentialism: Executive Judicial Relations, Constitutional Cultures and the Future of Democratic Governance in Argentina and Peru*, Ph.D Thesis, University of Southern California, 1998, s. 65-68’den aktaran ÖZSOY

Süper başkanlık ve başkanlı sistemlerde bu özelliklere sahip olarak aynı eksen üzerinden ilerlemektedir. Belirtilen hükümet sistemlerinin temel özelliği, hepsinin erkler arası fren-denge-denetim mekanizmasını sağlıklı bir şekilde kuramaması ortak paydasında birleşmesidir.

1982 Anayasasında 2017 değişiklikleriyle tasarlanan yeni hükümet sisteminde de fren-denge-denetim mekanizmasının sağlıklı bir şekilde kurulamadığı açıktır. Anayasal düzenlemeler, yürütme erkinin tüm yetkilerinin Cumhurbaşkanında toplandığı hiyerarşik bir yapıyı betimlemektedir. Anayasal düzenlemeler ve uygulama çerçevesinde, bakanlar, sadece Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olan ve onun takdiriyle atanan ve görevden alınan hiyerarşik yapının bir kademesinde yer alan görevliler olarak karşımıza çıkmaktadırlar.⁸³ 2017 anayasa değişiklikleriyle kurgulanan yeni hükümet sistemi, sahip olduğu tekçi yürütme yapısı ekseninde çizdiği iktidar haritası ve Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler çerçevesinde hiper-başkanlık veya başkanlı olarak nitelendirilen sistemlerin özellikleriyle örtüşme göstermektedir. Nitekim, ülkemizde partili Cumhurbaşkanının siyasi partisi üzerinden yasama organını kontrol altına aldığı, parlamentodaki çoğunluk sayesinde yasama organına açıkça telkinlerde bulunduğu hatta emirler verdiği, istediği kanunları çıkartabildiği, yargıyı muhalifleri sindirmek için bir baskı aracı olarak kullandığı, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının çok tartışmalı bir sorun olarak sürekli gündemde kalmasına yol açan uygulamaların bulunduğu görülmektedir.⁸⁴ Gerçekte erklerin tek kişide birleşmesine olanak tanıyan bir hükümet sistemi,⁸⁵ nasıl adlandırılırsa adlandırılısın hiç bir zaman içinde taşıdığı diktatörlük potansiyelinden veya kişisel iktidara

BOYUNSUZ, Şule (2017), *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, 1. B., İmge y., Ankara, 2017, s.173-174.

⁸³ Yürütme organının ve idarenin örgütlenmesi, kamu görevlilerinin belirlenmesi konularında tek kişiye tanınan yetkilerin genişliği ve hukuki güvenlik ilkesine ilişkin sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OKŞAR, Mustafa (2023), *Hukuki Güvenlik İlkesi Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 1. B., Yetkin y., Ankara, s. 233-270.

⁸⁴ Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s. 295-336.

⁸⁵ Gözler, kuvvetlerin Cumhurbaşkanında birleşmesi esasına dayalı bir kuvvetler birliği hükümet sisteminin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. GÖZLER, Kemal (2017), *Elveda Anayasa*,3. B., Ekin y., Bursa, 2017, s.17-19.

evrilme tehlikesinden kurtulamayacaktır.⁸⁶ Bütün bunların ötesinde, Cumhurbaşkanının medya üzerinde yoğun bir kontrole sahip olması ve ekonomik kaynaklar üzerinde tek karar verici konumunda bulunması erklerin tek kişide birleşmesi yolunun açılmasına oldukça önemli katkılar sağlamaktadır. Bütün bunlar kişisel iktidarın yolunu açabilecek özelliklere işaret etmektedir. Yeni hükümet sisteminde, erkler arasında *fren-denge-denetim* düzeneğinin kurulması, yasama-yürütme ilişkilerinde işlevselliği ve bu iki erkin sınırlanması kapsamında özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlayacak şekilde yargı bağımsızlığının gerçekleştirilmesi olgularından uzaklaşıldığı görülmektedir.

2017 anayasal değişiklikleriyle tasarlanan hükümet sistemiyle parlamenter hükümet sisteminden başkanlık hükümet sistemine geçiş sağlanamamıştır. Bazı sapmalarına (Cumhurbaşkanına sembolik yetkilerin ötesinde geniş yetkiler tanınması gibi) karşın parlamenter hükümet sistemi olarak nitelendirilen önceki hükümet sistemi terk edilmiştir. Ancak iktidarların (erklerin) birbirinden kesin biçimde ayrılma ve her organın diğerinden yapısal, işlevsel ve ilişkisel bakımdan bağımsız olma ana özelliklerini taşıyan başkanlık hükümet sisteminin getirildiğini de söylemek mümkün değildir.⁸⁷ Başkanın yetkilerinin etkili bir fren ve denge mekanizmasıyla denetlendiği bir başkanlık hükümet sisteminin, demokratik bir hükümet sistemi olduğundan kuşku bulunmamaktadır. Ancak 2017 anayasal değişiklikleriyle etkili bir fren-denge-denetim mekanizmasının kurulmadığı hükümet sisteminin, başkanlık hükümet sistemi benzeri olarak başkancı/cumhurbaşkancı bir nitelik gösterdiğini belirtmek gerekir. Gerçekten de başkanlık hükümet sistemine içkin olan özelliklerden uzak bir anayasal kurgunun, başkanlık hükümet sistemini

⁸⁶ Yetkilerin, siyasal ve cezai olarak neredeyse mutlak biçimde sorumsuz tutulan yürütme organının başındaki tek kişide toplandığı, yasama ve yargı organlarının aşırı zayıflatıldığı ve erklerin tek kişide birleştiği bir hükümet sistemi, nasıl adlandırılırsa adlandırılınsın, tarihin her döneminde görülen diktatörlük rejimlerinden biri olma potansiyelini etkili bir biçimde içinde barındırmaktadır. Bu konuda bkz. ESEN, Selin (2016), “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Ankara, 2016, s.71.

⁸⁷ Bu konuda bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö. (2017), *15 Temmuz Anayasası*, 1. B., Tekin y., İstanbul, 2017, s.137; KABOĞLU, İbrahim Ö. (2016), “Parlamentarizm Kalkıyor, Ama Başkanlık Gelmiyor...”, 22 Aralık 2016 Tarihli BirGün Gazetesi.

gerçekleştireceği veya bu şekilde işleyeceği savı, Dünya yüzeyindeki uygulamaların gösterdiği olgulardan kopuk bir yaklaşımı ortaya koymaktadır.⁸⁸ Nitekim anayasal değişikliklerle 1982 Anayasasında tasarlanan hükümet sistemi kapsamında beş yıldan fazla bir süredir gerçekleşen anayasal pratikler, bu hükümet sisteminin erkler arasında sağlıklı bir fren-denge-denetim mekanizmasına sahip olmadığını, erkler alanında her türlü kararın tek iradenin üstünlüğüne terk edildiğini ve yasama organının bu tek irade karşısında işlevsizleştirildiğini göstermektedir. Bu özelliklere sahip bir hükümet sistemini, başkanlık hükümet sistemlerini dinamiklerine uygun olarak gerçekleştiremeyen ve erklerin bir kişide birleşmesine yol açan örneklerini betimlemek için kullanılan *başkanlı hükümet sistemi* ifadesine koşut olarak *“cumhurbaşkanı hükümet sistemi”* şeklinde bir kavramsallaştırma anayasadaki kurguya ve uygulamaya uygun bir nitelendirme olacaktır.⁸⁹

⁸⁸ Bu konuda bkz. OKŞAR, Mustafa (2019), *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, 1.B., Yetkin y., Ankara, 2019, s. 39.

⁸⁹ 1982 Anayasasında 2017 yılında yapılan değişikliklerle tasarlanan hükümet sisteminin, başlangıçta farklı kavramlarla ifade edildiği görülmektedir. Örneğin Özbudun, demokratik işleyişin otoriter ve delegasyoncu yapıya bürünme olasılığına vurgu yaparak 2017 anayasal değişiklikler sonrası ortaya çıkan hükümet sistemini, *“başkanlık sistemine benzer bir hükümet sistemi”* olarak nitelendirmektedir. Bkz. ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 321. Ayrıca, *“Türk tipi başkanlık”*, *“Türkiye’ye özgü bir hükümet sistemi”* gibi adlandırılmalarla da karşılaşılmaktadır. Ancak yeni hükümet sistemi belli bir süre uygulama alanı bulduktan sonra *“cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi”* ifadesinin yaygınlaştığı görülmektedir. Biz, sistemin dinamikleri ve uygulama eksenini dikkate alındığında *“cumhurbaşkanı hükümet sistemi”* kavramsallaştırılmasının daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

2. Yürütmenin Tekçi Yapısından Kaynaklı Sorunlar: Tek İradenin Üstünlüğü

a. Yürütmenin Güçlendirilmiş Tekçi Yapısı ve Tek İradenin Denetimsizliği

Hükümet sistemlerinde yürütme erki, tekçi (monist) veya ikici (düalist) bir yapı çerçevesinde farklılık göstermektedir.⁹⁰ Tekçi yapıdaki yürütme tipinde, yürütme organı tek kişiden oluşmaktadır. Bu yürütme şekli, otoriter sistemlerde olduğu kadar, demokratik sistemlerde de görülmektedir. Demokratik sistemlerde bu kişiyi halk seçmektedir. Bu bağlamda tekçi yürütme yapısında, yürütmenin başındaki kişi meşruiyetini halktan almaktadır. Yürütme erkinin tekçi yapıya sahip olduğu bu hükümet sistemlerinde, yürütmenin ve idarenin örgütlenmesinden, bakanların ve kamu görevlilerinin atanması veya görevden alınması, yürütmeye ilişkin politikaların yönü ve uygulanmasına kadar geniş bir yelpaze oluşturan yürütme yetkileri tek kişide toplanmaktadır.⁹¹

⁹⁰ Günümüzde yürütme organı, yapısı açısından iki ana tip altında toplanmaktadır. Bu yapılanma, yürütme yetkisini kullananların, nicelik ve nitelik olarak ayırımına dayanmaktadır. Yürütme organının yapısı, nicelik olarak yetkiyi elinde bulunduranların ve kullananların sayısına işaret etmekte iken; nitelik olarak siyasal boyutuna ve yetki dağılımına vurgu yapmaktadır. Bu bağlamda yürütme organı yapısal olarak, *tekçi (monist) yürütme ve ikici (düalist) yürütme* ayırımına tâbi tutulmaktadır. Bu konuda bkz. TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2015), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15. B., Beta y., İstanbul, 2015, s. 319; ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 297-298; TEZİÇ (2016), *a.g.e.*, s. 428-430; MEMİŞ, Emin (2001), *Anayasa Hukuku Notları*, 3. B., Filiz Kitabevi y., İstanbul, 2001, s. 281; OKŞAR, Mustafa (2013), *Hükümet Sistemleri Önceki Anayasalar ve Özellikle 1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu*, 1.B. Yetkin y., Ankara, 2013, s. 27; OKŞAR (2019), *a.g.e.*, s. 46-47.

⁹¹ Yürütmenin tekçi yapısı esas olarak sert erkler ayrılığı ilkesi çerçevesinde oluşturulan başkanlık hükümet sistemlerinde görülmektedir. Bu konuda bkz. TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU (2015), *a.g.e.*, s. 319; ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 297; MEMİŞ (2001), *a.g.e.*, s. 281; TEZİÇ (2016), *a.g.e.*, s. 429; ATAR, Yavuz (2007), *Türk Anayasa Hukuku*, 4.B., Mimoza y., Konya, 2007, s. 141; OKŞAR (2019), *a.g.e.*, s. 47.

2017 değişikliklerinden sonra 1982 Anayasasının tekçi bir yürütme yapısı öngördüğü tartışmasıdır. 1982 Anayasasının 8. maddesi,⁹² yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını ve yerine getirileceğini düzenleme altına almıştır. Bu düzenleme ve Anayasa'nın 104. maddesinde yer alan “Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir” hükmü yürütme erkinin tekçi yapısını açıkça ortaya koymaktadır. Bu anayasal düzenlemelerle, kolektif bir organ olan ve yasama organından çıkan, ona karşı hem kolektif hem bireysel siyasal sorumluluğu bulunan Bakanlar Kurulunun varlığına son verilmiştir. Yürütme yetkileri doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının kişiliğinde toplanmaktadır. Eski hükümet sistemine göre Cumhurbaşkanına tanınan geniş ve etkili yetkilerle güçlendirilmiş bir yürütme yapısı ortaya çıkmıştır. Anayasal düzenlemeler, yürütme erkini ve bu bağlamda tek kişiyi esas alan bir iktidar haritasını ve kurgusunu ön plana çıkarmaktadır. Her ne kadar günümüz demokrasilerinde yürütme organının güçlendirilmesi yaklaşımı belli bir oranda ağırlık kazanmakta ise de burada dikkate alınması gereken en önemli nokta, sağlıklı bir fren-denge-denetim düzeneğinin kurulması ve yasama-yürütme arasında iş birliğini sağlayacak araç ve mekanizmaların işlevsel hâle getirilmesidir.⁹³

Cumhurbaşkanı siyasal olarak mutlak biçimde sorumsuz tutulmuştur. Cumhurbaşkanının Meclise karşı herhangi bir siyasal sorumluluğu bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı ve Meclise karşılıklı olarak seçimlerin yenilenmesi ve bu bağlamda birbirlerinin varlıklarını sona erdirmeye yetkisi tanınmıştır (Any. m.116). Bu yetki, tek iradeye yasama organını feshedebilme olanağı sağlamaktadır. Öte yandan yasama

⁹² 1982 Anayasasının 2017 anayasa değişikliğinden önceki 8. madde düzenlemesi şu şekildedir: “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” Öte yandan 8. maddenin son hali ise şu şekildedir: “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.”

⁹³ Bkz. OKŞAR (2019), *a.g.e.*, s. 44-45. Diğer yandan, yürütme organının güçlendirilmesi, devlet görevlerinin artmasıyla birlikte çağımızın zorunlu kıldığı bir yaklaşım olarak kabul edilse bile, bu güçlendirme, otorite-özgürlük arasındaki dengeler bozulmadan gerçekleştirilmek zorundadır. Bkz. SOYSAL, Mümtaz (1987), *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 7. B., Gerçek y., İstanbul, 1987, s.171.

organının seçimlerinin yenilenmesi yoluyla Cumhurbaşkanının halka hesap vermesi kapsamında bir çeşit siyasal sorumluluk mekanizmasını işletme olanağına sahip olduğunu söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü bu mekanizmanın işletilme olasılığı ve anayasal pratiğe dönüştürülmesi neredeyse olanaksızdır. Anayasada öngörülen nitelikli çoğunluk nedeniyle Meclisin bu yolu işlevsel bir şekilde kullanma olanağının bulunmadığını belirtmek gerekir. Cumhurbaşkanının tek taraflı iradesiyle gerçekleştirebilme olanağına sahip olduğu seçimlerin yenilenmesi mekanizmasının, TBMM açısından, üye tam sayısının beşte üç (360 Mv.) gibi, uygulamada gerçekleşmesi çok zor olan nitelikli bir çoğunluğa bağlanmış olması karşısında, Cumhurbaşkanının siyasal sorumluluğunun bulunduğunu söylemek gerçekçi bir çıkarım olamayacaktır.⁹⁴

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu bakımından da yine nitelikli çoğunluk sorunuyla karşılaşmaktadır. Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu kapsamında Yüce Divanda yargılanması usulü Anayasanın 105. maddesinde, gerçekleşme olasılığı oldukça zor olan nitelikli çoğunluklara bağlanmıştır. Bu anayasal düzenlemede yer alan “*bir suç işlediği iddiasıyla*” ifadesi nedeniyle görevle ilgili olup olmaması bağlamında bir ayırım yapılmadığı ve Cumhurbaşkanı hakkında cezai soruşturma açılmasının kapsamının genişletildiği söylenebilir. Ancak bu kapsam genişlemesinin, Cumhurbaşkanı açısından bir olumsuzluğa değil, aksine işlediği iddia edilen her suç bakımından geniş bir koruma zırhına yol açtığını söylemek gerekir. Cumhurbaşkanı hakkında bir suç işlediği iddiasıyla soruşturma açılmasının istenmesi TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunu (301 Mv.), soruşturma açılmasına karar verilmesi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunu (360 Mv.) ve Yüce Divana sevk kararı ise üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunu (400 Mv.) gerektirmektedir. İzlenecek bu usulün son aşamasında dört yüz milletvekillinin irade örtüşmesinin aranması, Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılması ve Yüce Divanda yargılanmasının sağlanmasını neredeyse olanaksız kılmaktadır.⁹⁵ Özellikle siyasi partisi Meclis çoğunluğunu yakalamış bir

⁹⁴ Aynı yönde bkz. ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 308-309.

⁹⁵ Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevinin sona ermemesi (Any. m.105/5) sorunu, daha da vahim bir seviyeye çıkarmaktadır. On beş üyeden oluşan Anayasa Mahkemesinin on iki üyesi Cumhurbaşkanı, üç üyesi ise TBMM tarafından seçilmektedir (Any. m.146). Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi önünde yargılanan Cumhurbaşkanının, kendi

Cumhurbaşkanı hakkında bu usulün işletilmesi olanaksız görünmektedir. Beş yıldan fazla bir süre uygulama alanı bulan cumhurbaşkanı hükümet sisteminin erkler arası fren-denge-denetim mekanizmasından yoksun dinamikleri, yürütmenin başındaki tek iradeye, özellikle yasama olmak üzere diğer iki erki işlevsiz kılabilecek ve devlet yönetimini istediği gibi yönlendirebilecek bir ortam hazırlamıştır.⁹⁶

Cumhurbaşkanı hükümet sisteminde, yürütmenin aşırı derecede güçlendirilmiş yapısı çerçevesinde tüm yetkilerin, işlevsel ve etkili bir denetime tâbi tutulamayan tek kişinin iradesine bırakılması oldukça önemli bir sorunu gündeme getirmektedir. Gerçekten de 1982 Anayasasında kurgulanan cumhurbaşkanı hükümet sistemi, Cumhurbaşkanına yetkilerini denetimsiz bir şekilde kullanabileceği geniş bir alan tanımaktadır.⁹⁷ Cumhurbaşkanı hükümet sisteminde, yasama

yetki alanında kalan üye değişimi söz konusu olduğunda, kendi yargıcını atayan sanık konumunda olacaktır. Bu durumu bir hukuk devletinde açıklamak mümkün değildir. Öte yandan hakkında verilen bir önergeyle soruşturma açılması istenen Cumhurbaşkanının Meclisteki çoğunluk haritasını göz önünde bulundurarak seçimlerinin yenilenmesi yoluyla Meclisin varlığına son verme olanağına sahip olması farklı bir soruna ve bu bağlamda tek iradenin güç yoğunluğuna işaret etmektedir (Any. m.105/4, m.116). Bkz. OKŞAR (2019), *a.g.e.*, s. 162; OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s. 297-300.

⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OKŞAR (2019), *a.g.e.*, s. 155-162.

⁹⁷ 2017 Anayasa değişiklikleriyle, Cumhurbaşkanına mevcut olana ek olarak aşırı yetkiler tanınmıştır. Anayasanın 104. maddesinde yer alan toplam yirmi fıkra kapsamında Cumhurbaşkanına geniş bir alanda yetkiler verilmiştir. Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları atar ve görevlerine son verir (Any. m.104/8, m.106). Üst kademe yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler (Any. m.104/9). Milli güvenlik politikalarını belirler ve gerekli tedbirleri alır. Yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir. Bunların yanında, tek bir iradeyle TBMM seçimlerini yenileyebilmesi (Any. m.116), güçlendirilmiş veto yetkisi (Any. m. 89), bütçenin Cumhurbaşkanı tarafından sunulması ve Meclis tarafından yapılacak bütçe denetiminin anayasal düzlemde ve uygulamada tamamen işlevsiz kılınması (Any. m.161) durumlarını da özellikle vurgulamak gerekir.

erki yetkilerinin yürütme erki lehine aşırı bir şekilde zayıflatıldığı ve etkisizleştirildiği görülmektedir. TBMM “gensoru” gibi etkinli bir denetim aracından yoksun bırakılmıştır. Meclisin işlevselliği ve etkisi tartışmalı olan “yazılı soru”, “meclis araştırması” ve “genel görüşme” denetimine mahkûm edilmesi (Any. m.98), yazılı soru önergesiyle kendisine soru bile sorulamayan tek kişinin yasama erki karşısındaki üstünlüğünü yansıtmaktadır. Bunun yanında, yasama erkinin, yürütme üzerindeki en etkin ve önemli kontrol aracı olan bütçe ve harcamaları denetlenme ve bütçenin reddedilmesi yetkilerinden yoksun bırakılması, yürütme erkinin daha doğrusu tek iradenin gücünü ve üstünlüğünü ortaya koymaktadır.⁹⁸

TBMM 27. Yasama Döneminde (25 Haziran 2018- Nisan 2023) veriler çerçevesinde uygulamanın, yürütmenin (tek iradenin) denetimsizliği yönünde gerçekleştiği görülmektedir. Bu yasama dönemi boyunca milletvekilleri tarafından yönlendirilen yazılı soru önergelerinin toplamı, 25 Nisan 2023 tarihi itibarıyla 80 bin 539’dur. Bu önergelerin yalnızca %13’ü (10.578) zamanında cevaplanmış, %52’si (41.954) süresi (15 gün) geçtikten sonra cevaplanmıştır. Cevaplanmadığı gelen kağıtlarda ilan edilen yazılı soru önergesi sayısının oranı da %33’tür (26.817). Önerge sahibi tarafından geri alınan önergelerin sayısı da yalnızca 9’dur.⁹⁹ Öte yandan yazılı soru önergelerine, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar tarafından verilen cevapların içerik olarak ciddiyetten uzak,

⁹⁸ Bkz. OKŞAR (2019), *a.g.e.*, s. 46. Öte yandan Esen, geniş ve kanunla daha da genişletilmesi mümkün yetkilerle donatılmış Cumhurbaşkanının, yasama ve yargı organları karşısında aşırı güçlendirilmesi ve denetimsizlik nedenleriyle, kurgulanan yeni hükümet sisteminin, yürütme karşısında diğer erklerin görece güçsüz olduğu kabul edilen Latin Amerika tipi başkanlık sistemlerinden bile daha vahim bir duruma işaret ettiğini belirtmektedir. Bkz. ESEN (2016), *a.g.m.*, s. 54.

⁹⁹ Mecliste.org, Denge ve Denetleme Ağı, *TBMM 27. Yasama Dönemi Performans Değerlendirme Raporu*, s. 16, (14 Mayıs 2023), https://www.mecliste.org/dosyalar/file/27_%20yasama%20d%C3%B6nemi%20de%20C4%9Ferlendirme%20raporu.pdf, (Erişim Tarihi: 14 Eylül 2023).

çok kısa ve yetersiz olduğu görülmektedir.¹⁰⁰ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Meclise karşı siyasal sorumluluğu bulunmayan, sadece Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olan bakanların bu şekilde cevap vermelerinde yadırganacak bir durum söz konusu değildir. Bu yasama döneminde hiçbir genel görüşme yapılmadığı görülmektedir. Öte yandan bu yasama dönemi boyunca milletvekilleri, Meclis Başkanlığına toplam 7221 Meclis araştırması önergesi vermiştir. Bu önergelerin 6927'si hâlâ “gündemde”, 61'i ise “gündeme girecek” olarak görünmektedir. Çeşitli siyasi partiler tarafından verilen 230 önerge ise kabul edilerek on beş Meclis araştırma komisyonunun kurulmasına sebep olmuştur.¹⁰¹ Söz konusu üç denetim aracının da uygulamada işlevsiz ve etkisiz olduğu görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, yasama organının, Meclis çoğunluğunu elde eden partili Cumhurbaşkanının başında bulunduğu yürütme organını işlevsel bir denetime tâbi tutması, uygulamanın da gösterdiği gibi, mümkün gözükmemektedir.

¹⁰⁰ Basına yansıyan haberlere göre, 10 Temmuz 2018 tarihinde Cumhurbaşkanı Yardımcısına Cumhurbaşkanlığında görev yapan koruma sayısı sorulmuş ve verilen cevap “Yeteri kadar personel ve teçhizatla yerine getiriliyor” yönündedir. Bkz. <https://www.evrensel.net/haber/473843/meclis-baskanligi-aksakligi-kabul-etti-25-bin-908-soru-onergesi-cevaplaniadi>, (3 Kasım 2022), (Erişim Tarihi: 14 Eylül 2023).

¹⁰¹ Bu yasama döneminde hiçbir genel görüşme önergesinin ön görüşmesi ve dolayısıyla görüşmesi yapılmamıştır. İçtüzük Genel Kurulun haftanın en az bir günü denetim yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Üstelik bu önergelerin ön görüşmelerinin verildikleri sırayla yapılması zorunluluğu bulunmasına rağmen buna uyulmadığı görülmektedir. Hiç kuşkusuz ön görüşmeler yapılsa bile siyasal iktidar genel görüşme yapılmasını reddedebilecektir. Ancak genel görüşme ön görüşmeleri de en az genel görüşmenin kendisi kadar değerlidir ve bu ön görüşmelerin yapılmaması tümüyle içtüzük ihlaliyle sağlanmaktadır. Bu durum siyasal iktidarın denetimden kaçışına işaret etmektedir. Mecliste.org, Denge ve Denetleme Ağı, TBMM 27. Yasama Dönemi Performans Değerlendirme Raporu, s. 17.

b. Partili Cumhurbaşkanının Tarafsızlık Sorunu: Tanınan Güçlü Yetkilerin Parti Menfaatine Kullanılma Yolunun Açılması

Tarafsızlık konusunu, Cumhurbaşkanının seçilme yöntemi, görev süresi, kaç defa seçilebileceği ve seçimi gerçekleştirecek ögelerden bağımsız olarak irdelenmek mümkün değildir. 1961 ve 1982 Anayasalarında, Cumhurbaşkanının siyasi partiler üstü bir konumda partiler arasındaki çatışmalarda dengeleyici siyaset dışı bir rol üstlenmesi amacıyla yönelik düzenlemeler getirilmeye çalışılmıştır.¹⁰² Her iki Anayasada da öncelikle madde başlığı olarak Cumhurbaşkanının tarafsızlığına vurgu yapıldıktan sonra Cumhurbaşkanı seçilenin siyasi partisiyle ilişkisinin kesileceği, TBMM üyeliğinin sona ereceği ve TBMM tarafından yedi yıllık bir süre için seçileceği düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca Cumhurbaşkanının bir defada fazla seçilmesine, 1961 Anayasasında bir kimsenin arka arkaya iki defa Cumhurbaşkanı seçilemeyeceği; 1982 Anayasasının mülga maddesine göre ise bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı seçilemeyeceği düzenlenmiştir (1961 Any. m.95; 1982 Any. Mülga m.101). Cumhurbaşkanının yasama organının görev süresiyle örtüşmeyecek şekilde yedi yıl için seçilerek farklı siyasal çoğunluklarla çalışmasının sağlanması, siyasi partisiyle ilişkisinin kesilmesi, birden fazla seçilememesi veya buna sınır getirilmesi yönündeki anayasal hükümlerin hepsi, Cumhurbaşkanının devletin başı olarak tarafsızlık içinde partiler üstü bir anlayış içinde görev yapmasının gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik düzenlemelerdir. Burada önemli olan nokta, Cumhurbaşkanı seçilen bir siyasetçinin, siyasi partisini kontrol altına almasını ve partisinin lehine hareket etmesini sağlayacak araçların elinden alınması ve bunu gerçekleştirecek yolların kapatılmasıdır. Aksine bu hükümlerin Cumhurbaşkanına tarafsızlık konusunda yaptırım uygulama olanağı tanıyan düzenlemeler olduğunu söylemek mümkün değildir.

Ancak 1982 Anayasasında 2017 yılı değişiklikleriyle Cumhurbaşkanının tarafsızlığının sağlanması ekseninden sapılmıştır. Değişikliklerle getirilen anayasal düzenlemeler kapsamında öncelikle

¹⁰² 1982 Anayasasının ilk düzenlemelerinde, Cumhurbaşkanının tarafsız olması ve Devletin başı olarak kabulünün altında, Cumhurbaşkanlığı makamının seçilen siyasetçileri dengeleyecek ve frenleyecek bir çeşit vesayet makamı olarak düşünülmesi yatmaktadır. Bkz. ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 298.

belirtmek gerekirse, devletin başı olduğu¹⁰³ belirtilen Cumhurbaşkanının tarafsızlığını vurgulayan ve bunu doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanının tarafsızlığı konusu, manevi bir bağlayıcılığı bulunan yemin metninden¹⁰⁴ başka Anayasanın herhangi bir yerinde geçmemektedir. Öte yandan Devletin başı olarak Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milletinin birliğini temsil eden (Any. m.104/2)¹⁰⁵ Cumhurbaşkanı hakkındaki bu anayasal düzenlemeye dayanılarak onun “tarafsız” olduğu veya olması gerektiği söylenebilir mi? Gerçekte Cumhurbaşkanının tarafsız olması gerektiği teorik olarak bu düzenlemeye dayandırılmak istenmiştir. Ancak devletin başı sıfatıyla Türk Milletinin birliğini temsil ettiği (Any. m.104/1-2) gerekçesiyle Cumhurbaşkanının tarafsız olacağı iddiası, tartışmaya çok açık bir yaklaşımdır. Anayasal düzenlemeler, Cumhurbaşkanı seçilen milletvekilinin TBMM üyeliğinin sona ereceğini belirtmekle birlikte (Any. m.101/4); aynı anayasal düzenlemeler, Cumhurbaşkanı seçilen bir kişinin, siyasî partisinin üyeliğini veya liderliğini (genel başkanlığını) sürdürebilme yolunu açık tutmuştur.¹⁰⁶ Bu durum, devlet ile siyasî partinin Cumhurbaşkanı kişiliğinde bütünleşmesine yol açmaktadır. Bu bağlamda, “*parti devleti*” yorumları haklı bir tehlikeye işaret etmektedir.¹⁰⁷ Bu çerçevede

¹⁰³ 1982 Anayasasının 104. maddesinde Cumhurbaşkanının Devletin başı olduğu düzenleme altına alınmıştır.

¹⁰⁴ 1982 Anayasası'nın “Andiçme” başlıklı 102. maddesinde düzenlenen yemin metninde Cumhurbaşkanının görevini tarafsızlıkla yerine getireceği yönünde ifade bulunmaktadır.

¹⁰⁵ 1982 Anayasasının 104. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: “*Cumhurbaşkanı Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milletinin birliğini temsil eder. Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin eder.*”

¹⁰⁶ 1982 Anayasası'nın 101. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir*” düzenlemesi, 2017 Anayasa değişiklikleriyle kaldırılmıştır. Bu bağlamda Cumhurbaşkanının bir siyasî partiye üye ve genel başkan olabilme yolu açılmıştır. Bkz. 11 Şubat 2017 Tarih ve 29976 Sayılı Resmî Gazete.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz. ESEN (2016), a.g.m., s. 53. Türmen, Siyasî Partiler Kanununa göre, partiyi temsil yetkisinin genel başkana ait olduğunu, oysa Anayasada, Cumhurbaşkanının Türkiye Cumhuriyeti'ni temsil ettiğinin belirtildiğini; bu bağlamda bir kişinin hem partiyi hem de devleti nasıl temsil edebileceği, Cumhurbaşkanının hangi sıfatıyla hareket ettiğinin nereden bilinebileceği soru ve sorunlarına dikkat çekmektedir. Bkz.

Cumhurbaşkanının siyasî partisiyle bağının koparılmaması, partisi ve üyeleriyle olan ilişkisi, seçilme aşamasındaki parti-Cumhurbaşkanı iş birliği ve parti beklentilerinin karşılanmasındaki öncelik kısıncacı, Cumhurbaşkanının tarafsızlığı ve bütün milletin birliğini temsil ettiği yönündeki değerlendirmeleri seçim sürecinden ve seçilme aşamasından itibaren boşta çıkarmaktadır.¹⁰⁸

Önceki anayasal düzenleme (Any. Mülga m.101/son) çerçevesinde, siyasî partisiyle ilişkisi kesilen Cumhurbaşkanının, parti üzerinde doğrudan etkili olma araçları ve yolları kapatıldığı için tarafsız olma olasılığı yüksek bulunmaktaydı. Ancak siyasî partisiyle ilişkisi kesilmeyen ve genel başkan sıfatıyla Cumhurbaşkanı olan bir kişinin parti içi ilişkilerinden başlayarak devlet yönetiminde izleyeceği siyasal tercihlere kadar, tarafsız olması ve siyasî partisini dışlayacak tarafsız bir rol benimsemesi ve yol izlemesi pek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca belli bir siyasal programı uygulamaya aktarmak vaadiyle ve siyasal partisinden desteğiyle Cumhurbaşkanı seçilen bir kişinin, siyasî partisinden kopuk olarak yürütme görevini yerine getirme ve yetkilerini kullanma olasılığı oldukça zayıftır. Gerçekte cumhurbaşkanı hükümet sistemi dinamikleri çerçevesinde paradoksal bir durum söz konusudur. Programdan adayların belirlenmesine kadar lider sultanının ve katı disiplinin işletildiği bir parti yapısında, siyasal parti seçim öncesi önemli bir destek aracı olmaktan; seçim sonrası ise Cumhurbaşkanı seçilen liderin yasama organının kararlarının yönünün belirlenmesinde bir aparata dönüşmektedir. Tarafsızlık konusunun güçlü yetkilerle donatılmış ve üzerinde etkili bir denetim bulunmayan tek kişinin takdirine ve tutumuna bırakıldığı bir sistemde, uygulamanın millet menfaatinin gözetildiği görünümü altında parti menfaati doğrultusunda gerçekleştiği görülmektedir. Nitekim yaklaşık altı yıllık süreçte gerçekleşen Cumhurbaşkanı uygulamalarının tarafsızlıktan çok uzak bir eksende ilerlediğini söylemek gerekir. Bu süreçte Cumhurbaşkanının sadece merkezi yönetimde değil, lideri olduğu siyasal partisinden adaylarının seçilmediği yerel yönetimler üzerinde de etkili olacak şekilde çıkardığı kararnamelerde ve partisi üzerinden yasama organına çıkarttığı kanunlarda objektiflikten ve tarafsızlıktan uzak bir tutum sergilediği

TÜRMEŒ, Rıza (2016), “Son Dönemeç: AKP’nin Başkanlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Ankara, 2016, s. 89.

¹⁰⁸ Ayrıca bu konuda bkz. OKŞAR (2019), *a.g.e.*, s. 62-63.

görülmektedir. Son olarak belirtmek gerekirse, cumhurbaşkanı hükümet sistemi, Cumhurbaşkanı seçilen kişiden bağımsız olarak uygulamanın bu yönde gerçekleşmesine olanak tanıyacak dinamiklere sahiptir. Tek irade tarafından kullanılan denetimsiz güçlü yetkiler, partili Cumhurbaşkanının, kendisinin ve partisinin sürekli iktidarda kalmasının yollarını açacak ve parti/partili menfaatlerini öncelikle korumaya olanak tanıyacak niteliktedir.¹⁰⁹

B. Meclis Çoğunluğu-Siyasi Parti-Cumhurbaşkanı Ekseninde Yasama Organının İşlevsizleştirilmesi

Cumhurbaşkanı hükümet sisteminin kurgusu, yürütme yetkilerini siyaseten taraflı tek kişide toplayan ve yasama yürütme erkleri arasında fren-denge-denetim mekanizmasını düzgün bir şekilde gerçekleştiremeyen bir iktidar haritasını betimlemektedir. Partili Cumhurbaşkanının hiyerarşik bir yapı kapsamında yürütme organı üzerinde her konuda tek yetkili olduğu açıktır. Hiyerarşik kademe de yer

¹⁰⁹ 14 ve 28 Mayıs 2023 tarihlerinde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde görevde bulunan Cumhurbaşkanının üçüncü defa aday olamayacağı konusu yoğun tartışmalara neden olmuştur. Yüksek Seçim Kurulu (YSK), bu konuda kendisine yapılan başvuruları reddederek, aday olabileceği yönünde karar vermiştir. Cumhurbaşkanının yüksek yargı organları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu üzerinden derece mahkemeleri, Danıştay ve Yargıtay üyelerinden oluşan YSK üzerindeki etkileri ve kararların yönünü belirleyebilme olanağı hakkında bkz. OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s. 295-338. Sezginer, Cumhurbaşkanının tek başına yapması gereken işlem sayısının iki bin altı yüz; tek iradeyle atadığı kamu görevlisi sayısının bin altmış üç olduğunu belirtmektedir. Bkz. Saygı Öztürk'ün Murat Sezginer ile yaptığı 13 Mart 2023 tarihli röportaj, <https://www.sozcu.com.tr/2023/gundem/erdogan-kaybederse-711-yonetici-gidecek-7618839/>, (Erişim Tarihi: 13 Eylül 2023). Ayrıca yeni hükümet sisteminin ilk 13 ayında Cumhurbaşkanının iki bin iki yüz kırk bir atama yaptığı görülmektedir. 15 Ağustos 2019 tarihli haber, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/erdogan-1-yilda-2-binden-fazla-atama-yapti-1534058>, (Erişim Tarihi: 13 Eylül 2023). Ayrıca basına yansıyan haberler çerçevesinde yapılan tüm atamalarda, göreve alımlarda ve ihalelerde partili olmanın ayırıcı kriter olduğu görülmektedir. Örneğin AKP'ye üye olan ve hatta aktif rol oynayan avukatların yoğun bir şekilde hâkim veya savcı olarak atandıkları görülmektedir. Bu konuda bkz. OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s.329-331.

alan bakanlar dahil hiçbir makam, tek iradeden bağımsız hareket etme ve karar alma otoritesine sahip bulunmamaktadır.¹¹⁰ Anayasal düzenlemelerin tanıdığı yetkiler çerçevesinde Cumhurbaşkanı devlet idaresinin örgütlenmesinden, kadroların belirlenmesi, bakanların ve üst kademe kamu yöneticilerinin atanması ve görevden alınması, yerinden yönetim kuruluşlarının kurulmasına kadar genişleyen konularda, başka bir iradenin denetimi ve/veya katılımı olmaksızın tek karar verici konumunda bulunmaktadır.¹¹¹ Cumhurbaşkanının yürütme ve idare üzerinde tek yetkili ve son karar verici konumunda olduğu, uygulamada da açıkça görülmektedir. Bu noktada üzerinde odaklanılması gereken sorun, siyasi partisinin sağladığı köprü üzerinden tek iradenin, yasamayı etkileme derecesinin ve baskı oluşturma kapasitesinin belirlenmesidir.

Nitekim cumhurbaşkanı hükümet sistemi, partili Cumhurbaşkanına, lideri olduğu siyasi partisi üzerinden yasama işlemlerinin yönünü yoğun bir şekilde etkileme olanağı tanımaktadır. Özellikle partisi parlamentoda çoğunluğu yakalayan bir Cumhurbaşkanının, yasama organını işlevsizleştirilmesi ve yürütme erki içinde eritmesi pek şaşırtıcı değildir. Yürütme erki içinde tek kişiye denetimsiz ve kontrolsüz hiyerarşik yetkiler tanıyan cumhurbaşkanı hükümet sistemi, hiyerarşik ilişkiyi siyasi partisi üzerinden yasama işlemlerine yansıtılması olanağını da sonuna kadar açık tutmaktadır.

Yukarıda vurgulandığı üzere, Türkiye’de bulunan siyasî partilerin, disiplinli katı bir yapıya sahip olduğu ve lider sultanı altında kararlar aldığı görülmektedir. Ayrıca bu siyasi partilerde oligarşik kademelenmenin parti içi demokrasinin çoğunlukçu anlayış ekseninde ilerlemesine neden olduğunu söylemek gerekir. Bu kapsamda parti içi lider hegemonyasının siyasi partinin parlamento üyeleri (milletvekilleri) üzerinden yasama organına yansıtılmasının ve aynı zamanda parti lideri olan Cumhurbaşkanının, Meclisi kontrol altına almasının ve yasama

¹¹⁰ Basına yansıyan haberlere göre, Orman Bakanının şu ifadeleri oldukça ilginçtir: “Cumhurbaşkanının talimatıyla orman yangınlarının söndürülmesine başladık.” İLHAN, Cevher “Yangın Söndürme de Talimatla”, 13 Ağustos 2022, Bkz. https://www.yeniasya.com.tr/cevher-ilhan/yangin-sondurme-de-talimatla_568387, (Erişim Tarihi: 13 Eylül 2023).

¹¹¹ İdarenin örgütlenmesi ve kamu görevlilerinin belirlenmesi konularında Cumhurbaşkanının sahip olduğu yetkilerin genişliği ve sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s. 235-270.

işlemlerinin yönünü belirlemesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ülkemizde parti lideri, siyasetin belirlenmesinden, milletvekili adaylarının gösterilmesine, parlamentoda alınacak grup kararlarına kadar geniş bir yelpazede tartışmasız son kararı veren konumunda bulunmaktadır. Parti içindeki lider sultası, cumhurbaşkanı hükümet sisteminin dinamikleri paralelinde irdelendiğinde, devlet yönetiminde bütün yetkilerin tam anlamıyla tek kişide toplandığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Siyasî partisinde sahip olduğu lider sultası üzerinden yasama organında etkisini yoğun bir şekilde artıran Cumhurbaşkanının yetkilerini kullanırken, herhangi bir siyasal sınırlama ve denetimle karşılaşma olasılığı oldukça zayıftır. Nitekim cumhurbaşkanı hükümet sistemi kapsamında beş yıldan fazla sürede oluşan anayasal pratikler, Meclisin tamamen pasifleştirildiğini ve yürütme erki başında bulunan tek kişi üzerinde herhangi bir denetim aracını işlevsel ve etkili olarak kullanamadığını açıkça göstermektedir.

Öte yandan cumhurbaşkanı hükümet sisteminin uygulama alanı bulduğu TBMM 27. Yasama Dönemi, anayasal pratikleriyle tek iradenin yasama organı ve kararları üzerindeki yoğun etkisini ortaya koymaktadır. Bu yasama döneminde, iktidar ve muhalefet partileri tarafından toplam 5339 adet kanun teklifi verilmiş ve bunlardan 310 adedi kanunlaşmıştır.¹¹² Kanun tekliflerinin çoğunlukla muhalefet partileri tarafından verilmesi oldukça dikkat çekici bir duruma işaret etmektedir.¹¹³ Anayasanın 88. maddesine göre kanun teklif etmeye milletvekilleri yetkilidir. Ancak iktidar bloğundaki milletvekillere herhangi birinin kanun teklifi verememesinin ve en temel görevini yerine

¹¹² Bu yasama döneminde verilen kanun tekliflerine yıl ölçeğinde bakıldığında, birinci yılda 278; ikinci yılda 2095; üçüncü yılda 973; dördüncü yılda 684; beşinci yılda 789 ve altıncı yılda 520 olduğu görülmektedir. Ayrıca aynı dönemde kabul edilen kanunlara yıl ölçeğinde bakıldığında, birinci yılda 2; ikinci yılda 40; üçüncü yılda 67; dördüncü yılda 81; beşinci yılda 83 ve altıncı yılda ise 37 olduğu görülmektedir. Bkz. Mecliste.org, Denge ve Denetleme Ağı, *TBMM 27. Yasama Dönemi Performans Değerlendirme Raporu*, s. 10-11.

¹¹³ Örneğin Temmuz 2021 tarihi itibarıyla en çok kanun teklifi veren ilk üç partinin sırasıyla Cumhuriyet Halk Partisi (607 adet), Halkların Demokratik Partisi (250 adet) ve İyi Parti (87 adet) olduğu görülmektedir. Bkz. Mecliste.org, Denge ve Denetleme Ağı, *TBMM 27. Yasama Dönemi Performans Değerlendirme Raporu*, s.11.

getirememesinin altında lider sultası ve disiplinli parti yapısı yatmaktadır. Nitekim Bakırcı, *iktidar partisi grubu milletvekillerinin kanun teklifi vermemelerinin nedeninin, yetkilerinin ellerinden alınmış olmasından değil, parti üyesi milletvekillerinin parti disiplini yoluyla denetim altına alınmış olmalarından kaynaklandığını; milletvekillerinin parti grubunun çizdiği sınırlar dışına çıkamadığını ve bireysel iradelerini ortaya koyma olanağından yoksun bırakıldıklarını; bu durumun partili Cumhurbaşkanının yasama çoğunluğu üzerinde mutlak bir hakimiyet kurmasını sağladığını ve bunun doğal sonucu olarak kanun tekliflerinin uygulamada, yoğunlukla muhalefet bloğu milletvekilleri tarafından verildiğini* belirtmektedir.¹¹⁴ Gerçekten de iktidar bloğu milletvekillerinin bağımsız iradeleriyle kanun teklifi verme yönündeki anayasal bir yetkiyi kullanma olanağından bile yoksun oldukları görülmektedir. Bu konudaki rolleri, tek iradenin uygun gördüğü ve hiyerarşik bir amir olarak başında bulunduğu yürütme organı tarafından hazırlanan tasarıları, kanun teklifine dönüştürerek onaylamak ve kabul etmekten öteye gidememektedir. Bu bağlamda, yürütme erkinin daha doğrusu tek iradenin, anayasal düzenlemelerde kendisine tanınmayan, aksine yasaklanan bir yetkiyi kullanma yönünde anayasaya aykırı olarak bir uygulama oluşturduğunu söylemek gerekir.

Öte yandan 27. Yasama Döneminin tamamında sunulan kanun tekliflerinden (5339 adet), yukarıda vurguladığımız süreç çerçevesinde, sadece AKP tarafından sunulan tekliflerin 310'u kabul edilerek kanunlaşmıştır. Bu dönemde AKP dışında, iktidar bloğunda olmasına rağmen MHP'nin tek başına imza sahibi olduğu teklifler dahil olmak üzere, hiçbir siyasi partinin kanun teklifi kabul edilmemiştir. Üzerinde durulması gereken bir sorun da bu yasama döneminde kabul edilmiş olan kanunların içeriğine ilişkindir. Bu yasama döneminde kabul edilen 310 adet kanundan %55,2'sinin milletlerarası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun (171 adet kanun), %28,1'inin torba kanun (87 adet kanun) ve %6,8'inin çerçeve kanun (21adet kanun), %5,8'inin kod kanun ve geri kalanın ise Cumhurbaşkanı tarafından teklifi verilen kesin hesap, ek bütçe ve bütçe kanunu (11 adet kanun) olduğu

¹¹⁴ Bkz. Fahri Bakırcı'nın Değerlendirmeleri, Mecliste.org, Denge ve Denetleme Ağı, 14 Mayıs 2023 Tarihli *TBMM 27. Yasama Dönemi Performans Değerlendirme Raporu*, s. 10-11.

görülmektedir.¹¹⁵ Bu veriler yasama organının, en önemli yasama işlemi olan kanun yapma yönünden bile tek iradenin çizdiği sınırlar dışına çıkamadığı ve bağımsız hareket edemediğini göstermektedir. Ayrıca Mecliste çoğunluğu elde eden bir parti dışında, diğer partilere ve farklı siyasi görüşlere yaşam alanı tanınmadığını söylemek gerekir. Gerçekte, Mecliste bulunan diğer partileri çoğunluk kısılcasına alan iktidar bloğu milletvekillerinin kendileri de tek iradenin kısılcacı ve yoğun kontrolü altında faaliyet gösterebilmektedirler. Bu yasama döneminde tek iradenin kontrolü altında çıkarılan kanunların içeriğine bakıldığında konu bakımından da daha baştan itibaren bir sınırlılığın söz konusu olduğu dikkati çekmektedir. Çıkarılan kanunların %55,2'sinin (171 kanun) milletlerarası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasından ibarettir. Başka bir anlatımla, önceden yürütme yetkisi ve iradesi dahilinde yapılan bir işlemin Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasına izin verilmesinden başka bir şey değildir. İktidar partisi kısılcasında hareket eden yasama organının bir içerik belirlemesi ve iradesini ortaya koyması söz konusu değildir. Çıkarılan diğer kanunlar ise Cumhurbaşkanı tarafından teklif edilen kesin hesap, ek bütçe ve bütçe kanunları (11 adet) ile tek iradenin kontrolü altında oluşturulan torba kanunlardan (87 adet) oluşmaktadır.

Kanun teklifinin Meclis Başkanlığına gelişinden, Genel Kurulda kabul edilmesine kadar geçen sürenin kısalığı da farklı bir sorunu gündeme taşımaktadır. Yasama süreciyle ilgili somut veriler elde etmek, 27. Yasama Döneminin yasama performansını değerlendirmek açısından önemli bir kıstas sayılabilir. Çünkü kanunlar belirli konularda, halkın tüm kesimini etkileyeceğinden hem teknik açıdan hem de sosyal açıdan incelenmesi ve etki analizinin yapılması gereken unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisinde, söz konusu dönemde, kod kanunlar, çerçeve kanunlar ve torba kanunların ortalama kabul sürelerinin 27,2 takvim günü olduğu görülmektedir. Kanun bazında bakıldığında süreç, çerçeve kanunlarda 18,6, kod kanunlarda 40, torba kanunlarda ise 26,8 gün sürmektedir. Çerçeve ve kod kanunlar temel alındığında son bir yıldaki ortalama kanun kabul süresi Fransa'da 302,9

¹¹⁵ Yasama Dönemine ilişkin veriler için bkz. Mecliste.org, Denge ve Denetleme Ağı, *TBMM 27. Yasama Dönemi Performans Değerlendirme Raporu*, s. 5-6, 11.

gün ve Birleşik Krallık'ta 283,4 gündür.¹¹⁶ Bu kıyaslama çerçevesinde TBMM'ndeki kanun kabul sürelerinin oldukça kısa olduğu görülmektedir. Bu kısa süre içinde, özellikle kod kanun ve konusu itibariyle birbirinden çok farklı ve bağlantısız alana ilişkin düzenlemeler içeren ve yürürlükteki birçok kanunu doğrudan etkileyen torba kanun tekliflerinin, farklı düşüncelerin çatışma arenası olması gereken Mecliste tartışılarak bir uzlaşma neticesinde kabul edilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Kanun kabul süresinin bu kadar kısa olması, bize, Mecliste bir tartışma ve uzlaşma ortamı oluşmasına izin verilmeden tek iradenin talimatları doğrultusunda çoğunluk gücüne dayanılarak hızlı bir şekilde kanunların kabul edilmeye çalışıldığını ve bu bağlamda yasama organının iradesinin yürütmenin başındaki Cumhurbaşkanı'nın iradesi içinde eritildiğini göstermektedir. Bu durum, Meclis iradesinin yasama işlemlerinde devre dışı bırakılmasından ve işlevsiz kılınmasından başka bir şey değildir.

Son olarak bu yasama döneminde sorun olarak karşımıza çıkan olgulardan biri de özellikle muhalefet bloğunda bulunan milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığına ilişkindir. Yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı (Any. m.83) milletvekillerinin herhangi bir baskı altında kalmadan ve hiçbir şeyden çekinmeden düşüncelerini özgürce açıklayabilmelerini ve bağımsız bir şekilde oy kullanabilmelerini koruma altına alma, milletvekilleri hakkında keyfi olarak suç isnadında bulunularak yasama faaliyetlerinden uzak kalmalarının önlenmesi yönündeki kamu yararı amacına hizmet etmektedir. Ancak 27. Yasama Döneminde dokunulmazlıkların kaldırılmasına yönelik toplam 2002 fezleke verildiği, bu fezlekelerin 1486'sının HDP'ye, 297'sinin CHP'ye, 21'inin AKP'ye, 19'unun İyi Parti'ye, 11'inin MHP'ye ve geri kalan 168'inin ise diğer siyasi partilere ya da bağımsız milletvekillerine yönelik olduğu görülmektedir.¹¹⁷ Bu veriler, özellikle muhalefet bloğunda bulunan milletvekillerinin baskı altında tutulmaya çalışıldığının bir göstergesidir. Ayrıca muhalefet milletvekilleri hakkındaki yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasının,

¹¹⁶ Bkz. Mecliste.org, Denge ve Denetleme Ağı, *TBMM 27. Yasama Dönemi Performans Değerlendirme Raporu*, s. 14.

¹¹⁷ Yasama Dönemine ilişkin veriler için bkz. Mecliste.org, Denge ve Denetleme Ağı, *TBMM 27. Yasama Dönemi Performans Değerlendirme Raporu*, s. 6.

uygulamada Meclis iradesine değil, tek kişinin iradesine bağlı olduğunu belirtmek gerekir.

Yukarıdaki veriler üzerinden yapılan tüm açıklamalar, cumhurbaşkanı hükümet sisteminde Meclis çoğunluğu-siyasi parti-Cumhurbaşkanı özdeşleşmesi ekseninin sağladığı olanaklar çerçevesinde, iktidar partisi milletvekillerinin, lider sultanı ve katı disiplinli parti yapısı nedeniyle partili Cumhurbaşkanının çizdiği sınırlar dışına çıkamadıklarını göstermektedir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanı, çoğunluğu yakalayan siyasi partisi sayesinde Meclis iradesini sönmüleyebilmekte ve belirtilen eksen üzerinden istediği kanunları çıkartabilmektedir. Bu durum, TBMM iradesinin tamamen devre dışı bırakıldığının ve işlevsiz kılındığının açık göstergesidir. Son noktada yürütme ve yasama erklerinin Cumhurbaşkanında birleştiği ve erkler ayrılığı ilkesinin terk edildiği görülmektedir.

C. Parti İçi Lider Sultanının Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı Ekseninde Ülke Düzeyine Yansımaları: Kişisel İktidara Evrilme

Siyasî partilerin iç yapısında yaşam alanı bulan lider sultanı olgusu, doğrudan devlet yönetimine de yansiyabilmekte; iktidara egemen olan bu partilerin otoriter ve kişiselleşmiş yapıları, siyasal sistemlerin belirleyicisi olma rolünü üstlenebilmektedir.¹¹⁸ Siyasî partilerde lider sultanına zemin hazırlayan iç yapı çoğunlukçu bir demokrasi anlayışı ekseninde ilerlemek zorundadır. Lider etrafında kümelenmiş oligarşik grubun partide farklı görüşleri savunan üyeleri dışlaması ve ötekileştirerek partide söz sahibi olmalarını engellemesi, lidere serbest bir hareket alanı yaratmakta ve parti içi lider sultanına yol açmaktadır. Bu lider sultanının, yasama ve yürütme erkleri arasında sağlıklı bir fren-denge-denetim mekanizması kuramayan hükümet sistemi üzerinden, ülke düzeyinde kişisel bir lider iktidarına dönüştüğü görülmektedir.

Duverger'nin vurguladığı gibi, bazen parti içi kişisel iktidar (lider sultanı) dini motiflerle bezenerek ilahi bir nitelik almaktadır. Bu çok eski bir otorite biçimi olan Tanrı-Kral sisteminin yeniden canlanışına işaret etmektedir. Bu bağlamda liderin, her şeyi bilen, her şeye kadir olan, hiç yanılmayan, sonsuz derecede iyi ve akıllı olduğuna inanılan ve liderden

¹¹⁸ Bkz. OKŞAR (2019), s. 49.

gelen her isteğin partinin kanunu olarak kabul edildiği bir konuma yükseltildiği görülmektedir. Öte yandan modern propaganda yöntemleri ve medya araçlarıyla lidere olağanüstü bir *heryerdelik* algısı kazandırılarak, sonunda herkesi her yerde takip eden bir lider profili yaratılmaktadır.¹¹⁹ Nitekim ülkemizde uygulanan cumhurbaşkanı hükümet sistemi, parti içi çoğunlukçu anlayışı ve lider sultasını ülke düzeyine taşıyacak dinamiklere ve kurguya sahiptir.¹²⁰ Hatta bu hükümet sistemi, parti içi lider sultasının, ülke genelinde uygulanabilmesinin bütün yollarını açık tutmaktadır. Bu bağlamda, parti içindeki çoğunlukçu yapı, kaçınılmaz olarak ülke geneline egemen olan siyasal sistemi doğrudan etkilemekte; ülke düzeyinde kutuplaşmış bir çoğunlukçu demokrasi anlayışının yaygınlaşmasına neden olmakta ve devlet yönetimi kişisel iktidara evrilmektedir. Gerçekte yürütmenin tekçi yapısı, kişisel iktidara dönüşme potansiyelini her zaman içinde barındırmaktadır. Bu nedenle bireysel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması konusunda en temel tehlike olarak görülen iktidarın bir kişi veya oligarşik bir grubun elinde toplanmasının önlenmesi yaşamsal bir önem kazanmaktadır. Bu bağlamda, tek kişilik yürütme yapısına sahip bir hükümet sisteminin, birbirinden bağımsız yasama, yürütme ve yargı erklerinin, birbirlerini denetleyip dengelemeleri esasına dayalı erkler ayrılığı ilkesi üzerinden kurgulanarak erkler arası fren-denge-denetim mekanizmasını sağlaması, çoğulcu bir demokrasi anlayışı için olmazsa olmaz bir koşuldur. Ne yazık ki ülkemizde uygulanan cumhurbaşkanı hükümet sistemi gerek anayasal kurgusu gerekse uygulama bakımından bu özellikleri taşımaktan çok

¹¹⁹ Gerçekte böyle bir lider profiliyle daha çok faşist rejimlerde karşılaşılmaktadır. Bkz. DUVERGER (1993), *a.g.e.*, s. 241-242, 247.

¹²⁰ Selçuk, 2017 anayasal değişiklikler taslağı kapsamında dikkat çekici bir değerlendirme yapmaktadır: “*Hazırlanan Anayasa taslağı, 1982 Anayasasından daha tehlikelidir; ona rahmet okutacak türdendir, daha doğrusu türü, ne olduğu belirsizdir. Okuyazar her insan bu taslağın, iktidarın tek elde toplanmasını önlemek şöyle dursun, tam tersine vesayete son verilecek yalanıyla iktidarı, “yanılmaz” kabul ettiği geleceğin tek insanına, cumhurbaşkanına, hatta kimi çarpık bakışların Hz. Muhammet’in, hatta Allah’ın niteliklerini taşıyan insan olarak gördükleri bugünkü Cumhurbaşkanına teslim ettiğini, denetim yollarını kapattığını, erkler ayrılığını değil, erkler birliğini getirdiğini kolayca anlayabilir.*” SELÇUK, Sami (2016), “İktidarı Erdoğan’a Teslim Etme Taslağı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Ankara, 2016, s. 83. Ayrıca bkz. OKŞAR (2019) *a.g.e.*, s. 63, dpn.136.

uzak bir yerde konumlanmıştır. Ayrıca erkler ayrılığı ilkesinin özgürlükçü ve çoğulcu anlayış üzerinden gelişen mantığından sapmalar, tümüyle iktidar partisi liderinin (partili Cumhurbaşkanının) kişisel tercihleri doğrultusunda şekillenen siyasal bir sistemi ortaya çıkarmıştır. Tek kişide toplanan iktidar gücünün sınırlandırılmaması ve kişisel yönetim anlayışı sonucu körleşen cumhurbaşkanı hükümet sistemi dinamikleri, kaçınılmaz bir şekilde toplumsal çatışma ve kutuplaşmaya yol açmıştır. Bu bağlamda neredeyse halkın yarısı ötekileştirilerek ve dışlanarak çoğunlukçu bir demokrasi anlayışı ülke düzeyine egemen kılınmıştır.

Cumhurbaşkanı hükümet sistemi, yürütme görev ve yetkisini tek kişiye vermekle kalmamakta, sahip olduğu dinamikler üzerinden uygulamada görüldüğü üzere, yasama ve yürütme erklerini tek kişide toplamaktadır. Öte yandan yargı kararlarının yönünün belirlenmesinde tek kişinin yoğun ve baskın bir kontrole sahip olması,¹²¹ denetimsiz bir kişisel iktidarın ve lider hegemonyasının uygulama alanı bulmasına ve sürdürülmesine olanak tanımıştır.¹²² Cumhurbaşkanı hükümet sisteminin, tek iradenin hesap verilebilirliğini sağlayamadığı bir kişisel iktidarın oluşmasının yapı taşlarını döşediği görülmektedir. Belirtmek gerekirse, Cumhurbaşkanının kim olduğu değil, bu makama gelecek kişinin sahip olduğu gücün orantısızlığı ve denetimsizliği önemlidir. Bu hükümet sistemi, Cumhurbaşkanlığı görevine gelen kişinin çoğulcu demokratik bir yönetim içinde kalmasını sağlayacak ve erklerin tek kişide birleşmesini engelleyecek araçlardan ve denge mekanizmalarından yoksun olduğunu, beş yıldan fazla zaman dilimindeki uygulamalarla ortaya koymuştur. Anayasal pratikler, yürütme ve yasama organlarını kendi bünyesinde birleştiren tek kişinin, subjektif yaklaşımlarına ve tercihlerine terk edilen bir yönetim biçimini göstermektedir. Cumhurbaşkanı hükümet sistemi çerçevesinde oluşan uygulama,

¹²¹ Ülkemizdeki yargı bağımsızlığı sorunları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OKŞAR (2019) *a.g.e.*, s. 295-335.

¹²² Türmen, yeni hükümet sisteminin henüz uygulama alanı bulmadığı dönemde yaptığı değerlendirmede, başkanın/cumhurbaşkanının elindeki gücü dengeleyecek, sınırlayacak mekanizmaların bulunmaması durumunda, başkanlığın diktatörlüğe dönüşeceğini Latin Amerika deneyimlerinin gösterdiğini vurgulayarak, 2017 değişiklikleriyle cumhurbaşkanlığının bütün gücü elinde bulduran bir diktatörlüğe dönüşeceğini belirtmektedir. Bkz. TÜRMEŒ (2016), *a.g.m.*, s.93.

yürütme organı üzerinde hiyerarşik yetkilere sahip partili Cumhurbaşkanın, disiplinli siyasi partisi üzerindeki lider sultanın sağladığı olanaklar sayesinde, Meclisi, iktidar partisi ve diğer partiler olarak çoğunlukçu bir eksende ayrıştırdığını ve partisi üzerinden yasama organının temel işlevi olan kanun çıkarma işlemlerinde bile son karar verici olduğunu açıkça göstermektedir. Bir bütün olarak milleti temsil etmesi gereken Meclisin bu çoğunlukçu yapısı, yasama işlemleri üzerinden toplum üzerinde de birebir yansıma bulan çoğunlukçu bir anlayışın yerleşmesinin yollarını açmıştır. Gerçekten de ülke düzeyinde muhalif ve farklı görüşlerin yaşam alanı bulamadığı, azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmadığı, aksine iktidar ideolojisinden farklı çizgide oluşan hak ve özgürlüklerin (ifade ve basın özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi) kullanılmak istenmesi durumunda öncelikle kolluk kuvvetlerinin ve süreç içerisinde yargının bir baskı aracına dönüştüğü görülmektedir. Çoğunlukçu demokrasi anlayışının egemen olduğu bir ortamda yürütme ve yasama yetkilerinin birleştiği tek kişinin yargı üzerindeki yoğun kontrolü de dikkate alındığında, siyasal sistemin kişisel iktidara evrilmesini yadırgamamak gerekir. Çoğunlukçu demokrasi anlayışı ekseninde ilerleyen parti içi lider sultanı, siyasi parti köprüsüyle tek kişi tarafından alınan kararların Meclise egemen kılınması ve bu çoğunlukçu yapının anayasasızlaştırma süreciyle kutuplaşan halk üzerinde birebir yansıma bulması kişisel iktidarın gerçekleşmesine yol açmaktadır.

IV. SONUÇ

Çoğulcu demokrasi anlayışının ülke düzeyine egemen kılınmasında parti içi demokrasi yaşamsal bir öneme sahiptir. Milli iradenin parlamentoya tam yansıtılabilmesi ve Mecliste çoğulcu anlayış temeline dayanan geniş katılımlı siyasal kararların alınabilmesi ancak parti içi çoğulcu demokrasi anlayışının varlığı ile mümkündür. Türk siyasi partileri, katı disiplinli ve lider sultanın geçerli olduğu bir yapıya sahiptir. Siyasî partilerin iç yapısında yaşam alanı bulan lider sultanı olgusu, doğrudan devlet yönetimine yansıyabilmekte; iktidara egemen olan siyasi partinin otoriter ve kişiselleşmiş yapıları, siyasal sistemlerin belirleyicisi olma rolünü üstlenebilmektedir. 1982 Anayasasında 2017 yılı değişiklikleriyle oluşturulan ve tek kişiyi odak noktaya alan cumhurbaşkanı hükümet sistemi, parti düzeyinden başlayarak ülke

genelinde uygulama alanı bulan bir lider hegemonyasına ve bu bağlamda çoğunlukçu demokrasi anlayışına zemin hazırlamıştır.

Cumhurbaşkanı hükümet sisteminin kurgusu, diğer iki erk karşısında yürütmenin başındaki tek kişiye/iradeye üstünlük tanımaktadır. Meclisin yürütme ve onun başındaki Cumhurbaşkanı üzerinde etkili hiçbir denetim aracı bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı seçilenin siyasi partisiyle ilişkisinin kesilmemesi, Cumhurbaşkanının güçlü ve denetimsiz yetkilerini uygulama alanını genişletmesi yanında partili Cumhurbaşkanının tarafsızlık sorununu da gündeme getirmiştir. Bu bağlamda tarafsızlık konusunun güçlü yetkilerle donatılmış ve üzerinde etkili bir denetim bulunmayan tek kişinin takdirine ve tutumuna bırakıldığı bir cumhurbaşkanı hükümet sisteminde, uygulamanın millet menfaatinin gözetildiği görünümü altında parti menfaati doğrultusunda gerçekleştiği görülmektedir.

Öte yandan cumhurbaşkanı hükümet sisteminin uygulandığı TBMM 27. Yasama Dönemindeki veriler, Meclis çoğunluğu-siyasi parti-Cumhurbaşkanı özdeşleşmesi ekseninin sağladığı olanaklar çerçevesinde, iktidar partisi milletvekillerinin, lider sultanı ve katı disiplinli parti yapısı nedeniyle partili Cumhurbaşkanının çizdiği sınırlar dışına çıkamadıklarını göstermektedir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanı çoğunluğu yakalayan siyasi partisi sayesinde Meclis iradesini sönmüleyebilmekte ve belirtilen eksen üzerinden istediği kanunları çıkartabilmektedir. Bu yasama döneminde, kabul edilen 310 adet kanun teklifinin sadece iktidar partisine ait olması, TBMM iradesinin tamamen devre dışı bırakıldığı ve işlevsiz kılındığının açık bir göstergesidir. Ayrıca bu yasama döneminde kabul edilen 310 adet kanundan %55,2'sinin içerik olarak yürütme organının önceden tesis ettiği bir işleme izin vermekten ibaret olan milletlerarası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun (171 adet) olması, Meclisin etkili ve işlevsel bir yasama faaliyetinde bulunamadığının farklı bir göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kod kanunların ve birbirinden tamamen bağlantısız konularda çıkarılan düzenlemelerin torba kanun yöntemiyle çok kısa sürede kabul edilmesi olgusu, partili Cumhurbaşkanı tarafından siyasi partisi üzerinden kontrol altında tutulan Mecliste, bir tartışma ve uzlaşma ortamı oluşmasına izin verilmeden tek iradenin talimatları doğrultusunda çoğunluk gücüne dayanılarak hızlı bir şekilde kanunların kabul edilmeye çalışıldığını ve bu bağlamda yasama organının iradesinin yürütmenin başındaki Cumhurbaşkanının iradesi içinde eritildiğini göstermektedir. Gerçekte bu durum Meclisin tek irade tarafından araçsallaştırılmasından

başka bir şey değildir. Öte yandan parti içi lider sultası ve çoğunlukçu anlayış, gerek Cumhurbaşkanının güçlü ve denetimsiz yetkilerini kullanması gerekse tek irade tarafından kontrol altına alınmış Meclis faaliyetleri ve dinamikleri üzerinden ülke düzeyinde gerçekleşme olanağı bulmaktadır.

Çoğunlukçu demokrasi anlayışının egemen olduğu bir ortamda yürütme ve yasama yetkilerinin birleştiği tek kişinin, yargı üzerindeki yoğun kontrolü de dikkate alındığında, siyasal sistemin kişisel iktidara evrilmesini yadırgamamak gerekir. Çoğunlukçu demokrasi anlayışı ekseninde ilerleyen parti içi lider sultası, siyasi parti köprüsüyle tek kişi tarafından alınan kararların Meclise egemen kılınması ve bu çoğunlukçu yapının anayasasızlaştırma süreciyle kutuplaşan halk üzerinde birebir yansıma bulması kişisel iktidarın gerçekleşmesine yol açmaktadır. Erklar ayrılığı ilkesini gerçekleştirme dinamiklerinden ve bu bağlamda fren-denenge-denetim mekanizmasından yoksun cumhurbaşkanı hükümet sisteminde anayasal pratiklerin gelişim yönünün, otoriterlik veya kişisel iktidar ekseninde ilerlediğini söylemek hatalı bir çıkarım olmasa gerektir. Nitekim beş yıldan fazla bir uygulama alanı bulan bu hükümet sistemi çerçevesinde gerçekleşen anayasal pratikler, sistemin kişisel iktidara doğru evrildiğini bize açıkça göstermektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- ARBLASTER, Anthony (1999), *Demokrasi*, (Çev.: YILMAZ, Nilüfer), 1.B., Doruk y., Ankara,1999.
- ATAR, Yavuz (2007), *Türk Anayasa Hukuku*, 4.B., Mimoza y., Konya, 2007.
- BERKES, Niyazi (1946), *Siyasi Partiler*, Yurt ve Dünya y., İstanbul, 1946.
- BİLİR, Faruk (2007), *Siyasi Partilerde Parlamento Adaylarının Belirlenmesi*, Yetkin y., Ankara, 2007.
- DAHL, Robert A. (1993), *Demokrasi ve Eleştirileri* (Çev.: KÖKER, Levent), Türk Demokrasi Vakfı y., Ankara, 1993.
- DUVERGER, Maurice (1993), *Siyasi Partiler*, (Çev: ÖZBUDUN, Ergun), 4.B., Bilgi y., Ankara, 1993.
- ERDOĞAN, Mustafa (2001), *Anayasal Demokrasi*, 4. B., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001.
- GÖZE, Ayferi (1995), *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 7. B., Beta y., İstanbul, 1995.
- GÖZLER, Kemal (2017), *Elveda Anayasa*,3. B., Ekin y., Bursa, 2017.
- GÖZLER, Kemal (2020), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, 2. B., Ekin y., Bursa, 2020.
- HEYWOOD, Andrew (2007), *Siyaset*, (Edit.: KALKAN, Buğra), 1. B., Adres y., Ankara, 2007.
- İBA, Şeref (2020), *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, 4. B., Seçkin y., Ankara, 2020.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2017), *15 Temmuz Anayasası*, 1. B., Tekin y., İstanbul, 2017.
- KAPANİ, Münici (1993), *Kamu Hürriyetleri*, 7.B., Yetkin y., Ankara, 1993.

Mustafa OKŞAR

- KAPANİ, Münci (1998), *Politika Bilimine Giriş*, 10.B., Bilgi y., Ankara, 1998.
- KIŞLALI, Ahmet Taner (1993), *Siyasal Çatışma ve Uzlaşma*, 2. B., İmge y., Ankara, 1993.
- KOÇAK, Mustafa (2002), *Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları*, Turhan Kitabevi y., Ankara, 2002.
- KÜÇÜK, Adnan (2005), *Siyasi Partilere İlişkin Yasaklar*, 1. B., Asil y., Ankara, 2005.
- MEMİŞ, Emin (2001), *Anayasa Hukuku Notları*, 3. B., Filiz Kitabevi y., İstanbul, 2001.
- MOUFFE, Chantal (2009), *Demokratik Paradoks*, (Çev.: AŞKIN, A. Cevdet), 2. B., Epos y., Ankara, 2009.
- OKŞAR, Mustafa (2013), *Hükümet Sistemleri Önceki Anayasalar ve Özellikle 1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu*, 1.B. Yetkin y., Ankara, 2013.
- OKŞAR, Mustafa (2019), *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, 1. B., Yetkin y., Ankara, 2019.
- OKŞAR, Mustafa (2023), *Hukuki Güvenlik İlkesi Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 1. B., Yetkin y., Ankara, 2023.
- ÖZBUDUN, Ergun (1977), *Siyasal Partiler*, AÜHF. y., Ankara, 1977.
- ÖZBUDUN, Ergun (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, 18.B., Yetkin y., Ankara, 2018.
- ÖZCAN, Hüseyin-YANIK, Murat (2007), *Siyasi Partiler Hukuku*, Der y., İstanbul, 2007.
- ÖZSOY BOYUNSUZ, Şule (2017), *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, 1. B., İmge y., Ankara, 2017.
- PERİNÇEK, Doğu (2008), *Anayasa ve Partiler Rejimi*, 4.B., Kaynak y., İstanbul, 2008.
- PERİNÇEK, Doğu (2012), *Türkiye’nin Anayasa Birikimi*, 2.B., Kaynak y., İstanbul, 2012.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, (Çev.: ERENULUĞ, Alpagut), 3.B., Öteki y., Ankara, 1999.
- SAĞLAM, Fazıl (1999), *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta y., İstanbul, 1999.
- SARTORİ, Giovanni (1993), *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev.: KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer-TURHAN, Mehmet), Türk Demokrasi Vakfı y., Ankara, 1993.
- SOYSAL, Mümtaz (1987), *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 7.B., Gerçek y., İstanbul, 1987.
- TANİLLİ, Server (1988), *Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş*, 5.B., Say y., İstanbul, 1988.
- TANÖR, Bülent (1991), *İki Anayasa 1961-1982*, Beta y., İstanbul, 1991.
- TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2015), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15. B., Beta y., İstanbul, 2015.
- TEZİÇ, Erdoğan (1976), *100 Soruda Siyasi Partiler-Partilerin Hukuki Rejimleri ve Türkiye’de Partiler*, Gerçek y., İstanbul, 1976.
- TEZİÇ, Erdoğan (2016), *Anayasa Hukuku*, 20. B., Beta y., İstanbul, 2016.
- TOURAINÉ, Alain (2004), *Demokrasi Nedir?*, (Çev. KUNAL, Olcay), 4.B., Yapı Kredi y., İstanbul, 2004.
- TUNAYA, Tarık Zafer (1982), *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5.B., Ekin y., İstanbul, 1982.
- TUNCAY, Suavi (2000), *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, 2.B., Gündoğan y., İstanbul, 2000.
- TURHAN, Mehmet (2004), *Anayasal Devlet*, 3.B., Naturel y., Ankara, 2004.
- YANIK, Murat (2013), *Parti İçi Demokrasi*, 2. B., Adalet y., Ankara, 2013.

Makaleler

- ÇOŞAR, Vedat Ahsen (2009), “Siyasi Partilerin Yasaklanması ile İlgili Venedik Kriterleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y.67, S.2, Ankara, 2009, s. 123-126.
- ESEN, Selin (2016), “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Ankara, 2016, s. 45-73.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2016), “Parlamentarizm Kalkıyor, Ama Başkanlık Gelmiyor...”, 22 Aralık 2016 Tarihli BirGün Gazetesi.
- KAYA, Mehmet Oğuz (2006), “Siyasi Partilerin Mali Denetimi Sorunu; Mevcut Durumun Eleştirisi ve Çözüm Önerileri”, *Anayasa Yargısı İncelemeler-1*, AYM y., Ankara, 2006, s. 585-607.
- ONAR, Erdal (2005), “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?”, *Başkanlık Sistemi*, (Yay. Haz. ERGÜL, Teoman), TBB. y., Ankara, 2005, s. 71-104.
- ÖZOK, Özdemir (2005), “Açış Konuşması” *Siyasi Partiler ve Demokrasi, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu*, Ankara Barosu y., Ankara, 26-27 Mayıs 2005, s. 3-9.
- SELÇUK, Sami (2016), “İktidarı Erdoğan’a Teslim Etme Taslağı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Ankara, 2016, s. 81-86.
- TURAN, İlter (2011) “Türk Siyasi Partilerinde Lider Oligarşisi: Evrimi, Kurumsallaşması ve Sonuçları”, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No: 45, İstanbul, 2011, s. 1-21.
- TÜRMEEN, Rıza (2016), “Son Dönemeç: AKP’nin Başkanlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Ankara, 2016, s. 87-93.

İnternet Kaynakları

- BİLGİN, Murat (2022), “Seçimler ve Siyasi Partiler”, *Konularına Göre Karşılaştırmalı Dünya Anayasaları*, TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı, TBMM Basımevi, 1. B., Ankara, 2022, s.

- 201-258. https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2022/konularina_gore_karsilastirmali_dunya_anayasalari.pdf, (Erişim Tarihi: 23 Mart 2023).
- İLHAN, Cevher “Yangın Söndürme de Talimatla”, 13 Ağustos 2022, Bkz. https://www.yeniasya.com.tr/cevher-ilhan/yangin-sondurme-de-talimatla_568387, (Erişim Tarihi: 13 Eylül 2023).
- KAPLICA, Koray (2013), “En Uzun Süre Genel Başkanlık Yapan Liderler”, <https://www.dogrulukpayi.com/liste/en-uzun-sure-genel-baskanlik-yapan-liderler>, 13 Mart 2023, (Erişim Tarihi: 29 Ağustos 2023).
- Mecliste.org, Denge ve Denetleme Ağı, *TBMM 27. Yasama Dönemi Performans Değerlendirme Raporu*, s. 1-28, https://www.mecliste.org/dosyalar/file/27_%20yasama%20d%C3%B6nemi%20de%C4%9Ferdendirme%20raporu.pdf, s.1-28, (Erişim Tarihi: 14 Eylül 2023).
- MOE, Terry M.- HOWELL, William G. “Unilateral Action and Presidential Power: A Theory”, *Presidential Studies Quarterly*, C.29, S.4, 1999, s. 850-873, http://home.uchicago.edu/~whowell/papers/Unilateral_Action.pdf, (Erişim Tarihi: 6 Eylül 2023).
- SEZGİNER, Murat, Saygı Öztürk’ün Murat Sezginer ile Yaptığı 13 Mart 2023 Tarihli Röportaj, <https://www.sozcu.com.tr/2023/gundem/erdogan-kaybederse-711-yonetici-gidecek-7618839/>, (Erişim Tarihi: 13 Eylül 2023).

İKLİM ADALETİ VE ÇOCUK HAKLARI

Melike ÇOLAKOĞLU*

ÖZ

Artan sera gazları sebebiyle atmosfer ısınmakta ve bu iklimin değişmesine sebep olmaktadır. İklim değişikliği ile hava sıcaklıklarında artış, su seviyesinde yükselme, orman yangınları, kuraklık ve gıda krizi gibi kimi doğal afetler de günden güne artmaktadır. Artan doğal afetler ve değişen iklim koşulları iklim değişikliğinin “iklim krizi” adını almasına neden olmuştur. İklim krizi günümüzde tüm dünyayı derinden etkilemekte, yaşam koşullarını güç hale getirmektedir. İklim krizinin negatif sonuçlarından ise en çok kadınlar, çocuklar ve engelliler olmak üzere dezavantajlı gruplar etkilenmektedir.

İklim adaleti kavramı; yukarıda sayılan dezavantajlı grupların iklim değişikliğine hiçbir katkıları olmamasına karşın, olumsuz sonuçlarından daha fazla zarar görmelerini incelemektedir. En savunmasız grup içerisinde yer alan ve ailelerine bağımlı olan çocuklar da iklim krizi sebebiyle olumsuz

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-mail: melikeank.mc@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-8567-3858.

Makalenin Gönderim Tarihi : 11.08.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 11.12.2023.

Bu makale, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) tarafından yürütülen ve Hollanda Büyükelçiliği tarafından desteklenen “İklim Adaleti Projesi” kapsamında, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile iş birliğiyle düzenlenen “Çevre Hukuku, İklim Adaleti ve Afet Hukuku Makale Yarışması”nda 3.lük ödülünü kazanmıştır.

etkilenmektedirler. Geçmiş kuşakların sonraki nesilleri umursamadan doğal kaynakları tüketmeleri ve sera gazlarını atmosfere salmaları; günümüz çocuklarına ve gelecek nesillere yaşanamaz bir iklim ve gittikçe zorlaşan hayat koşulları bırakılmasına neden olmuştur.

Uluslararası belgelerde ve Anayasamızda da korunan çocuk hakları, iklim krizi ve iklim adaletsizliği sebebiyle her yönden etkilenmektedir. Devletlerin ise iklim değişikliğinin etkilerini önleme ve dezavantajlı yani hassas grupların daha fazla kötü duruma düşmelerini engelleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda korunması gereken çocuklar için devletlerin bazı eylemlerde bulunması gerekmektedir.

Çalışmada iklim krizi, iklim adaleti ve çocuk hakkı kavramları tanımlandıktan sonra, ulusal ve uluslararası hukukta korunan çocuk hakları sıralanmış, bu hakların iklim krizi sebebiyle hangi açılardan etkilendiği belirtilmiştir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler başta olmak üzere yapılan uluslararası başvurular incelenmiş, son olarak çocuk haklarının uzun vadede daha da kötü etkilenmemesi için öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İklim değişikliği, iklim krizi, iklim adaleti, insan hakları, çocuk hakları.

CLIMATE JUSTICE AND CHILDREN'S RIGHTS

ABSTRACT

The atmosphere is warming due to increasing greenhouse gases and this causes the climate to change. With climate change, some natural disasters such as increase in air temperatures, rise in water level, forest fires, drought and food crisis are increasing day by day. Increasing natural disasters and changing climatic conditions have caused

climate change to be called climate crisis. Today, the climate crisis deeply affects the whole world and makes living conditions difficult. Disadvantaged groups, including women, children and disabled people, are most affected by the negative consequences of the climate crisis.

The concept of climate justice; It examines how the disadvantaged groups listed above do not contribute to climate change, but suffer more from its negative consequences. Children, who are among the most vulnerable groups and are dependent on their families, are also negatively affected by the climate crisis. Past generations consume natural resources and release greenhouse gases into the atmosphere without caring about subsequent generations; It has left

today's children and future generations with an uninhabitable climate and increasingly difficult living conditions.

Children's rights, which are protected in international documents and our Constitution, are affected in every aspect due to the climate crisis and climate injustice. States, on the other hand, have an obligation to prevent the effects of climate change and to prevent disadvantaged or vulnerable groups from falling into a worse situation. In this context, states need to take some actions for children who need to be protected.

In the study, after defining the concepts of climate crisis, climate justice and children's rights, children's rights protected in national and international law are listed and the aspects in which these rights are affected due to the climate crisis are stated. In addition, international applications, especially to the European Court of Human Rights and the United Nations, were examined, and finally, suggestions were made to prevent children's rights from being affected even worse in the long term.

Keywords: Climate change, climate crisis, climate justice, human rights, children's rights.

I. GİRİŞ

İklim değişikliği sonuçlarını dünyada, yağış modelindeki değişiklikler, deniz seviyesinde yükselme ve kimi aşırı hava olaylarının yoğunluğu ve sıklığındaki artışlarla göstermektedir.¹ Diğer yandan iklim değişikliği doğal sistemlerde değişikliğe ya da bozulmaya, bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasına ve yayılmasına neden olabilmektedir.² Tüm dünyada meydana gelen iklim değişikliğinde bazı ülke veya bölgelerin daha fazla zarara uğradığı aşikar olup, bahse konu bu bölgelerin sera gazı artışına çok katkıda bulunmamaları sebebiyle iklim adaleti kavramı ortaya çıkmıştır. Aynı zamanda yine iklimin değişmesine sebep olan faaliyetlere neden olmayan kadın, çocuk, engelli gibi nispeten daha zayıf grupların da iklim değişikliğinden fazla zarar görmeleri iklim adaleti bağlamında tartışılmaktadır. Çocukların daha hassas, kırılğan, savunmasız oldukları kabulü ve ebeveynlerine bağımlı olmaları sebebiyle iklim değişikliğine bağlı zararlardan en fazla etkileneceği belirtilmektedir. Bu kapsamda Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) gibi kuruluşlara yapılan başvurulara da yer

¹ Ebi Kristie L/Paulson Jerome A. "Climate change and children", *Pediatric Clinics of North America*, Cilt:54, Sayı:2, 2007, s.215-216.

² Ebi, Paulson, *Climate change and children*, s.217.

verilen bu çalışmada, iklim değişikliği kavramı tanımlandıktan sonra, iklim adaletinin ne olduğu, dünya üzerindeki iklim adaletsizliğinin insan hakları bağlamında açıklanması; çocuklar ve çocuk hakları üzerindeki iklim krizi etkileri sıralanmış, devamında ise iklim değişikliği sebebiyle çocuk haklarının ihlali iddiasıyla başlatılan başvurular ve davalar açıklanmış, çocuk haklarının iklim değişikliği kapsamında daha fazla zarara uğramaması için öneriler sunulmuştur.

II. İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNDEN İKLİM KRİZİNE

Doğanın ve iklimin bilimsel yasalarına göre sera gazı emisyonlarının konsantrasyonu atmosferdeki ısıyı arttıracak ve bu da dünyayı daha fazla ısıtacaktır.³ İklim sistemi üzerinde insan davranışlarının etkisi açık olmakla birlikte, sera gazı emisyonu seviyesi tarihteki en yüksek oranına ulaşmıştır. İnsanlar doğayı tahrip etmeye sanayi devriminden beri devam etmiş ve karşılığını da acı bir şekilde almaya başlamışlardır. Sonuç olarak; iklim değişikliğinin insan ve doğa üzerindeki olumsuz etkisi son yıllarda yaygınlaşmıştır.⁴

İklim değişikliğine ilişkin raporlarda 19. yüzyılın sonlarından bu zamana kadar sera gazı emisyonlarında meydana gelen artışın insan faaliyetlerinden kaynaklandığı, dünyanın o zamanlardan bu yana 1.2 °C ısındığı ve önümüzdeki yirmi yıl içerisinde bunun 2°C ye artacağı belirtilmiştir.⁵ Kritik sınırlarda dolaşan dünya ısısı tüm insanlığı derinden etkileyecektir.

İklimin değişmesi sadece sel, kasırga gibi aşırı hava olaylarının sıklık ve şiddetini arttırmakla kalmayacak, daha uzun vadede kimi

³ Melillo, Jerry M./Terese (T.C.) Richmond/ Gary W. Yohe, Eds., “*Climate Change Impacts in the United States: The Third National Climate Assessment*”, U.S. Global Change Research Program”, 2014, s.2. Ebi, Paulson, Climate change and children, s.214.

⁴ IPCC, “Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers”, s.2. Ahdoot Samantha/ Pacheco Susan E., “Global Climate Change and Children's Health” *Pediatrics*, Cilt:136, Sayı:5, 2015, s.1471.

⁵ Melillo, Jerry M./Terese (T.C.) Richmond/ Gary W. Yohe, Eds.” *Climate Change Impacts in the United States: The Third National Climate Assessment*”, s.7-8.

değişikliklere de sebep olarak kimi bölgeleri yaşanmaz hale getirecektir.⁶ İklim değişikliğinin 1950'lerden bu yana meydana getirdiği sonuçlara binlerce yıldan beri rastlanılmamış olduğu, eskiden yaşanmamış şekilde atmosfer ve okyanusun ısınmakta, kar ve buz miktarının azalmakta ve deniz seviyesi yükselmekte olduğu belirtilmiştir.⁷

Deniz seviyesinde meydana gelen yükselmeler, kuraklıktaki artış, mevsimlerin süreleri ve arazi kullanımındaki değişiklikler ile kimi bölgelerdeki yaşanabilirlik kaybı; pek çok kişinin göç etmesine ve gruplar arası çatışma çıkmasına sebep olabileceği gibi, hem kısa hem de uzun vadede sorun teşkil edecektir.⁸ Örneğin 2008'de aşırı hava olayları yirmi milyon insanı yerinden etmişken, bu sayının 2050 yılı için çoğunluğunun çocuktan oluşacağı iki yüz milyon kişiye çıkacağı tahmin edilmektedir.⁹ Küresel ısınma dışındaki sebeplerle meydana gelen göçler dünya üzerinde zaten büyük bir sorun halini almışken, iklim mülteciliğinin artacağı ve insanları ve bütün devletleri daha da kötü durumlara sürükleyeceği öngörülmektedir.

Küresel ısınma hem kısa hem de uzun vadede doğal afetleri tetiklemektedir. Dünya üzerinde 2000-2009 döneminde meydana gelen doğal afet sayısının, 1980-1989 dönemine kıyasen üç katına çıktığı ve yaşanan her afetin insan haklarını orantısız şekilde etkilediği belirtilmektedir.¹⁰ Dünya üzerinde bazı yerlerde kuraklık sorunu yaşanmaktayken bazı yerlerde ise ani ve şiddetli yağmurlar, sellere ve pek çok can kayıplarına sebep olmaktadır. Kuraklık, sel, yangınlar, gıda krizleri gibi durumlar küresel ısınma kaynaklı doğal afetler arasında sayılmaktadır. Tüm canlıların yaşam hakkını derinden etkileyen doğal afetler daha pek çok hakkı ihlal etmektedir.

⁶ Sanson, Ann V./ Van Hoorn, Judith & Burke, Susie E. L., "Responding to the impacts of the climate crisis on children and youth." *Child Development Perspectives, Cilt: 13, Sayı:4*, 2019, s.1. Ahdoot/Pacheco, *Global Climate Change and Children's Health*, s.1470.

⁷ *Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers*, s.2

⁸ Burke, Susie/ Sanson, Ann V./ Van Hoorn, Judith, "The Psychological Effects of Climate Change on Children", *Current Psychiatry Reports, Cilt: 20, Sayı:35*, 2018, s.1.

⁹ Janet, Currie/ Deschênes, Olivier, "Children and Climate Change: Introducing the Issue." *The Future of Children, Cilt:26, Sayı:1*, 2016, s.8.

¹⁰ Stein, Penelope J.S./Stein, Michael Ashley, "Disability, Human Rights, and Climate Justice." *Human Rights Quarterly, Cilt: 44, Sayı:1*, 2022, s.86.

Diğer yandan temelinden etkilenmekte olan sağlık hakkı açısından da iklim krizi önem arz etmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'ne göre 2030 ile 2050 yılları arasında yetersiz beslenme, salgın hastalık, sıtma, ishal, aşırı sıcaklık gibi iklim değişikliği sonucu ortaya çıkan durumlar ile yılda yaklaşık iki yüz elli bin civarı ölüm olacağı beklenmektedir.¹¹ Çünkü iklim bir bölgenin bazı hastalıkların bulaşması açısından uygun çevresel koşullara sahip olup olmadığına temel belirleyicisidir.¹² İklim değişikliğinin geldiği nokta; insan sağlığını ve ölüm oranlarını, dünya üzerindeki nüfusun çoğunluğunu etkileyecek düzeyde bir ciddiyete ulaşmıştır.¹³ Küresel ısınmanın sonuçları göz önüne alındığında; sağlıklı, temiz ve düzenli bir çevrede yaşama hakkının ihlal edildiği çok net ortadadır. Hava kirliliği, susuzluk, kuraklık ve kıtlık gibi, insanların temel yaşam fonksiyonlarına temelden saldırıda bulunan negatif etkilere engel olmak için çok geç kalınmış olabilir. Çünkü emisyonlar sıfırlansa dahi küresel ısınma artışının süreceği, dolayısıyla iklim değişikliğine bağlanan sonuçların da devam edeceği öngörülmektedir.¹⁴

Çocuklar ve gençlerin iklim değişikliğinden en çok etkilenen kesim olduğunu kabul eden Dünya Sağlık Örgütü'ne göre iklim değişikliğinin sonuçları nedeniyle ortaya çıkabilecek hastalıklara bağlı yaralanma ve ölümlerin yüzde sekseninin bu bireylerde (genç ve çocuk) ortaya çıkacağı tahmin edilmektedir.¹⁵ Ayrıca krize dönüşen iklim değişikliği yaşam hakkını, onu tamamlayan su hakkını, gıda hakkını ve barınma hakkını da kötü anlamda etkileyebilecek bir çevre sorunudur.¹⁶

¹¹ Robinson, Mary/ Shine, Tara, "Achieving a climate justice pathway to 1.5 °C" *Nature Climate Change, Cilt:8*, 2018, s.564.

¹² Ebi, Paulson, Climate change and children, s.219.

¹³ Dietz, Simon/ Groom, Ben/ Pizer, William, " Weighing the Costs and Benefits of Climate Change to Our Children" *The Future of Children, Cilt:26, Sayı:1*, 2016, s.135.

¹⁴ Kaya, Yasemin, "Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek", *Uluslararası İlişkiler, Cilt:14, Sayı:54*, 2017, s.90. Bartlett, Sheridan , "Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries", *Environment & Urbanization, Cilt:20, Sayı:2*, 2008, s.501.

¹⁵ Sanson, Hoorn, Burke, Responding to the impacts of the climate crisis on children and youth, s.2.

¹⁶ Kovancı, Ezgi, "İklim Krizini Hak Temelli Yaklaşım Özelinde Değerlendirme". *İDEALKENT Cilt:13, Sayı:37*, 2022, s.1537. Bartlett,

Birlikte yaşadıkları ailelerine hem maddi hem de manevi açıdan bağımlı olan genç ve özellikle çocukların ısınan bir dünyada yaşamak zorunda olması onlara başlı başına haksızlık edildiğinin göstergesidir.

Diğer bir yandan bilim çevrelerine göre iklim değişikliği su kıtlığına da sebep olacaktır. Ancak bu kıtlığın bölgeden bölgeye değişeceği tahmin edilmektedir. Ayrıca suyun az olması insanları daha az ve düşük kalitedeki suları içmeye, evlerinden uzaktaki kaynaklardan su getirmek için zaman ve para harcamalarına da yol açacaktır.¹⁷

İklim değişikliği sebebiyle günümüzde yaşanan sıkıntılar gelecekte de artarak devam edecektir. Bu sıkıntılar beşeri ve doğal ortamları riske sokacaktır. Meydana gelen riskler, dünya üzerinde eşit olmayacak şekilde dağılmıştır ve gelişmişlik düzeylerine göre kimi ülkelerdeki hassas grupları daha fazla etkileyecektir.¹⁸ Hassas grupların iklim değişikliğinden daha fazla etkilenmesi ise iklim adaleti konusunun temelini oluşturmaktadır.

III. İKLİM ADALETİ

Devletlerin iklim değişikliğinin meydana gelmesine katkıları oranında, olumsuz etkilerine maruz kalmaları dünya üzerinde adaletli olarak dağılmamıştır. İklim değişikliğinin temel sebebi kabul edilen sera gazlarının atmosferde yayılımının artmasına hiç katkısı olmayan veya az katkı sağlayan devletler aynı zamanda iklim değişikliğinin yıkıcı etkilerine karşı en hassas-kırılgan durumda olan devletlerdir.¹⁹ Diğer yandan tam tersi şekilde sera gazının yayılımını en çok arttıran devletler ise teknoloji ve mali güçleri sayesinde iklim değişikliğinin etkilerine uyum sağlamaya hazır durumdadırlar.²⁰

“Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries, s.506.

¹⁷ Hanna, Rema/Paulina, Oliva, “Implications of Climate Change for Children in Developing Countries.” *The Future of Children* , Cilt:26, Sayı:1, 2016, s.118.

¹⁸ Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers, s.13.

¹⁹ Stein, Stein, Disability, Human Rights, and Climate Justice, s.84.

²⁰ Demirci, Mustafa. “İklim Değişikliği ve Dağıtıcı Adalet”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Cilt:8, Sayı:2, 2013, s.185. Kovancı, İklim Krizini Hak Temelli Yaklaşım Özelinde Değerlendirme, s.1538.

İklim adaleti; küresel adaletin bir parçası olarak; doğal kaynaklar ve insan kullanımı açısından sürdürülebilir nitelikte olan çevresel hizmetlerin her bir kişi için adil bir şekilde paylaşılması hakkı olarak tanımlanabilir. Ayrıca bu kavram iklim değişikliği ile alakalı sağlanan fayda ve yapılan harcamaların eşit olmayacak şekilde dağıldığını ortaya koyan bilimsel bir iddia üzerine temellenmektedir.²¹

Zamansal, mekânsal, sınıfsal ve toplumsal cinsiyet adaleti kapsamında şekillenen iklim adaletsizliği; iklim değişikliğinin negatif etkilerini dünya üzerindeki dezavantajlı gruplar üzerinde daha da derinleştirmektedir.²² İklim değişikliğinin meydana getirdiği olumsuz etkiler gelişmekte olan ve gelişmiş ülkeler arasında adaletsiz şekilde dağılmakta; gelişmiş ülkeler bu olumsuz etkilere karşı koymada daha başarılı olmaktadır.²³ Bazı topluluklar az katkıda buldukları iklim değişikliğinin negatif etkilerine eşit olmayacak şekilde daha çok maruz kalmaktadırlar. Devletleri tarafından ihmal edilen veya karar alma sürecinde geride bırakılan bu gruplar, iklimsel zorlukların tetiklediği eşitsizliklerden daha çok muzdariplerdir.²⁴ İklim değişikliği sebebiyle meydana gelen olumsuz etkiler yoksul ve gelişmekte olan ülkelerde daha fazladır. Gelişmekte olan pek çok ülkede çocuk ve ergen sayısı nüfusun büyük çoğunluğunu oluşturduğu için olumsuz etkilerden de daha fazla bu gruplar etkilenmektedirler.²⁵

İklim değişikliğinin meydana getirdiği etkiler ve engel olunması için alınacak tedbirlerin maliyeti çok yüksek olduğu için bu yükün herhangi bir devlet tarafından tek başına üstlenilmesi mümkün olmayacaktır. Bu sebeple iklim değişikliğinin yol açtığı yükümlülüklerin adaletli bir biçimde tüm dünyaya dağıtılması gerekmektedir.²⁶

²¹ Kaya, Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek”, s. 88.

²² Kovancı, İklim Krizini Hak Temelli Yaklaşım Özelinde Değerlendirme, s.1538. Bartlett, “Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries”, s.501.

²³ Demirci, İklim Değişikliği ve Dağıtıcı Adalet, s.192.

²⁴ Schapper, Andrea: “Climate Justice Concerns and Human Rights Trade-Offs in Ethiopia’s Green Economy Transition: The Case of Gibe III.” *The European Journal of Development Research, Cilt:33*, 2021,1957.

²⁵ Kousky, Carolyn: “Impacts of Natural Disasters on Children.” *The Future of Children, Cilt: 26*, Sayı:1, 2016, s.75.

²⁶ Demirci, Mustafa. “İklim Değişikliği ve Dağıtıcı Adalet”, s.184-185.

İklim adaleti; iklim değişikliği, insan hakları ve kalkınma arasındaki bağın varlığını tanımakta ve iklim değişikliğinin etkilerinin tüm devletler üzerinde eşit dağılmadığı kabulü ile bu eşitsizliklerin giderilmesi ve uyum sağlanmasını teşvik etmektedir.²⁷

İlk kez 2002 yılında Bali’de belirlenen ilkeler ile iklim adaleti kavramı tanımlanmıştır. Söz konusu ilkeler ile; toprak ananın kutsallığı, ekoloji birliği ve tüm türlerin karşılıklı olarak bağlılığı teyit edilmiş; toplulukların iklim değişikliğinden ve onun ekolojik yıkımlarından kurutulma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Ayrıca iklim adaletinin; iklim değişikliği sebebiyle kültürler ile biyolojik çeşitliliğin yok olmasına engel olacağı da taahhüt edilmiştir.²⁸

İklim adaleti kavramında gelişmiş-zengin ülkeler çevresel anlamda borçlarını kabul edip ödemeye başarlarsa emisyon azaltımı daha adaletli hale gelecektir ve fakir yani gelişmemiş ülkelerin ihtiyaçları ancak o zaman sürdürülebilir şekilde karşılanabilecektir.²⁹

İklim adaleti geçmiş zararların telafisi, gelecekte ve şu anda üstlenilmesi gereken sorumlulukların dağıtılması, karar alma sürecindeki adil prosedürlerin kabulü ve iklim değişikliğindeki başarısızlığın farkındalığı ile düzeltilmeye çalışılması etrafında şekillenmektedir.³⁰

Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC), İklim Risk İndeksi ve Dünya Kaynakları Enstitüsü gibi kuruluşlardan alınan bilgiler ışığında iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini, kırılganlığı fazla olan ve karşı çıkabilme gücü olmayan gelişmekte olan, az gelişmiş ya da ada devletleri üzerinde göstereceği belirtilmiştir.³¹ Yaşam hakkını ihlal eden iklim değişikliği faaliyetleri kırılgan nüfusu, özellikle çocukları, yeterli maddi imkana ve nüfuzla sahip olmayan yerli halkları etkileyecektir. Bu açıdan iklim adaleti kapsamında devletlerin sınırları içerisinde yalnızca vatandaşlarını değil, her bireyi yaşama hakkı hususunda koruma ödevi

²⁷ Hayward, Tim, “Human Rights Versus Emissions Rights: Climate Justice and the Equitable Distribution of Ecological Space”, *Ethics & International Affairs*, Cilt:21, Sayı:4, 2007, s.445.

²⁸ Bali Principles of Climate Justice, 2002.

²⁹ Hayward, Human Rights Versus Emissions Rights: Climate Justice and the Equitable Distribution of Ecological Space, s.448.

³⁰ Rhaman, Mofizur. “Climate Justice Framing in Bangladeshi Newspapers, 2007–2011.” *South Asia Research*, Cilt: 36, 2016, s.191.

³¹ Kaya, Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek, s.89.

bulunmaktadır.³² Bu açıdan karbona bağımlı olmayan olgunlaşmamış gelişmeleri desteklemek daha adil ve hakkaniyetli olacaktır. Çünkü karbona bağımlı politikalar desteklenmeye devam edilirse iklim değişikliği daha büyük bir felaket halinde karşımıza çıkacaktır.³³

Fakir kabul edilen ülkelerin zengin ülkelere göre daha sıcak iklimlere sahip olması sebebiyle, sıcaklık değişiklikleri oralarda daha çabuk görülmekte, sağlık ve tarım süreci başından itibaren fazla etkilenmektedir. Bu açıdan gelişmekte olan ülkeler dünya üzerinde buldukları fiziki konum sebebiyle hava değişikliklerinden orantısız şekilde pay almaktadırlar.³⁴ Yoksul ülkelerde yüksek sıcaklıklar hem tarımsal hem de endüstriyel üretimi azaltmakla kalmamış, belirli bir yılda ortalama sıcaklıktaki 1 derece artışın ekonomik büyümeyi 1.3 oranında düşürdüğü belirtilmiştir.³⁵ Yalnızca bu veriler dahi iklim değişikliğinin yoksul ve zengin ülkeler arasında adaletsiz sonuçlar doğurduğunu göstermektedir.

İklim adaletinde önem arz eden bir diğer kavram olan ekolojik adalet; millî kökeni ya da geliri nasıl olursa olsun hiç kimsenin adaletli olmayacak şekilde yük taşımaması, çevre düzenlemelerinin uygulanması açısından herkese hakkaniyetli bir şekilde yaklaşılması anlamına gelmektedir.³⁶

A. İklim Adaleti ve İnsan Hakları

İnsan hakları bağlamında iklim adaleti; her kişinin doğduğunda eşit haklara sahip olması sebebiyle kişinin yaşamının devamı ve geçimini sürdürebilmesi için gerekli ve olgun şartlara sahip olması hakkıdır. Bu

³² Fırat, Engin(çev), “İklim Değişikliği ve İnsan Hakları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:70, Sayı:4, 2021, s.1166.

³³ Hayward, Human Rights Versus Emissions Rights: Climate Justice and the Equitable Distribution of Ecological Space, s.449.

³⁴ Hanna/Paulina, Implications of Climate Change for Children in Developing Countries, s.116.

³⁵ Akresh, Richard, “Climate Change, Conflict, and Children.” *The Future of Children*, Cilt:26, Sayı:1, 2016, s.57.

³⁶ Demirci, İklim Değişikliği ve Dağıtıcı Adalet, s.188.

hak sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını içerdiği kadar, kalkınma hakkını da kapsamaktadır.³⁷

İklim değişikliğinin insanlar, refah düzeyi ve yaşam üzerindeki derin etkileri sebebiyle, insan hakları açısından da incelenmesi gerektiği kendini göstermiştir.³⁸ İklim değişikliği insanları tek bir açıdan etkilememekte; kalkınma, sağlık, vb. gibi pek çok alanda, özellikle de yoksul ve savunmasız grupları daha çok etkilemektedir.³⁹

Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi(BMİDÇS) ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'ne göre iklim değişikliği yalnızca çevreyi alakadar eden bir sorun değil, su seviyelerinin yükselmesi, sel, fırtına, aşırı hava olayları, buzulların erimesi, göç, yeraltı sularının kirlenmesi gibi olumsuz etkileri ile tüm dünyada bir insan hakları konusu oluşturmaktadır.⁴⁰ Uluslararası alanda iklim hukuku ve insan hakları hukuku etkileşimli bir süreç içerisinde başta savunmasız gruplar olmak üzere tüm insanların ihtiyaçlarının karşılanmasını hedeflemektedir.⁴¹

2050 yılına kadar sıfır karbona geçişin sağlanması ve 1.5 derece sıcaklık hedefinin tutturulması iklim adaleti açısından ön koşul olarak kabul edilmektedir. 2 dereceden fazla ısınma ile iklim değişikliğinin etkileri geri dönülemez olacaktır ve gıda hakkı, su hakkı vb. insan haklarının tümü derinden etkilenecektir.⁴²

İklim adaleti ve insan hakları kapsamında Paris İklim Anlaşması önem arz etmektedir. Anlaşma BM'nin yüz doksan beş üyesi tarafından kabul edilmiştir ve her ülke ulusal bir hedef belirlemiş, karbon

³⁷ Kaya, Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek , s.91.

³⁸ Kovancı, İklim Krizini Hak Temelli Yaklaşım Özelinde Değerlendirme, s.1539.

³⁹ Can, Ferhan. "İklim Politikasının Bir Aracı Olan Temiz Kalkınma Mekanizması Açısından İnsan Hakları, Adalet ve Hakçılık", Kent Akademisi , Cilt: 11, Sayı:2, 2008, s.298.

⁴⁰ Johl, Alyssa/ Lador, Yves, " A human rights-based approach to climate finance", INTERNATIONAL POLICY ANALYSIS | FES GENEVA, 2012, s.3.

⁴¹ Kovancı, İklim Krizini Hak Temelli Yaklaşım Özelinde Değerlendirme, s.1559.

⁴² Robinson, Shine, Achieving a climate justice pathway to 1.5 °C, s.568.

emisyonunu azaltmayı amaçlamıştır.⁴³ Ülkemiz Anlaşmayı 22 Nisan 2016 tarihinde imzalamış, 7 Ekim 2021 tarihinde ise Cumhurbaşkanlığı Kararı ile yürürlüğe sokmuştur.⁴⁴ Türkiye bu Anlaşma ile iklim değişikliği kapsamında hassaslaşan insanların güçlendirilmesini, sürdürülebilir, yenilenebilir enerji politikalarının hazırlanmasını ve eyleme dökülmesini de kabul etmektedir.⁴⁵

Paris Anlaşmasında yerli halklar, göçmenler, çocuklar, engelliler, kadınlar ve hassas durumda olanlar kırılgan grup içerisinde sayılmışlardır. Kırılganlık; iklim değişikliğine karşı; yoksulluk, yaş, cinsiyet, engellilik ya da vatandaşlık gibi sebeplerle daha savunmasız olunması halidir. Özellikle çocukların kırılgan kabul edilmesi nesiller arası olmalarından dolayı önem arz etmektedir.⁴⁶

Paris Anlaşmasına katılmayan ya da hassas grupların iklim değişikliği sebebiyle uğradıkları zararların hafifletilmesi çabasında bulunmayan devletlerin insan haklarını ihlal ettiği görünür bir gerçektir.⁴⁷ Bu açıdan Paris Anlaşması kendisinden önce imzalanan Kyoto Protokolü ya da BMİDÇS'den değişik olarak; insan hakları, hassas/kırılgan ülkeler, iklim adaleti gibi kavramları da barındırmaktadır. Bu anlamda özellikle iklim adaleti bağlamında Anlaşmada yazılı ifadenin bulunması, Anlaşmanın bu kavrama daha çok önem verdiği algısını yaratsa da, bu kaygının içerikten yoksun olduğu belirtilmektedir.⁴⁸ Yıllardan beri üzerinde durulan iklim değişikliği kavramı ve ülkelerin imzaladıkları sözleşmeler, üstlendikleri taahhütler ve yapılan toplantıların sıklıkla tekrarlanması bu olguların teorik olarak önemli olduğunun kabul edildiğini göstermiş olsa da; sıklıkla aynı içeriğe sahip düzenlemelerin hazırlanması uygulanabilirlik açısından iklim değişikliğinin yavaşlatılması ya da durdurulması hususunda faydalı olmadıklarının göstergesidir.

⁴³ Janet, Deschênes, *Children and Climate Change: Introducing the Issue*, s. 5.

⁴⁴ <https://www.mfa.gov.tr/paris-anlasmasi.tr.mfa>, Erişim tarihi: 06.08.2023.

⁴⁵ Kıymaz, Esra. "İklim Adaleti Bağlamında Yerel Yöneticilerin Kırılganlık Bilinci: Secap 4. Belediyeler Buluşması Örneği." *International Journal of Social Humanities Sciences Research (JSHSR)*, 2023, s.261.

⁴⁶ Kıymaz, İklim Adaleti Bağlamında Yerel Yöneticilerin Kırılganlık Bilinci: Secap 4. Belediyeler Buluşması Örneği, s.262.

⁴⁷ Stein, Stein, "Disability, Human Rights, and Climate Justice", s.82.

⁴⁸ Kaya, Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek, s.100.

B. İklim Değişikliğinin Çocuklar Üzerine Etkisi

Modern toplumlarda çocukların korunması gerektiği düşüncesi ilk defa sanayi devriminden sonra ortaya çıkmıştır. BM'nin öncülük etmesi ile evrensel çocuk haklarının oluşturulması gerekliliğinin kabulünden sonra, 1989 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeyi kabul etmiştir. Bu sözleşme kapsamında çocuğun; yaşam, eğitim, sağlık hakkı tanınmış, sosyal yaşamın her köşesinde kendilerini geliştirmelerine olanak sağlanmıştır.⁴⁹ Bahse konu sözleşmede çocuk kavramı tanımlanmış, on sekiz yaşından küçük her kişi çocuk sayılmıştır.⁵⁰

Ülkemizde çocukların korunması Anayasa'nın 41. maddesinde öngörülmüştür. Maddede “ *Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*” ifadesi ile devletin çocukların korunmasına ilişkin yükümlülükleri belirtilmiştir.

Çocuk haklarının temelde insan hakkı olduğunun kabulü ile kişinin doğumundan itibaren tamamen bağımsız bir birey olduğu gerçeğine karşın; çocukların yetişkinlerden kimi zaman ayrılması, farklı gereksinimleri olduğunun kabulü gerekmektedir.⁵¹ İklimin değişmesi ve hava durumundaki farklılıklar çocukları doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyecektir.⁵²

İklim değişikliği sebebiyle meydana gelen buzul erimesi, biyolojik çeşitliliğin azalması gibi kimi durumlar şimdiden karşımıza çıksa da, iklim değişikliğinin asıl etkilerine yani felakatlere, bu sorunların oluşmasında hiç katkısı olmayan, tartışmaların merkezine dahi alınmayan gelecek nesiller maruz kalacaklardır.⁵³ Çocuklar; iklim değişikliği

⁴⁹ Karakaş, Banu /Çevik, Ömer Can, "Çocuk Refahı: Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme". Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:3, 2016, s.889.

⁵⁰ Karakaş, Çevik, “Çocuk Refahı: Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme”, s.890.

⁵¹ Demiral, Seran. “Belirsizliğin Ortasında Çocukluk Deneyimi.” *ViraVerita E-Dergi, Sayı:15, 2022, s.212.*

⁵² Ebi, Paulson, “Climate change and children”, s.217.

⁵³ Demirci, İklim Değişikliği ve Dağıtıcı Adalet, s.186. Janet, Deschênesi, Children and Climate Change: Introducing the Issue.”, s.4.

sebebiyle meydana gelen sıcaklıklara ve aşırı hava olaylarına daha fazla maruz kalmaları, ailelerine bağımlılıkları ve hassasiyetleri sebebiyle özellikle sağlık sorunları açısından daha savunmasız durumdadırlar.⁵⁴

Dünyadaki çocukların yaklaşık olarak yüzde seksen beşinin düşük ve orta gelirli ülkelerde yaşaması, bu ülkelerin iklim değişikliklerine karşı savunmasız, hazırlıksız olmaları ve daha az destek, altyapı ve hizmete sahip olmaları sebebiyle, bu bölgelerde yaşayanların iklim değişikliğine karşı en hassas grup içerisinde olduğu belirtilmektedir.⁵⁵ İklim değişikliği ayrıca bazı ülkelerde çatışmalara sebep olabilmektedir. Bu çatışmalardan özellikle çocukların daha fazla etkileneceğini son araştırmalar göstermektedir. Ek olarak ülkelerde meydana gelen şiddet ve çatışma, nüfusu iklim olaylarına karşı daha savunmasız hale getirmektedir.⁵⁶

Savunmasız grupta oldukları kabul edilen çocuklar hakkında; Dünya Sağlık Örgütü'nün yaptığı bir araştırmaya göre iklim değişikliği sebebiyle meydana gelen hastalıkların yüzde seksen sekizinin beş yaşından küçükleri etkilediği belirtilmiştir.⁵⁷ Diğer yandan gelişmekte olan ülkelerdeki çocuk sağlığı, refah içerisindeki ülkelere göre hali hazırda daha kötü durumdadır.⁵⁸ İklim değişikliği sebebiyle artan orman yangınlarından kaynaklanan hava kirliliği ile bebek ölümlerinin artacağı ve genel sağlığın kötü etkileneceği belirlenirken; çocukların hava kirliliğine yetişkinlere göre daha duyarlı olmaları sebebiyle, bu durumdan daha çok etkilenecekleri belirtilmektedir.⁵⁹ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde çocukların hava kirliliği ve aeroalerjen, gıda ve su kirliliği kaynaklı hastalık ya da aşırı hava olaylarından etkilenme olasılığı en yüksek grup oldukları belirtilmektedir.⁶⁰

⁵⁴ Bartlett, "Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries", s.501. Ebi, Paulson, "Climate change and children", s.213.

⁵⁵ Sanson, Hoorn, Burke, Responding to the impacts of the climate crisis on children and youth, s.3.

⁵⁶ Akresh, Climate Change, Conflict, and Children, s.52.

⁵⁷ Burke, Sanson, Hoorn, , The Psychological Effects of Climate Change on Children, s.1.

⁵⁸ Hanna/Paulina, Implications of Climate Change for Children in Developing Countries, s.117.

⁵⁹ Hanna/Paulina, Implications of Climate Change for Children in Developing Countries, s.120-121.

⁶⁰ Ebi, Paulson, "Climate change and children", s.217.

Çocukların iklim değişikliği sebebiyle maruz kaldıkları risk faktörlerinin, yetişkinlere göre daha uzun vadeli etkilerinin olduğu ve iklim değişikliğine uyumun onlar açısından daha zor olduğu söylenmektedir.⁶¹ İklim değişikliği, düşük gelirli ve gelişmekte olan ülkelerdeki çocukların büyümesine, gelişmesine ve haklarına ulaşmasına; gelişmiş ülkelere göre negatif açıdan farklı etkenler aracılığı ile zarar verecektir.⁶²

İklim değişikliğinin çocuklar üzerindeki etkileri arasında güneşe ve aşırı sıcaklığa maruz kalınması sebebiyle oluşan sıcak çarpması, bitkin düşme, elektrolit dengesizliği ve ileri yaşlarında meydana gelebilecek cilt kanseri tehlikesi bulunmaktadır. Ayrıca sel, aşırı hava olayları ve kuraklıkların; ölüme, besinsiz kalmaya ve enfeksiyon hastalıklarına çocukların yakalanmaları ihtimalini çok daha artmaktadır.⁶³ Çocuklar iklim değişikliğinin olumsuz etkileri sebebiyle kardiyovasküler, solunum ya da bağışıklık sistemi rahatsızlığı gibi ciddi sağlık sorunları ile de karşı karşıyadırlar.⁶⁴

Yapılan bir modellemeye göre 2100 yılına kadar deniz seviyesindeki yarım metrelik bir artışın, selden etkilenecek insan sayısını iki katına çıkararak doksan iki milyona ulaştıracağı ve bu nedenden dolayı pek çok çocuğun boğularak öleceği belirtilmiştir.⁶⁵ Hastalıkların iklim değişikliği sebebi ile farklılaşmaları sonucunda örneğin sıtmanın Doğu Afrika'nın dağlık bölgelerine kadar yayılacağını belirten uzmanlar, on binlerce çocuğun ölümüne sebep olabileceğini de eklemiştir.⁶⁶ İklim değişikliğinin ısının yoğunluğunu veya şiddetini arttırması ile;

⁶¹ Bartlett, "Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries", s.502.

⁶² Hanna/Paulina, Implications of Climate Change for Children in Developing Countries, s.126.

⁶³ Kondolot, Meda/ Beyazova, Ufuk/ Özmert, Elif/ Şahin, Figen/ Ulukol, Betül/ Gökçay, Gülbin/, "İklim Değişikliğinin Çocuk Sağlığına Etkileri", Erciyes Medical Journal/Erciyes Tıp Dergisi Cilt:34, Sayı:1, 2012, s.29.

⁶⁴ Gözderesi, Yakup/ Özmert, Enis "Understanding the Links Between the Climate Crisis and Child Health." Çocuk Dergisi / Journal of Child, 2021, s.283. Bartlett, "Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries", s.507.

⁶⁵ Bunyavanich Supinda/Landrigan Christopher P/ McMichael Anthony J/ Epstein Paul R., "The impact of climate change on child health" Ambul Peditr, Cilt:3, Sayı:1, 2003, s.46.

⁶⁶ Fırat, İklim Değişikliği ve İnsan Hakları, s.1159.

çocuklar, hastalar, yaşlılar ya da yoksullarda meydana gelen ciddi rahatsızlıklar da artacaktır. Özellikle çocukların ani sıcaklık değişimi karşısında bölgesel iklime olan alışkınlıklarını korumaları daha zor olacaktır.⁶⁷

İklim değişikliği sebebiyle ekosistem farklılaşabilmekte ve bu sebeple vektörlerle bulaşan rahatsızlıklar daha sık görülebilmektedir. İklim değişikliği sebebiyle kemirgenlerin artması, vektörlerin daha rahat çoğalmaları bu sıklığın en önemli nedenidir.⁶⁸ Gelişmekte olan ülkelerde, iklim değişikliğinin arttırdığı parazit ve vektörlerin yaşama ihtimallerini sağlama koşullar olması sebebiyle, fakir ülkelerde yaşayan çocukların sağlığı, zengin ülkelerde yaşayanlarınkinden daha fazla etkilenecektir.⁶⁹

İklim değişikliği ile meydana gelen tüm bu etmenlerin, günümüz çocuklarının ve gelecek nesillerin insan olmanın temelinde var olan haklarını; yaşama, gıdaya ulaşma, temiz su içme, sağlıklı olma gibi; derinden etkileyeceği şüphesizdir.

Hayatın devamını sürdürmek için gereken hakların yanı sıra çocuklar iklim değişikliğinin sonuçları nedeniyle eğitim öğretimleri açısından da etkilenebilmektedirler. Gelecekte artması beklenen iklim değişikliği ile azalan gelir sebebiyle çocukların okul ücreti karşılanamayacak, çocuklar ailelerine yardım edebilmek için çalışmak zorunda kalacak ve okula kayıt oranları azalacaktır.⁷⁰ Bazı ülkelerde ise okulların aşırı hava olaylarından etkilenmesi ya da ailelerin çocukları için endişelenmeleri sebebiyle de okula gitme oranları azalabilecektir. Bu durumdan özellikle kız çocuklarının daha çok etkilendiği görülmektedir. Örneğin Endonezya, Moğolistan, Nikaragua, Pakistan ve Uganda gibi ülkelerde seller okula devam oranını oldukça düşürmüştür. Başka bir

⁶⁷ Bartlett, "Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries", s.503. Bunyavanich, Landrigan, McMichael, Epstein, "The impact of climate change on child health", s.45.

⁶⁸ Kondolot, Beyazova, Özmert, Şahin, Ulukol, Gökçay, "İklim Değişikliğinin Çocuk Sağlığına Etkileri", s.29-30. Gözderesi, Özmert, "Understanding the Links Between the Climate Crisis and Child Health.", s.283.

⁶⁹ Hanna/Paulina, Implications of Climate Change for Children in Developing Countries, s.118.

⁷⁰ Hanna/Paulina, Implications of Climate Change for Children in Developing Countries, s.123. Kousky, Impacts of Natural Disasters on Children, s.77.

araştırmada, Nepal’de selden kaynaklanan ölüm oranları incelendiğinde çocuk ölümünün beklenenden iki kat daha fazla olduğu ve okul öncesi kız çocuklarının yetişkin erkeklere kıyasla beş kat daha fazla yaşamını yitirdiği sonucuna ulaşılmıştır.⁷¹ Okullaşma ile ilgili bir diğer kötü beklenti ise çocukların iklim değişikliğinden kaynaklı aşırı hava olayları sebebiyle kendilerinin etkilenmeleri ya da ebeveynlerinin ölmesi sebebi ile okula gidememeleridir.⁷² Örneğin ailesi ölen çocukların eğitime harcayacakları paraları kalmamakta ve bu sebeple çalışmak zorunda olup eğitimlerine devam edememektedirler.

Diğer yandan sel örneğinde, kentte yaşayan çocuklar ve aileleri yalnızca artan gıda fiyatlarından muzdarip olurlarken, kırsal kesimde yaşayan çocuklar ve aileleri geçim kaynaklarını veya evlerini sel nedeniyle kaybetmekte ve uzun vadede kendilerini toparlamakta zorluk çekmekte, çocuklar açısından tek seferlik şoktan daha fazlası olmakta ve burada da iklim değişikliğinin getirdiği olumsuz sonuçlar ile karşı karşıya kalmaktadırlar.⁷³ Kısacası iklim değişikliği beslenme açısından çocukların gıdaya ulaşmasını engelleyecek, gelişmekte olan ülkelerde yaşayan çocukların sağlığını bozacaktır.⁷⁴

Çocukların iklim değişikliği sebebiyle meydana gelen afetlerden sonra daha savunmasız olduğu kabul edilen bir gerçektir. Özellikle çok küçük olan çocukların ailelerinden ayrılmaları, devamında onları bulabilecek yetkinliğe sahip olmamaları ve bu sebeple özel bakım, beslenme ve malzemelere ulaşamamaları onlar için temel nitelikte problem oluşturacaktır.⁷⁵

⁷¹ Sanson, Hoorn, Burke, Responding to the impacts of the climate crisis on children and youth, s.2. Bartlett, “Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries”, s.503.

⁷² Bartlett, “Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries”, s.509. Hanna/Paulina, Implications of Climate Change for Children in Developing Countries, s.124. Kousky, Impacts of Natural Disasters on Children, s.84.

⁷³ Hanna/Paulina, Implications of Climate Change for Children in Developing Countries, s.117. Kousky, Impacts of Natural Disasters on Children, s.88.

⁷⁴ Bartlett, “Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries”, s.502. Hanna, Paulina, Implications of Climate Change for Children in Developing Countries, s.123.

⁷⁵ Kousky, Impacts of Natural Disasters on Children, s.75-76.

Tüm bu veriler ışığında çocukların yetişkinlerden daha farklı gereksinimlere sahip olduğu anlaşılmaktadır. Afet durumlarında da bu sebeple çocuklara daha farklı şekilde yaklaşılmalı, afet planları buna göre hazırlanmalıdır.⁷⁶ Yetişkinlerin, özellikle iklim değişikliğinin psikolojik etkileri hakkında çocukları koruma ve destekleme sorumluluğu bulunmaktadır.⁷⁷

Kimi ülkeler iklim değişikliği açısından, gençlerin karar alma mekanizmasında yer almalarına müsaade etmekle birlikte, örgütlenmelerine destek vermektedirler. Diğer yandan düşük gelirli haneler, mülteciler ya da etnik azınlıklar bu programlara katılamadıkları için iklim değişikliğinden daha fazla etkilenmektedirler. Bu açıdan ülkelerin dezavantajlı gruplar ve özellikle çocukların iklim değişikliğinden daha az etkilenmeleri için uygun stratejiler belirlemeleri gerekmektedir.⁷⁸

Kuşaklar arasındaki adalet veya iklim adaleti kavramlarında yetişkin bireylerin çocuklara karşı pek çok sorumluluğu olduğunun kabulü kadar; çocuk ve doğanın gereksinimleri açısından birbirlerine benzemeleri göz önüne alınarak hak tanınması ve temsiliyet konularında özen gösterilmesi gerekmektedir.⁷⁹

İklim değişikliğinden ve yarattığı sonuçlardan korunmanın da çocuk hakkı kapsamında olduğu kabulü ile ülkemizin de imzalamış olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında korunan tüm çocuk haklarının iklim değişikliğinden etkilenmesi önlenmeli, devletlere sorumluluk yüklenmelidir.⁸⁰ Çocukların iklim değişikliğinin etkilerinden

⁷⁶ Kousky, Impacts of Natural Disasters on Children, s.74. Kondolot, Beyazova, Özmert, Şahin,Ulukol, Gökçay, “İklim Değişikliğinin Çocuk Sağlığına Etkileri”, s.30.

⁷⁷ Burke, Sanson, Hoorn, “The Psychological Effects of Climate Change on Children”, s.5.

⁷⁸ Gözderesi, Özmert, “Understanding the Links Between the Climate Crisis and Child Health.”, s.284. Kousky, Impacts of Natural Disasters on Children, s.80-81.

⁷⁹ Demiral, “Belirsizliğin Ortasında Çocukluk Deneyimi.”, s.214.

⁸⁰ Kondolot, Beyazova, Özmert, Şahin,Ulukol, Gökçay, “İklim Değişikliğinin Çocuk Sağlığına Etkileri”, s.31.

tamamıyla korunması ancak küresel çevre değişikliğinin durdurulması ile mümkün olacaktır.⁸¹

Yapılmış anketler neticesinde gençlerin yaşça büyük olanlara göre iklim konusunda daha mücadeleci olduğu belirtilmektedir. Ülkelerin ulusal ya da uluslararası düzeyde, çocukları ve gençleri iklim değişikliği hususunda bilinçlendirmesi gerekmektedir. Yerel, ulusal ve uluslararası düzeylerdeki programlarda, çocukları ve gençleri iklim değişikliği konusundaki farkındalıklarını artırmaya, bu kapsamda gençlere afete hazırlık veya müdahale programlarında kontenjan ayrılmasına, yenilenebilir enerjinin tüm dünyada teşvik edilmesine, çevresel açıdan sürdürülebilir uygulamalara geçilmesine ve iklim krizi konusunda acil eylemi savunmada gençlerin aktif rol oynamalarını sağlanmasına devletler öncülük etmelidirler.⁸²

Yukarıda verilen örnekler sebebiyle dünya üzerinde pek çok çocuk kendisini güçsüz, umutsuz hissetmektedir ve çocukların kolektif bilinç, öz yeterlik açısından geliştirilmeleri gerekmektedir.⁸³ Devletlerin iklim değişikliğinin yavaşlatılması ile ilgili yapacağı seçimler, günümüz ve gelecek nesillerin faydası açısından denge içermelidir. Yavaşlatma için yapılacak harcamaların günümüz nesiller açısından yük olabileceği ve gelecek nesillerin yalnızca bunun faydasından yararlanacağı endişesi belirtilmektedir.⁸⁴ Devletler bu açıdan sürdürülebilir ve adaletli seçimler yapmakla ve bu seçimleri uygulamakla yükümlüdürler.

Örneğin fosil yakıt kullanımı, sera gazının birincil kaynağı olduğundan sera gazı emisyonunu azaltmaya yönelik politikaların kabulü çocuklar açısından faydalı olacaktır. Toplu taşıma kullanılması, bisiklet ya da daha sürdürülebilir ulaşım araçlarının kullanımının yaygınlaşması

⁸¹ Bunyavanich, Landrigan, McMichael, Epstein, “The impact of climate change on child health”, s.49.

⁸² Sanson, Hoorn, Burke, Responding to the impacts of the climate crisis on children and youth, s.3. Corner, Adam/ Roberts, Olga/ Chiari, Sybille/ Sonja Völler/ Mayrhuber, Elisabeth S./ Mandl, Sylvia/ Monson. Kate, “How do young people engage with climate change? The role of knowledge, values, message framing, and trusted communicators.” WIREs Clim Change, Cilt:6, Sayı:5, 2015, s.525.

⁸³ Sanson, Hoorn, Burke, “Responding to the impacts of the climate crisis on children and youth”, s.3.

⁸⁴ Dietz, Groom, Pizer, “Weighing the Costs and Benefits of Climate Change to Our Children. The Future of Children”, s.151.

ile sera gazı azalacak ve nüfus sağlığı iyileşecektir. Diğer enerji kaynakları açısından ise yorum yapılabilmesi için uzmanların başka sağlık testleri yapmalarına gerek duyulmaktadır.⁸⁵

Ailelerin, çocuklarını iklim değişikliğinin meydana getirdiği yeni durumlara ve zorluklara hazırlamasına devletler yardımda bulunmalı, yatırım yapmalıdır. Bu yatırımların faydası uzun vadede sadece günümüzde yaşayan çocuklara değil, ekonomi ve sermayeye de olacaktır.⁸⁶ Bugünün çocukları yarının yetişkinleri olacak ve onların çocukları da gelecek nesilleri oluşturacaktır. Bu açıdan nesiller arası aktarımda iklim değişikliğine verilen önem sayesinde ortaya çıkan maliyet ve faydanın, doğrudan günümüz yetişkinleri için yürütülecek çalışmalardan daha faydalı ve az maliyetli olacağı belirtilmektedir.⁸⁷

IV. İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ NEDENİYLE ÇOCUKLARIN HAK ARAYIŞLARI

İklim değişikliğinin iklim krizi halini aldığı son yıllarda bireyler; iç hukuk ile sınırlı kalmayıp hükümetlerin üzerlerine düşen görevleri yerine getirmemesi, iklim değişikliğine karşı alınan önlemlerin yetersizlikleri gibi sebeplerle uluslararası üst kuruluşlara çok sayıda başvuruda bulunmuşlardır.⁸⁸ Gençlerin iklim değişikliği konusunda önceki nesillere göre daha aktif oldukları görülmektedir. BM Çocuk Hakları Komitesi, AİHM gibi üst kuruluşlara gençler tarafından yapılan başvurular dikkat çekmektedir. İklim değişikliği konusunda son zamanlarda başlatılan davalarda sivil toplum örgütleri ve siyasi partilerin yanı sıra çocukların da önde geldiği görülmektedir. Başvurucular davalarında yaşam hakkı, mahkemeye erişim hakkı gibi temel insan haklarının ihlal edildiği iddialarının yanı sıra, hükümetlerin iklim

⁸⁵ Ebi, Paulson, “Climate change and children,” s.222.

⁸⁶ Hanna, Paulina, Implications of Climate Change for Children in Developing Countries, s.127.

⁸⁷ Dietz, Groom, Pizer, “Weighing the Costs and Benefits of Climate Change to Our Children”, s.151.

⁸⁸ <http://climatecasechart.com/non-us-climate-change-litigation/>, Erişim tarihi: 09.08.2023. “Atıf yapılan sitede iklim değişikliği kapsamında uluslararası platformlarda başlatılmış davalara erişmek ve ayrıntıları hakkında göz gezdirmek mümkündür.”

değişikliği kapsamında üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmediği gibi iddialarda da bulunmaktadır.⁸⁹

Bu aşamada iklim değişikliği ile ilgili olarak uluslararası kuruluşta başlatılan ve 2019 yılında BM Çocuk Hakları Komitesi'ne, Greta Thunberg'in⁹⁰ de aralarında bulunduğu on altı kişi tarafından hükümetlerin iklim krizi konusunda harekete geçmemelerini şikayet ettikleri başvuru önemlidir.⁹¹

Komiteye on altı kişinin yaptığı başvuru, Türkiye, Fransa, Almanya, Brezilya ve Arjantin'e karşı başlatılmıştır. Başvurucular dünyanın iklim krizi içerisinde olduğunu, bu krizden fiziksel ve psikolojik olarak en çok çocukların etkileneceğini, davalı ülkelerin 1992 yılında Çerçeve Sözleşme'yi imzaladıklarını, dolayısıyla iklim değişikliğinin negatif etkilerinin farkında olduklarını, son olarak Paris Anlaşması kapsamında yükümlendikleri görevleri de yerine getirmediğini ve bu sebeple de kendilerinin zarar görmeye devam edeceklerini iddia etmişlerdir.⁹² Başvuranlar devamında hiçbir ülkenin zarar giderici faaliyette bulunmadığını, sorumluluk almadığını belirtip; yaşam, sağlık, kültür hakkının ve çocuğun üstün yararının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.⁹³ Ayrıca devletlerin yalnızca sınırları dahilinde değil, gücü veya kontrolü altında bulunan bölgelerde de yükümlülükleri olduğunu belirtmişlerdir.⁹⁴

⁸⁹ Karaca, Murat: "Greta Thunberg ve Diğerleri/ Türkiye Başvurusu Bağlamında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi", İnsan Hakları, Sayı:8, 2021, s.36- 37

⁹⁰ "Greta Thunberg: Ağustos 2018'de iklim değişikliği ile savaşılmaya hemen başlanması gerektiği konusunda protestolara başlayan İsveçli bir eylemci. "İklim için okul grevi" ile medyanın dikkatini çekmeye başlayan Thunberg, o zamandan beri iklim aktivistliği yapmaktadır." https://tr.wikipedia.org/wiki/Greta_Thunberg, Erişim tarihi: 12.08.2023.

⁹¹ Karaca, "Greta Thunberg ve Diğerleri/ Türkiye Başvurusu Bağlamında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi", s.37.

⁹² Suedi, Yusra: "Litigating Climate Change before the Committee on the Rights of the Child in Sacchi v Argentina et al.: Breaking New Ground?", Nordic Journal of Human Rights, Cilt:40, Sayı:4, 2022, s.550.

⁹³ Karaca, "Greta Thunberg ve Diğerleri/ Türkiye Başvurusu Bağlamında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi", s.39.

⁹⁴ Suedi, "Litigating Climate Change before the Committee on the Rights of the Child in Sacchi v Argentina et al.: Breaking New Ground?", s.555..

Komite; devletlerin sera gazı emisyonu salınımı hakkında yetkisi olduğunu, hem ülke içinde hem de tüm dünyada meydana gelecek ve çocukları zarara uğratacak şekilde neden sonuç ilişkisi kurulabilecek nitelikteki eylemlerden devletlerin sorumlu tutulacağını belirtmiştir.⁹⁵ Ayrıca komite; çocukların iklim değişikliğinden şu anda ve gelecekte etkilendiğini, derhal önlem alınmaması halinde tüm hayatları süresince de etkileneceklerini ifade ederek; uluslararası metinler kapsamında çocuklar için özel güvenceler oluşturulması gerektiğini, devletlerin bu hususta çocukları koruma yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.⁹⁶ Komitenin 2021 yılında başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle reddetmesi bir yana; başvurunun hükümetlere karşı hareketsizlik sebebiyle başlatılması dahi iklim krizinde gençlerin aktif rol oynaması açısından önemli bir adım olmuştur.

BM'ye yapılan başka bir başvuruda ise yaşları on dört ve yirmi dört arasında olan beş Avustralyalı genç; engelli ve yerli halklar için insan haklarının korunmasını talep etmişler ve BM İnsan Hakları özel raportörlerine şikayette bulunmuşlardır. Bahse konu yerli halk; ısınmanın 1.5 derecede sabit tutulmasını yetersiz bulmuş, Avustralya hükümetinden engelli insanlara karşı insan haklarının gerektirdiği koşulların sağlanmaması sebebiyle meydana gelen zararı tazmin etmesini talep etmişlerdir.⁹⁷ İklim adaleti kavramı açısından hassas kabul edilen engelli ve yerli halklar adına gençler tarafından yapılan bu başvuru da önemli bir adım olmuştur.

BM'ye şikayetten daha farklı olarak AIHM'ye, 2017'de Portekiz'de meydana gelen yangınlar sebebiyle yedi genç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS)'ne taraf Türkiye de dahil olmak üzere otuz üç devlete karşı dava açmışlardır. Başvuranların iddiaları arasında; 2017'den beri meydana gelen orman yangınlarının direkt küresel ısınma sebebi ile meydana geldiği, bu yangınlar sebebi ile sağlıklarının tehlike altında olduğu, sıcak hava ile uyku düzenlerinde bozulma, alerji ve solunum problemleri yaşadıkları yer almaktadır. Diğer iki başvuru ise iklim değişikliğinin kışları çok sert fırtınalara sebep olması nedeniyle deniz kenarındaki evlerinin fiziki anlamda zarar görme tehlikesi içinde bulunduğunu iddia etmişlerdir. Başvuranlar; doğal afetlerin ve tüm

⁹⁵ Stein, Stein, "Disability, Human Rights, and Climate Justice", s.104.

⁹⁶ Karaca, "Greta Thunberg ve Diğerleri/ Türkiye Başvurusu Bağlamında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi", s.43.

⁹⁷ Stein, Stein, "Disability, Human Rights, and Climate Justice", s.104-105.

hayatlarını daha sıcak bir havada geçirme ihtimalinin şu an ve gelecekte sahip olabilecekleri aileleri için kaygı oluşturduğunu belirtmişlerdir.⁹⁸ İç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle iadesi mümkün görülen başvuru için, iklim değişikliğinin çözülmesi gereken acil bir sorun olduğu ve başvurucuların her birinin kendi ülkesinde teker teker dava açmasının mümkün olmadığı görüşü ile birlikte AİHM kabul edilebilirlik kararı vermiştir.⁹⁹

Başvuranlar, aleyhlerine dava açtıkları otuz üç devletin, AİHS’nde yer alan yaşam hakkı, özel hayata saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediklerini iddia ederek, Paris Anlaşmasına uymadıklarını da eklemişlerdir. Başvurunun devamında çocuklar, küresel ısınmanın kendi nesillerini eski nesillere göre daha fazla etkilediğini, çocuk olmaları da göz önüne alındığında haklarına müdahale edildiğini belirtmişlerdir. Son olarak başvurucular küresel anlamda sera gazı emisyonlarının azaltımı hakkında davalı devletlerin yeterli önlem almadığını ileri sürerek şikayetçi olmuşlardır.¹⁰⁰ Çevresel bozunma ve iklim değişikliğinin insan hakları üzerinde belirgin bir etkisi olduğunu kabul eden Mahkeme, uluslararası hukukta insan ve çocuk haklarını koruyan belgelerin, devletlerin ihlallerini önlemede önemli rol oynamaları gerektiğini de eklemiştir. 2022 yılında ise başvuruya bakan daire davayı Büyük Daire’ye sevk etmiştir. AİHM’nin on yedi yargıçlı Büyük Dairesi son kararı verecektir.¹⁰¹

İklim değişikliği sonrasında çocuklar tarafından açılan ve mevcut olmayan, ihtimali zararlar kapsamında şikayetleri içeren bu başvurunun kabul edilmesi ve yargılama yapılması için Büyük Daire’ye sevk edilmesi iklim adaleti açısından önemli bir gelişme olmuştur.

İklim değişikliği ile meydana gelen adaletsizlik ile zararlı sonuçlardan en çok etkilenecek gruplardan biri çocuklar olacaktır. Yukarıda da örnek verildiği gibi çocuklar neredeyse tüm temel haklarından eksik kalacak, insanca bir hayat yaşayamayacaklardır. Yaşam

⁹⁸ <http://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/>, Erişim tarihi:09.08.2023.

⁹⁹ Suedi, “Litigating Climate Change before the Committee on the Rights of the Child in *Sacchi v Argentina et al.: Breaking New Ground?*”, s.563.

¹⁰⁰ Relinquishment in favour of the Grand Chamber of the case *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others*, 2022.

¹⁰¹ <http://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/>, Erişim tarihi:29.07.2023

hakkı, sağlık hakkı, gıda hakkı, eğitim-öğretim hakkı gibi pek çok temel hakkı ihlal eden iklim değişikliği, çocukların davranışları sonucu ortaya çıkmış bir durum değildir. Küresel ısınmanın varlığına en ufak bir katkısı olmayan çocukların ve gelecek nesillerin, ataları yüzünden zarar görmeleri hatta, günümüz yetişkinlerinden daha çok zarara uğramaları iklim adaletsizliğinin en büyük sonucudur.

V. SONUÇ

Yapılan araştırma ve eldeki verilere göre günümüzün yetişkinleri, çocuklar ve gelecek nesillere yaşanabilir bir dünya sağlamak için tedbir alabilecek son nesildir. Yetişkinlerin aktif rol oynamaması veya önlem almaması daha kötü günlere uyanmamıza sebep olacaktır.¹⁰² Bu açıdan sera gazı emisyonları olabildiğince kısa sürede azaltılarak en azından dünyayı bir süre daha yaşanabilir bir yer haline getirmek devletlerin elindedir. Devletler, pozitif yükümlülükleri gereğince kişilerin temel haklarını korumalı, bu hakların ihlal edilmemesi için çalışmalar yürütmelidir. İklim değişikliğinden etkilenen yaşam hakkı, su hakkı, gıda hakkı, mülkiyet hakkı gibi temel hakları korumakla yükümlü olan devletler; özellikle hassas kabul edilen çocukların hakları için de çaba göstermelidir.

İklim değişikliğine herhangi bir katkısı olmadan zarar gören çocuklar için yeni stratejiler belirlenmeli, sıfır atık projeleri ile ısınma yavaşlatılmalıdır. Aksi takdirde gelişmemiş ya da gelişmekte olan ülkelerde zaten sıkıntı ve zorluk içerisinde yaşayan çocukları daha zor ve adaletsiz bir dünya beklemektedir.

¹⁰² Burke, Sanson, Hoorn, “The Psychological Effects of Climate Change on Children”, s.6.

KAYNAKÇA

- Ahdoot Samantha/ Pacheco Susan E., “Global Climate Change and Children's Health” *Pediatrics*, Cilt:136, Sayı:5, 2015, 1468-1484.
- Akresh, Richard, “Climate Change, Conflict, and Children.” *The Future of Children*, Cilt:26, Sayı:1, 2016, 51-71.
- Bali Principles of Climate Justice, 2002.
- Bartlett, Sheridan , “Climate change and urban children: impacts and implications for adaptation in low- and middle-income countries”, *Environment & Urbanization*, Cilt:20, Sayı:2, 2008, 501-519.
- Bunyavanich Supinda, Landrigan Christopher P, McMichael Anthony J, Epstein Paul R. “The impact of climate change on child health” *Ambul Pediatr*, Cilt:3, Sayı:1, 2003, 44-52.
- Burke, Susie./ Sanson, Ann V./ Van Hoorn, Judith, “The Psychological Effects of Climate Change on Children”, *Current Psychiatry Reports*, Cilt: 20, Sayı:35, 2018.
- Can, Ferhan. “İklim Politikasının Bir Aracı Olan Temiz Kalkınma Mekanizması Açısından İnsan Hakları, Adalet ve Hakçalık”, *Kent Akademisi* , Cilt:11, Sayı:2, 2008, 295 – 304
- Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers.
- Corner, Adam/ Roberts, Olga/ Chiari, Sybille/ Sonja Völler/ Mayrhuber, Elisabeth S./ Mandl, Sylvia/ Monson. Kate, “How do young people engage with climate change? The role of knowledge, values, message framing, and trusted communicators.” *WIREs Clim Change*, Cilt:6, Sayı:5, 2015, 523-534.
- Demiral, Seran. “Belirsizliğin Ortasında Çocukluk Deneyimi.” *ViraVerita E-Dergi*, Sayı:15, 2022, 207-237.
- Demirci, Mustafa. “İklim Değişikliği ve Dağıtıcı Adalet”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, Cilt:8, Sayı:2, 2013, 183-204.
- Dietz, Simon/ Groom, Ben/ Pizer, William, “ Weighing the Costs and Benefits of Climate Change to Our Children” *The Future of Children*, Cilt:26, Sayı:1, 2016, 133-155.

- Ebi Kristie L/Paulson Jerome A. "Climate change and children", *Pediatr Clinics of North America*, Cilt:54, Sayı:2, 2007, s.215-216.
- Fırat, Engin(çev), "İklim Değişikliği ve İnsan Hakları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:70, Sayı:4, 2021, 1155 - 1198.
- Gözderesi, Yakup/ Özmert, Enis "Understanding the Links Between the Climate Crisis and Child Health." *Çocuk Dergisi / Journal of Child*, 2021.
- Hanna, Rema/Paulina, Oliva, "Implications of Climate Change for Children in Developing Countries." *The Future of Children*, Cilt:26, Sayı:1, 2016, 115-132.
- Hayward, Tim. "Human Rights Versus Emissions Rights: Climate Justice and the Equitable Distribution of Ecological Space." *Ethics & International Affairs*, Cilt:21, Sayı:4, 2007, 431-450.
- <http://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/>, Erişim tarihi:09.08.2023.
- <http://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/>, Erişim tarihi:29.07.2023
- <http://climatecasechart.com/non-us-climate-change-litigation/>, Erişim tarihi:09.08.2023.
- https://tr.wikipedia.org/wiki/Greta_Thunberg, Erişim tarihi: 12.08.2023.
- <https://www.mfa.gov.tr/paris-anlasmasi.tr.mfa>, Erişim tarihi: 06.08.2023.
- IPCC, "Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers".
- Janet, Currie/ Deschênes, Olivier, "Children and Climate Change: Introducing the Issue." *The Future of Children*, Cilt:26, Sayı:1, 2016, 3-9.
- Johl, Alyssa/ Lador, Yves, " A human rights-based approach to climate finance", *INTERNATIONAL POLICY ANALYSIS | FES GENEVA*, 2012.
- Karaca, Murat: "Greta Thunberg ve Diğerleri/ Türkiye Başvurusu Bağlamında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi", *İnsan Hakları*, Sayı:8, 2021, 35-45.

- Karakaş, Banu, Çevik, Ömer Can "ÇOCUK REFAHI: ÇOCUK HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN BİR DEĞERLENDİRME". Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Cilt:18, Sayı:3, 2016, 887 – 906.
- Kaya, Yasemin, "Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek", Uluslararası İlişkiler, Cilt:14, Sayı:54, 2017, 87-106.
- Kıymaz, Esra. "İklim Adaleti Bağlamında Yerel Yöneticilerin Kırılganlık Bilinci: Secap 4. Belediyeler Buluşması Örneği." *International Journal of Social Humanities Sciences Research (JSHSR)*, 2023.
- Kondolot, Meda, Beyazova, Ufuk, Özmert, Elif, Şahin, Figen, Ulukol, Betül, Gökçay, Gülbin İklim Değişikliğinin Çocuk Sağlığına Etkileri, Erciyes Medical Journal/Erciyes Tıp Dergisi Cilt:34, Sayı:1, 2012, 29-31.
- Kousky, Carolyn. "Impacts of Natural Disasters on Children." *The Future of Children* 26, no. 1 (2016): 73–92.
- Kovancı, Ezgi, "İklim Krizini Hak Temelli Yaklaşım Özelinde Değerlendirme". İDEALKENT Cilt:13, Sayı:37, 2022, 1535-1565.
- Melillo, Jerry M./Terese (T.C.) Richmond/ Gary W. Yohe, Eds., "*Climate Change Impacts in the United States: The Third National Climate Assessment*", U.S. Global Change Research Program", 2014.
- Relinquishment in favour of the Grand Chamber of the case Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others, 2022.
- Rhaman, Mofizur. "Climate Justice Framing in Bangladeshi Newspapers, 2007–2011." *South Asia Research*, Cilt: 36, 2016, 186-205.
- Robinson, Mary/ Shine, Tara, "Achieving a climate justice pathway to 1.5 °C" *Nature Climate Change*, Cilt:8, 2018, 564-569.
- Sanson, Ann V./ Van Hoorn, Judith& Burke, Susie E. L., "Responding to the impacts of the climate crisis on children and youth." *Child Development Perspectives*, Cilt: 13, Sayı:4, 2019, 201-207.
- Schapper, Andrea: "Climate Justice Concerns and Human Rights Trade-Offs in Ethiopia's Green Economy Transition: The Case of Gibe III." *The European Journal of Development Research*, Cilt:33, 2021, 1952–1972.

Stein, Penelope J.S./Stein, Michael Ashley, "Disability, Human Rights, and Climate Justice." *Human Rights Quarterly, Cilt: 44*, Sayı:1, 2022, 81-110.

Suedi, Yusra:" Litigating Climate Change before the Committee on the Rights of the Child in *Sacchi v Argentina et al.: Breaking New Ground?*", *Nordic Journal of Human Rights, Cilt:40*, Sayı:4, 2022, 549-567.

ÖZEL HUKUK

**YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASINDA
GERÇEK DEĞER YERİNE TAPUDA GÖSTERİLEN SATIŞ
BEDELİNİN ESAS ALINMASININ ANAYASAYA
AYKIRILIĞI SORUNU**

Mehmet ÜÇER*

Mehmet GÖKTİMUR**

ÖZ

Tarihsel olarak, mülkiyet hakkı sınırsız değildir ve çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamalar, hem kamu hukukundan hem de özel hukuktan kaynaklanabilir. Özel hukuktan kaynaklanan bir sınırlama örneği, Türk Medeni Kanunu'nun 732-734 maddeleri arasında düzenlenen yasal önalım hakkıdır. Paylı mülkiyet durumunda bir paydaş, payını üçüncü kişilere satış veya satışa benzer bir işlemle devrederse, diğer paydaşlara yasal olarak tanınan öncelikli bir satın alma hakkı verilir. Bu hakkın amacı, istenmeyen kişilerin ortaklığa girmesini engellemek veya mümkünse payları tek bir kişinin kontrolü altında toplamaktır. Yasal önalım hakkı, sadece dava yoluyla kullanılabilen bir haktır.

* Prof. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: mehmetucer1@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1860-4668.

** Arabulucu, E-Mail: mehmetgoktimur@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5649-903X.

Makalenin Gönderim Tarihi : 01.08.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 02.10.2023.

Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasında Gerçek Değer Yerine Tapuda Gösterilen Satış Bedelinin Esas Alınmasının Anayasaya Aykırılığı Sorunu

Önalım davasının sonuçlanabilmesi için TMK m. 734/2 hükmü gereği davacının, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini belirlenen süre içinde mahkeme tarafından belirlenecek yere nakden yatırması gereklidir. Ancak günümüzde paylı mülkiyet hükümlerine tabi bir taşınmazın değeri zaman içinde ekonomik ve objektif nedenlerle artabileceği unutulmamalıdır. Bu bağlamda, önalım davası satış işleminin üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra açılıyorsa, davacının alıcının tapuda gösterilen satış bedeli yerine taşınmazın dava tarihindeki güncel değeri üzerinden depo yapması gereklidir.

Anahtar Kelimeler: Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet, yenilik doğuran hak, eşyaya bağlı borç, hak düşürücü süre.

THE ISSUE OF UNCONSTITUTIONALITY OF TAKING THE SALES PRICE SHOWN IN THE DEED REGISTRATION AS A BASIS INSTEAD OF THE ACTUAL VALUE IN EXERCISING THE LEGAL RIGHT OF PRE- PRECAUTION

ABSTRACT

The right to property is not unlimited, but has historically been subject to limitations. These limitations may arise from both public and private law. A limitation arising from private law is the legal right of pre-emption regulated under Articles 732-734 of the Turkish Civil Code. If a shareholder in a shared ownership transfers his/her share to third parties through a sale or a transaction equivalent to a sale, the other shareholders are granted a priority right of purchase recognized by law. The purpose of this right is to prevent unwanted persons from entering the partnership or, if possible, to collect the shares in the hands of a single person. The legal pre-emption right is a right that can only be exercised through litigation.

In order for the pre-emption case to be finalized, pursuant to Article 734/2 of the TCC, the plaintiff must deposit the sale price and the title deed expenses falling to the buyer in cash to the place to be determined by the court within the specified period. However, it should not be forgotten that the value of an immovable subject to the provisions of shared ownership may increase over time for economic and objective reasons. In this context, if the pre-emption lawsuit is filed after a long period of time has passed since the sale transaction, the plaintiff is required to deposit the current value of the immovable on the date of the lawsuit instead of the sale price shown in the title deed.

Keywords: Legal right of preemption, joint ownership, formative right, real obligation, strict time limit.

I. GİRİŞ

Mülkiyet hakkı, malike sahip olduğu eşya üzerinde her türlü kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisi veren aynî bir haktır. Ancak Roma Hukukundan bu yana malikin eşya üzerindeki bu hakkının mutlak olmadığı ve gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk kurallarıyla sınırlanabileceği kabul edilmektedir. Nitekim imar hukuku, kamulaştırma gibi kamu hukuku kuralları yanında, komşuluk hukuku, yasal önalım hakkı gibi özel hukuk kurallarıyla bu hak sınırlanmaktadır.

Yasal önalım hakkı, kanundan kaynaklanan ve bir mala paylı malik olma sebebiyle, paydaşın kendi payını üçüncü kişilere satış ya da satışa eşdeğer bir işlemle devretmesi halinde, diğer paydaşların kanundan doğan bir öncelikli satın alma hakkıdır. Bu durumda payı devreden paydaşın ve alıcının irade ve arzusuna bakılmaksızın, diğer paydaşın açacağı dava ile diğer koşulların tamam olması halinde, mülkiyet hakkı alıcıdan alınarak, davacı paydaşa verilmektedir. Yasal önalım hakkı taşınmaz mülkiyetine getirilen kanundan kaynaklı kısıtlamalardandır. Taşınmaz mülkiyetinin çeşitlerinden biri olan paylı mülkiyet yasal önalım hakkının konusunu oluşturmaktadır. Paylı mülkiyet ilişkisi altındaki bir taşınmazda, bir pay sahibinin kendi payının tamamını veya bir bölümünü, pay sahibi olmayan bir üçüncü kişiye satış veya satışa benzer bir hukukî işlemle devrettiği durumda, diğer pay sahiplerinin bu paya öncelikli olarak sahip olma hakkı, yasal önalım hakkı olarak adlandırılır. Önalım konusu payın, paydaşlardan birine satışı durumunda bu hak paydaşlara karşı kullanılamayacaktır. Bu hakkın tanınmasının amacı, paylı mülkiyet ilişkisi içinde bulunan bir malın, paydaş sayısını azaltarak mülkiyeti tek elde toplamak ve istenmeyen kişilerin paylı mülkiyete girmesini engellemektir.

Mülga Medeni Kanun uygulamasında yasal önalım hakkı, varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılmaktaydı. 4721 sayılı TMK, bir yandan bu hakkın kullanılmasını dava açma şartına bağlamış ve diğer yandan gerçek değer değil, tapuda gösterilen satış değeri ile alıcıya düşen tapu harcı üzerinden bu hakkın kullanılması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Ülkemizde çoğunlukla tapu harçları ödenirken, satıcı peşinen bunu ödemeyeceğini, alıcının bunu karşılmasını şart koşmakta ve bunun

yanı sıra zaten taşınmazı alırken güçlük çeken vatandaşlar, bütün tapu harçları üzerinde kalacağından, tapuda gerçek değer yerine düşük değer göstermekte ve bedelde muvazaaa yapmaktadırlar. Örneğin iki milyon TL bedelle satın aldığı taşınmazı, tapudaki resmi senette bir milyon TL göstermektedirler.

TMK m. 734/2 hükmü, önalım davasında gerçek değer değil, tapuda gösterilen satış değerinin esas alınması hükmünü amirdir. Oysa aşağıda açıklanacağı üzere, gerçek değer yerine tapuda gösterilen satış değerinin esas alınması, sadece önalım hakkını kullanan paydaşa hizmet etmektedir. Bu yeni düzenleme, aslında bir ceza hükmü olmamakla birlikte sonucu itibarıyla bedel muvazaası yapan tarafı cezalandırma sonucu doğurmaktadır. Buna karşılık bedel muvazaasının yol açtığı hukuksuz durumu yani Devletin vergi kaybını telafi etmemekte ve hatta bunun yolunu kapatmaktadır. Oysa bu hükmün iptal edilmesi halinde, hem Devletin vergi kaybı giderilecek, hem de yasa eliyle önalım davası açan paydaşın haksız zenginleşmesinin önüne geçilebilecektir.

Bu hüküm, kanaatimizce, mülkiyet hakkını ihlal etmenin yanı sıra, adil yargılama hakkını, kamu düzenini ve bir ceza normu olmamakla birlikte ceza normu işlevine bürünmesi sebebiyle temel hukuk ilkesini de ihlal eden bir hüküm olup, Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptali gerekir.

Bu çalışmada öncelikle kurumu tanıtip, ardından bu hükmün hangi gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğunu ortaya koymaya çalışacağız.

II. YASAL ÖNALIM HAKKI KAVRAMI

Günümüzde yasal önalım hakkı olarak bilinen kavram, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndan¹ (TMK) önceki Mecelle'de² ve 743

¹ RG: T. 08/12/2001, S. 24607.

² Mecelle'nin 950. maddesi “Şuf'a bir mülk-ü müşterayı, müşteriyeye her kaç mâl oldu ise ol miktar ile temellük etmektir.” şeklinde şufa hakkını tanımlamaktadır. Eminefendizade Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l -Ahkâm Cilt-III, Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem (Çev.), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2018, s. 1777 vd.; Ayrıca bkz. Cengiz İlhan, Günümüz Türkçesiyle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 290; Şükran Taman Şıpka, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994, s. 2 (Şuf'a Hakkı).

sayılı Türk Kanunu Medeni'sinde³ (MK) şuf'a kavramı olarak ifade ediliyordu⁴. Şufa kavramı, bir kişinin, bir mülk veya mal satışında, o malı veya mülkiyeti önce başka bir kişinin satın alma hakkına sahip olduğu bir hukukî prensibi ifade eder. Şuf'a kavramı Arapça kökenli olup "zam, ilave" anlamı taşır⁵. Kanun koyucu, 4721 sayılı TMK'da hukukî terimlerin daha anlaşılır ve güncel Türkçe ile ifade edilmesi amacıyla "şuf'a" terimi yerine önalım hakkı terimini tercih etmiştir⁶.

Önalım hakkı, sadece Türk Hukukunda yer alan bir kurum olmayıp, birçok hukuk sisteminde yer alan bir kurumdur. Kavramsal olarak da bu kurum, Batı hukuk terminolojisinde yer almaktadır. Nitekim Latince "ius Protimiseos", Fransız hukukunda "Droit de Préemption", Alman hukukunda "Vorkaufsrecht" ve İngiliz hukukunda "Right to Preemption" olarak adlandırılmaktadır⁷.

Önalım hakkı, TMK'nın 732-734. maddeleri arasında yasal önalım hakkı, 735. maddesinde ise sözleşmeden kaynaklı önalım hakkı olarak düzenlenmiştir⁸. Yasal önalım hakkını tanımlayabilmek için öncelikle paylı mülkiyet kavramına bakmak gerekir. Paylı mülkiyet,

³ RG: T. 04/04/1926, S. 339.

⁴ Didem Akalp Demirtabak, Yasal Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 3; 743 sayılı Türk Kanunu Medeni'sinin 658. maddesi sözleşme kaynaklı önalım hakkını "*Mukaveleden mütevellit şuf'a hakkı; tapu siciline şerh verildiği surette bu şerhte tayin olunan müddet zarfında ve sicilde gösterilen şartlar dairesinde her hangi bir malike karşı dermiyan olunabilir.*", Türk Kanunu Medeni'sinin 659. maddesi ise yasal önalım hakkını "*Bir gayrimenkulün hissedarları onun şayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanuni şuf'a hakkını haizdir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bkz. Mehmet Ayan, Eşya Hukuku Cilt-II Mülkiyet, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 384, dipnot (dn.) 1032 (Mülkiyet).

⁵ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959, s. 3.

⁶ <http://www.tdk.gov.tr> (E.T.: 01.06.2023).

⁷ Akalp Demirtabak, Yasal Önalım Hakkı, s. 3; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı, s. 3; Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 3; Cevdet Yavuz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa dair Görüşler", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 110.

⁸ Ayan, Mülkiyet, s. 384; Murat Aydoğdu, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 2; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 189 (Borçlar Özel).

birden fazla kişinin maddi olarak paylaşılmamış bir malın tamamına belli paylarla malik olmasını ifade eden bir kavramdır (TMK m. 688/1)⁹. Paylı mülkiyet, malikler arasında yapılmış hukukî bir işlemle, idari bir işlemle veya mahkeme kararıyla ya da kanun hükmü gereği kurulmaktadır¹⁰. Paylı mülkiyetin kurulması ile birlikte, paydaşların kanundan doğan yasal önalım hakkı da bunula birlikte varlık kazanır.

Paylı mülkiyet, birden fazla kişinin aynı taşınmaza belli oranlarda malik olduğu bir mülkiyet biçimidir. Yasal önalım hakkı ise bu paylı mülkiyet ilişkisi içinde, bir paydaşın payını tamamen veya kısmen üçüncü kişilere satması durumunda, diğer paydaşların yasadan doğan, öncelikli satın alma hakkına kavuşması sonucunu doğurur (TMK m. 732). Kanun koyucu, yasal önalım hakkını tanımlamaktan ziyade bu hakkın nasıl kullanılacağını düzenlemiştir¹¹. Yasal önalım hakkının tanımı ile

⁹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2016, s. 304; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2018, s. 234; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 283.

¹⁰ Ayan, Mülkiyet, s. 60; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 305.

¹¹ Ertaş, Eşya Hukuku, s. 402; Fikret Eren, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1-2, Yıl: 2008, s. 105 (Yasal Önalım Hakkı); Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 553; Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 8; Ayan, Mülkiyet, s. 384; Müslim Tunaboylu, Önalım (Şu’fa) Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s. 23. 20.6.1951 tarih ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, “*Gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerinden olan kanuni şüfa hakkı gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa, diğer bir hissenin üçüncü kişiye satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile belli bir süre içinde satın almak selahiyetini veren aynı bir hak*” olarak ifade edilmiştir.(Karar için bkz. Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 3; Mustafa Kılıçoğlu, Akdi ve Kanuni Şu’fa Davaları (Önalım), Adil Yayınevi, Ankara 1997, s. 15 (Önalım); Y. HGK., T. 13/04/2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 kararında yasal önalım hakkını şöyle tanımlamıştı. “*Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete konu bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır. Payın tamamının veya bir kısmının satılması arasında bir fark yoktur. Onalım hakkı kullanılınca paydaş payını yasal önalım hakkını kullanan diğer paydaşa devretme yükümlülüğü altına girmektedir. Böylece önalım hakkı taşınmaz mülkiyetinin dolaylı sınırlama biçimlerinden birisidir. Bu hak kullanılmadığı sürece ortada bir kısıtlama*

ilgili öğretide çoğunlukla “Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını üçüncü bir kişiye kısmen veya tamamen satması veya ekonomik anlamda satış benzeri hukukî bir işlemle devretmesi halinde, diğer paydaşlara aynı şartlar altında bu payın alıcısı olabilme yetkisi veren ve bunu yenilik doğuran bir dava yoluyla¹² kullanılabilen eşyaya bağlı bir hak” şeklinde tanımlanmaktadır¹³.

olmayıp, önalım hakkının kullanılmasyla birlikte ortaya çıkar.” Karar için bkz. (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 12.06.2023).

¹² Türk Medeni Kanunisinde önalım hakkının nasıl kullanılacağı hakkında herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle önalım hakkını kullanan paydaşın, tek taraflı, yöneltilmesi ve muhataba ulaşması gerekli bir irade beyanında bulunması yeterliydi. Bkz. Mehmet Ayan, “Kanuni Şuf’a Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 336; Ayan, Mülkiyet, s. 413; Selâhattin Sulhi Tekinay, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 47 (Takyitler). Önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasına ilişkin eleştiriler için bkz. Çiğdem Kırca, “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt: II, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 1200-1202 (Değişiklikler); Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 158 vd.(Yenilik Doğuran Haklar); Umut Vehbi Erkan, “Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/ 34 ve K. 2007/ 94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukukî Niteliği ve Kullanılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Yıl:2014, s. 287 (Anayasa Mahkemesi Kararı); Eren, “Yasal Önalım Hakkı”, s. 108.

¹³ Tülay Aydın Ünver, “Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, (Özel Sayısı), Cilt: 11, Sayı: 145-146, Yıl: 2016, s. 830-83 (Önalım Olayının Bildirilmesi); Ayan, Mülkiyet, s. 385; Ayan, “Kanuni Şuf’a Hakkı”, s. 336; Eren, “Yasal Önalım Hakkı”, s. 106-107; Erkan, “Anayasa Mahkemesi Kararı”, s. 272; Ertaş, Eşya Hukuku, s. 402; Sirmen, Eşya Hukuku, s. 433; Sosyal Özenli, Uygulamada Önalım (Şuf’a) Davaları, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1990, s. 29 (Önalım Davaları).

III. YASAL ÖNALIM HAKKININ AMACI VE KONUSU

A. Yasal Önalım Hakkının Amacı

Birlikteliğin olduğu yerde uyumsuzluk ve çatışma, çoğu zaman kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık insanların ekonomik amaçlarını gerçekleştirmede sahip olduğu mali yetersizlikler, çoğu zaman onları birlikte mal edinmeye zorlamaktadır. Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalardan olan yasal önalım hakkı, tarihsel bir perspektiften¹⁴ bakıldığında, bu mahzurları gideren bir fonksiyon ifa etmiştir. Bir yandan paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde bulunan bir malın, paydaş sayısını azaltma fonksiyonu görmüş veya istenmeyen kişilerin paylı mülkiyete katılmasını engelleyerek, olası uyumsuzlukları ortadan kaldırmaya hizmet etmiştir.

Modern hukuk öncesi dönemde, yasal önalım hakkı tamamen sosyal bir amaç doğrultusunda aile mallarının ve diğer topluluk mallarının bir arada kalmasını sağlamak adına, aileden olmayan kişilerin aile arasındaki ilişkiye girmesini engelleme amacını taşıyordu. Ancak, hukukun modernleşme süreciyle birlikte yasal önalım hakkının işlevi evrilmeye başlamış ve bireysel mülkiyetin korunmasına yönelik bir araç haline gelmiştir. Bu dönüşümle birlikte yasal önalım hakkı, paylı mülkiyeti sona erdirip eşyadan elde edilecek verimliliği en üst düzeye çıkarmak için mülkiyeti tek elde toplama amacı taşımaktadır. Tarihsel süreç içerisindeki bu değişim, özgürlükçü mülkiyet anlayışına geçişin de belirgin göstergesidir¹⁵.

Yasal önalım hakkının faydalarının yanı sıra bu hukuki düzenlemenin sakıncalı yönleri de bulunmaktadır. Özellikle paylı mülkiyet ilişkilerinde bir paydaşın payını serbestçe üçüncü kişilere satamaması ve bu nedenle payı satın almak isteyen üçüncü kişilerin, paylı mülkiyet sahiplerinin önalım hakkını kullanabileceği düşüncesiyle payı satın almaktan vazgeçmesi, önalım hakkının olumsuz yanlarının başında gelmektedir. Her ne kadar bu durum malikin, malını istediği kişiye satma özgürlüğüne engel olmaktaysa da özellikle yasal önalım hakkında kanunun temel amacı paylı mülkiyeti koruma altına almak, istenmeyen kişilerin paylı mülkiyete girmesini engellemek ve paylı mülkiyetteki

¹⁴ Yasal önalım hakkının doğu ve batı hukukundaki tarihsel sürecine bakmak için bkz. Feyzioglu, Şu'fa Hakkı, s. 35 vd.

¹⁵ Feyzioglu, Şu'fa Hakkı, s. 6-7; Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 17.

paydaş sayısını azaltarak mülkiyetin tek elde toplanmasını temin etmektedir¹⁶.

Sonuç olarak, yasal önalım hakkının düzenlenmesindeki temel amaç, paylı taşınmazın, mümkün olduğu kadar paydaşlar arasında kalmasını sağlamak ve paylı mülkiyeti tek elde toplamaktır¹⁷.

B. Yasal Önalım Hakkının Konusu

Yasal önalım hakkının konusu ise TMK m. 732-734 arasında taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları başlığı altında düzenlenmiştir. Yasal önalım hakkının konusu, kanundaki düzenleme başlığına bakıldığında tartışmasız bir şekilde taşınmazlar olduğu görülmektedir. Taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturan taşınmazlar “*arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler*” olarak TMK da sınırlı sayıda sayılmıştır (TMK m. 704). Burada sözü edilen taşınmazların, tapu siciline kayıtlı taşınmazları kastettiğine şüphe yoktur (TMK m. 998). Zira sicile kayıtlı olmayan taşınmazlar, Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına göre, taşınır hükümlerine tabidirler.

IV. YASAL ÖNALIM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Aynî Hak Görüşü

Hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi, hak sahibinin doğrudan doğruya hakkı kullanma yetkisinin bulunması, sınırlı sayı ve tipe bağlı olması, hak düşürücü süreye ve zamanaşımına tabi olmama gibi

¹⁶ Feyzioğlu, Şuf’a Hakkı, s. 501; Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 18.

¹⁷ Ayan, Mülkiyet, s. 387; Akıntürk, Eşya Hukuku, s. 553. Y. 6. HD., T. 17.01.2012, E. 2012/13040, K. 2012/160 kararında “*Önalım hakkıyla taşınmaza yabancı kişilerin paydaş olarak girmelerinin ve taşınmazın daha küçük parçalara bölünmesinin engellenmesi amaçlanmıştır.*” (Erhan Günay, Önalım Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 16-17). Aynı yönlü Y. HGK. T., 27.03.1957, E. 1957/12, K. 1957/2 kararında “*Kanunî önalım hakkının tanınmasında kanun koyucu şu amacı gütmüştür. Birbirini tanıyan paydaşlar arasına yabancı bir kimsenin girmesini önlemek, müsterekmülke konu gayrimenkulün daha küçük parçalara ayrılmasını engellemektir.*” (Tunaboğlu, Önalım (Şuf’a) Davaları, s. 24).

özellikler, yasal önalım hakkının aynî bir hak olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur¹⁸. Uzun yıllar boyunca yasal önalım hakkının aynî hak olduğu görüşü savunulmuş ve Yargıtay tarafından bu yönde kararlar verilmiştir¹⁹. Ancak aynî hak görüşüne egemen olan prensiplerden yola çıkmak suretiyle, yasal önalım hakkının aynî bir hak olduğu sonucuna varmak, yanlış ve hukuki dayanaktan yoksundur²⁰.

Şayet bu yaklaşım doğru olsaydı, aynî hakların süreklilik prensibi gereğince, yasal önalım hakkı sahibi, hak düşürücü süre ve zamanaşımına bağlı kalmadan her zaman önalım hakkını ileri sürebilmeliydi. Oysa Yasanın kendisi, hak düşürücü süre koymak suretiyle, bu görüşü baştan itibaren çürütmüştür. Nitekim yasal önalım hakkının kanunda belirtilen üç ay ve iki yıllık hak düşürücü sürelerle ilgili kullanılması zorunludur (TMK m. 733/4)²¹.

Aynî hakların herkese karşı ileri sürülebilmesi prensibi, mutlak hakların genel ilkelerindedir. Ancak yasal önalım hakkı açısından bakıldığında bu hakların muhatabı herkes değildir. Yasal önalım hakkının muhatabı, payın paydaşlar dışında herhangi birine satılması durumunda payı devralan ve payın mülkiyetini geçerli olarak kazanan paydaş haricindeki kişidir²².

Yasal önalım hakkının aynî hak olarak kabul edilmesi, sınırlı sayı ve tipe bağlılık prensibi ile de uyuşmamaktadır. TMK’da sınırlı sayılan aynî haklar, “*Mülkiyet hakkı, irtifak hakları, rehin hakları ve taşınmaz yükü*” şeklindedir. Kanunda açıkça sınırlı sayılan aynî haklar içinde yer

¹⁸ Erkan, “Anayasa Mahkemesi Kararı”, s. 277; Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 20.

¹⁹ Y. HGK., T. 20.06.1951, E. 1951/13, K. 1953/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı “*Gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerinden olan kanunî şuf’a hakkı, gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa, diğer bir hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile belli bir süre içinde satın almak yetkisini veren aynî bir haktır.*” (Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 22).

²⁰ Yargıtay’ın yasal önalım hakkının aynî bir hak olduğu kararının yanlış ve hukukî dayanaktan yoksun olduğu görüşü için bkz. Tekinay, Takyitler, s. 39.

²¹ Akalp Demirtabak, Yasal Önalım Hakkı, s. 18.

²² Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 22.

almayan yasal önalım hakkının, aynî bir hak olarak kabul edilmesi mümkün değildir²³.

Yukarıda açıklandığı üzere, aynî haklara egemen olan ilkeler dikkate alındığında, yasal önalım hakkının bir aynî hak olmadığı açıkça görülmektedir. Ancak isabetsiz bir karar olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi bir kararında yasal önalım hakkının yasadan kaynaklandığını ve payı satın alan üçüncü kişiler üzerinde hüküm doğuran aynî bir hak olduğuna dair bir karar vermiştir²⁴. Yasal önalım hakkının aynî hak olduğu görüşüne yönelik yapılan eleştiriler, zaman içinde bu görüşün etkisini kaybetmesine yol açmıştır. Daha önce yasal önalım hakkının aynî hak olduğunu belirten Yargıtay uzunca sayılabilecek bir zamandan beri, aynî hak görüşünü reddetmiştir²⁵. Yargıtay 11.02.1959 tarih ve 10/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile yasal önalım hakkını “*kullanıldığı zaman hak sahibi ile muhatap arasında satıma benzer bir ilişkinin kurulmasını sağlayan yenilik doğurucu hak*” olarak kabul etmiştir²⁶.

²³ Sirmen, Eşya Hukuku, s. 35.

²⁴ Anayasa Mahkemesi T. 12.12.2007, E. 2003/34 ve K. 2007/94 sayılı kararı için bkz. Erkan, “Anayasa Mahkemesi Kararı”, s. 284; Anayasa mahkemesinin vermiş yasal önalım hakkının aynî hak niteliğinde olduğuna dair kararın isabetsiz olduğuna dair görüşler için bkz. Erkan, “Anayasa Mahkemesi Kararı”, s. 284 vd.

²⁵ Y. HGK., T. 13.04.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244; Y. HGK., T. 23.06.2010, E. 2010/6-341, K. 2010/346; Y. HGK., T. 21.09.2005, E. 2005/6-358, K. 2005/470, Y. HGK., T. 01.06.2021, E. 2017/14-2218, K. 2021/646, (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 12.07.2023)

²⁶ Erkan, “Anayasa Mahkemesi Kararı”, s. 277; Ayan, Mülkiyet, s. 386; Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 22. Y. 6. HD., T. 24.02.2004, E. 2004/68, K. 2004/1055 sayılı kararında “... *Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü bir şahsa satılması halinde diğer paydaşlara payı öncelikle satın alma imkânını veren yenilik doğurucu bir haktır.*” (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 12.07.2023). Önalım hakkının yenilik doğurucu bir hak olduğu yönündeki kararlar için bkz. Y. HGK., T. 21.09.2005, E. 2005/358, K. 2006/470; Y. HGK. T. 27.05.2015, E. 2015/2268, K. 2016/1437 (Kararlar için Günay, Önalım Hakkı, s. 15).

B. Yenilik Doğuran Hak Görüşü

Yasal önalım hakkının aynı hak olduğu görüşünün, dayanaksız ve çelişkili yönleri, öğretide ve uygulamada yenilik doğuran hak görüşünün ortaya atılmasına sebep olmuştur²⁷.

Yenilik doğuran hak kavramını hukuk dünyasına kazandıran *Seckel* bu hakları “*tek taraflı bir iradi işlemle somut ilişkiler yaratma gücü veren özel bir hak türü*” olarak tanımlamaktadır²⁸. Yenilik doğuran haklar, hukukî bir yetkiye dayalı olarak tek taraflı irade beyanı ile yeni bir hukukî ilişkinin kurulmasını, değiştirilmesini veya sona erdirilmesini sağlama yetkisi veren hukukî haklardır. Bu tür haklar, hak sahibine belirli bir eylemde bulunma veya değişiklik yapma hakkı tanıyarak hukukî ilişkileri etkileyebilir ve genellikle hukukun dinamik yapısının bir parçası olarak ele alınır²⁹.

Yenilik doğuran hakların genel özelliklerinden biri, bir defa kullanılmakla tükenir ve bu kullanımdan sonra hakkın geri alınması veya değiştirilmesi mümkün değildir³⁰. Önalım hakkı sahibinin bu hakkı kullanması ve irade beyanının karşı tarafa ulaştığı anda, karşı tarafın kabulüne gerek kalmaksızın önalım hakkı sahibi ile karşı taraf arasında satış sözleşmesi kurulmaktadır. Ancak sözleşmelerin kurulmasının asli

²⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 554; Eren, “Yasal Önalım Hakkı”, s. 105-106; Ayan, *Mülkiyet*, s. 384; Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 402; Feyzioğlu, *Şuf’a Hakkı*, s. 19; Ayan, “Kanuni Şuf’a Hakkı”, s. 336; Kırca, “Değişiklikler”, s. 1183; Özenli, *Önalım Davaları*, s. 16; Kılıçoğlu, *Önalım*, s. 18; M. Tahir Sebük, *Şuf’a, Vefa ve İştira Hakları*, Kader Basımevi, İstanbul 1951, s. 36; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 408 - 409; Şıpka, *Kanunî Önalım Hakkı*, s. 31 vd. ile özellikle dn. 63’teki yazarlar. Kurucu yenilik doğuran haklardan olduğu görüşü için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları*, Ankara 2015. s. 63 (Borçlar Genel); Değiştirici yenilik doğuran haklardan olduğu görüşü için bkz. Saymen ve Elbir, *Eşya Hukuku*, s. 35.

²⁸ Şıpka, *Kanunî Önalım Hakkı*, s. 28.

²⁹ Ergun Önen, *İnşai Dava*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s. 8; Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt 1-2 (Çeviren: Aykut Cevat EDEGE), Yargıtay Yayınları Ankara 1983, s. 22; Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 61. Yenilik doğuran hakların kavram bilgisi, çeşitleri, kullanma şekilleri, genel özellikleri ve sona ermesi hakkında daha geniş bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Genel*, s. 61-70.

³⁰ Önen, *İnşai Dava*, s. 29; Eren, *Borçlar Genel*, s. 67-68; Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 256.

unsurlarından biri olan tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbiriyle uyumlu olması şartı burada aranmamaktadır.

Yenilik doğuran haklar, tek taraflı irade beyanı ile hukukî sonuçlar ortaya çıkarırken, aynı zamanda bu hakkın muhatabına, hukukî bir ilişkinin kurulmasına, değiştirilmesine veya sona erdirilmesine ilişkin katlanma yükümlülüğü getirmektedir³¹. Bu tür haklar, bireylerin iradeleri doğrultusunda hukukî ilişkileri etkileme yetkisine sahip olmalarını sağlar, ancak bu yetkinin kullanılmasıyla ilgili sorumlulukları da içinde barındırır ve hukukun dinamizmini temsil eden önemli bir unsurdur. Yasal önalım hakkı, kanundan kaynaklandığından hak sahibi paydaş önalım hakkını kullanarak satılan paylı malın maliki olurken, önalım hakkının muhatabı olan payın alıcısı bu hukukî duruma katlanma mecburiyetindedir³².

Yenilik doğuran haklar, hak düşürücü sürelerle sınırlı olup zamanaşımına tabi değildir. Ancak, bu haklar belirli bir süre içinde kullanılmazsa, hak düşürücü sürelerin sona ermesiyle birlikte artık kullanılamaz hale gelir ve daha sonra kullanılması mümkün değildir³³. Yasal önalım hakkı, alıcı ile satıcı arasında gerçekleştirilen paylı taşınmazın satışının hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay ve yapılan satıştan itibaren iki yıl geçtikten sonra önalım hakkı düşer (TMK m. 733/4).

Kurucu yenilik doğuran haklar, hukukî ilişkilerin temelini atan haklardır. Örnek vermek gerekirse, önalım, geri alım ve alım hakları, bu tür haklara örnektir. Değiştirici yenilik doğuran haklar ise mevcut bir hakkı veya hukukî ilişkiyi şekillendiren veya değiştiren haklardır. Seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanılması, değiştirici yenilik doğuran haklara bir örnek olabilir. Bozucu yenilik doğuran haklar ise mevcut bir hakkı veya hukukî ilişkiyi sona erdiren veya bozan haklardır. Fesih, iptal ve dönme hakkı gibi örnekler, bozucu yenilik doğuran haklara örnek olarak verilebilir³⁴.

³¹ Akalp Demirtabak, Yasal Önalım Hakkı, s. 20; Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 188; Sebük, Şu'f'a, Vefa ve İştira Hakları, s. 35.

³² Akalp Demirtabak, Yasal Önalım Hakkı, s. 21.

³³ Eren, Borçlar Genel, s. 67; Tuhr, Borçlar Hukuku, s. 26; Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 261; Tunaboşlu, Önalım (Şu'f'a) Davaları, s. 107.

³⁴ Önen, İnşai Dava, s. 20 vd.; Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 191 vd.

Yukarıdaki açıklamalar göz önüne alındığında, öğreti ve uygulamada kabul edildiği gibi yasal önalım hakkının hukukî niteliğini kurucu yenilik doğuran haklar kategorisinde değerlendirmek daha doğru olacaktır. Yasal önalım hakkının aynı hak olduğu görüşü zamanla önemini kaybetmiş ve yerini yenilik doğuran hak görüşüne bırakmıştır.

V. YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

Yasal önalım hakkı ancak dava açmak suretiyle kullanılabilir. Mülga MK döneminde tek taraflı irade beyanıyla bu hak kullanılabilmekteydi. Önalım davası, bedeli karşılığında payın mülkiyetinin önalım hakkı sahibine devredilmesine yöneliktir. Önalım davası sonucunda hâkimin vermiş olduğu karar, yenilik doğurucu bir karar olup bu kararın kesinleşmesiyle payın mülkiyeti önalım hakkı sahibine geçer³⁵. Bu karar, önalım konusu payın mülkiyetinin bedeli ödenmek şartıyla önalım hakkı sahibine geçirilmesine yöneliktir. Mahkemenin karar vermesi için önalım hakkı sahibi, tapuda gösterilen satış bedelini hâkimin göstereceği yere belirleyeceği süre içinde tapu harç ve masrafları ile birlikte nakden yatırması gerekmektedir, aksi takdirde payın mülkiyeti hak sahibi adına tescil edilemeyecektir³⁶.

Satıştan sonra dava konusu pay, alıcı adına tapuda tescil edilmişse önalım davası alıcıya, alıcı adına tescil edilmemiş ise önalım davası satıcıya karşı açılır³⁷. Önalım davası sonucunda mahkemenin lehe vereceği kararın kesinleşmesiyle dava konusu payın mülkiyetini kazanan davacı, bu karara dayanarak tapu memurundan payın kendi adına tescil edilmesini talep edebilir³⁸. Böylece yasal önalım hakkı sahibi, önalım konusu taşınmazdaki payın bedelini ödeme borcu altındayken, paylı taşınmazdaki payını satan satıcının ya da paylı taşınmazdaki payı satın alan paydaş dışı alıcının ise satış konusu paylı taşınmazın mülkiyetini önalım hakkını kullanan paydaşa devretme borcu altındadır³⁹.

Yasal önalım hakkını kullanan paydaşın en temel borcu, payı satın alan üçüncü kişinin yapmış olduğu tapu harç ve masrafları ile

³⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 216.

³⁶ Akıntürk, Eşya Hukuku, s. 555; Ertaş, Eşya Hukuku, s. 414.

³⁷ Sirmen, Eşya Hukuku, s. 436.

³⁸ Ayan, Mülkiyet, s. 415; Eren, Borçlar Özel, s. 217.

³⁹ Akalp Demirtabak, Yasal Önalım Hakkı, s. 117.

tapuda gösterilen satış bedelini ödemektir⁴⁰. Önalım hakkı sahibinin ödemesi gereken satış bedeli, önalım yükümlüsünden payı satın alan alıcının ödemiş olduğu bedeldir⁴¹.

TMK madde 734/2 hükmü gereği önalım davasının sonuçlandırılabilmesi için önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür. Satış bedeli burada, alıcının dava konusu payın satışında ödediği ve resmi satış senedinde yazılı olan satış parasını ifade etmektedir⁴². Önalım davasını açan taraf için, dava konusu taşınmazı satın alan alıcının ödediği satış bedeli ile tapu harçları ve diğer ilgili masrafların mahkemeye yatırılması, önalım davasının bir şartıdır⁴³. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda sadece satış bedelinin davalı tarafa ödenmesinin doğru olmadığını, tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen tapu harç ve masraflarının tamamının depo edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁴. Dolayısıyla yasal önalım hakkını kullanarak dava açan davacı taraf, dava konusu payın önalım bedeli olarak alıcının ödediği satış bedeli ile tapu harç ve masraflarını depo etmesi gerekir aksi takdirde önalım davası reddedilir⁴⁵.

Mülga Medeni Kanun döneminde payın satış tarihi ile önalım hakkının kullanıldığı tarih arasında uzunca bir süre geçmiş ise önalım bedeli önalım hakkının kullanıldığı tarihteki payın değeri üzerinden

⁴⁰ Günay, Önalım Hakkı, s. 56. Y. 14 HD., T. 04.04.2013, E. 2013/3254, K. 2013/5282 (Günay, Önalım Hakkı, s. 236-237).

⁴¹ Tekinay, Takyitler, s. 51.

⁴² Ekrem Yıldız, Önalım Davaları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 366. Y. 14. HD., T. 03.10.2019, E. 2018/5673, K. 2019/6186; Y. HGK., T. 11.02.2009, E. 2009/6-31, K. 2009/68 (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 01.07.2023).

⁴³ Özenli, Önalım Davaları, s. 123.

⁴⁴ Y. 14. HD., T. 04.04.2013, E. 2013/3254, K. 2013/5282 (Günay, Önalım Hakkı, s. 236-237).

⁴⁵ "... Gayrimenkul mülkiyetinin takyidlerinden olan kanuni şuf'a hakkı gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile ve belli bir süre içinde satın almak salâhiyetini veren aynı bir haktır..." YİBK, 20.06.1951 T., E. 13, K. 5 (07.11.1951 T. ve 7950 S. RG). Tekinay, Takyitler, s. 51; Özenli, Önalım Davaları, s. 123; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı, s. 388-389.

belirlenmekteydi. Yeni Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte önalım yükümlüsü satıcı ile alıcı için aralarında yapmış oldukları satışı diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirmesi gerekir (TMK m.733/3). Bu bildirim aynı maddenin 4. fıkrasında taraflar arasında yapılan satışın önalım hakkı sahibi satışın hak sahibine bildirildiği tarihinden itibaren 3 ay ve her halde 2 yıllık süre ile sınırlanmıştır⁴⁶. Bu süreler hak düşürücü sürelerin başlangıcını belirlemede önem arz eder. Noter aracılığıyla bildirim yapılması halinde bu süre 3 ay ile sınırlı kalmaktadır. Ancak böyle bir bildirim yapılmadığı takdirde azami süre 2 yıl olacaktır. Kanaatimizce bu 2 yıllık süre ülkemiz enflasyonu düşünüldüğünde uzun süre olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bu hakkın kullanılmasındaki uzunca süre yeni Türk Medeni Kanun ile bertaraf edilmiştir. Ancak önalım yükümlüsü satıcı ile payı satın alan üçüncü şahıs, kanunda belirtilen bildirim süresinde yapmadıklarından dolayı önalım hakkı sahibi paydaşın açacağı önalım davasının sonuçlarına da katlanmak zorunda kalacaklardır.

Kanaatimizce önalım davası, paylı taşınmazın satış tarihinden uzunca bir süre geçtikten sonra açılmışsa, tapuda gösterilen satış bedeli ile birlikte tapu harç ve masraflarının yanı sıra, paylı taşınmazın değerinde meydana gelen enflasyondan kaynaklı fiyat değişikliklerinin ya da payın gerçek değerinin depo bedeline yansıtılması gerekmektedir⁴⁷.

⁴⁶ Y. HGK., T. 11.02.2009, E. 2009/6-31, K. 2009/68 sayılı kararında “Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre ve özellikle 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde önalım hakkını kullanan kişi satışı öğrendiği günden itibaren bir ay, herhalde sicile şerh verildiği tarihten itibaren 10 sene içinde bu hakkını kullanabilmekte, yani satış tarihi ile dava tarihi arasında çok uzun bir süre geçebilmekteydi. Bu nedenle gerek 6.Hukuk Dairesi ve gerekse Hukuk Genel Kurulu kararlarında, dava konusu taşınmazın değerinin objektif esasa göre keşfen tespit edilebileceği esası getirilmişti. Ancak; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girdikten sonra; TMK.m.733’de diğer paydaşlara noter bildirim yükümlülüğü getirilmiş ve satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle önalım hakkının düşeceği esası getirilmiştir. TMK.734.maddesi uyarınca da dava değerinin tapuda gösterilen satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderleri olduğu kabul edilmiştir.” (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 13.06.2023).

⁴⁷ Önalım davasının satıştan uzun süre sonra açılmış olması durumunda önalım bedelinin pay veya taşınmazın dava tarihindeki değeri olması gerektiği yönünde karar için bkz. 6. HD., T. 13.04.2004, E. 2004/2574, K.

VI. YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASINDA BEDELDE MUVAZAA

Sözleşmenin geçerlilik şartlarından biri de muvazaanın olmamasıdır. Bir sözleşmede taraflarının iradeleri ile beyanları birbirine uygun olmalıdır (TBK m. 1). Tarafların gerçek iradesini gizleyerek başka bir irade beyanında bulunması, sözleşmenin temel unsuru olan karşılıklı ve birbirine uygunluk ilkelerine aykırılık teşkil eder. Muvazaa tarafların iradeleri ile beyanları arasında üçüncü kişileri aldatmak amacıyla bilerek ve isteyerek meydana getirdikleri bir uygunsuzluk halidir⁴⁸. TBK'nın 19. maddesine göre, *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”*

Sözleşmenin bedelinde muvazaa, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını engellemek veya vergi ve harçları azaltmak amacıyla satış bedelini gerçek değerinden farklı göstermek suretiyle ortaya çıkan bir hukukî durumdur⁴⁹. Bu muvazaa türü taşınmaz satışlarında iki türlü olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁰.

İlki, önalım yükümlüsü satıcı ile alıcı arasında taşınmaz satış bedelini gerçek bedelden daha yüksek göstererek önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını engellemek; ikincisi ise taşınmaz satış bedelini

2004/2706; Y. HGK., T. 15.02.1995, E. 1994/6-859, K. 1995/77 (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 13.06.2023).

⁴⁸ Tuhr, Borçlar Hukuku, s. 293; Eren, Borçlar Genel, s. 349; M.Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 127; Nejat Aday, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s. 3 (Muvazaa); Yargıtay kararlarına göre muvazaa, *“tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları ve görünüşte bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı, kendi aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmalarıdır.”* (Karar için bkz. Günay, Önalım Hakkı, s. 105).

⁴⁹ Turhan Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1956, s. 99-100; İsmail Atamulu, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara 2017 (Muvazaa), s. 241 vd.

⁵⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 354.

gerçek bedelden daha düşük göstererek, tapuda ödenecek vergi ve harçları daha az ödemek amacıyla muvazaalı işlem gerçekleştirilir⁵¹.

İlk ihtimalde, önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanmasını engellemek için önalım konusu taşınmazın tapudaki satış bedeli, önalım yükümlüsü satıcı ile alıcı anlaşarak gerçek bedelinden daha yüksek göstermektedirler⁵². Dolayısıyla önalım hakkı sahibi davacı, önalım konusu taşınmaza ilişkin satış sözleşmesinin tarafı olmadığından, dava konusu taşınmazın gerçek bedelinden yüksek gösterildiğine dair iddiasını her türlü delil ile ispatlayabilir⁵³. Ancak Yargıtay’a göre, dava konusu payın keşfen belirlenen değerinin satış bedelinden düşük olması, tek başına bedelde muvazaa iddiasını kanıtlamaya yeterli değildir⁵⁴. Önalım hakkı sahibi, açtığı davada taşınmazın bedelinin muvazaalı olarak yüksek gösterildiğini ileri sürerek önalım hakkını taşınmazın gerçek bedeli üzerinden kullanabilir⁵⁵. Satış sözleşmesinin tarafı olan davalının, muvazaalı satış sözleşmesindeki bedelin yüksek gösterildiğine dair iddiası ise, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilir⁵⁶.

⁵¹ Esener, Muvazaa, s. 99-100; Atamulu, Muvazaa, s. 241 vd.

⁵² Velidedeoğlu ve Esmer, Gayrimenkul Tasarrufları, s. 428.

⁵³ Y. 7. HD., T. 26.10.2021, E. 2021/1046, K. 2021/2315, “*Dava konusu payın satışına ilişkin hukukî işlemin tarafı olan davalı üçüncü kişi durumundaki davacıya karşı bedelde muvazaa iddiasında bulunamaz ise de davacı önalım hakkına engel olmak amacıyla satış bedelinin resmi satış senedinde yüksek gösterildiğini iddia edebilir ve bu iddiasını tanık dahil her türlü delille kanıtlayabilir*”, (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 24.06.2023). Aynı yönde karar için bkz. Y. 14. HD., T. 05.03.2020, E. 2016/14772, K. 2020/2732, (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 24.06.2023).

⁵⁴ “*Dava konusu payın keşfen belirlenen değeri de tek başına bedelde muvazaa iddiasını kanıtlamaya yeterli değildir.*” Y. 7. HD., T. 19.12.2022, E. 2022/5382, K. 2022/7851; Y. 14.HD., T. 03.02.2017, E. 2015/1994, K. 2017/662 (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 24.06.2023).

⁵⁵ Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 77; Tekinay, Takyitler, s. 52; Sebük, Şüf’a, Vefa ve İştira Hakları, s. 89; Aday, Muvazaa, s. 79. Önalım hakkı sahibi bedeldeki muvazaayı ispat edemezse davalı tarafa yemin teklifi sunabilir. Davalı tarafın yemin teklifini eda etmesi durumunda mahkeme, davacıya tapuda gösterilen bedel üzerinden payı almak isteyip istemediğini sorar. Hak sahibi davacının payı kabul etmemesi durumunda davasının reddine karar verilir. Bkz. Feyzioğlu, Şüf’a Hakkı, s. 422.

⁵⁶ Aday, Muvazaa, s. 79.

Önalım hakkı sahibi, hakkını kullanarak tapuda gösterilen bedel üzerinden payı kendi adına tescil ettirdikten sonra, tapuda gösterilen satış bedelinin yüksek olmasından kaynaklı bir muvazaanın ortaya çıkması halinde ise önalım hakkı sahibi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ödemiş olduğu bedelin fazlasını diğer taraftan talep edebilir⁵⁷.

İkinci ihtimalde ise, taraflar taşınmazın satışından kaynaklı vergi ve harçları daha az ödemek amacıyla satış bedelini tapuda düşük gösterirler. Böyle bir durumdan kaynaklı olarak önalım hakkı sahibi, önalım davasında tapuda gösterilen bedelin gerçek değerden düşük olduğu iddiasını ileri sürebilirken, önalım davasının davalısı tapudaki bedelin gerçek değerinden daha düşük olduğunu ileri sürmesi mahkeme tarafından kabul görmemektedir⁵⁸.

Tapuda gösterilen bedelin gerçek bedelden düşük gösterilmesi ile ilgili iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, önalım yükümlüsü davalının vergi ve harcı daha az ödemek için tapudaki satış bedelini düşük göstermesi karşılığında ayrıca kendi muvazaasına dayanmasını, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir⁵⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, davalının tapudaki harç ve masraflardan kaçınmak için satış bedelini eksik göstermesini, davalı tarafın bu durumdan menfaat temin etmesinden dolayı kendi kusuru ile zarar görmesi şeklinde değerlendirmiştir. Dolayısıyla hukukun temel ilkeleri gereğince, kişinin kendi hilesinden lehine sonuç çıkaramayacağından, davalının sebebiyet verdiği zarara da kendisinin katlanması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁰.

İkinci görüşe göre, tapuda gösterilen satış bedelinin gerçek değerinden daha düşük olduğunu bilen önalım hakkı sahibi, sözleşmenin taraflarına önalım hakkını kullanmayacağına dair bir güvence vermişse,

⁵⁷ Atamulu, Muvazaa, s. 231.

⁵⁸ Tekinay, Takyitler, s. 52; Tunaboşlu, Önalım (Şuf'a) Davaları, s. 354; Feyzioğlu, Şuf'a Hakkı, s. 430; Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 77; Aday, Muvazaa, s. 81.

⁵⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 380.

⁶⁰ Y. HGK., T. 10.06.2015, E. 2014/14-292, K. 2015/1544 sayılı kararında "... hiç kimse kendi muvazaasına dayanamayacağından davalının bedelde muvazaa iddiasında bulunması açıkça hakkın kötüye kullanmasıdır." Benzer kararlar için bkz. Y. HGK., T. 11.05.2011, E. 2011/13-173, K. 2011/291; Y. HGK., T. 11.03.2021, E. 2017/13-682, K. 2021/255, (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 17.07.2023).

sonradan bu durumu fırsat olarak değerlendirip önalım hakkını kullanması, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan ve hatta ahlaka aykırı bir fiil olarak değerlendirilir⁶¹.

Sonuç olarak, tapu harç ve masraflarından kaçınmak amacıyla taşınmaz satış bedelini, tapuda kararlaştırıldan düşük göstermek vergi kanunlarına aykırılık teşkil eder. Ancak önalım hakkı sahibinin tapuda gösterilen bedelin düşük olmasını fırsat olarak kullanması ise dürüstlük kuralına aykırıdır. Yargıtay dava konusu payın satış bedelini gerçek bedelden daha yüksek göstererek önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını engelleme amacıyla yapılan bedelde muvazaaa ile ilgili vermiş olduğu kararlarda önalım hakkı sahibinin, önalım hakkını kullandığı tarihte payın değerinin keşif ve bilirkişilerce tespit edilip rayiç bedel üzerinden kullanılması yönünde kararlar vermiştir⁶². Ancak tapu harç ve masraflarından kaçınmak amacıyla taşınmaz satış bedelini düşük gösterildiği bedelde muvazaalarda ise böyle bir uygulaması bulunmamaktadır. Doğru olan ise önalım hakkının kullanıldığı tarihteki rayiç bedel üzerinden taşınmazın değeri belirlenerek önalım hakkı sahibinin sebepsiz zenginleşmesini engellemektir⁶³.

⁶¹ Şıpka, Kanunî Önalım Hakkı, s. 77; Sebük, Şüf'a, Vefa ve İştira Hakları, s. 89. *Sungurbey*, “önalım hakkı sahibinin tapudaki düşük bedelden hakkını kullanmasının alıcı üçüncü kişiyi cezalandırmak olduğunu, buna karşılık önalım hakkı sahibinin düşük bedel sebebiyle sebepsiz zenginleşeceğini, bu durumun dürüstlük kurallarına açıkça aykırı olduğunu ve hakkın kötüye kullanılması olduğunu” söylemektedir. İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 5. Cilt, İstanbul 1984, s. 334.

⁶² Y. 6. HD., T. 02.08.1996, E. 1996/5163, K. 1996/5285, “... diğer paydaş ile, davalı arasında gerçekleştirilen ve şufa hakkının kullanılmasına yol açan satış sözleşmesinden uzunca bir süre geçtikten sonra açılan şufa davalarında, davacı paydaşın ekonomik ve objektif nedenlerle değişmiş yeni bedeli ödemeksizin tapuda gösterilen eski bedelle, payın tescilini talep etmesi MK'nin 2. Maddesinde tanımlanan objektif iyi niyet kuralı ile de bağdaştırılamaz.” (Kılıçoğlu, Önalım, s. 97 vd.). Y. 14. HD., T. 19.01.2021, E. 2020/4384, K. 2021/86 sayılı kararında önalım davası açılmadan önce tapuda gösterilen düşük bedelin vergi dairesinde düzeltilmesi halinde önalım bedeli düzeltilen bu bedel üzerinden olacağına karar vermiştir. (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 23.07.2023).

⁶³ Dava konusu payın satış ve dava tarihleri arasında uzunca bir süre geçmesi ve ekonomik yaşamdaki değişiklikler göz önünde bulundurularak payın önalım hakkının kullanıldığı tarihte belirlenen

VII. YASAL ÖNALIM HAKKINI KULLANMANIN DAVA AÇMA ŞARTINA BAĞLANMASININ ANAYASAYA AYKIRI OLUŞU

Mülga Medeni Kanunda yasal önalım hakkının kullanılması, tek taraflı bir irade beyanıyla söz konusu olabilmekteydi. Bir aylık süre içinde bu hakkını kullanan paydaşın talebinin yerine getirilmemesi, yani tapuda ferağ verilmemesi halinde, yasal önalım hakkı sahibi olan paydaş, bu hakkını dava açarak yargı mercileri önüne taşıyabilmekteydi. Bu durumda alıcı üçüncü şahıs, tapuda ferağ vermediğinde, hak sahibi paydaş tarafından, payın adına tescil edilmesi konusunda dava açması gerekmektedir.

Oysa 4721 sayılı TMK m. 734/1 hükmü, yasal önalım hakkının alıcıya karşı ancak dava açılarak kullanabilmesi koşulunu getirmiştir. Başka bir ifadeyle, mevcut hakkın kullanılması, ancak dava edilerek ileri sürülebilir. Oysa mülga yasa döneminde dava açma, hakkın kullanılmasının tek koşulu değil, hakkın yerine getirilmemesinin bir sonucu niteliğindedir.

Bu yönüyle mevcut bir hakkın kullanılmasını sadece dava açma şartına bağlamak, mülkiyet hakkına etkin ve hızlı erişim hakkına engel teşkil eder. Mülga yasadaki hükmü değiştirip dava açmayı mülkiyet hakkına erişimde tek yol haline getirmenin haklı ve kabul edilebilir bir gerekçesi olmamak gerekir. Şayet alıcı, hak sahibi paydaşın bu hakkını kullanması durumunda, dava açıldığı takdirde bir yargılama gideri ile karşılaşmak istemiyorsa, tek taraflı irade beyanının kendisine ulaşması üzerine, kendiliğinden tapuda ferağ vermek suretiyle, dava açılmasını engelleme hakkını haiz olmalıdır.

Yasal önalım hakkını dava şartına bağlamak davacı paydaşın hakkına hızlı ve etkin bir şekilde kavuşmasını engellediği gibi, davalı alıcının da haksız ve gereksiz yere bir davayla karşılaşması sonucunu da zorunlu olarak beraberinde getirmektedir. Her şeyden önce hak sahibi paydaşın bu hakkı kullanmak isteyip istemeyeceği meçhuldür. Şayet kullanacak olursa, onu sadece dava açmak suretiyle bu hakkı kullanmaya icbar etmek, hakkına erişim noktasında gereksiz bir zorlama yaratmanın

değerinin önalım bedeli olarak kabul edilmesi ile ilgili karar için bkz. Y. 6. HD., T. 11.04.2005, E. 2005/2876, K. 2005/3382, (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 25.07.2023).

yanı sıra emek ve zaman kaybına da yol açacaktır. Öte yandan alıcıya yönelik olarak, bu hak kendisine karşı ileri sürüldüğünde, rızasıyla hak sahibine hakkını verme konusundaki irade özgürlüğüne engel olacak ve hiç istemediği halde zorunlu bir davayla karşılaşmasına ve dava masraflarından sorumlu olmasına sebep olacaktır. Bu durumun açık bir haksızlık teşkil edeceği kanaatindeyiz.

Öncelikle şunu kabul etmek gerekir ki, alıcının yasal önalım hakkı sahibi paydaşın bu hakkı kullanıp kullanmayacağını önceden bilmesi mümkün değildir. Bu hak kullanılmadıkça, yani kendisine bu yönde herhangi bir başvuru yapılmadıkça, hak sahibi paydaşa bir ifade bulunması da kendisinden beklenemez. Alıcının elinden kendiliğinden borcu ifa etme hakkı alınıp, doğrudan davaya muhatap kılınması haklı olmadığı gibi, onun ekonomik yönden haksız bir zarara uğramasına da yol açacak niteliktedir. Oysa mülga yasadaki gibi bir düzenleme yerinde kalsaydı, hak sahibi paydaş önalım hakkını kullandığında alıcı kendiliğinden bir dava olmaksızın bu hakkı tanıyıp, borcunu ifa edebilecekti. Oysa 4721 sayılı Kanun m.734/1 hükmü bu olanağı ortadan kaldırır nitelikte, dava açmayı tek seçenek olarak sunmaktadır. Bu hüküm, hem hak sahibi paydaş hem de payı satın alan alıcı bakımından yukarıda belirtilen sorunları beraberinde getirmektedir.

VIII. GERÇEK DEĞER YERİNE TAPUDAKİ SATIŞ DEĞERİNİN GÖSTERİLMESİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI SORUNU

A. Yasal Önalım Hakkının Tanınmasına İlişkin Hükümün Amacına Aykırı Oluşu

Yukarıda açıklandığı üzere, yasal önalım hakkının tanınmasının iki temel amacı vardır. İlk olarak istenmeyen bir üçüncü kişinin ortaklığa dahil olmasının, diğer ortaklardan beklenememesi veya diğer ortakların bunu kabule zorlanamayacağı ilkesine dayanır. Gerçekten de ortaklık ilişkisi güven esasına dayanır. Hiç kimse tanımadığı ya da benimsemediği bir kişiyle ortak olmaya zorlanamamalıdır. Taraflar arasındaki ortaklık ilişkisi kadastro çalışmaları, toplulaştırma ya da miras sebebiyle gerçekleşmiş ve paylı mülkiyet ilişkisine dönüştürülmüş olabilir. Her ne kadar yasal önalım hakkına sebep olan ilişkinin bu sebeplerle çoğu zaman iradi olmadığı ileri sürülebilse de, tarafların fiili taksim yapmaları

durumunda, bu ihtimalde yerleşik Yargıtay içtihatları yasal önalım hakkının kullanılamayacağı yönündedir⁶⁴.

İkinci olarak, yasal önalım hakkı tanınması yoluyla, kamusal yarar açısından payların mümkün olduğunca birleştirilmesi ve bu yolla özellikle arazilerin küçük paylara bölünmesinin önüne geçilmek arzulanmaktadır. Özellikle tarımsal arazilerin büyütülmesinin ve mümkün olduğunca tek parça haline getirilmesinin, ülke tarımında verimin ve faydanın artırılmasına hizmet edeceği ve bu yolla kamusal yarara hizmet edeceği tartışmasız kabul edilmektedir.

Yasal önalım hakkının tanınmasının temel amaçları bu olunca, TMK m. 734/2 hükmünün bu amaca hiçbir yönde katkı sağlamadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Yasanın bütünlük arz etmesi ve getirilen bir hukuksal kurumun asıl amacına odaklanması ve bununla çelişen mahiyette düzenleme getirilmemesi, yasa tekniği açısından kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Bu açıdan bakıldığında, yasal önalım hakkını kullanan davacıya taşınmazın gerçek değeri yani dava tarihindeki rayiç değeri yerine, tapuda alıcının ödediğini beyan ettiği satış parası ve alıcıya düşen harçları ödemek kaydıyla önalım hakkına hükmetmenin hükmün amacına hizmet eden hiçbir yönü bulunmamaktadır. Mademki önalım hakkını kullanan paydaşın temel amacı istenmeyen kişiyi ortaklıktan uzaklaştırmak ve payları tek elde toplamak ise, taşınmazın güncel rayicini ödemesinde hiçbir sakıncanın söz konusu olmaması gerekir.

⁶⁴ Y. 14. HD., T. 08.07.2014, E. 2014/8491, K. 2014/9115: “...Bir taşınmazda fiili taksim sebebiyle önalım hakkının kullanılamaması için, taşınmazın paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve önalım hakkını kullanan (davacı) ile pay satışı yapan paydaşların paylarına denk gelen bölümü kullanıyor olmaları ve de pay satanların bu payı kullandığı sırada önalım hakkını kullanan paydaşın çekişme konusu paya denk gelen yerde hak iddia etmemiş olması gerekir.” (Günay, Önalım Hakkı, s. 115). Aynı yönde karar için bkz. Y. 6. HD., T. 23.03.2004, E. 2004/1809, K. 2004/1979, (<https://www.kazanci.com.tr>), (E.T.: 25.07.2023).

B. TMK m. 734/2 Hükümünün Kamusal Bir Amaca Değil, Düşük Bedelle Taşınmaz Satın Almak İsteyen Paydaşa Hizmet Etmekte Oluşu

Esasen yukarıda bedelde muvazaa konusu ele alınırken belirtildiği üzere, bedel muvazaası yapan tarafların hukukî işlemi gerçekleştirme iradesinde bir sorun yoktur. Taraflar sadece belli amaçlarla payın bedelini yüksek ya da düşük göstermek suretiyle, ya vergi ve harçları düşük ödemeyi ya da önalım hakkında olduğu gibi yüksek değer göstererek, önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşı vazgeçirmeyi amaçlamaktadır.

Çalışmamız açısından sorun teşkil eden husus, tapu harçlarını eksik ödemeyi amaçlayan ve bedelin düşük gösterildiği bedel muvazaasıdır. Aslında Harçlar Kanununun 13. maddesi hükmü, bu tarz muvazaa durumlarında, sözleşmenin geçerli sayılmasını ve fakat eksik harçların tamamlattırılmasını emretmektedir.

O halde alıcının satıcıyla anlaşarak harçları eksik ödemek istemesi ve bu amaçla bedel muvazaası yapmasının, zaten meri hukukumuzda bir müeyyidesi mevcuttur. Gerçek amacı istenmeyen kişiyi ortaklıktan uzaklaştırmak olan bir paydaş, önalım hakkını taşınmazın güncel değeri üzerinden ödediğinde, mahkemenin yargılama esnasında rayiç değeri tespit ederken, satış tarihindeki gerçek değeri de tespit etmesine engel bir durum yoktur. Başka bir ifadeyle tek bir bilirkişi incelemesinde hem taşınmazın güncel rayiç değeri, hem de satışın gerçekleştiği tarihteki gerçek değer tespit edilebilir. Bu durumda Mahkemece güncel rayiç üzerinden önalım hakkının kullanılmak istenip istenmediği davacı paydaşa sorulduğunda, davacı önalım hakkını kullansın ya da kullanmasın, mahkemece satış tarihindeki gerçek değeri vergi idaresine bildirmesi yeterli olacaktır. Bu durumda vergi idaresi, cezalı tarh ve tahakkuk işlemi yaparak, kaçırılan vergi ve harçları zaten tahsil edecektir. Böyle bir ihtimalde kamu zararı da söz konusu olmayacaktır.

Oysa mevcut uygulamada, kaçırılan vergilere ilişkin bir çare getirilmediği gibi, tam aksi yönde bunun ortaya çıkarılması önlenmektedir. Örneğin mevcut uygulamada davacı paydaş tapuda gösterilen satış bedeli üzerinden önalım hakkını kullandığında, gerçek durum hiç ortaya çıkmamakta ve Devletin vergi alacağı kaybolmaktadır.

Buna karşılık bizim önerdiğimiz çözümde ise, her hâlükârda taşınmazın alıcısı yani davalı, satış tarihindeki gerçek değer bilirkişi

incelemesiyle ortaya çıktığı için, vergiyi cezalı olarak ödemeye mecbur bırakılmaktadır. Aynı zamanda davacı paydaşın eksik yatırdığı mahkeme harcını da tamamlama olanağı doğmaktadır. Eksik tapu harcı ödeyen davalıyı cezalandırırım derken, düşük bedelle taşınmazı satın alan ve dava harcını eksik ödeyen davacı ödüllendirilmektedir.

Bu haliyle mevcut yasal düzenleme, kamusal amaca hizmet etmemektedir. Yasal düzenleme, davacı paydaşın tapudaki satış parasını ödemesini yeterli sayması, buradaki temel sorun olan vergi kaybını ortadan kaldırmamakta ve tam aksine bunun üzerini örtmektedir. Mevcut düzenlemenin bedel muvazaasını önlemeyi ve muvazaanın tarafı olan davalı alıcıyı cezalandırmayı amaçladığı kabul edilse bile, bunun faydasını kamu elde etmemekte, tam aksine ucuz fiyatla taşınmaz satın alan davacı paydaş durumdan istifade etmektedir.

Bedel muvazaası yapan davalı tarafın kötü niyetli olduğu ve kamuyu zarara uğratmayı amaçladığı kabul edilse bile, mevcut düzenleme, salt bu tarafı cezalandırıp kamusal zararı telafi etmemektedir. Bu durum, fırsatçı ve kötü niyetli davacı paydaşların haksız zenginleşmesine olanak sağlayıcı niteliktedir.

C. Mevcut Düzenlemenin Davalı Alıcının Mülkiyet Hakkını İhlal Etmekte Oluşu

Yukarıda da izah edildiği üzere, mevcut yasal düzenleme, gerçek ve güncel değeri esas almamakla, davalı alıcının mülkiyet hakkını haksız bir şekilde elinden alıp, davacı paydaşa sunmaktadır. Davalının elinden çıkan değerler, davacıyı haksız zenginleştirmektedir. Gerçek değerinin çok altında bir fiyatla taşınmaz satın almak isteyen bir kişiye, yasa eliyle böyle bir imkân sunmak, davalının mülkiyet hakkının haksız bir şekilde ihlal edilmesi anlamına gelir. Şüphesiz Devlet, ceza normu koyarak hukuk dışı hareket eden tarafı para cezasıyla cezalandırabilir. Ancak Devletin sözleşme taraflarından birinin parasal mülkiyet hakkını, diğer tarafa haksız bir şekilde geçmesine yarayacak bir düzenleme getirmesi kabul edilemez. Örneğin Devlet yapacağı yasal düzenleme ile gerçek değer tespitini şart koşup, gerçek değer ile tapuda gösterilen değer arasındaki fark kadar bir para cezasına hükmetse, bu bile bir noktaya kadar kabul edilebilirdi. En azından bedel muvazaası yapan taraf, ölçülülük ilkesine uymasa da bir ceza normuna maruz bırakılmakta olurdu. Oysa mevcut norm, davalının örneğin gerçek değeri bir milyon TL olan bir taşınmazı tapuda ikiyüzbin TL gösteren tarafın mülkiyetinde

bulunan sekizyüzbin TL'yi davacı tarafa haksız bir şekilde sunması, bir ceza normu olmaktan uzak ve mülkiyet hakkının ihlali teşkil eder.

D. Ceza Normunun Özel Hukuk Kuralıyla Uygulanamayacağı

Mevcut yasal düzenleme, getirdiği bu hükümle aslında bir tür ceza normu haline dönüşmüş bulunmaktadır. Tam bir ceza normu da denilemez; zira cezanın tahsildarı Devlet değil, özel bir şahıs olan davacı paydaş olmaktadır. Mevcut normun bir tür cezalandırmayı amaçladığı görülmektedir. Bu haliyle mevcut normun ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde tanzim edilmesi gerekirdi. Oysa tarafına (Devlet) da yarar sağlamayan bir tür cezalandırma amacı güden bu normun, yasa tekniği açısından da doğru olmadığı kanaatindeyiz. Ceza normlarının, ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde olması gerekir.

Ülkemizde tapu harçlarının yüksek oranlarda kabul edildiği olgusu yanı sıra satış işlemlerinde satıcının kendisine düşen tapu harçlarını ödemeye yanaşmaması ve pazarlık neticesinde bu payı da alıcıya tahmil etmesi sebebiyle, pek çok alıcı bu ağır yükün altında kalmamak adına en azından tapudaki satış değerini, gerçek değer altında göstermektedir. Olayın sosyal ve ekonomik sebeplerinin göz ardı edilerek davalı paydaşın cezalandırılması isteğine dönüşen mevcut uygulama, Devlet refleksine uygun düşmemektedir. Devletin amacı cezalandırmak ise, zaten Harçlar Kanunu ve Vergi Usul Kanunu bunu temin edecek hükümler içermektedir. Amaç kamusal zararı önlemek ise, bu hüküm hiçbir şekilde buna hizmet etmemektedir.

E. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulama Kabiliyetinin Olmaması

Yasal önalım hakkını kullanan davacının, sırf taşınmazı ucuz fiyatla almak amacıyla hareket ettiği, buna karşılık istenmeyen kişiyi ortaklıktan uzaklaştırma ya da payları tek elde toplamayı amaçlamadığı, ispatı mümkün olmayan bir durum arz eder.

Somut olayda davacının bu saikle hareket ettiğini ispat, imkânsıza yakın bir durumdur. Örneğin bazılarıyla yaptığı yazışmalar veya konuşmalarla bu niyetini açıkça ortaya koymadıkça, davacının hangi saikle hareket ettiğini ispat oldukça güçtür.

Bu sebeple yasal önalım hakkına dayanan davalarda, TMK m. 734/2 hükmünün dürüstlük ilkesi ya da hakkın kötüye kullanılması

yasağıyla aşılması ve adaletin tesisi neredeyse imkânsızdır. Davacının davalıyla çok yakın ve sevgiye dayalı ilişkisi olduğu ortaya konarak, istenmeyen kişi olmadığı ispatlansa bile, bu kez araziye küçültmemek amacıyla davranıp davranmadığını ispat edememe durumu ortaya çıkar.

Bu halde, davacının davalıyı zarara uğratan eyleminin yani yasal önalım davası açmasının önüne geçmek için, haksıza karşı en güçlü silahlardan olan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, somut olaylarda işlevsiz kalmaktadır.

Öte yandan mevcut düzenleme karşısında, davacının haksız zenginleşmesinin önüne geçilememektedir. Yasanın açık hükmü sebebiyle TMK m. 2 hükmünün uygulama sahası, sadece olağanüstü ekonomik durumlar ve tapudaki işlem tarihi ile dava tarihi arasındaki süre kadar bir esneme sağlamaktadır. Örneğin tapudaki işlem tarihinden 23 ay sonra dava açıldığı durumda, bu süredeki taşınmazın değerindeki değişiklikler ileri sürülüp değer artışı istenebilmektedir. Oysa bedelde muvazaa yapılmışsa, muvazaalı kısma ilişkin fark talep edilememektedir.

F. Bu Hükmün Kamu Düzeninin Bozulmasına Yol Açtığı

Uygulamada çoğunlukla karşılaşılan durumlardan biri, salt yasal önalım hakkının kullanılması sebebiyle değil, bu hakkı kullanan davacı paydaşın haksız zenginleşmesinin, davalı taraftaki fakirleşmenin yarattığı öfke neticesinde, birçok kavga ve düşmanlıkların ortaya çıktığı görülmektedir. Hüküm bu yönüyle toplumsal barışı bozmaktadır. Bu konuda söyleyeceklerimiz, şüphesiz kişisel gözlem ve deneyimlere dayanmaktadır. Doğrusu Adalet Bakanlığınca bu konuda verilerin ortaya konulması, daha sağlıklı analiz ve değerlendirme yapılmasına olanak sağlar. bedelde muvazaa yaptığı için taşınmazı elinden çok düşük bir bedelle alınan davalı alıcı ile davacı arasında bir düşmanlık durumunun hasıl olacağı, ispata ihtiyaç bırakmayan bir olgudur (res ipsa locausta).

IX. SONUÇ

Yasal önalım hakkının düzenlenmesindeki temel amaç, paydaşlar arasında uyuşmazlıkların çıkmasına yol açan paylı mülkiyet hükümlerine tabi bir taşınmazın, mümkün olduğu kadar paydaşlar arasında kalmasını sağlamak, istenmeyen kişilerin mülkiyete dahil olmasını engellemek ve paylı mülkiyeti tek elde toplamaktır. O halde bu kurumu düzenleyen

bütün hükümlerin bu amaca odaklanması şarttır. Bu amaçla bağdaşmayan bir düzenlemenin ayıklanması gerekir.

Yasal önalım hakkı, dava açılarak kullanılabilen bir haktır. Açılacak dava tescile zorlama davasıdır. Önalım davasındaki hükmün sonucu, üçüncü kişiye satılan taşınmaz payının davacı paydaş adına tescil edilmesi talebini içerir. Hâkim tarafından verilecek karar hem bir satış ilişkisini hem de bir tescil talebini karşılamaktadır. Mahkemenin dava sonunda karar verebilmesi için önalım hakkı sahibi önalım bedelini, tapu harç ve masraflarını hâkimin belirlediği yere belirlenen süre içerisinde nakden depo etmesi gerekir. Aksi halde hakim payın tesciline karar veremez. Önalım hakkı sahibinin talebi reddedilir. Dava sürecinde payın üçüncü bir kişiye satılması durumunda önalım hakkı sahibi, davasını payı satın alana yönlendirebileceği gibi eski malik aleyhine tazminata da dönüştürebilir.

Önalım hakkının tanınmasının amacı, mümkün olduğu kadar paydaşlar arasında kalmasını sağlamak, istenmeyen kişilerin mülkiyete dahil olmasını engellemek ve paylı mülkiyeti tek elde toplamak olunca, bu amaçla bağdaşmayan TMK m. 734/2 hükmünün bu amaca yönelik değiştirilmesi şarttır. Hüküm mevcut haliyle Anayasaya aykırıdır.

Mevcut yasal düzenleme, bedel muvazaası yapan tarafın amacını engelleyici bir uygulama ortaya koymamaktadır. Amaç bedel muvazaasını engellemekse, yirmi yılı aşkın bir süre geçmesine rağmen, bu sonucun sağlanmadığı açıktır. Vatandaşlar bedel muvazaası yapmaya devam etmektedir. Hüküm caydırıcı olmadığı gibi, telafi edici de değildir. Oysa önerdiğimiz husus, gerçek değer esas alınmasıdır. Gerçek taşınmaz değeri esas alınacak olursa, dava açan taraf sadece Yasanın amacını gerçekleştirme niyeti taşıyorsa dava açacak, diğer durumlarda dava açmayacaktır. Örneğin tapuda gösterilen değer değil (bir milyon TL), gerçek değer (iki milyon TL) esas alınacağı bilirse, dava açan tarafın, istenmeyen kişinin paydaş olmasını engelleme ya da hisseleri tek elde toplama dışında bir amaçla dava açması mümkün olmayacaktır. Oysa mevcut hüküm, davacının amacının tespitini de imkânsız kılmaktadır.

Gerçek değer esas alınması halinde Devletin vergi kaybı da ortadan kalkacaktır. Önerdiğimiz ihtimalde, mahkemece keşif yapılarak değer tespiti zaruret haline gelmektedir. Mahkemece gerçek değer bilirkişiye tespit ettirilmesi halinde, bilirkişiden iki tespit istemesi gerekecektir. Bir yandan taşınmazın dava tarihindeki gerçek değeri (önalım hakkına esas teşkil edecek değer), diğer yandan tapuda işlem

yapıldığı tarihteki değeri (tapu harcını eksik ödenip ödenmediği) tespit edilecektir. Bu durumda aslında önalım davasında eksik harç ödeyen davacı paydaşın, mahkeme harcını eksik ödemesinin de önüne geçilmiş olacaktır. Yukarıdaki örnekte iki milyon yerine bir milyon TL üzerinden harç ödeyen davacı da aslında davalı gibi eksik harç ödemektedir. Biri yani davalı tapu harcını kaçırmakta, diğer yani davacı mahkeme harcını kaçırmaktadır. Oysa bizim önerdiğimiz sistemde Devlet her iki harcı da tamam olarak tahsil etme imkânına kavuşmaktadır.

Diğer yandan, mevcut düzenleme toplumsal barışı bozmakta, ölümle sonuçlanabilecek kavgaların fitilini ateşlemektedir. Göz göre göre taşınmazı çoğu zaman yarı fiyatının altında elinden alınan bireyler, bunun yarattığı öfkeyle, kendi hakkını bizzat alma yolunu seçmektedirler. Bu tür kavgâ ve çatışmaların sebebinin yasal düzenleme olmaması gerekir.

Bir başka yönden mevcut düzenleme, davacının mülkiyet hakkını ihlal etmekte ve kamusal bir amaca hizmet etmemektedir. Yargılama esnasında gerçek değer tespitinden sarfı nazar edilmesinin de adil yargılama hakkını ihlal ettiği görüşündeyiz.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8.maddesinde yer alan komşu arazi maliklerine tanınan yasal önalım hakkında da çokça eleştiriler getirilmiş ve Anayasaya aykırılık sorunu dile getirilmişti. Anayasa Mahkemesi 30.10.2014 tarih ve 2014/165 sayılı kararı ile Anayasaya aykırılık görmemiş ve talebi reddetmişti⁶⁵.

Fakat TBMM 04/11/2020 tarihinde uygulamada ciddi sorun yaratan bu hükmü isabetli bir iradeyle ortadan kaldırmıştı.

TMK'da yer alan ve sözü edilen bu hükümlerin de TBMM tarafından ilga edilmesinin hukuk uygulamasına, adalete ve toplumsal barışa hizmet edeceği kanaatindeyiz.

⁶⁵ Turan Şahin, “Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 907 vd.; Sınırdaş tarım arazilerinin önalım hakkı hakkında bilgi için bkz. Recep Adıgüzel, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdaş Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 90, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 121 vd.

KAYNAKÇA

- ADAY, Nejat: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992 (Muvazaa).
- ADIGÜZEL, Recep: “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdış Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 90, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 121-129.
- AKALP DEMİRTABAK, Didem: Yasal Önalım Hakkı, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- ALİ HAYDAR EFENDİ, Eminefendizade: Dürerü’l -Hükkâm Şerhu Mecelleti’l –Ahkâm Cilt-III, Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem (Çev.), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2018.
- ATAMULU, İsmail: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara 2017 (Muvazaa).
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku Cilt-II Mülkiyet, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016 (Mülkiyet).
- AYAN, Mehmet: “Kanuni Şuf’a Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Yıl: 1995, s. 335-368.
- AYDIN ÜNVER, Tülay: “Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan (Özel Sayısı), Cilt: 11, Sayı: 145-146, Yıl: 2016, s. 829-857.
- AYDOĞDU, Murat: Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2013.
- BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- DURAL, Mustafa, Suat Sarı: Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, C. 1, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018 (Temel Kavramlar).
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015 (Borçlar Genel).

- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015 (Borçlar Özel).
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- EREN, Fikret: “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1-2, Yıl:2008, s. 103-126.
- ERKAN, Umut Vehbi: “Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/ 34 ve K. 2007/ 94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukukî Niteliği ve Kullanılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Yıl: 2014, s. 269-294.
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2018.
- ESENER, Turhan: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1956 (Muvazaa).
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Şu’fa Hakkı, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959.
- GÜNAY, Erhan: Önalım Hakkı, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- <https://www.kazanci.com.tr>
- İLHAN, Cengiz: Günümüz Türkçesiyle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- KILIÇOĞLU, Mustafa: Akdi ve Kanuni Şu’fa Davaları (Önalım), Adil Yayınevi, Ankara 1997 (Önalım).
- KIRCA, Çiğdem: “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt: II, Beta Yayınları, Yıl: 2002, s. 1179-1203 (Değişiklikler).
- KÖYLÜOĞLU, Egemen: “Önalım Davası”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2011.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Özer SELİÇİ, Saibe Oktay ÖZDEMİR: Eşya Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2016.

Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasında Gerçek Değer Yerine Tapuda Gösterilen Satış Bedelinin Esas Alınmasının Anayasaya Aykırılığı Sorunu

- OĞUZMAN, M. Kemal, M. Turgut Öz: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017 (Genel Hükümler).
- ÖNEN, Ergun: İnşai Dava, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981.
- ÖZENLİ, Sosyal: Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, 2. Basım, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1990.
- SAYMEN, Ferit H., Halid K. Elbir: Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul 1963.
- SEBÜK, M. Tahir: Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları, Kader Basımevi, İstanbul 1951.
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 5. Cilt, İstanbul 1984.
- ŞAHİN, Turan: "Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 906-930.
- ŞIPKA, Şükran Taman: Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, 1. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988 (Takyitler).
- TUHR, Andreas von: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt 1-2, Aykut Cevat Edege (Çev.), Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.
- TUNABOYLU, Müslim: Önalım (Şuf'a) Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- YAVUZ, Cevdet: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa dair Görüşler", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 109-131.
- YILDIZ, Ekrem: Önalım Davaları, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

**ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN, YÜKLENİCİNİN ARSA PAYI
KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN
ALACAK HAKKINA (ARSA PAYI YA DA BAĞIMSIZ
BÖLÜM) HAK KAZANMA ŞARTLARI**

Filiz YAVUZ İPEKYÜZ*

Abdurrahman ASLAN**

ÖZ

Yüklenici, arsa sahibi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdettikten sonra inşaatı yapmak için gerekli hazırlıklara başlar. Bu aşamada yeterli sermayeye sahip olmayan veya sahip olduğu sermayeyi bu işte kullanmak istemeyen yüklenici arsa sahibine karşı sahip olduğu arsa payı veya bağımsız bölüm mülkiyetini talep etme şeklindeki kişisel hakkını sözleşme ile üçüncü

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: fipekyuz@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9698-3272.

** Öğrenci, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, E-Mail: abdrhmnasln@gmail.com, ORCID ID: 0009-0004-0780-8341.

Makalenin Gönderim Tarihi : 25.06.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 27.12.2023.

Bu makale, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programında hazırlanan ve 22.06.2023 tarihinde savunulan “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Yüklenici Tarafından Devri” başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

Üçüncü Kişinin, Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkına (Arsa Payı ya da Bağımsız Bölüm) Hak Kazanma Şartları

kişilere devrederek inşaatın finansmanını sağlar. Uygulamada bu hususa “temelden satış” denilmektedir.

Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin bağımsız bölüm sahibi olmak amacıyla yüklenici ile çeşitli şekillerde sözleşmeler yaptığı uygulamada görülmektedir. Yüklenici, mülkiyetini arsa sahibinden peşin devraldığı arsa paylarını bazen üçüncü kişi ile taşınmaz satış sözleşmesi yaparak devrederken bazen de taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yaparak arsa paylarının ileride devrini taahhüt etmektedir. Henüz arsa paylarının mülkiyetini devralmayan yüklenici ise inşaatı tamamlaması halinde sözleşme gereğince kendisine devredilecek arsa paylarının mülkiyetini devretmek amacıyla üçüncü kişi ile alacağın temlik sözleşmesi kurmaktadır. Her halükârda üçüncü kişinin arsa payı ya da bağımsız bölüm mülkiyetine hak kazanabilmesi için yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borcunu eksiksiz şekilde yerine getirmesi gerekmektedir. Üçüncü kişinin yüklenicinin haklarını devralabilmesi tamamen yüklenicinin arsa sahibine karşı borcunu ifa etmesine bağlıdır. Yüklenicinin hangi şartları yerine getirmesi halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borcunu yerine getirmiş sayılacağı ve üçüncü kişinin hangi koşulları sağlaması halinde arsa payı ya da bağımsız bölüm mülkiyetine hak kazanacağı hususu önemli olup bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, alacağın devri (temlik), üçüncü kişi, yüklenici, arsa sahibi, eser sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi.

CONDITIONS FOR A THIRD PARTY TO BE ENTITLED TO THE RIGHT TO RECEIVE (LAND SHARE OR INDEPENDENT SECTION) ARISING FROM THE CONSTRUCTION CONTRACT IN EXCHANGE FOR THE CONTRACTOR'S LAND SHARE

ABSTRACT

After concluding a construction contract with the land owner in exchange for land share, the contractor begins the necessary preparations to carry out the construction. At this stage, the contractor, who does not have sufficient capital or does not want to use the capital he has in this work, provides the financing of the construction by transferring his personal right to claim land share or independent section ownership against the land owner to third parties by contract. In practice, this is called “basic selling”.

It is seen in practice that a third party, who is not a party to the contract, makes various agreements with the contractor in order to own an independent section. The contractor sometimes transfers the land shares, the ownership of which has been taken over in advance from the land owner, by making a real estate sales contract with a third party, and sometimes he undertakes the future transfer of the land shares by making a real estate sales promise contract. The contractor, who has not yet taken over the ownership of the land shares, establishes an assignment agreement with the third party in order to transfer the ownership of the land shares that will be transferred to him in accordance with the contract if he completes the construction. In any case, in order for the third party to be entitled to land share or independent section ownership, the contractor must fully fulfill its debt arising from the construction contract in return for the land share. The third party's ability to take over the contractor's rights depends entirely on the contractor's fulfillment of its obligations. The issue of which conditions the contractor will be deemed to have fulfilled his debt arising from the construction contract in return for land share and which conditions the third party will be entitled to land share or independent section ownership is important and constitutes the subject of this study.

Keywords: Construction contract in exchange for land share, construction contract in exchange for flat, transfer of receivables, third party, contractor, land owner, work contract, promise to sell real estate.

I. GİRİŞ

Yüklenici ile üçüncü kişi arasında kurulan arsa payı ya da bağımsız bölüm devrine yönelik sözleşmenin dayanağını yüklenici ile arsa sahibi arasında kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi oluşturduğundan öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine değinmekte fayda vardır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunda düzenlenmediğinden, mevzuatta herhangi bir tanımı bulunmamaktadır.¹ Bu tarz sözleşmeler Yargıtay tarafından *yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmeler*” olarak

¹ Suat Sarı, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (İÜHF), C. LXIV, S. 2, Yıl 2006, ss. 273-279, s. 274; Oğuz Usta, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.5; Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2007, s.1.

tanımlamaktadır.² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi “sözleşme özgürlüğü ilkesi” çerçevesinde isimsiz (atipik) bir sözleşme çeşidi olarak ortaya çıkmıştır.³ Yüklenicinin borcu sözleşmede özellikleri kararlaştırılan bağımsız bölümleri, sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde bir bütün olarak arsa sahibine teslim etmeye yönelik iken arsa sahibinin borcu ise sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri sözleşmede belirtilen süre içerisinde yükleniciye devretmeye yöneliktir.⁴ Bu hali ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa paylarını devretme (mülkiyeti devir) ile inşaatı tamamlama (eser meydana getirme) yükümlülükleri karşılıklı mübadele içerisinde yer almaktadır.⁵ Kanunda düzenlenen eser ve taşınmaz satışına ilişkin edimler kanunda düzenlenmeyen bir şekilde karşılıklı mübadele içerisinde yer almaktadır.⁶ Bu açıklamalar ışığında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin çift tipli karma bir sözleşme olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır.⁷ Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir.⁸

² Y. HGK. E. 2014/23-724 K. 2016/168 T. 24/02/2016; Y. HGK. E. 2012/13-591 K. 2012/1380 T. 26/12/2012 (Uyap Portal E.T. 08/12/2022); Y. 15. HD. E. 2018/2608 K. 2018/5171 T. 20/12/2018 “...Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir...” (Uyap Portal E.T. 08/12/2022).

³ Sarı, Arsa Payı, s. 274.

⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Yayınevi, Ankara 2020, s.26; Nezih Sütçü, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 34.

⁵ Çiğdem Kırca, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Bildiriler -Tartışmalar”, 22. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXII, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 15 Aralık 2006, s. 81; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s.26; Sütçü, Kat Karşılığı, s. 34.

⁶ Usta, Kat Karşılığı, s. s. 19; Kırca, Arsa Payı, s. 81;

⁷ Erman, Arsa Payı, s. 6; Turgut Uygur, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Adalet Matbaacılık, Ankara 1993, s. 602; Bilal Kartal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Matsa Basımevi, Ankara 1993, s.23; İsa Enli, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 14; İsmail Atamulu, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.33; Usta, Kat Karşılığı, s. s. 19; Kırca, Arsa Payı, s. 81; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s.26; Sütçü, Kat

Eser sözleşmesinin geçerliliği kanunda herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamışken, taşınmaz mülkiyetini devretmeye yönelik taşınmaz satış sözleşmesi ise Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 706 ile Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 237 gereğince resmi şekil şartına tabi tutulmuştur.⁹ Tapu Kanunu (TK)¹⁰ md. 26 ile Noterlik Kanunu (NK) md. 60, 61/A ve 89 gereğince taşınmaz satış sözleşmesi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu memuru ya da noter tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Arsa payı mülkiyetinin devrini içeren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin bu sebeple resmi şekilde yapılması gerekmektedir.¹¹

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarını arsa sahibi ve yüklenici oluşturur.¹² Sözleşme imzalandıktan sonra arsa sahibinin sözleşme konusu arsanın tamamını veya bir bölümünü devretmesini engelleyen yasal bir engel bulunmamaktadır.¹³ Böyle bir durumda arsayı sonradan devralan üçüncü kişilerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi

-
- Karşılığı, s. 34; Mustafa Kırmızı, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Şen Matbaa, Ankara 2014, s.627.
- ⁸ Y. 6. HD. E. 2021/6412 K. 2022/3004 T. 01/06/2022 “...Öte yandan, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli akitlerden olup...” (Uyap Portal E.T. 08/12/2022); Y. 6. HD. E. 2021/5343 K. 2022/3907 T. 06/09/2022 “...arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi...tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir...” (Uyap Portal E.T. 08/12/2022)
- ⁹ Erman, Arsa Payı, s. 15; Safa Reisoğlu, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi’ne İlişkin Bir Kısım Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), C. XXIV, S. 2, Aralık 2007 s.9; Kartal, Kat Karşılığı, s. 26; Enli, Kat Karşılığı, s. 8; Atamulu, Kat Karşılığı, s. 41; Sütçü, Kat Karşılığı, s. 69; Usta, Kat Karşılığı, s.27; Cengiz Kostakoğlu, İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s.69.
- ¹⁰ 2644 sayılı Tapu Kanunu, 22/12/1934 tarih ve 2892 sayılı RG.
- ¹¹ Reisoğlu, Arsa Payı Karşılığı, s.9; Kartal, Kat Karşılığı, s. 26; Enli, Kat Karşılığı, s. 8; Atamulu, Kat Karşılığı, s. 41; Sütçü, Kat Karşılığı, s. 69.
- ¹² Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s.506, 509; Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s.580; Enli, Kat Karşılığı, s. 3.
- ¹³ Derya G. Bütün Yılmaz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, TAAD, Yıl. 11, S. 38 (Nisan 2019) ss. 107- 130, s.126; Usta, Kat Karşılığı, s..31.

ile kendilerini bağlı saymamaları, yükleniciye devredilmesi öngörülen arsa payını devretmemeleri olasıdır. Bu tehlikeye karşı yüklenicinin TMK md. 1009 gereğince sözleşmeyi tapu siciline şerh etme imkânı mevcuttur.¹⁴

Arsa paylarının yükleniciye devredileceği aşamaya göre arsa sahibi ile yüklenici arasında kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi farklılık gösterebilmektedir.¹⁵ Bu sözleşmeler; arsa sahibi tarafından üzerinde inşaat yapılacak arsanın mülkiyetinin tamamının sözleşme kurulduktan sonra hemen yükleniciye devredilmesi, arsa sahibi tarafından üzerinde inşaat yapılacak arsanın mülkiyetinin bir kısmının sözleşme kurulduktan sonra yükleniciye devredilmesi, arsa sahibi tarafından üzerinde inşaat yapılacak arsanın mülkiyetinin inşaatın geldiği seviye ile orantılı olarak sözleşme kurulduktan sonra kısım kısım (kademeli ferağ suretiyle) yükleniciye devredilmesi ve arsa sahibi tarafından üzerinde inşaat yapılacak arsanın belli kısımlarının mülkiyetinin inşaat tamamlandıktan sonra yükleniciye devredilmesi olmak üzere dört farklı şekilde yapılabilmektedir.¹⁶

Genelde yüklenici arsa sahibi ile imzaladığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin türüne bağlı olarak arsa paylarının üçüncü kişilere devri amacıyla üçüncü kişiler ile farklı içerik ve şekillerde sözleşmeler yapabilmektedir. Burada yüklenici genelde arsa paylarının kendisine peşin devredilip devredilmediğine göre farklı davranmaktadır. Yüklenici, arsa sahibinden mülkiyetini peşin şekilde devraldığı arsa paylarını, genelde satış sözleşmesi yaparak üçüncü kişilere devretmektedir.¹⁷ Yüklenici ile üçüncü kişi arasında kurulan arsa payının devrine ilişkin satış sözleşmesinde tarafların iradesi sadece arsa payının satışına ilişkin olmayıp, aynı zamanda arsa payına karşılık gelen bağımsız bölümün inşa edilerek teslimine de yöneliktir.¹⁸ Yüklenici ile üçüncü kişi arasında kurulan bu tarz sözleşmelerin bileşik sözleşme niteliğinde olduğu uygulama ve doktrin tarafından kabul edilmektedir.¹⁹ Üçüncü kişinin

¹⁴ Reisoğlu, Arsa Payı Karşılığı, s. 8; Yılmaz, Arsa Payı, s.126; Usta, Kat Karşılığı, s.31.

¹⁵ Mustafa Kırmızı, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Şen Matbaa, Ankara 2014, s.632; Enli, Kat Karşılığı, s. 8; Kartal, Kat Karşılığı, s. 29.

¹⁶ Erman, Arsa Payı, s. 164.

¹⁷ Zekeriya Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Yayınevi, İstanbul 2017, s.441.

¹⁸ Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.441.

¹⁹ Erman, Arsa Payı, s. 164; Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.441.

edimi bir miktar paranın ödenmesine ilişkin iken yüklenicinin edimi arsa payını devretmeyle beraber arsa payına karşılık gelen bağımsız bölümün de inşa edilip teslim edilmesine yöneliktir. Bu haliyle sözleşme bileşik sözleşme niteliğindedir.²⁰ Arsa paylarının mülkiyetinin peşin olarak yükleniciye devredilmesi sonucunda yüklenicinin bu arsa paylarını üçüncü kişilere devrederek inşaat finansmanı için kaynak sağlaması, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin pratikliğini artıran bir husus olsa da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi halinde ortaya çeşitli sorunlar çıkmaktadır. Yargıtay, arsa sahibi tarafından yükleniciye peşin yapılan arsa payı devirlerinin “avans tapu” devri niteliğinde olduğunu, yükleniciden bu arsa paylarının mülkiyetini satış sözleşmesi yoluyla devralan üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasında bulunmayacağı, üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına hak kazanabilmesi için yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borcunu eksiksiz şekilde yerine getirmesi gerektiği görüşündedir. Anayasa Mahkemesi de önüne gelen böyle bir olayda üçüncü kişi yönünden yapılan hak ihlali başvurusunu ret ederek Yargıtay ile aynı görüşü paylaşmıştır.²¹ Yargıtay

²⁰ Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.441; Erman, Arsa Payı, s. 164.

²¹ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s.978; Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.716; Y. HGK. E. 2018/(23)6-1057 K. 2021/1756 T. 23/12/2021 “...Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaat yapan müteahhidin, yaptığı işin karşılığı olan arsa payını, mülga BK'nın 364. maddesi hükmü doğrultusunda, kural olarak arsa sahibine verilmesi gereken dairelerin teslimi anında talep hakkı doğar. Ancak taraflar yasa hükmünün aksine, arsa payının devrine ilişkin özel koşullar kararlaştırabilir. Örneğin, üzerinde inşaat yapılacak arsanın müteahhide verilmesi öngörülen payının, peşinen devri kabul edilebileceği gibi, müteahhide isabet edecek bağımsız bölümlerin kat irtifaklı arsa paylarının, inşaatın belirli aşamalarında devri de kararlaştırılabilir. İnşaatın tamamlanmasından önce müteahhide pay devri yapılması, inşaat yapımı sırasında müteahhide gerekli olan sermayenin sağlanarak işin bir an önce bitirilmesi amacını gütmektedir. Peşinen tapuda yapılan bu pay devri bir nevi avans niteliğindedir. İnşaatın kısa sürede tamamlanması amacıyla inşaatın başında bu sözleşme uyarınca tapuda devir yapılmasına rağmen, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden dönüldüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkacak ve kayıt yolsuz tescile dönüşecektir. Avans niteliğindeki bu paylar, yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi tarafından geri istenebilir ve yüklenici ile bağımsız bölüm almak üzere sözleşme yapan üçüncü kişiler, tapuda yapılan devre rağmen bu payları arsa sahibine iade etmek zorundadır. Bu durumda üçüncü kişiler için TMK'nın 1023. maddesi uygulanamaz. Zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir. Bu sözleşmenin arsa payı karşılığı

ve Anayasa Mahkemesi'nin “avans tapu” hakkındaki kararları doktrinde kabul görmemiş ve çeşitli yazarlar tarafından eleştirilmiştir.²² Arsa

inşaat sözleşmesine istinaden yapıldığını, yüklenici inşaatı tamamladığında bağımsız bölümü alabileceğini bilirler veya bilmeleri gerekir. Bu sebeple TMK'nın 1023. maddesi hükmünün uygulanması için aranan iyi niyet şartı, üçüncü kişi açısından gerçekleşmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2014/12321 başvuru numaralı ve 20.07.2017 tarihli kararında da bu durumda yükleniciden tapuda devir suretiyle pay alan üçüncü kişilerin mülkiyet haklarının ihlâl edilmediğine karar vermiştir (Hukuk Genel Kurulunun 21.01.2020 tarihli ve 2018/23-240 E., 2020/43 K. sayılı kararı) ...” (Uyap Portal E.T. 08/12/2022).

- ²² Doktrinde Erman, arsa sahibi tarafından yükleniciye mülkiyeti peşin olarak devredilen arsa paylarının yüklenici tarafından üçüncü kişiye devrinden sonra arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle feshedildiği hallerde, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişilerin arsa paylarının mülkiyetine hak kazanacaklarını savunmaktadır. Yazara göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi “ani- süreklî edim karşılığı” bir sözleşme niteliğinde olduğundan sözleşmenin sona ermesi ileriye etkili sonuç doğuracaktır. Bu durumda arsa payını devralan üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı TMK md. 1023 gereğince korunacaktır. (Erman, Arsa Payı, s. 164); Kahraman ise; arsa payını yükleniciden devralan üçüncü kişilerin, tapu sicil kaydında yer alamayan bir olgu olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ve tarafların borçlarını inceleme yükümlülüklerinin olmadığını, Yargıtay'ın sicil dışında yer alan bir olguyu inceleme yükümlülüğünü üçüncü kişilere yükleyerek iyiniyet karinesi yerine kötü niyet karinesi yarattığını, tapu siciline olan güvenin bu şekilde zedeleneceğini, üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin her somut olay özelinde incelenmesi gerektiğini, arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilen tapu kayıtlarının avans niteliğinde kabul edilmesinin taşınmaz mülkiyetinin devrinin şarta bağlanması anlamına geleceğini ve bunun tapu sicil sistemine uygun olmadığını belirterek Yargıtay kararını eleştirmiştir. (Zafer Kahraman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan “Avans Tapu” Kavramının Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, ss.781-797, s. 784); Çavdar, Yargıtay'ın sicil dışı bir unsur olan üçüncü kişinin arsa sahibinin kişisel hakkını bilmesini şart koşmasının yerinde olmadığını, TMK md.1023'ün sicilden anlaşılacak bir olgunun varlığını aradığını, Yargıtay'ın üçüncü kişinin iyiniyetini araştırmaksızın üçüncü kişiyi baştan kötü niyetli kabul etmesinin yerinde olmadığını, nispi ilkesi gereğince arsa sahibinin iddialarını üçüncü kişiye yöneltmesinin yerinde olmadığını, ayrıca arsa payı alan üçüncü kişilerin yüklenicinin edimini ifa etmek zorunda olduğu olgusunu bilebilecek kişiler olarak kabul etmenin mümkün

sahibinden arsa paylarının mülkiyetini peşin devralan yüklenicinin, üçüncü kişi ile taşınmaz satış sözleşmesi yerine arsa paylarının daha sonra devredilmesi amacıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapması da mümkündür.

Arsa paylarının mülkiyetini peşin devralmayıp daha sonra devralacak yüklenicinin arsa sahibine karşı sahip olduğu arsa paylarının devrini talep etme şeklindeki kişisel nitelikteki hakkını üçüncü kişiye devretmesi mümkündür.²³ Yüklenici ile üçüncü kişi arasında imzalanan, arsa paylarının mülkiyetini arsa sahibinden talep etmeye yönelik kişisel bir hak içeren sözleşme, TBK md. 183 vd. hükümleri gereğince alacağın devri hükümlerine tabidir.²⁴ Alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde düzenlenmiş olması şartına bağlıdır. TBK md. 184 f. 1 gereğince sözleşmenin adi yazılı şekilde düzenlenmesi yeterlidir.²⁵ Yüklenicinin arsa sahibine karşı sahip olduğu alacak hakkını devralan üçüncü kişi, hem arsa payının devrini hem de arsa payına karşılık gelen bağımsız bölümün tamamlanarak kendisine teslimini talep edebilir.²⁶ Yargıtay da yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmenin alacağın devri hükümlerine tabi olduğunu ve yüklenicinin edimini yerine getirmesi şartı ile alacağı temlik alan üçüncü kişinin arsa sahibinden arsa payının ya da bağımsız bölümün mülkiyetini talep edebileceğini kabul etmektedir.²⁷

olmadığını, üçüncü kişilerin ancak arsa sahibinin haklarını bertaraf etmek için arsa payı aldıkları durumlarda kötü niyetin uygulanması gerektiğini, belirterek Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararını eleştirmiştir. (Pelin Çavdar, “Anayasa Mahkemesi’nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı’nın Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, Haziran 2018, ISSN 2146-0590, ss. 415-439, s. 431)

²³ Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.719.

²⁴ Erman, Arsa Payı, s. 174; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s.978; Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.718.

²⁵ Erman, Arsa Payı, s. 176.

²⁶ Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.719.

²⁷ Y. 3. HD. E. 2022/4625 K. 2022/6885 T. 22/09/2022“...Öte yandan, geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü kişiye satılması, Yargıtay’ın kökleşmiş uygulamasına göre tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Türk Borçlar Kanunu’nun 183 ve sonraki maddelerinde düzenlenen “alacağın temlik”

II. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARSA PAYI YA DA BAĞIMSIZ BÖLÜM MÜLKİYETİNE HAK KAZANABİLMESİ İÇİN İNŞAATLA İLGİLİ YAPILMASI GEREKEN HUSUSLAR

A. İnşaatın Tamamlaması Şartı

İnşaatın tamamlanma oranı ve inşaatla kalan eksik işler, inşaat yapım işinin geldiği seviyenin tespiti yönünden önemlidir. İnşaatın tamamlanma oranı inşaatın meydana getirilmeye başlandığını örtülü olarak ifade eden bir kavramdır. Kural olarak inşaat yapılmaya başlanmadan önce tamamlanma oranı %0 düzeyindedir. İnşaatın tamamlanma oranı %100'e ulaştığında ise inşaatın tamamlandığı kabul edilir.²⁸ Bu sebeple %0 ile %100

hükümlerine tabi bir işlemdir. Başka bir ifadeyle, böyle durumlarda, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, kendisine düşen bir bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmış değil; kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde söz konusu bağımsız bölüm yönünden arsa sahibine karşı sahip olduğu alacağını, diğer bir ifadeyle sözleşmeden doğan kişisel hakkını üçüncü kişiye temlik etmiş sayılır. Kısaca, böyle durumlarda yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir "alacağın temliki" sözleşmesi bulunur..." (Uyap Portal E.T. 08/12/2022); Y. 6. HD. E. 2021/1363 K. 2022/2901 T. 26/05/2022 "...Temlikten tescil diye adlandırılan davalarda yüklenicinin kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca kendisine isabet eden tapu payını ya da bağımsız bölümü 3. kişilere temlik etmesi mümkün olup, bu halde alacağın adi yazılı sözleşmeyle temliki geçerlidir. Ancak kat karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri uyarınca yüklenicinin ve temlik suretiyle onun alacaklarına halef olan tapu payı ya da bağımsız bölüm temlik alan 3. kişinin tapu payı ya da bağımsız bölüme hak kazanabilmesi için yüklenicinin, sözleşme gereği arsa sahibine karşı üstlendiği inşaat yapma edimini sözleşme ve ekleri, tasdikli proje ve ruhsatı ve imar mevzuatına uygun olarak tamamlayıp teslim etmiş olması zorunludur. Taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca iskân ruhsatının alınması da yüklenicinin sorumluluğunda olduğundan, halefi olan davacının iskân ruhsatı alması gerekmektedir..." (Uyap Portal E.T. 08/12/2022).

²⁸ Faruk Acar, "Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri", www.e-akademi.org, (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), S. 134, Aralık 2013 s.3, (E.T. 08/11/2022).

arasında yer alan oranlar inşaatın henüz tamamlanmadığını, inşaatın belli bir seviyeye ulaştığını gösteren oranlardır.²⁹ İnşaatın %100 seviyesine gelmesi için yapılması gereken iş ‘eksik iş’ olarak isimlendirilir.³⁰ İnşaatın eksik(tamamlanmamış) olması durumu, yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği veya hukuken bağlayıcı iş değişikliği sebebiyle kararlaştırılan ilave işlerin bir kısmını yapmamış olması halidir.³¹ Asansörün, bazı kapı ve pencerelerin takılmamış, mutfak dolaplarının montajının gerçekleştirilmemiş olması, inşaatın tamamlanmadığını gösteren olgulardır.³²

İnşaattaki eksikliğin eksik iş mi yoksa ayıp mı olduğu hususu önemli olup her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.³³ Yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan işlerin tamamını ya da bir kısmını yapmaması eksik ifa iken, sözleşmede kararlaştırılan işlerin sözleşmeye aykırı olarak yapılması ayıplı ifadır.³⁴ Doktrinde “*Gauch*”,³⁵ inşaatın diğer kısımlarına dokunmadan ve zarar vermeden eksikliğin giderilmesinin mümkün olması halinde inşaattaki eksiklikten, buna karşın inşaattaki eksikliğin giderilmesi için inşaatın diğer kısımlarına müdahale edilmesi veya zarar verilmesinin gerekmesi halinde inşaattaki ayıptan bahsedilmesi gerektiğini ifade etmektedir.³⁶ Örneğin, boyanması gereken bir duvarın hiç boyanmamış olmasını inşaattaki eksik ifa olarak değerlendiren yazar, duvarın astar katman üzerine tekrar boyanması gerekirken astar katman yapılmadan sadece tek kat boya ile boyanmasını ayıp olarak değerlendirmektedir.³⁷ İnşaatta eksik iş bulunması halinde ayıp hükümlerinin mi yoksa eksik ifa sebebi ile TBK genel

²⁹ Acar, Eser Sözleşmesinde, s.3.

³⁰ Acar, Eser Sözleşmesinde, s.7.

³¹ Yusuf Büyükkay, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 78; Serhat Ayan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.61; Erman, Arsa Payı, s. 181.

³² Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.61.

³³ Erman, Arsa Payı, s.181; Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.61.

³⁴ Erman, Arsa Payı, s. 181.

³⁵ Aktaran Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.61.

³⁶ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.61.

³⁷ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.61.

hükümlerinin mi uygulanacağı hususu gündeme gelecektir.³⁸ İnşaatteki eksik işler için genel hükümlerin uygulanmasının gerektiği kabul edilirse arsa sahibinin, bu eksiklikleri ihbar yükümlülüğü bulunmayacak, genel zamanaşımı süresi içerisinde yükleniciye tazminat talebini yöneltmesi yeterli olacaktır.³⁹ Eksikliklerin ayıp olarak kabul edilmesi durumunda ise arsa sahibinin muayene ve ayıbı bildirme külfeti gündeme gelecektir.⁴⁰ Yargıtay inşaatla eksik iş bulunması halinde TBK genel hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir.⁴¹ Eksik ifa halinde, arsa sahibi, TBK md. 112 gereğince eksiklikten kaynaklanan zararın tazminini yükleniciden talep edebilecektir.⁴² İnşaatın sözleşmede kararlaştırılan yüzölçümünden daha az bir yüzölçümünde yapılmasını Yargıtay⁴³ eksik ifa olarak kabul etmektedir.⁴⁴ İsviçre

³⁸ Erman, Arsa Payı, s. 181; Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.75.

³⁹ Erman, Arsa Payı, s. 181; Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.75.

⁴⁰ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.75; Erman, Arsa Payı, s. 181.

⁴¹ Y. HGK. E. 2021/(13)3-598 K. 2022/137 T. 15/02/2022“... 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, ihbar koşuluna bağlı olmaksızın BK'nın 125. maddesinde düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi eksik ifa iddiası olarak değerlendirilmesi gerekir. Hâl böyle olunca, yeşil alan ve sosyal donatılara ilişkin talepleri eksik ifa iddia olarak nitelendiren direnme kararı usul ve yasaya uygun olup yerindedir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022)

⁴² Büyükay, Eser Sözleşmesi, s. 110.

⁴³ Y. HGK. E. 2021/(13)3-142 K. 2022/940 T. 15/06/2022“... Her ne kadar 4077 sayılı TKHK'nın 4. maddesinin 1. bendinde ayıplı mal tanımı yapılırken “maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar” tabiri kullanılmış ise de bu anlatımın kanun koyucunun tüketici işleri yönünden eksik ifayı ayıp kavramı içerisinde eritmesi şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Aksi hâlde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği, eksik ifanın söz konusu olduğu düşüncesiyle hak arama gayretine düşen tüketiciyi, sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel hükümlerin yüklediği ihbar yüküne ve daha kısa zamanaşımına tabi kılmak sonucu doğuracaktır ki bu durum, Kanunun konuluş amacı ve ruhuna uygun düşmez. Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; uyumsuzluk noktasına konu iddiaların ayıba ilişkin ihbar koşuluna bağlı olmaksızın BK'nın 125. maddesinde düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresine

Federal Mahkemesi ise sözleşmede kararlaştırılan yüzölçümünden daha küçük bir yüzölçümünde yapılan olimpik yüzme havuzuna ilişkin önüne gelen bir olayda ayıplı ifaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁵

İnşaatta eksik kalan işlerin bir bütün içerisinde çok önemsiz bir yere sahip olduğu hallerde inşaatın tamamlandığı kabul edilmektedir. Arsa sahibinin önemsiz derecede eksiklik bulunan inşaatı teslim almaktan kaçınması TMK md. 2 gereğince hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hukuk düzenimizde hakkın kötüye kullanılması olgusu korunmadığından edimi teslim almayan arsa sahibi yönünden alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümler gündeme gelecektir.⁴⁶

Yüklenicinin edimini yerine getirmemesi durumunda arsa sahibi mahkemeye başvurarak; borçlunun sözleşmeye aykırı davrandığının tespitini, edimin kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından yapılmasına izin verilmesini, edimin ifasının yol açacağı giderlerin yükleniciden tahsilini ve gecikme dolayısıyla uğranılan zararın tazminini talep edebilir.⁴⁷ Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibi sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanmayarak giderleri yükleniciye ait olmak üzere mahkemeden nama ifaya izin talebinde bulunabilir.⁴⁸ Mahkemece yapılacak bilirkişi incelemesi neticesinde tespit edilecek eksik iş bedelinin yükleniciden tahsiline karar verilir. Eksik iş bedelinin yükleniciden tahsili ile birlikte yüklenicinin borcu sona erer.⁴⁹ Yargıtay, eksik işlerin nama ifa yoluyla tamamlanabilmesi için inşaatın imar mevzuatına uygun olarak yapılması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁰

tabi eksik ifa iddiası olarak değerlendirilmesi gerekir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022)

⁴⁴ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.62.

⁴⁵ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.62.

⁴⁶ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.67.

⁴⁷ Şeref Ertaş, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsnel’e Armağan, İzmir 2001, ss. 79- 92, s. 82.

⁴⁸ İlker Hasan Duman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Dava ve Sorunlar Nasıl İncelenmelidir, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 138.

⁴⁹ Duman, Arsa Payı, s. 138.

⁵⁰ Duman, Arsa Payı, s. 138; Y. 6. HD. E. 2021/5343 K. 2022/3907 T. 06/09/2022 “...*Nama ifa; eseri sözleşmede belirlenen sürede eksiksiz ve kusursuz olarak teslim edemeyen yüklenicinin nam ve hesabına, iş sahibinin*

Sözleşmede belirtilen büyüklükteki bir binanın yapılmasının imar mevzuatı ve imar planı açısından mümkün olmadığı anlaşılması halinde imar planına uygun inşa edilebilecek boyutta yeni bir inşaat için taraflar arasındaki sözleşmenin uyarlanması gerekmektedir.⁵¹ İmar planından kaynaklanan zorunluluk sebebiyle taraflar arasındaki sözleşme

bizzat tamamlaması veya başka yükleniciye tamamlattırması demektir. Yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde iş sahibi (alacaklı) gideri borçluya ait olmak üzere, edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir (TBK 113, BK 97). Nama ifa davası, eksik ve ayıplı iş davalarının özel bir türü olup, hesaplanan eksik ve ayıpların giderilme bedellerinin, hüküm tarihine en yakın tarih itibarıyla belirlenmesi gerekir. Yerel mahkemece, nama ifa kapsamında hükmolunan bedellerin 24.04.2014 tarihli keşif sonrası düzenlenen 04.06.2015 tarihli ek bilirkişi raporunda belirlenen bedeller olduğu, hüküm tarihinin ise 21.09.2021 olduğu gözetildiğinde, aradan geçen sürede hükmolunan bedellerin güncelliğini yitirdiği anlaşılmıştır...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022); Y. 6. HD. E. 2021/5343 K. 2022/3907 T. 06/09/2022 “...İstemin hukuki dayanağını sözleşme ve dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi oluşturmaktadır. Yasa hükmüne göre nama ifaya izin verilebilmesi için sözleşmenin feshedilmemiş, yani yürürlükte olması, borçlunun edimin ifasında temerrüde düşmesi ve borcun "yapma borcuna dair bulunması gerekir. Yargıtay uygulamalarında nama ifaya izin davası talep edilmesi halinde nama ifa talep edilen eksik ve kusurlu işlerin teker teker nelerden ibaret olduğu, bunların tamamlanması ve giderilmesi için yapılması gereken masrafların avans olarak da olsa miktarlarının tespit ettirilerek kararın hüküm fıkrasında teker teker gösterilmesinin zorunlu olduğu ve eksik ve kusurlu işlerin giderimini karşılayacak miktar ve değerde yükleniciye kalan bağımsız bölümün satışına izin ve yetki verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yukarıdaki açıklama uyarınca somut uyuşmazlığımızda mahkemece yapılacak iş; hükme esas alınan bilirkişi kurulundan, sözleşmeye konu inşaatın mevcut durumunun imar mevzuatına aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi, imar mevzuatına aykırı ise yasal hale getirilme masraflarının ve taraflar arasında akdedilen sözleşmede davalı yüklenicinin borçlarının göz önünde bulundurulması eksik bırakılan ve ayıplı yapılmış olan iş kalemlerinin ve bunların tamamlanması ile giderilmesi masraflarının, imalatın metraj, yöntem ve takribi bedellerinin tespiti için ek rapor alınması, kararın hüküm fıkrasında teker teker bu eksik ve kusurlu işlerin giderilmesi için gerekli olan masrafların ve eksik ve kusurlu işlerin gideriminin...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022)

⁵¹ Duman, Arsa Payı, s.127; Erman, Arsa Payı, s. 189.

uyarlanamıyorsa ifa imkansızlığı sebebiyle mevcut sözleşme sona erecektir.⁵²

Alacağı yükleniciden devralan üçüncü kişi sözleşmenin tarafı haline gelmediğinden inşaatın tamamlanarak teslimi borcundan yüklenici sorumlu olmaya devam edecektir.⁵³ Uygulamada, alacağı devralan ve ifa kabiliyetine sahip üçüncü kişilerin yüklenici tarafından çeşitli sebeplerle tamamlanmayan inşaatı tamamlama isteklerine arsa sahiplerinin kısmen de olsa olumlu yanıt verdikleri görülmektedir.⁵⁴ Arsa sahibi açısından tahammül edilebilir seviyede olması koşuluyla tamamlanmayan eksik işlerin, yükleniciden bağımsız bölüm ya da arsa payı devralan üçüncü kişiler tarafından, tamamlanmasına arsa sahibinin TMK md. 2 gereğince izin vermesi gerekmektedir.⁵⁵ Sözleşmede şart koşulmuşsa iskân ruhsatının alınması, inşaatı eksiklik varsa bu eksikliklerin giderilmesi ya da eksik iş bedelinin depo edilmesi için üçüncü kişiye mahkemece süre verilmelidir.⁵⁶

Yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda temerrüt tarihi itibari ile inşaatın tamamlanma oranı önem arz edecektir. İnşaatın arsa sahibinin tahammül edebileceği seviyede tamamlanmadığı hallerde sözleşmenin sona ermesi geriye etkili olacaktır.⁵⁷ İnşaatın büyük oranda tamamlandığı durumlarda ise sözleşmenin sona ermesi ileriye etkili olacaktır.⁵⁸ İnşaatın hangi oranda tamamlanması durumunda inşaatın büyük oranda tamamlanmış olarak kabul edileceği hususu Yargıtay kararları ile ortaya konulmaktadır.⁵⁹ Tamamlanma oranı (%90 oranında) önemli bir seviyeye ulaşmış inşaatı, arsa sahibinin kabul etmesi dürüstlük kuralı (TMK md. 2) gereğidir.⁶⁰ Bu oranda tamamlanmış bir

⁵² Duman, Arsa Payı, s.127.

⁵³ Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, s.452.

⁵⁴ Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, s.452.

⁵⁵ Erman, Arsa Payı, s. 179.

⁵⁶ Erman, Arsa Payı, s. 179.

⁵⁷ Ayça Akkayan Yıldırım, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Erdirmenin Etkileri”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, ss. 49- 87, s.82 vd

⁵⁸ Yıldırım, Kat Karşılığı İnşaat, s.82.

⁵⁹ Yıldırım, Kat Karşılığı İnşaat, s.82.

⁶⁰ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s.980.

inşaattaki eksik iş bedellerinden yüklenici veya yükleniciden arsa payı (bağımsız bölüm) alanlar sorumludur.⁶¹ Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme yerine fesih ile sona erdirilebilmesi için inşaatın en az %90 oranında tamamlanmış olmasını şart koşmaktadır.⁶²

B. İnşaatın Teslimi Şartı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin asıl borcu bağımsız bölümlerin yer aldığı eseri bir bütün olarak tamamlayıp arsa sahibine teslim etmektir.⁶³ Yüklenicinin meydana getirme borcu eserin tamamlanıp arsa sahibine teslimi ile yerine getirilmiş olur.⁶⁴ Eser sözleşmesinde yüklenici hem eserin meydana getirilmesinden hem de meydana getirilen eserin tesliminden sorumludur.⁶⁵ Yüklenicinin eseri meydana getirerek teslim etme borcu kanunda açıkça düzenlenmemekle

⁶¹ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s.980.

⁶² Y. HGK. E. 2017/(23)15-866 K. 2021/724 T. 08/06/2021 “.... Eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kısmi ifadan söz edilemez ise de, 25.01.1984 tarihli ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında, yüklenicinin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi hâlinde, uyuşmazlığın BK'nın 106-108. maddelerine göre çözümleneceğine, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, MK'nın 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir. Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur. Yargıtayın istikrar kazanmış uygulamaları da bu doğrultudadır. İleriye etkili fesihte yüklenici, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine varsa, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) yükleniciden isteyebilmektedir. Bu nedenlerle fesih isteme tarihinde inşaatın getirildiği seviyenin tespiti gerekmektedir...” (Uyap Portal E.T. 13/12/2022).

⁶³ Enli, Kat Karşılığı, s. 19; Kartal, Kat Karşılığı, s. 79; Erman, Arsa Payı, s. 29; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s.491.

⁶⁴ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s.467.

⁶⁵ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s.633.

birlikte,⁶⁶ TBK md. 473/1, 474/1, 475, 478 ve 479/1 gereğince meydana getirilen eserin yüklenici tarafından teslim edilmesi gerektiği kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir.⁶⁷ Yüklenicinin fiili hakimiyet alanında oluşturduğu eseri arsa sahibinin fiili hakimiyet alanına geçirmesi zilyetliğin ifa amacıyla nakli suretiyle olur.⁶⁸ Teslimin iki unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki eserin tamamlanması, ikincisi tamamlanan eserin iş sahibine arz edilmesidir.⁶⁹ Eserin tamamlanmasından söz edebilmek için sözleşmeyle kararlaştırılan tüm işlerin yüklenici tarafından tamamlanmış olması şarttır.⁷⁰ Tamamlanma hususu Yargıtay tarafından “*objektif ölçüler içinde, amaca uygun olarak kullanılabilir olma*”⁷¹ olarak ifade edilmiştir. İskân ruhsatının alınmış olması inşaatın tamamlanmış sayılması için her zaman yeterli bir olgu değildir.⁷² Eser bir bütün olarak tamamlandıktan sonra teslim elverişli hale gelir. Eser tamamlanmadan yüklenici tarafından yapılan eserin teslimi teklifini, arsa sahibi kabul etmek zorunda değildir.⁷³ Ancak tamamlanmamış eser iş sahibi tarafından kabul edilmek şartı ile iş sahibine teslim edilebilir.⁷⁴ İnşaatla kullanılan malzemelerin, iskele sisteminin ve geçici olarak inşaat sahasında bulunan diğer yapı malzemelerinin sökülerek inşaatın amacına

⁶⁶ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s.467; Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, s.608; Atamulu, Kat Karşılığı, s. 65.

⁶⁷ Eren, Borçlar Özel, s.633; Aydın Zevkliler, Kadir Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Yayınevi, Ankara 2019, s. 467; Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s.405; Yavuz, Özel Hükümler, s.552.

⁶⁸ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.49.

⁶⁹ Erman, Arsa Payı, s. 30; Aral, Özel Borç İlişkileri, s.405.

⁷⁰ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 491; Eren, Borçlar Özel, s.633.

⁷¹ Y. 15. HD. E. 2017/1622 K. 2017/3997 T. 16/11/2017“...*Bir eserin tamamlanmış olması, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür...*” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022); Y. 15. HD. E. 2013/1154 K. 2013/3148 T. 07/05/2014“...*Yüklenicinin ediminin kısmen ifası sonucu yapılan işin bedelinin, iş sahibinden istenebilmesi için kısmen de olsa, yapılan eserin tamamlanmış olması ve bu kapsamda eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak iş sahibi tarafından kullanılabilir durumda olduğunun belirlenmesi zorunludur...*” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022).

⁷² Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 488.

⁷³ Eren, Borçlar Özel, s.633; Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 485; Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.55.

⁷⁴ Ayan, İnşaat Sözleşmesinde, s. 50; Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 485.

uygun tasarruf edilecek vaziyette arsa sahibine teslim edilmesi gerekmektedir.⁷⁵ İnşaatın kullanılmasını zorlaştıran fiili engellerin kaldırılmasına yönelik masraflardan yüklenici sorumludur.⁷⁶ Ayrıca inşaat üzerinde fiili hakimiyet kurabilmesini sağlayacak anahtar gibi gereçlerin de yüklenici tarafından arsa sahibine teslim edilmesi gerekmektedir.⁷⁷

Yüklenicinin eseri teslim etme borcunun arsa sahibi yönünden karşılığını, sözleşmeye göre tamamlanan eseri “teslim alma” oluşturur.⁷⁸ Arsa sahibinin eseri teslim alma borcu herhangi bir şekilde tabi değildir. İnşaat; açık, örtülü veya farazi şekilde arsa sahibi tarafından teslim alınabilir.⁷⁹ Tamamlanmış ve teslimi teklif edilen inşaatı teslim almaktan kaçınan arsa sahibi yönünden alacaklı temerrüdü durumu oluşur.⁸⁰ Uygulamada teslimin maddi bir fiil olduğu ve her türlü delille ispatlanabileceği kabul edilmekte ise de esasen teslim bir hukuki işlem olup kesin delillerle ispatlanmalıdır.⁸¹ Yargıtay ise inşaatın yüklenici tarafından arsa sahibine tesliminin maddi bir vakıa olduğunu ve tanık dahil her türlü delille ispatlanabileceğini kabul etmektedir.⁸² İnşaat teslim edilmeden önce arsa sahibine inşaatı inceleme fırsatı verilmeli, arsa sahibi ise inşaatı inceleyip uygun bir zaman diliminde teslim veya teslimden imtina etmeye yönelik iradesini ortaya koymalıdır.⁸³ Teslim öncesi inşaatta yapılan inceleme sırasında inşaatın sözleşmeye uygun yapılmadığı veya inşaatta önemli derecede eksikliklerin olduğunun tespiti halinde arsa sahibinin inşaatı teslimden kaçınma hakkı bulunmaktadır.⁸⁴ Böyle bir durumda arsa sahibi yükleniciye karşı TBK md. 123 ile 125’de

⁷⁵ Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 489.

⁷⁶ Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 489.

⁷⁷ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.53.

⁷⁸ Aral, Özel Borç İlişkileri, s.405; Eren, Borçlar Özel, s.633.

⁷⁹ Erman, Arsa Payı, s. 31; Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 486.

⁸⁰ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.51; Eren, Borçlar Özel, s.634.

⁸¹ Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 486.

⁸² Y. 15. HD. E. 2012/5363 K. 2012/8002 T. 20/12/2012“...*Dosya kapsamından dava konusu bağımsız bölümlerin davacı arsa sahibine fiilen hangi tarihte teslim edildiği anlaşulamamaktadır. Eser sözleşmesinden doğan davalarda teslimi ve teslim tarihini ispat yükü davalı yükleniciye aittir. Teslim, maddi vakıa olup hukuki işlem niteliği taşımadığından tanık dahil her türlü delille ispatı mümkündür...*” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022).

⁸³ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.55.

⁸⁴ Eren, Borçlar Özel, s.633; Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 485; Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.55.

düzenlenen borçlu temerrüdüne ilişkin haklarını kullanabilir.⁸⁵ Arsa sahibinin ayıplı eseri teslim almak istememesi halinde arsa sahibinin, borcun ifa edilmemesine yönelik hakları aynen devam edecektir.⁸⁶ Arsa sahibinin eseri örtülü ya da açık şekilde kabulü ile birlikte eserde yer alan açık ayıplara karşı yüklenicinin sorumluluğu sona erecektir.⁸⁷ Ancak yüklenicinin kasten gizlediği ayıplar ile mutad bir muayene ile fark edilmeyecek ayıplara karşı sorumluluğu devam edecektir.⁸⁸

Arsa mülkiyetinin yükleniciye peşin olarak devredildiği hallerde sözleşmede devri kararlaştırılan bağımsız bölümlerin arsa sahibi adına tapuda tescil edilmesi ile birlikte, yüklenici açısından, borcun ifası gerçekleşir.⁸⁹ Arsa mülkiyetinin yükleniciye devredilmediği hallerde, eserin tamamlandığının arsa sahibine açık veya örtülü olarak bildirmesi ile teslim borcu yerine getirilmiş olur.⁹⁰ Bu bildirimim etki doğurması ve teslimin gerçekleşmesi için bildirimim iş sahibine ya da yetkili temsilcisine ulaşması gerekir.⁹¹ Doktrinde Öz inşaatın arsa sahibinin arsasına inşa edildiği, yani arsa sahibi tarafından arsa mülkiyetinin yükleniciye devredilmediği hallerde; inşaatın ifa amacıyla arsa sahibine teslimi için arsa sahibinin inşaatın teslimine ilişkin ifaya katılmasına gerek olmadığını, yüklenicinin inşaat alanında çekilmesi ile ifanın gerçekleşeceğini, inşaatı ağır kusurlar bulursa dahi durumun değişmeyeceğini, teslim gerçekleştiği için arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hükümlere başvuramayacağını, arsa sahibinin yükleniciye karşı ayıp sebebiyle tekeffül hükümlerine başvurabileceğini savunmaktadır.⁹²

Yüklenici tarafından meydana getirilen eserin arsa sahibi tarafından teslim alınması ile meydana getirilen eserin kabulü ayrı aşamalıdır.⁹³ Kabul iradesi için inşaatın teslim edilmiş olması

⁸⁵ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.55.

⁸⁶ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.55.

⁸⁷ Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Borçlar Hukuku Genel Hükümler- Özel Borç İlişkileri, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 307.

⁸⁸ Akıntürk, Ateş, Borçlar Özel, s. 307.

⁸⁹ Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 488.

⁹⁰ Enli, Kat Karşılığı, s.28; Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 488.

⁹¹ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.52.

⁹² Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 214.

⁹³ Atamulu, Kat Karşılığı, s. 68; Kartal, Kat Karşılığı, s.78.

gerekmekte olup kabul zamansal olarak inşaatın tesliminden sonra gelir.⁹⁴ Kural olarak arsa sahibinin eseri kabulü için eserin tamamlanmış olması gerekmektedir. Ancak taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler.⁹⁵ Kabul, arsa sahibinin inşaatı olduğu gibi benimsemesi sonucunu doğuran ve yükleniciyi eserin ayıplarına ilişkin sorumluluktan kurtaran bir etkiye sahiptir.⁹⁶ Eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirildiğine ilişkin arsa sahibinin kabul beyanı TBK md. 479 f. 1 gereğince herhangi bir şekle tabi değildir. Kabul beyanı açık veya örtülü olarak yükleniciye bildirilebilir.⁹⁷ Eserin bütünü içinde önemsiz bir yer tutan bazı eksikliklerin arsa sahibi tarafından ileri sürülerek eserin teslim alınmasından kaçınılması, TMK md. 2 gereğince hakkın kötüye kullanılmasıdır.⁹⁸ Hakkın kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmayacağından eserin yüklenici tarafından arsa sahibine teslim edildiği kabul edilecektir.⁹⁹ Tamamlanan inşaatın önce geçici kabulünün ardından ise kesin kabulünün yapılacağı sözleşmede yazılı ise, arsa sahibi tarafından geçici kabulden sonra kesin kabulün yapılması ile inşaatın teslimi aşaması gerçekleşecektir.¹⁰⁰

C. Kat İrtifakı Kurulmuş ve İskân Ruhsatının Alınmış Olması Şartı

İnşaat yapılmadan önce ya da inşaat yapım aşamasında iken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsa üzerinde kat irtifakı kurulabilir.¹⁰¹ İnşaat tamamlandıktan sonra kat mülkiyeti için gerekli olan eksiklikler tamamlandıktan sonra kat irtifakı kurulan taşınmazda kat mülkiyetine geçilebilir.¹⁰² Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, anagayrimenkulde bulunan bağımsız bölümlerden her birinin konum ve büyüklüğüne göre

⁹⁴ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.50.

⁹⁵ Atamulu, Kat Karşılığı, s. 68.

⁹⁶ Atamulu, Kat Karşılığı, s. 68.

⁹⁷ Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 487; Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.58.

⁹⁸ Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 487; Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.58; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s.493.

⁹⁹ Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Özel, s. 487; Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.58; Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s.493.

¹⁰⁰ Kartal, Kat Karşılığı, s.78; Enli, Kat Karşılığı, s.22.

¹⁰¹ Murat Topuz, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 93; Helvacı, Kat İrtifakı, s.289.

¹⁰² Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 93; Reisoğlu, Arsa Payı, s.7.

hesaplanan değerleri ile orantılı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle olur.¹⁰³ Gerek kat mülkiyeti gerekse kat irtifakı kurulması yetkisi arsa sahibine ait olmakla birlikte taraflar arasında imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile bu sorumluluk ve yetki yükleniciye verilmişse, yüklenicinin sözleşme gereğince bu yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekecektir.¹⁰⁴ Yüklenicinin bu işlemleri yerine getirebilmesi için arsa sahibinin yükleniciye vekaletname vermesi gerekmektedir.¹⁰⁵

Yapıların imar planına ve imar mevzuatına uygunluğu, yapı ruhsatı ile, tamamlanan yapının ise ruhsat ve eklerine uygun yapıлып yapılmadığı ve yapının kullanılıp kullanılmayacağı, yapı kullanma izin belgesi ile sağlanarak denetlenmektedir.¹⁰⁶ Bu nedenle yapı henüz yapılmadan yapı ruhsatı, yapı tamamlandıktan sonra ise yapı kullanma izni ruhsatı alınmaktadır.¹⁰⁷ Yapı ruhsatı ile yapı kullanma izin belgesi (iskân ruhsatı) alma yetkisi kural olarak arsa sahibine ait olmakla birlikte taraflar arasında imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yapı ruhsatı ile yapı kullanma izin belgesini alma sorumluluğu yükleniciye verilmişse yüklenicinin bu ruhsatları alması sözleşmenin ifası için şarttır.¹⁰⁸ Arsa sahibinin inşaat başlamadan önce arsanın mülkiyetinin tamamını yükleniciye devretmesi durumunda arsanın yeni maliki yüklenici olacağından yapı ruhsatı ve yapı kullanma ruhsatını alma yetki ve sorumluluğu yükleniciye ait olacaktır.¹⁰⁹ Arsa paylarının bir kısmının yükleniciye devredildiği durumlarda ise yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesini alma yetkisi arsa sahibi ile yükleniciye ait ortak bir yetki ve sorumluluk haline gelecektir.¹¹⁰ İnşaat süresinin yapı ruhsatı alınmasından itibaren belirli bir süre olarak belirlendiği ancak inşaat ruhsatının ne zaman alınacağına sözleşmede belirtilmediği durumlarda inşaat ruhsatı alma yükümlülüğü yükleniciye aitse arsa sahibinin inşaat

¹⁰³ Topuz, Taşınmaz Mülkiyeti, s. 93.

¹⁰⁴ Sütçü, Kat Karşılığı, s. 292; Erman, Arsa Payı, s. 52.

¹⁰⁵ Kartal, Kat Karşılığı, s. 84; Sütçü, Kat Karşılığı, s. 292; Erman, Arsa Payı, s. 52.

¹⁰⁶ İlker Hasan Duman, 100 Soruda Yapı Ruhsatı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 23.

¹⁰⁷ Duman, Yapı Ruhsatı, s. 23.

¹⁰⁸ Kartal, Kat Karşılığı, s. 83.

¹⁰⁹ Yasemin Durak, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.1, Yıl 2015, s.229.

¹¹⁰ Durak, Arsa Payı s.229

ruhsatı alması için yükleniciye ihtar ile uygun bir süre vererek temerrüde düşürmesi gerekmektedir.¹¹¹

Tamamlanmamış bir yapı için yapı kullanma izin belgesi düzenlenmesi mümkün değildir.¹¹² Yapı kullanma izin belgesi (iskân ruhsatı) inşaatın bittiği tarihi göstermektedir.¹¹³ Ancak tarafların inşaatın daha önce bitirildiğini maddi delillerle ispat etmeleri mümkündür.¹¹⁴ Yapının tamamı için yapı kullanma izin belgesi isteniyorsa yapının tamamının, yapının belli kısımları için yapı kullanma izin belgesi isteniyorsa yapının ilgili kısımlarının fiziken tamamlanmış olması gerekmektedir.¹¹⁵ Yapı kullanma izin belgesi alınmamış bir yapı hukuken tamamlanmış bir yapı değildir. Fiilen tamamlanmış bir yapının hukuken tamamlanması iskân ruhsatı alınması ile olur.¹¹⁶

Yapı kullanma izin belgesi (iskân ruhsatı) almanın sözleşme gereğince yükleniciye ait olacağının kararlaştırıldığı hallerde bu belgenin sözleşmenin ifası için alınması zorunludur.¹¹⁷ Arsa payı ya da bağımsız bölüm tesciline yönelik alacak hakkını devralan üçüncü kişinin, arsa sahibinden tescil talebinde bulunması halinde arsa sahibi, yüklenicinin iskân izni alma yükümlülüğünü yerine getirmediğini ileri sürerek ifadan kaçınabilir.¹¹⁸ İskân ruhsatı alma yükümlülüğü arsa sahibi tarafından yerine getirilmezse arsa sahibi diğer şartların da bulunması halinde sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanabilir.¹¹⁹ Yargıtay, anahtar teslim şartı içeren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin iskân ruhsatı alma yükümlülüğünün bulunduğunu, yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilerin hak talebinde bulunabilmesi için bu eksikliğin giderilmesi gerektiğine yönelik içtihat geliştirmiştir.¹²⁰ Anahtar teslim

¹¹¹ Durak, Arsa Payı s.229; Erman, Arsa Payı, s. 53.

¹¹² İlker Hasan Duman, 40 Soruda Yapı Kullanma İzni (İskân Belgesi), Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 46.

¹¹³ Duman, İskân Belgesi, s. 46.

¹¹⁴ Duman, İskân Belgesi, s. 46.

¹¹⁵ Duman, İskân Belgesi, s. 46.

¹¹⁶ Enli, Kat Karşılığı, s. 38; Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.70.

¹¹⁷ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s.70.

¹¹⁸ Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.453.

¹¹⁹ Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.453.

¹²⁰ Y.15. HD. E. 2019/1079 K. 2019/4972 T. 21/11/2019 “...*Davacıların dayanağı olan düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat satış sözleşmelerinde yüklenici tarafından arsa sahiplerine ait dairelerin anahtar teslimi olarak yapıp teslim edileceği kararlaştırılmıştır.*

inşaat sözleşmeleri, “iş sahibinin kural olarak ödeyeceği götürü ücret karşılığında; yüklenicinin mühendislik hizmetlerinin tamamını yerine getirerek, tesisi kurduğu ve sonraki süreçte sorunsuz çalışabilmesi için know-how aktarımı, personelin eğitilmesi ve belirli bir süre işletme gibi gerekli olan tüm yükümlülükleri üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir.”¹²¹ Yargıtay’ın aksine Tokat, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, kararlaştırılması koşuluyla iskân ruhsatı almanın yüklenicinin borcu olduğunu, ancak bu borcun, yükleniciden arsa payı ya da bağımsız bölüm devralan üçüncü kişiye geçecek nitelikte bir borç olmadığını, bu tarz bir borcu üçüncü kişiye yüklemenin hakkaniyete uymadığını savunmaktadır.¹²²

Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında yüklenicinin anahtar teslimi inşaatı yapıp teslim etmeyi üstlenmiş olması durumunda anahtar teslimi ibaresinin yapı kullanma izin belgesinin alınması koşulunu da içerdiği kabul edilmektedir. Yapı kullanma izin belgesi alınmayan bağımsız bölüm ya da inşaat fiilen teslim edilmiş olsa dahi arsa sahibi yapı kullanma izni alınmayan bağımsız bölümler ya da yapıyı kullanmaya ya da kiraya vermeye zorlanamayacağından yüklenici tarafından arsa sahibine yapı kullanma izin belgesi alınmaksızın teslim edilen bağımsız bölümlerin fiilen kullanılarak ya da kiraya verilmek suretiyle gelir temin edildiği ya da arsa sahibince satıldığı kanıtlanmadıkça arsa sahibi teslimi gereken tarihten yapı kullanma izin belgesinin alındığı ya da bağımsız bölüm veya bölümleri üçüncü kişilere sattığı tarihe kadar gecikme tazminatını arsa sahibi yükleniciden isteyebilecektir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2001 gün 2001/3088 Esas, 2001/5274 Karar sayılı ilamı ve benzer içtihatlar)...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022)

¹²¹ İpek Betül Aldemir Toprak, Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 40; ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler/ Gökyayla, Borçlar Özel, s. 537.

¹²² Hüseyin Tokat, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilmesi Çeşitli İhtimaller, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1, Yıl 2016 ss. 181- 245, s. 208.

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARSA PAYI YA DA BAĞIMSIZ BÖLÜM MÜLKİYETİNE HAK KAZANABİLMESİ İÇİN YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN DİĞER HUSUSLAR

A. Bağımsız Bölümün Mülkiyetine Hak Kazanmada Öncelikli Olma Şartı (Aynı Arsa Payı ya da Bağımsız Bölüme İlişkin Hakların Yarışması Durumu)

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince mülkiyetini devraldığı ya da ileride devralacağı arsa payları ile bağımsız bölümleri mükerrer şekilde alacağın devri, taşınmaz satış vaadi ve haricen düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesine konu etmesi mümkündür. Böyle bir durumda üçüncü kişilerden hangisinin arsa payı ya da bağımsız bölüm mülkiyetine yönelik hak talebinde bulunabileceği çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmelidir.

Yüklenici ile üçüncü kişi arasında yapılan taşınmaz satış vaadi ve adi yazılı şekilde yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinin alacağın devri sözleşmeleri olarak kabul edilmeleri gerektiği doktrin ve Yargıtay¹²³

¹²³ Y. HGK. E. 2017/04-2265 K. 2017/1435 T. 22/11/2017“...Bunun gibi malikin, satış vaadi sözleşmesine konu yaptığı bir taşınmazı sonradan bir başka kişiye satış vaadinde bulunması da mümkündür. Böylesine durumlarda şahsi hakların yarışması söz konusu olur. Kural olarak da geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınır. Yukarıda vurgulandığı üzere, burada satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya birkaçına resmi biçimde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile), diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapmış olmasının önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022); Y. 13. HD. E. 2018/38 K. 2020/3199 T. 11/03/2020“...Söz konusu taşınmaz, diğer davalı ve müteahhit olan Adil Aydın’ a kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile özgülünen daire olup, bunu diğer davalı Fatma ile satış vaadi sözleşmesi yapılmış, davacı bu daireyi diğer davalı Fatma Çetin’den alacağın temlik hükümlerine göre almış ve aralarındaki bu sözleşme geçerli olarak kurulmuştur...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022); Y.15. HD. E. 2020/627 K. 2020/3297 T. 22/12/2020 ... Bunun gibi malikin, satış vaadi sözleşmesine konu yaptığı bir taşınmazı sonradan bir başka kişiye satış vaadinde bulunması da mümkündür. Böylesine durumlarda şahsi hakların yarışması söz konusu olur. Kural

tarafından benimsenmiştir. Aksinin kabulü halinde, alacağın devri alacaklısının hem yükleniciye hem de arsa sahibine karşı kişisel hakkının olduğu, taşınmaz satış vaadi ve adi yazılı taşınmaz satış sözleşmesi alacaklısının ise sadece yükleniciye karşı kişisel hakkının olduğu sonucu ortaya çıkacaktır.¹²⁴ Bu da taşınmaz satış vaadi ve adi yazılı taşınmaz satış sözleşmesi alacaklısının durumunu alacağın devri sözleşmesi alacaklısının durumuna göre daha kötü bir duruma sokacaktır.¹²⁵ Arsa payı ya da bağımsız bölümü devralma amacı güden iki sözleşme arasında ilkinde öncelik verilmesi gerekmektedir.¹²⁶ Yüklenicinin aynı arsa payı ya da bağımsız bölüm için birden fazla kişi ile alacağın devri sözleşmesi yapması halinde alacağın devrinin hukuki niteliğinin tasarruf işlemi olması sebebi ile alacağın devri sözleşmesinin yapıldığı ilk kişi, yüklenicinin arsa sahibine karşı sahip olduğu şahsi hakka, hak kazanacaktır.¹²⁷ Arsa paylarının mülkiyetini devralan yüklenicinin aynı arsa payı için üçüncü kişilerin her biri ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yaparak bu sözleşmeleri tapuya şerh ettirmesi halinde ilk şerh edilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi alacaklısının hakkına öncelik tanınacaktır.¹²⁸

Yüklenicinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesine, adi yazılı şekilde düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesine ya da alacağın temlik sözleşmesine konu ettiği bağımsız bölümün mülkiyetini daha sonra tapuda satış suretiyle farklı bir kişiye devretmesi halinde, tapuda mülkiyeti devralan kişinin aynı hakkına üstünlük tanınacaktır. Tapuda mülkiyeti devralan kişinin sahip olduğu aynı hakkın, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, alacağın temlik sözleşmesi ve haricen düzenlenen taşınmaz

olarak da geçersiz olmadıkça veya sözleşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınır. Burada satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya birkaçına resmi biçimde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile), diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapmış olmasının önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022).

¹²⁴ Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.450.

¹²⁵ Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.450.

¹²⁶ Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.727).

¹²⁷ Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.726; Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.454.

¹²⁸ Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.454.

satış sözleşmesi alacaklısının şahsi hakkına üstünlüğü söz konusudur.¹²⁹ Sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişi edimin ifa edilmemesi sebebiyle yükleniciye karşı tazminat davası açabilecektir.¹³⁰

Yüklenicinin inşaat projesine ve yapı ruhsatına aykırı şekilde inşa ettiği bağımsız bölümü, satış vaadi, alacağın devri ya da adi yazılı satış sözleşmesine konu etmesi geçersizdir.¹³¹ Böyle bir sözleşme akdeden üçüncü kişi, sözleşme kapsamında ifa ettiği edimin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesini yükleniciden talep edebilir.¹³² Ancak kaçak şekilde yapılan bağımsız bölümün sonradan izin alınarak yasal hale getirilmesi halinde yüklenici ile üçüncü kişi arasında imzalanan sözleşme geçerli hale gelecektir.¹³³ Yüklenici ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, adi yazılı şekilde düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi ya da alacağın temlik sözleşmesi yapan üçüncü kişinin arsa payı ya da bağımsız bölüm mülkiyetine çeşitli sebeplerle kavuşmaması halinde ödediği satış bedelini denkleştirici adalet ilkesine göre yükleniciden talep etme hakkı bulunmaktadır.¹³⁴

¹²⁹ Y. 14. HD. E. 2020/1851 K. 2020/4849 T. 10/09/2020“...Davacının, yapsatçı kabul edilen J. Ltd. Şti. 'nden elde ettiği şahsi hakkına dayandığını bildirmesi halinde davacının şahsi hakkına karşılık, davalının sahip olduğu aynı hakkı nedeniyle aynı hak sahibine üstünlük tanınmalıdır. Ancak aynı hak sahibi N'nin bu hakkı kazanırken kötüniyetli olduğunun iddia edilmesi halinde; mahkemece tarafların bu yöndeki delilleri toplanmalı, gerekirse re'sen yapılacak araştırma sonucu toplanan delillere göre davalının aynı hak elde ettiği sırada kötü niyetli olup olmadığı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde belirtilen tapu kütüğündeki sicil kayıtlarının aleniliği ilkesinden yararlanıp yararlanmayacağı değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmelidir...” (Uyap Portal E.T. 12/12/2022)

¹³⁰ Mehmet Deniz Yener, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, İÜHFM C. LXV, S.2, ss. 371-382, s.379.

¹³¹ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s.979.

¹³² Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s.979.

¹³³ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s.979.

¹³⁴ Y. HGK. E. 2017/14-1751 K. 2019/528 T. 07/05/2019“...Geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir kişinin mal varlığından diğerinin mal varlığına kayan değerlerin eksiksiz iadesi denkleştirici adalet düşüncesine dayanır. Denkleştirici adalet ilkesi ise, haklı bir sebep olmaksızın başkasının mal varlığından istifade ederek kendi mal varlığını artıran kişinin elde ettiği bu kazanımı geri verme zorunda olduğunu ve gerçek bir eski hâle getirme yükümlülüğü bulunduğunu ifade eder. Denkleştirici adalet ilkesi gereğince

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilerek yükleniciye bir kısım arsa paylarının devredildiği hallerde, alacağın devri yolu ile arsa payı tesciline yönelik yükleniciden alacak hakkı kazanan üçüncü kişinin bu alacak hakkının mümkün olduğunca korunması gerekmektedir.¹³⁵ Bu sebeple yükleniciye devredilen arsa payları veya bağımsız bölümlerden öncelikle üçüncü kişinin alacak hakkı karşılanmalı, arta kalan kısım yükleniciye bırakılmalıdır.¹³⁶ Yargıtay'ın 25/01/1984 tarih, 1983/3 E. ve 1984/1 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (İBK) uyarınca arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşme feshedilerek arsa paylarının bir kısmı yükleniciye bırakılmışsa, arsa payı devri için yüklenici ile sözleşme yapan üçüncü kişi yükleniciye karşı tescile zorlama davası açabilir.¹³⁷

B. İfa Zamanının Gelmiş Olması Şartı

Yüklenici ile arsa sahibi, arsa paylarının yükleniciye devredileceği zamanı tarih olarak, belirli bir süreden sonra hesaplanacak zaman dilimi olarak ya da inşaatın geldiği bir seviye olarak belirleyebilirler.¹³⁸ İfa zamanının gelmesi ile birlikte yüklenici arsa

güncelleme yapılırken, güncellemeye esas alınan somut veriler tek tek uygulanarak ödeme tarihinden ifanın imkânsız hâle geldiği tarihteki veya akdin ifa edilemeyeceğinin öğrenildiği tarihte ulaştığı alım gücü, çeşitli ekonomik etkenlerin (enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artış, maaş artışları vs. gibi) ortalamaları alınarak belirlenmesi ve hüküm altına alınması gerekmektedir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022); Y. 3. HD. E. 2017/10770 K. 2018/9727 T. 09/10/2018“...Davacı denkleştirici adalet ilkesine göre talepte bulunmuştur. Bu durumda mahkemece, dava tarihi itibari ile dava konusu taşınmazların rayiç bedeli ve denkleştirici adalet ilkesine göre ne miktarda talepte bulunabileceği belirlenerek rayiç değer miktarı, denkleştirici adalet ilkesine göre belirlenecek miktardan az ise rayiç değere göre, denkleştirici adalet ilkesine göre belirlenecek miktardan fazla ise davalının kazanılmış hakkıda gözetilerek denkleştirici adalet ilkesine göre belirlenecek miktara karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile taraflar arasındaki sözleşmenin harici satım sözleşmesi olarak kabul edilip yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022).

¹³⁵ Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, s.446.

¹³⁶ Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, s.446.

¹³⁷ Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.718.

¹³⁸ Büyükyay, Eser Sözleşmesi, s. 78.

sahibinden arsa paylarının adına devrini talep edebilir. Aynı şekilde yüklenicinin alacağını temlik ettiği üçüncü kişilerde arsa sahibinden tescil talebinde bulunabilir. Arsa sahibinin arsa paylarının devrine yanaşmaması halinde yüklenici veya alacağı temlik alan üçüncü kişiler mahkemeden tescil talebinde bulunabilir.¹³⁹

C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermemiş Olması Şartı

Doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme mi yoksa sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu konusunda farklı görüşler yer almaktadır.¹⁴⁰ Yavuz'a¹⁴¹ göre eser sözleşmesi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli sözleşmeler olup bu sözleşmelerde edimin ifası ile borç ilişkisi sona ermekte, edimin ifası ile alacaklının çıkarı aynı anda gerçekleşmektedir. Kartal¹⁴² ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, edimlerin bütünlük arz eden sonucun meydana getirilmesinden önce, bir zaman süreci içerisinde, bölümler halinde ifa edildiğini, bu süreç içerisinde taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurulduğunu belirterek, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğunu savunmaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, (YİBBGK) 25/01/1984 tarihli, E.1983/3 ve K.1984/1 sayılı kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici- sürekli karmaşığı bir borç ilişkisini içeren sözleşmeler olduğunu ifade etmiştir.¹⁴³

¹³⁹ Tokat, Tescile Zorlama s. 201.

¹⁴⁰ Ani edim ve sürekli edimle ilgili geniş tartışmalar için bkz. Leyla Müjde Kurt, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 45 vd.; Sabure Paket, Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.51 vd.

¹⁴¹ Yavuz, Özel Hükümler, s.584; aynı yöndeki görüş için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s.510.

¹⁴² Kartal, Kat Karşılığı, s.25.

¹⁴³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (YİBBGK) 25/01/1984 tarihli, E.1983/3 ve K.1984/1 sayılı kararı "...İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içine yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi; TBK md. 117 gereğince yüklenicinin temerrüdü, TBK md. 473'te düzenlenen erken dönme hakkının kullanılması, TBK md. 475'te düzenlenen ayıplı ifa sebebi ile seçimlik haklardan sözleşmeden dönmenin kullanılması veya TBK md. 484'de hüküm altına alınan arsa sahibi tarafından tam tazminat ödenerek sözleşmenin sona erdirmesi sebepleri ile olabilmektedir.¹⁴⁴ TBK md. 98 gereğince ise, arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için yüklenicinin inşaatı tamamlamayacak nitelikte aceze düşmesi, arsa sahibinin bu sebeple hakkının tehlikeye düşmesi ve arsa sahibi tarafından istenen güvence bedelinin yüklenici tarafından belirlenen sürede verilmemesi gerekmektedir.¹⁴⁵ Sözleşmeden dönülmesi durumunda uygulanacak hükümler ve sözleşmenin tasfiyesi konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşler sözleşmeden dönülmesi durumunda sözleşme gereğince tarafların aldıklarını iade etmesi, iadenin kapsamı, niteliği ve zamanaşımı konusunda farklılıklar göstermektedir.¹⁴⁶

kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici- sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır." (<http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=5391> E.T. 08/12/2022).

¹⁴⁴ Kahraman, "Avans Tapu", s. 784

¹⁴⁵ Sütçü, Kat Karşılığı, s. 837.

¹⁴⁶ *Klasik Dönme Görüşü'ne göre;* sözleşmeden dönülmesi ile borç ilişkisi sözleşme kurulmamış gibi sona erer. Tarafların iade istekleri sebepsiz zenginleme hükümlerine göre ve TBK md. 77'ye göre olacaktır. Bu görüşe göre dönme ile birlikte sadece taraflar arasındaki akdi borç ilişkisi sona erer, ancak yerine getirilmiş aynı edimler varlığını korur. Aynı edimlerin iadesi ise aynı edimin sebebini oluşturan borç ilişkisi sona erdiğinden aynı edimin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre şahsi bir dava ile talep edilmesi gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme ile sona ermesi halinde arsa sahibi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yükleniciye devrettiği arsa payları yönünden tapu iptal ve tescil davası açabilecektir. Ancak yüklenici sözleşmenin dönme ile sona ermesi anına kadar elden çıkardığı arsa payları yönünden iyiniyetli olduğundan TBK md. 79 gereğince bu arsa paylarının iadesinden sorumlu değildir. *Kanuni Borç İlişkisi Görüşüne göre;* sözleşmeden dönülmesi durumunda tasfiye işlemlerine TBK md. 125 hükmü uygulanacak ancak boşlukların doldurulması noktasında sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır.

Yargıtay içtihatlarına göre¹⁴⁷ mahkeme kararı olmaksızın, taraflardan birinin tek taraflı irade beyanıyla arsa payı karşılığı inşaat

Bu görüş kabul edildiğinde iade taleplerinde 1 yıllık zamanaşımı süresi yerine 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacaktır. *Dönüşüm ve Yeni Dönme Görüşüne göre*; tarafların sözleşmeden dönmesi neticesinde sözleşme ters yüz olmakta ve taraflar aldıklarını yine sözleşmenin bir gereği olarak birbirlerine iade etme borcu altına girmektedirler. Bu durumda taraflar TBK 112 md. gereğince aldıklarını birbirlerine aldıkları şekli ile vermek zorunda kalacaklardır. Bu görüşe göre iade talepleri TBK 146 md. gereğince on yıllık zamanaşımına tabidir. TBK 136 md. gereğince kusursuz olacak şekilde elindekini kaybeden taraf iade borcundan kurtulacaktır. *Aynı Etkili Dönme Görüşüne göre*; bu görüşe göre tarafların sözleşmeden dönmesi ile birlikte taraflarca sözleşme kapsamında yapılan tasarruf işlemleri baştan itibaren geçersiz hale gelecektir. Bu görüş kabul edildiğinde arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilen arsa payları yönünden yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılması gerekmektedir. *Yargıtay'ın Görüşüne göre*; Yargıtay sözleşmeden dönmesi ile birlikte sözleşmenin geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kalkacağını, tarafların aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edeceğini savunmaktadır. Yargıtay'ın uygulaması bu haliyle klasik dönme görüşüne benzemektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde devredilen arsa payları yönünden ise aynı etkili dönme görüşünü kabul ederek arsa paylarının arsa sahibi tarafından iade talebi bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ayrıca Yargıtay dönme neticesinde edimlerin iadesi konusunda 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. (Mehmet Deniz Yener, Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011. S. 109).

¹⁴⁷ Y.6. HD. E. 2021/4437 K. 2022/4390 T. 27/09/2022 “...Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan BK'nın 355. (TBK'nın 470. vd.) maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” satış vaadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden, tek taraflı irade beyanı ile feshi mümkün değildir. Dairemizin kararlılık gösteren içtihatlarında bu tip sözleşmelerin tarafların fesih iradelerinin birleşmesi halinde ya da haklı sebeplerin bulunması durumunda mahkemenin vereceği fesih kararı ile sona ereceği kabul edilmektedir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022); Y. HGK. E. 2022/6-69 K. 2022/1050 T. 28/06/2022 “...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, tapulu taşınmazın veya tapulu taşınmaz payının devrini içermesi nedeniyle tek taraflı irade beyanıyla feshedilemez; taraf iradelerinin fesih konusunda uyuşması gerekir veya mahkeme kararı ile fesih mümkündür. Taraf iradeleri fesih konusunda

sözleşmesinden dönmesi mümkün değildir. Arsa sahibi ile yüklenicinin sözleşmeden dönülmesi konusunda anlaşmaları ile sözleşme geriye etkili olacak şekilde sona erecektir. Taraflardan birinin sözleşmeden dönme isteğinin diğer tarafça kabul edilmemesi halinde sözleşmeden dönmek isteyen kişinin mahkemeye başvurarak bu yönde karar aldırması gerekmektedir.¹⁴⁸ Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin mahkeme kararıyla sona erdirilmesine yönelik içtihadı doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. *İlteriş*'e göre sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih hakkı yenilik doğurucu nitelikteki haklardan olmaları sebebi ile bu hakların kullanılması taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile mümkündür.¹⁴⁹

Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme ile mi yoksa fesih ile mi sona ereceği hususu inşaatın geldiği seviyeye göre değerlendirilecektir.¹⁵⁰ İnşaatın önemli oranda tamamlanmadığı dikkate alınarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme ile sona erdirilmesi halinde taraflar, TBK md. 125 f. 3 gereğince aldıklarını aynen iade edeceklerdir.¹⁵¹ Bu arada arsa maliki tarafından yükleniciye yapılan arsa payı devri varsa bu devirler Yargıtay tarafından avans tapu devri olarak kabul edildiğinden arsa sahibi tarafından arsa payına ilişkin tescile zorlama davası açılabilecektir.¹⁵² Sözleşmenin feshedilmesi halinde

uyuşmamış ise, mutlaka hâkim kararı gereklidir..." (Uyap Portal E.T. 09/12/2022).

¹⁴⁸ Kahraman, "Avans Tapu", s. 784.

¹⁴⁹ İlker Öztaş, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Arsa Sahibi Tarafından Haksız Olarak Sona Erdirilmesine İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi", İnşaat Hukuku Sempozyumu, (47-76), Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s.55.

¹⁵⁰ Y. HGK. E. 2017/(23)15-866 K. 2021/724 T. 08/06/2021 "...Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur. Yargıtayın istikrar kazanmış uygulamaları da bu doğrultudadır. İleriye etkili fesihte yüklenici, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine varsa, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) yükleniciden isteyebilmektedir. Bu nedenlerle fesih isteme tarihinde inşaatın getirildiği seviyenin tespiti gerekmektedir..." (Uyap Portal E.T. 13/12/2022).

¹⁵¹ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 982.

¹⁵² Y. HGK. E. 2018/(23)6-1057 K. 2021/1756 T. 23/12/2021 "...Peşinen tapuda yapılan bu pay devri bir nevi avans niteliğindedir..."(Uyap Portal E.T. 08/12/2022).

inşaatın seviyesi ile orantılı olarak yüklenicinin hak kazanacağı arsa payları ya da bağımsız bölümlerden öncelikle tapuda arsa payı ya da bağımsız bölüm mülkiyetini devralan üçüncü kişilerin daha sonra ise yükleniciden arsa payını ya da bağımsız bölümü talep etmeye yönelik şahsi hak kazanan üçüncü kişilerin hakkı karşılanacaktır.¹⁵³ Yüklenicinin inşaatı arsa sahibinin teslimden kaçınamayacağı seviyeye getirmesi halinde tamamlanan kısım yönünden kısmi ifa durumu, eksik kalan kısım yönünden ise yüklenicinin temerrüdü gündeme gelecektir.¹⁵⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü gereğince dönme ile sona ermesi halinde inşaatın tamamlanan kısmı arsa sahibine ait olacağından yüklenicinin tamamlanan inşaat kısmı yönünden sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak arsa sahibine karşı bedel talebinde bulunması mümkündür.¹⁵⁵

TBK md. 475 uyarınca, “*eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde... eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.*” Yüklenicinin temerrüdü durumunda inşaatın arsadan kaldırılmasının aşırı zarara sebebiyet vereceği durumlarda arsa sahibinin sözleşmeden dönme yerine sözleşmeyi fesih hakkını kullanmasının TBK md. 475 hükmüne ve hakkaniyete daha uygun olacağı görülmektedir.¹⁵⁶ Bedelin aynı olarak tespit edilmesi sebebi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme nedeni ile sona ermesi halinde yüklenicinin hak kaybına uğrayacağı, emek harcayan yüklenicinin emeğinin heba olacağı, yüklenicinin tamamen arsa payından mahrum bırakılmasının çıkarlar dengesine aykırı olacağı, hakkaniyet gereğince yükleniciye tamamlanan inşaatın seviyesi ile orantılı arsa payının devrinin yapılmasının gerektiği doktrindeki bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır.¹⁵⁷ Sözleşmenin feshedilmesi durumunda yüklenici, yapılan işle orantılı olarak karşı edim olan arsa payını talep edebilecektir.¹⁵⁸ Ayrıca yükleniciye kalan ve yüklenicinin üçüncü kişiye

¹⁵³ Kostakoğlu, İnşaat Hukuku, s. 982.

¹⁵⁴ Yener, Arsa payı s. 106.

¹⁵⁵ Yener, Arsa payı s. 106.

¹⁵⁶ Kahraman, “Avans Tapu”, s. 784.

¹⁵⁷ Bu konudaki görüşler için bkz; Yener, Arsa payı s. 100 vd.; Kahraman, “Avans Tapu”, s. 784 vd.

¹⁵⁸ Yener, Arsa payı s. 106.

satışını vaad ettiği arsa payları yönünden üçüncü kişinin arsa sahibi ve yükleniciye karşı tescile zorlama davası açması mümkündür.¹⁵⁹

Arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilecek arsa payları önceden sözleşme ile belirlendiğinden TBK md. 480'de düzenlenen götürü usulü ile yapılan eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine de uygulanması gerekmektedir.¹⁶⁰ Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanmasını engelleyen bir yasal engel mevcut değildir.¹⁶¹ Aşırı ifa güçlüğüne düşen yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uyarlanmasını talep hakkı mevcuttur. Sözleşmenin uyarlanması TBK md. 480 f. 2 gereğince mahkemeden talep edilecek bir husustur.¹⁶² Bu sebeple yüklenicinin tek başına karar alma yetkisi yoktur. Sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı hallerde sözleşmenin feshi ya da sözleşmeden dönme hususları gündeme gelecektir.¹⁶³

¹⁵⁹ YİBBGK 25/01/1984 tarih ve E.1983/3, K.1984/1, (<http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=5391>, E.T. 08/11/2022).

¹⁶⁰ Gülistan Aşan, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Uyarlanması”, SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, ss. 1444- 1480.

¹⁶¹ Aşan, “Arsa Payı Karşılığı, 1445.

¹⁶² Aşan, “Arsa Payı Karşılığı, 1445.

¹⁶³ Y.15. HD. E. 2019/3771 K. 2020/1216 T. 02/06/2020 “... TBK'nın 480/II. maddesine göre götürü bedelli eser sözleşmesinin uyarlanmasının istenmesi ve uyarlanması mümkün olup, götürü bedelli olmayan eser sözleşmeleri ve diğer sözleşmelerde işin özelliği ile koşulların gerçekleşmesi halinde genel kural niteliğinde olan TBK'nın 138. maddesine göre uyarlama talep edilmesi ve sözleşmenin uyarlanması mümkündür...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022); Y.15. HD. E. 2019/2492 K. 2020/71 T. 14/01/2020 “... Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi kurulundan sözleşmeye göre kazı yapılması için ödenecek bedel ile zeminin sözleşme sırasında verilen zemin raporlarına uygun olmaması sebebiyle yapılması gereken gerçek kazı bedeli arasındaki fark ile bu farkın tüm götürü bedele kıyaslandığında tarafların önceden tahmin etmedikleri veya öngördükleri halde meydana gelmesine ihtimal vermedikleri olağanüstü şart niteliğinde olup uyarlama yapılarak sözleşmedeki götürü bedelin artırılmasının gerektirip gerektirmediği ile uyarlama gerekiyorsa bunun miktarı hususlarında gerçekli ve denetime elverişli rapor alınıp 6098 sayılı TBK'nın 480/II. maddesi hükmünün uygulanması gerekir gerektirmediği mahkemece değerlendirilerek sonucuna

D. İfa Engelinin Bulunmaması Şartı

TBK md. 483 f. 1 gereğince, “*eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa işsahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.*” Sözleşmeye konu inşaat tamamlanıp arsa sahibine teslim edilmeden önce beklenmedik bir olay sonucu yıkılırsa sonraki imkânsızlık hali sebebiyle arsa sahibi ve yüklenicinin borçları sona erecektir.¹⁶⁴ Ancak sözleşme süresine uyulması şartı ile yıkılan inşaat yüklenici tarafından yeniden yapılabilir.¹⁶⁵ Ayrıca yıkıldıktan sonra yüklenici tarafından yeniden yapılan inşaatın zamanında teslim edilmemesi halinde mücbir sebep halleri ve temerrüde ilişkin hususların olayda değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁶⁶ İnşaat teslimden önce beklenmedik olay sonucu yıkılıp, yıkılan inşaat yüklenici tarafından yeniden yapılmaz ise yüklenici, çalışması karşılığında arsa sahibinden herhangi bir talepte bulunamayacak, hasara kendisi katlanacaktır.¹⁶⁷ Yükleniciye devredilen arsa payları varsa bunların yüklenici tarafından arsa sahibine iade edilmesi gerekecektir.¹⁶⁸ İnşaat tamamlanmadan önce inşaatta meydana gelen hasarlar ise inşaatın tesliminde imkânsızlığa sebep olmaz.¹⁶⁹ Yapılan inşaatın ağır derecede kusurlu olması veya imar mevzuatına aykırı olması sebebiyle yıkımı gerekliyse, yıkım masrafları yükleniciye ait olmak üzere yıkılması gerekmektedir.¹⁷⁰ Yıkım neticesinde inşaat kalıntısında oluşan bir ekonomik değer varsa yükleniciye ait olacaktır.¹⁷¹

TBK md. 485 maddesi gereğince, “*eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin*

uygun bir karar verilmesinden ibarettir. Eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022).

¹⁶⁴ Eren, Borçlar Özel, s.706; Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.674; Aral, Özel Borç İlişkileri, s.440.

¹⁶⁵ Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.676.

¹⁶⁶ Eren, Borçlar Özel, s.705.

¹⁶⁷ Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.674.

¹⁶⁸ Aral, Özel Borç İlişkileri, s.440; Kırmızı, Eser Sözleşmesi, s.674.

¹⁶⁹ Aral, Özel Borç İlişkileri, s.440.

¹⁷⁰ Enli, Kat Karşılığı, s. 174.

¹⁷¹ Enli, Kat Karşılığı, s. 174.

ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.” Bu hükmün uygulanabilmesi için yüklenicinin kusuru olmadan arsa sahibinin kendisinde veya çevresinde meydana gelen olaylardan dolayı inşaat yapma imkanının objektif olarak sona ermesi gerekmektedir.¹⁷² İmkânsızlık hali inşaat başlamadan önce veya inşaat devam ederken ortaya çıkabilir.¹⁷³

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan arsa payı ya da bağımsız bölüm talep etmeye yönelik kişisel hakkını devretmesi arsa sahibinin rızasının alınması şartına bağlanmışsa yüklenicinin devirden önce arsa sahibinin onayını alması gerekmektedir.¹⁷⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmeden doğan alacak hakkını üçüncü kişilere ya da belli kişi veya kişilere devretmeyeceğine yönelik devir yasağının bulunması halinde yüklenici hakkını üçüncü kişilere devredemez (TBK md. 183 f. 1).¹⁷⁵ Yüklenicinin alacağını devretmesi durumunda arsa sahibi alacağına ilişkin devir yasağı olduğunu üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir.¹⁷⁶

IV. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ARSA PAYI YA DA BAĞIMSIZ BÖLÜM MÜLKİYETİNİ DAVA YOLUYLA İLERİ SÜRMESİ

A. Görevli Mahkeme

Arsa payı ya da bağımsız bölüm mülkiyeti devralmaya yönelik olarak yüklenici ile sözleşme akdeden üçüncü kişinin, yüklenici ya da arsa sahibine karşı açacağı davalarda görevli mahkeme, devre konu bağımsız bölümün kullanım amacına ve üçüncü kişinin sözleşme imzalarken taşıdığı amaca göre değişmektedir.

Arsa payı ya da bağımsız bölümün mülkiyetini devir amacıyla sözleşme akdeden üçüncü kişinin ve yüklenicinin her ikisinin tacir sayıldığı, yapılan işlemin tarafların ticari işletmesi ile ilgili olduğu

¹⁷² Durak, Arsa Payı, s. 238.

¹⁷³ Durak, Arsa Payı, s. 238.

¹⁷⁴ Yener, Müteahhidin Kat Karşılığı s.374.

¹⁷⁵ Yener, Müteahhidin Kat Karşılığı s.374.

¹⁷⁶ Reisoğlu, Arsa Payı Karşılığı, s. 15; Yener, Müteahhidin Kat Karşılığı s.374.

hallerde açılacak davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır (TTK md. 4).¹⁷⁷

Yüklenici ile konut ve tatil amaçlı olmaksızın, arsa payının ya da bağımsız bölümün mülkiyet hakkını devralmaya yönelik sözleşme akdeden üçüncü kişinin bu hakkını arsa sahibi ve yükleniciye karşı ileri sürmek üzere açacağı davalarda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır (HMK md. 2 f. 1).¹⁷⁸ Özellikle tacir olmayan üçüncü kişinin inşaatın kapı, pencere, dolap gibi belli kısımlarını yapma karşılığında yükleniciden arsa payı ya da bağımsız bölümün tescilini talep etme hakkını devraldığı hallerde açılacak davalar yönünden görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır.¹⁷⁹ Aynı şekilde yatırım

¹⁷⁷ Tokat, Tescile Zorlama s. 237; Y.6. HD. E. 2022/310 K. 2022/217 T. 20/01/2022 “... 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesine göre, bir davanın ticari dava sayılması için uyumsuzluk konusu işin taraflarının her ikisinin birden ticari işletmesiyle ilgili olması ya da tarafların tacir olup olmadıklarına veya işin tarafların ticari işletmesiyle ilgili olup olmamasına bakılmaksızın Türk Ticaret Kanunu veya diğer kanunlarda o davaya asliye ticaret mahkemesinin bakacağı yönünde düzenleme olmalıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, tarafların tacir olup olmamasına bakılmaksızın ticari dava sayılan havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin uyumsuzlıklardan doğan davalar herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmiyorsa, ticari dava vasfını kaybedecektir. Diğer taraftan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 19/II. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işin diğeri için de ticari iş sayılması, davanın niteliğini ticari hale getirmeyecektir. Zira, Türk Ticaret Kanunu, kanun gereği ticari dava sayılan davalar haricinde, ticari davayı ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hal böyle olunca, işin ticari nitelikte olması davayı ticari dava haline getirmez...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022).

¹⁷⁸ Mustafa Arıkan, Kemal Erdoğan, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl 2015, S. (34): ss. 145-172, s.168.

¹⁷⁹ Y.5. HD. E. 2021/5661 K. 2021/10803 T. 04/10/2021 “... Somut olayda davacı ile davalı şirket arasında düzenlenen 05/12/2011 günlü " İş karşılığı daire sözleşmesidir " başlıklı sözleşmenin yapılmakta olan inşaatın dış cephe mantolama, dış cephe sıva, iç banyo, mutfak kara sıvaları, alçı sıva, saten sıva, boya, söve ve kartonpiyer işlerinin yapılması yönünde taşeron firma ile aynı inşaatta bulunan 7 nolu bağımsız bölümü 120.000,00 TL bedelle anlaşıldığı, ancak diğer davalı arsa sahibinin hiçbir daireyi diğer davalıya devretmediği gibi sözleşme konusu taşınmazı 3.

amacıyla hareket ederek yükleniciden birden fazla daire, depo veya dükkân niteliğinde bağımsız bölümün mülkiyetini devralmaya yönelik olarak sözleşme yapan ve tacir sıfatına sahip olmayan üçüncü kişi tarafından yüklenici veya arsa sahibine karşı açılacak davalarda da, görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır.¹⁸⁰

- kişiye sattığı, ilgili taşınmazın müteahhitte olması gerekirken 3. kişiye satılan daire nedeni ile davacının zarara uğradığı belirtilerek alacağın tahsili talep edilmiştir. Davacı ve davalıların 4077 sayılı Kanun kapsamındaki tüketici tanımına uymadığı, taraflar arasında tüketici işlemi bulunmayıp, genel hükümler uyarınca çözümlenecek arsa sahibi ile yüklenici arasında eser sözleşmesinden kaynaklanan dava niteliğinde olduğu anlaşıldığından, uyumsuzluğun asliye hukuk mahkemesince görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022).*
- ¹⁸⁰ Ümran Aktaş Çelik, Tüketici Hukuku Açısından Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s.116; Y.20. HD. E. 2016/3413 K. 2016/6450 T. 07/06/2016 “... Taraflar arasındaki uyumsuzluğun, mesleki ve yatırım amacıyla satın alınan dükkân (işyeri) satışından kaynaklandığı, davalının 4077 sayılı Kanunda belirtilen “Tüketici” tanımına girmediği anlaşılmalı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalmayan uyumsuzluğun asliye hukuk mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022); Y.13. HD. E. 2011/8588 K. 2011/20143 T. 22/12/2011 “... Somut uyumsuzlukta, davalı temyiz itirazında, dava konusu 10 adet daireyi yatırım amaçlı olarak satın aldığı açıklamıştır. O halde, davalı tarafın anılan taşınmazları ticari amaçla edindiği, bu işlemin tüketici işlemi olmadığı gibi, davalının da tüketici sıfatını taşımadığı anlaşıldığından taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı yasa kapsamında kalmadığı anlaşılmaktadır. YHGK'nun 30.6.2010 gün ve 2010/14-358 esas ve 2010/353 kararı da aynı nitelikte olup, dava olunan miktara göre davaya bakmaya genel mahkeme görevli olduğundan işin esası incelenerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022); Y.6. HD. E. 2022/310 K. 2022/217 T. 20/01/2022 “... İstanbul 7. Tüketici Mahkemesince, dava konusu sözleşmenin incelenmesinde dükkân ya da iş yeri niteliğinde taşınmaz satın alınması amacıyla yapılmış olduğu dükkân/işyeri niteliğindeki taşınmazın bireysel kullanım amacı olamayacağı ve ancak kâr elde etme amacıyla alınıp satılabileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. İstanbul 18. Asliye Ticaret Mahkemesi ise somut olayda ihtilafın müteahhit tarafından davacıya noter kanalıyla satışı vadedilen 2 adet bağımsız bölümün teslim edilmediği iddiasıyla açılan tapu iptali tescil istemine ilişkin olduğu, davacının tacir olduğuna ve ticari işletmesi bulunduğu dair delil veya belge ibraz

Üçüncü kişinin konut veya tatil amaçlı arsa payı ya da bağımsız bölüm devrine ilişkin sözleşmeyi, ticari ve mesleki amaçla hareket eden yüklenici ile yaptığı hallerde yüklenicinin edimini yerine getirmemesi sebebiyle açılacak davalarda görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır (TKHK md. 73 f. 1).¹⁸¹ Yüklenicinin inşaata başlamadan önce veya başladıktan hemen sonra temelden satış şeklinde üçüncü kişiler ile imzaladıkları sözleşmeler bakımından TKHK 40 vd. yer alan “ön ödemeli

edilmediği, bağımsız bölümlerin yatırım amaçlı alımının yapılmasının kişiye tacir sıfatı kazandıramayacağı, tüketicinin de bir çok işlemlerini yatırım amaçlı yapabileceği gözönüne alındığında davaya bakma görevi yatırım amaçlı bağımsız bölüm alımı nedeniyle tüketici mahkemesine ait olduğu davacının satışını almayı taahhüt ettiği bağımsız bölümlerle ilgili olarak ticari faaliyette bulunduğu dair dosyaya delil ya da belge de sunulmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir... 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince İstanbul Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesinin yargı yeri olarak belirlenmesine...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022)

- ¹⁸¹ Y.15. HD. E. 2020/788 K. 2020/874 T. 03/03/2020 “... Davacı davasında önceki tapu maliki belediyenin taşınmazı tahsis ettiği dava dışı Konut Yapı Kooperatifinin arsa sahibi sıfatıyla, yüklenici davalı J. Ltd. Şti. ile imzaladığı arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereğince yapılacak inşaatta; yükleniciye isabet eden bağımsız bölümü satın aldığını ileri sürerek temlikten tescil sebebine dayalı olarak tapu iptali ve tescil isteminde bulunmuştur. Davacı, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan tüketici, davalı yüklenici şirket satıcı, kooperatif de arsa sahibi olup davacı, yüklenicinin dayalı olarak tapu iptal ve tescil isteminde bulunduğu davaya bakmakla tüketici mahkemesi görevlidir. Arsa sahibi kooperatifin davada taraf olması ve yüklenicinin bağımsız bölüm sattığı kimseleri ayrıca kooperatife üye yapacağını üstlenmiş olması, ihtilâf kooperatif üyeliği ya da üye yapılmaması ile ilişkilendirmez. İhtilâf temlikten tescil isteminde kaynaklandığından tüketici mahkemelerini görevsiz, ticaret mahkemelerini görevli hale getirmez...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022); Y.14. HD. E. 2016/14451 K. 2020/131 T. 07/01/2021 “... Somut olayda da davacı tüketici, yüklenicinin temlikine dayalı olarak tapu iptali ve tescil isteğinde bulunduğu o yerde ayrı bir tüketici mahkemesi varsa çekişmenin tüketici mahkemesinde görülmesi, aksi halde davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması yasadan kaynaklanan bir zorunluluktur. Mahkemece kamu düzeninden olan görev hususu re'sen gözetilerek yukarıda yazılı olduğu şekilde işlem yapılması gerekirken görevli olmayan asliye hukuk mahkemesince çekişmenin esasının incelenip hükme bağlanması doğru görülmemiş, hükmün bu sebeplerle bozulması gerekmiştir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022).

konut satışına” ilişkin hükümler devreye girecektir.¹⁸² TKHK md. 40’a göre yüklenicinin tüketiciler ile ön ödemeli konut satış sözleşmesi imzalayabilmesi için en azından yapı ruhsatını almış olması gerekmektedir. Aksi halde sözleşmenin geçersizliği gündeme gelecektir.¹⁸³

B. Yetkili Mahkeme

Konut veya tatil amaçlı arsa payı ya da bağımsız bölüm devrine yönelik yüklenici ile sözleşme imzalayan üçüncü kişiler tarafından açılacak davalarda genel yetkili mahkeme yanında tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesi de yetkilidir (TKHK md. 73 f. 1).¹⁸⁴ Bu seçimlik yetki kuralı tüketici tarafından açılacak davanın konusunun taşınmazla ilgili şahsi hakka ilişkin olması halinde uygulanır. Açılacak davanın konusunun taşınmazın aynına ilişkin olması halinde taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili olacaktır. (HMK md. 12 f. 1)¹⁸⁵

C. Davanın Tarafları

Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borçlarını tamamen ifa etmesi sebebiyle, alacağın devri yoluyla arsa payı ya da bağımsız bölüm mülkiyetine hak kazandığını iddia eden üçüncü kişi tarafından, halen malik konumunda bulunan arsa sahibine karşı açılacak tescile zorlama davasının, yüklenici ve arsa sahibine birlikte yöneltilmesi gerekmektedir.¹⁸⁶ Ayrıca yükleniciden arsa payı ya da

¹⁸² Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.461.

¹⁸³ Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, s.461.

¹⁸⁴ Tokat, Tescile Zorlama s. 237.

¹⁸⁵ Y.5. HD. E. 2022/6414 K. 2022/9563 T. 30/05/2022 “...Somut olayda, dava devremülk sözleşmesinden cayma nedeniyle sözleşmenin feshi, verilenlerin iadesi ve tapu iptali istemine ilişkin olup, dava dilekçesi ve dosya kapsamından taşınmazın aynına ilişkin bir dava olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda uyumsuzluğun, dava konusu taşınmazın bulunduğu yer olan Afyonkarahisar 2. Asliye Hukuk (Tüketici Mahkemesi Sıfatıyla) Mahkemesi'nde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir...” (Uyap Portal E.T. 09/12/2022).

¹⁸⁶ Y.6. HD. E. 2022/2846 K. 2022/3722 T. 28/06/2022 “...Yüklenicinin temlik arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olup yüklenici ile arsa

bağımsız bölümün adına tescilini talep etmeye yönelik kişisel hakkı devralan üçüncü kişinin, devraldığı bu alacak hakkını başka bir kişiye devretmesi halinde, alacağı devralan son kişinin açacağı tescile zorlama davasında da, husumetin yüklenici ve arsa sahibine birlikte yöneltmesi gerekmektedir. Bu davalarda yüklenici ile arsa sahibi arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır.¹⁸⁷ Tapuya şerh edilmiş olması koşulu ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu arsanın devri durumunda husumet yeni tapu maliki ve yükleniciye birlikte yöneltilecektir.¹⁸⁸ Aynı şekilde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilmesi halinde, arsa paylarının mülkiyetinin tamamının yüklenici adına tescil edilmemiş olması şartı ile, üçüncü kişi tarafından açılacak tescile zorlama davasında husumetin yükleniciyle birlikte arsa sahibine yöneltilmesi gerekmektedir.¹⁸⁹ Arsa mülkiyetinin tamamının peşin olarak yükleniciye devredildiği halde üçüncü kişi tarafından açılacak tescile zorlama davası ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme ile sona erdiği hallerde açılacak tazminat davasında husumetin yalnızca yükleniciye yöneltmesi yeterlidir.¹⁹⁰

sahipleri arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Mahkemece yapılan yargılama sırasında bir kısım arsa maliklerinin vefat ettiği, taşınmaz maliklerinin değiştiği anlaşılmaktadır. HMK'nın 114. ve devamı maddeleri gereğince, taraf teşkilini mahkemenin yargılamanın her aşamasında resen gözetmesi gerekmektedir. Bu durumda mahkemece öncelikle taraf teşkili sağlanmalı, dava dışı yüklenici ile yeni maliklere dava açılıp birleştirilmek, arsa sahiplerinden vefat edenlerin mirasçılarının davaya dahil edilmesi suretiyle taraf teşkilinin sağlanması gerekmektedir...” (Uyap Portal E.T. 10/12/2022).

¹⁸⁷ Y.7. HD. E. 2021/2099 K. 2022/1008 T. 14/02/2022 “...bu gibi davalarda arsa sahipleri ile yüklenici arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu bulunduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, inceleme ve araştırmanın yüklenici şirketin de taraf olduğu bir davada yapılması gerektiğinden mahkemece, davacı tarafa arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin müteahhidi olan şirket hakkında ayrı bir dava açmak üzere mehil verilmeli, açıldığı takdirde o dava eldeki dava dosyası ile birleştirilmeli, tüm taraf savunma ve delilleri toplanmalı, özellikle yüklenicinin inşaat sözleşmesi gereğince edimlerini yerine getirip getirmediği belirlenerek davacıların talepleri hakkında bir karar verilmelidir...” (Uyap Portal E.T. 10/12/2022).

¹⁸⁸ Tokat, Tescile Zorlama s. 235.

¹⁸⁹ Arıkan, Erdoğan, Arsa Payı, s.169.

¹⁹⁰ Arıkan, Erdoğan, Arsa Payı, s.169; Y. HGK. E. 2008/15-749 K. 2008/751 T. 17/12/2008 “...yaptığı sözleşme mahkeme kararı ile geriye etkili

Arsa paylarının mülkiyetini peşinen devralan yüklenicinin, bu arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesinden sonra, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilmesi halinde, arsa sahibinin arsa paylarının yeniden kendi adına tescili için açacağı tescile zorlama davasında husumetin yalnızca tapu maliki olan üçüncü kişiye yöneltilmesi yeterlidir.¹⁹¹

Yüklenicinin inşaatı tamamlamayıp temerrüde düşmesi üzerine arsa sahibinin masrafı yükleniciye ait olmak üzere inşaatı tamamlaması halinde (nama ifa), arsa payı ya da bağımsız bölüme yönelik alacak hakkını yükleniciden devralan üçüncü kişi tarafından açılacak davalarda husumetin arsa sahibine yöneltilmesi gerekmektedir.¹⁹²

feshedilen yüklenici ile davalı üçüncü kişi arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Anılan kişiler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı mevcuttur...” (Uyap Portal E.T. 10/12/2022); Y.6. HD. E. 2021/6412 K. 2022/3004 T. 01/06/2022 “...Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış (yok) farz edilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri alabilir...” (Uyap Portal E.T. 10/12/2022); Y.3. HD. E. 2021/603 K. 2022/3 T. 17/01/2022 “...Hal böyle olunca mahkemece; kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshedilmesi ve sahibi buldukları tapularının iptal edilmesi nedeniyle, davacıların satın aldıkları dairelerin dava tarihi itibarıyla belirlenen rayiç değerlerini davalı yükleniciden talep edebilecekleri gözetilerek davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Uyap Portal E.T. 10/12/2022).

¹⁹¹ Y. HGK. E. 2008/15-769 K. 2008/752 T. 17/12/2008 “...yaptığı sözleşme mahkeme kararı ile geriye etkili feshedilen yüklenici ile davalı üçüncü kişi arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Anılan kişiler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı mevcuttur. Bu nedenle dava dışı yüklenici N. aleyhine ayrı bir dava açmaya ve eldeki dava ile birleştirmeye gerek yoktur. Bu durumda, yüklenicinin mecburi dava arkadaşı olmadığını ve davalı olması da gerekmediğini ve buna göre davacının yükleniciyi davaya dahil etme mecburiyeti olmadığını kabul eden direnme kararı yerindedir...” (Uyap Portal E.T. 10/12/2022).

¹⁹² Tokat, Tescile Zorlama s. 235.

V. SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenici, inşa etmeyi üstlendiği inşaata sermaye oluşturmak amacıyla, arsa sahibine karşı sahip olduğu arsa paylarının veya bağımsız bölümlerin mülkiyetini talep etme şeklindeki kişisel hakkını üçüncü kişilere devredebilir. Uygulamada yüklenicinin arsa paylarının devri amacıyla üçüncü kişiler ile taşınmaz satış sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, alacağın temlik sözleşmesi ve adi yazılı taşınmaz satış sözleşmeleri yaptıkları görülmektedir.

Arsa paylarının mülkiyetini arsa sahibinden peşin devralan yüklenici, devraldığı arsa paylarını taşınmaz satış sözleşmesi ile üçüncü kişilere satarak inşaat için sermaye ihtiyacını giderebilir. Arsa sahibi tarafından sözleşmenin ifasından önce yükleniciye yapılan tapu devirleri Yargıtay tarafından “avans tapu” olarak isimlendirilmektedir. Yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan borçlarını yerine getirmemesi sebebiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin dönme ile sona ermesi halinde, arsa payını devralan üçüncü kişi adına olan tapu kaydı Yargıtay tarafından “avans tapu” olarak kabul edildiğinden arsa sahibinin, üçüncü kişi adına olan tapu kaydı için tescile zorlama davası açması mümkündür. Üçüncü kişinin burada iyiniyet iddiasında bulunmayacağı Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi’nin kabul ettiği “avans tapu” kavramının tapu kütüğüne güven ilkesi ve taşınmaz satışının şarta bağlanamaması ilkesi ile çelişmesi sebebi ile doktrinde eleştirilmektedir. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında ulaştığı sonuçlar TMK 1023 maddesinde düzenlenen tapuya güven ilkesi ile uyuşmamaktadır.

Arsa paylarını arsa sahibinden peşin alan yüklenici, arsa paylarının mülkiyetini üçüncü kişiye devretmek yerine üçüncü kişi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kurabilir. Yüklenici ile üçüncü kişi arasında kurulan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacağın temlik niteliğinde olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Yargıtay ayrıca yüklenicinin arsa paylarının devri amacıyla üçüncü kişi ile yaptığı adi yazılı taşınmaz satış sözleşmesinin de geçersiz olmadığını, tahvil yoluyla alacağın devri sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, alacağın temlik sözleşmesi veya adi yazılı taşınmaz satış sözleşmesinin üçü de alacağın devri olarak Yargıtay tarafından kabul edildiğinden ilk sözleşmenin yapılması ile birlikte söz konusu arsa payı ya da bağımsız bölüme ilişkin kişisel hak yüklenicinin malvarlığından çıkmaktadır. Zira alacağın devri işlemi

tasarruf işlemi niteliğindedir. Bu sebeple bu sözleşmelerden zaman olarak önce yapılan üstünlük tanınmalıdır. Aynı arsa payı için taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, alacağın temlik sözleşmesi veya adi yazılı taşınmaz satış sözleşmesi yapıldıktan sonra ilgili arsa payının ya da bağımsız bölümün mülkiyetinin üçüncü kişiye tapuda devredilmesi halinde aynı hakkın önceliği ilkesi gereğince tapu malikinin aynı hakkına öncelik tanınacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenicinin borcunu ifa ettiğinin kabul edilebilmesi için inşaatın arsa sahibinin teslimden kaçınmayacağı oranda (%90 ve üzeri) tamamlanmış, sözleşme ile kararlaştırılmışsa kat irtifakının kurulmuş, iskân ruhsatının alınmış, inşaatın arsa sahibine teslim edilmiş, sözleşmenin feshedilmemiş, ifa engelini ortaya çıkmamış, ifa zamanının gelmiş olması gerekmektedir. İnşaatın tamamlanma oranı yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan asli edimi olan inşaat yapma borcuna yönelik olduğu için bu şartlar içerisinde ayrıca öneme sahiptir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin fesih ile mi yoksa dönme ile mi sona erdirileceği inşaatın tamamlanma oranına göre belirlenir. Tamamlanma oranı yüzde doksan ve üzeri bir aşamaya gelen inşaatın konu olduğu sözleşme için sözleşmenin feshi hükümleri gündeme gelirken bu orandan daha düşük bir tamamlanma oranı içinse sözleşmeden dönme hükümleri gündeme gelecektir. Ayrıca ifa zamanı geldiğinde yüklenicinin borcunu yerine getirip getirmediği hususu inşaatın tamamlanma oranına ve iskân ruhsatının alınıp alınmadığına göre değerlendirilecektir. Tamamlanma oranı yüzde doksan ve üzeri olan inşaatın eksik kalan işlerinin bedeli ile iskân ruhsatı masraflarının mahkemeye depo edilmesi koşulu ile üçüncü kişi bağımsız bölümün kendi adına tescilini devre yanaşmayan arsa sahibinden dava yoluyla talep edebilir.

Mevcut mevzuat ve Yargıtay içtihatları dikkate alındığında üçüncü kişinin yüklenici ile taşınmaz satış sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, alacağın devri sözleşmesi ya da adi yazılı şekilde düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi yapması halinde yeterli hukuki koruyuculuktan yararlanmayacağı anlaşılmaktadır. Yargıtay içtihatları incelendiğinde, yüklenicinin arsa payı karşılığı sözleşmesinden kaynaklanan borcunu Yargıtay'ın belirlediği oranda yerine getirmemesi halinde üçüncü kişinin arsa payına ya da bağımsız bölüm mülkiyetine hak kazanması mümkün gözükmemektedir. Üçüncü kişinin korunması için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, arsa paylarının inşaatın seviyesi ile orantılı olarak yükleniciye devredilmesini içeren kademeli ferağ şeklinde düzenlenmesi ve bağımsız bölüm devri amacıyla üçüncü kişi ile

Üçüncü Kişinin, Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkına (Arsa Payı ya da Bağımsız Bölüm) Hak Kazanma Şartları

yüklenici arasında noter ya da tapu müdürlüğünde taşınmaz satış sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Kademeli ferağ şartı içeren sözleşmeler feshedilse bile yüklenici inşaatın geldiği seviye ile orantılı olarak arsa payı mülkiyetine hak kazanır. Kademeli ferağ ile arsa paylarının mülkiyetine hak kazanan yüklenicinin bu arsa paylarını üçüncü kişilere satışı, üçüncü kişiler yönünden daha korunaklı bir hukuki durum yaratmaktadır. Kademeli ferağ şartlı sözleşmeye dayanarak yüklenici ile sözleşme yapan üçüncü kişi, yüklenicinin hak kazandığı arsa paylarının mülkiyetini devraldığından dolayı arsa sahibinin üçüncü kişiye karşı arsa paylarının devri amacıyla tescile zorlama davası açması mümkün olmayacaktır. Ancak her halükârda bağımsız bölümün tamamlanıp teslimi amacıyla yükleniciye ödeme yapan üçüncü kişinin tamamlanmamış bir bağımsız bölüm nedeniyle mağdur olması kaçınılmazdır. Bu sebeple üçüncü kişinin yükleniciye yapacağı ödemelerin de kademeli bir şekilde yapılmasını sağlayacak bir sistemin geliştirilmesi ve kurulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk, “Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”, www.e-akademi.org, (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Sayı: 134, Aralık 2013 s.3, (E.T. 08/11/2022).
- AKINTÜRK, Turgut, Derya ATEŞ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- ARIKAN, Mustafa, Kemal ERDOĞAN, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devri”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl 2015, S. 34, ss. 145-172.
- AŞAN, Gülistan, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Uyarlanması”, SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, ss. 1444- 1480.
- ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- AYAN, Serhat, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ÇAVDAR, Pelin, “Anayasa Mahkemesi’nin 2014/12321 Başvuru Numaralı ve 20.07.2017 Tarihli Tari Kararı’nın Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, ISSN 2146-0590, ss. 415-439.
- ÇELİK, Ümran Aktaş, Tüketici Hukuku Açısından Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- DUMAN, İlker Hasan, 100 Soruda Yapı Ruhsatı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- DUMAN, İlker Hasan, 40 Soruda Yapı Kullanma İzni (İskân Belgesi), Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

- Üçüncü Kişinin, Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkına (Arsa Payı ya da Bağımsız Bölüm) Hak Kazanma Şartları
- DUMAN, İlker Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Dava ve Sorunlar Nasıl İncelenmelidir, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- DURAK, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.1, Yıl 2015.
- ENLİ, İsa, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul 2007.
- ERTAŞ, Şeref, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsnel’e Armağan, İzmir 2001, ss. 79- 92.
- KAHRAMAN, Zafer, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan “Avans Tapu” Kavramının Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, ss.781-797.
- KARTAL, Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Matsa Basımevi, Ankara, 1993.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Yayınevi, Ankara 2020.
- KIRCA, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi” 22. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler -Tartışmalar, XXII, 15 Aralık 2006, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, ss. 75-98.
- KIRMIZI, Mustafa, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Şen Matbaa, Ankara 2014.
- KOSTAKOĞLU, İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.
- KURŞAT, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Yayınevi, İstanbul 2017.

- KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.
- ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- ÖZTAŞ, İlker, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Arsa Sahibi Tarafından Haksız Olarak Sona Erdirilmesine İlişkin Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi”, İnşaat Hukuku Sempozyumu, (47-76), Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- PAKET, Sabure, Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- REİSOĞLU, Safa, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi’ne İlişkin Bir Kısım Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), C. XXIV, S. 2, Aralık 2007, ss. 5-17.
- SARI, Suat, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, İÜHFM, C. LXIV, S. 2, Yıl 2006, ss. 273-279.
- SÜTÇÜ, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- TOKAT, Hüseyin, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2016 ss. 181- 245.
- TOPRAK, İpek Betül Aldemir, Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- TOPUZ, Murat, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- USTA, Oğuz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- UYGUR, Turgut, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1993.
- YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

Üçüncü Kişinin, Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkına (Arsa Payı ya da Bağımsız Bölüm) Hak Kazanma Şartları

YENER, Mehmet Deniz, “Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları”, İÜHFMD C. LXV, S.2, ss. 371-382.

YENER, Mehmet Deniz, Arsa payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

YILDIRIM, Ayça Akkayan, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Erdirmenin Etkileri”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, ss. 49- 87.

YILMAZ, Derya G. Bütün, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, TAAD, Yıl: 11, S. 38 (Nisan 2019) ss. 107- 130.

ZEVKLİLER, Aydın, Kadir Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Yayınevi, Ankara 2019.

portal.uyap.gov.tr (E.T. 11/11/2022).

<http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=5391> (E.T. 08/11/2022).

BAĞLI TÜKETİCİ KREDİ SÖZLEŞMELERİ

Bahadır DEMİR*

ÖZ

Bağlı kredi sözleşmeleri tüketicinin münhasıran belirli mal varlığı ya da hizmetin finansmanını sağlamak için yapmış olduğu sözleşmedir. Bağlı kredi ilişkisinde tüketici iki tane sözleşme yapmaktadır. İlk olarak satıcı/sağlayıcı ile ikinci olarak kredi veren ile sözleşme yapmaktadır. Bağlı kredi ilişkisinde tüketicinin yapmış olduğu bu sözleşmeler arasında objektif açıdan ekonomik birlik söz konusudur. Bağlı kredi sözleşmesini olağan kredi sözleşmesinden ayıran temel özellik, tüketicinin kredi sözleşmesini yalnızca belirli mal varlığı ya da hizmetin tedariki amacıyla kullanabilmesidir. Bu anlamda olağan kredi sözleşmesinde tüketici aleyhine bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bundan dolayı Kanun Koyucu sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketicinin hem satıcı ile hem de kredi veren ile yapmış olduğu sözleşmelerde, tüketiciyi koruyan birtakım hükümler öngörmüştür. Sözleşmenin yapılmasından sonra satıcı ya da sağlayıcının mal veya hizmeti hiç ifa etmemesi ya da ayıplı ifa etmesi sonucu tüketicinin sözleşmeden dönme ya da bedelden indirim hakkını kullanması halinde kredi veren, satıcıyla birlikte tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici işlemi, bağlı kredi, kredi sözleşmesi, ekonomik birlik, müteselsil sorumluluk.

* Öğr. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu, E-Mail: bahdemir@ankara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5658-8665.

Makalenin Gönderim Tarihi : 11.05.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 22.12.2023.

APPLICATION OF THE GENERAL PRINCIPLES OF EUROPEAN UNION LAW TO PUBLIC PROCUREMENTS BELOW THE THRESHOLD VALUE

ABSTRACT

Tied credit agreements are agreements made by the consumer exclusively to finance certain goods or services. In a tied credit relationship, the consumer makes two contracts. Firstly, the contract is made with the seller/supplier and secondly with the lender. In the tied credit relationship, there is an objective economic unity between these contracts made by the consumer. The main feature that distinguishes a tied loan contract from a regular loan contract is that the consumer can use the loan contract only for the supply of certain goods or services. In this sense, there is no restriction against the consumer in the ordinary loan agreement. For this reason, the Legislator has foreseen some provisions that protect the consumer in the contracts made by the consumer, who is the weak party of the contract, with both the seller and the creditor. If the consumer exercises his right to withdraw from the contract or reduce the price as a result of the seller or supplier not performing the goods or services at all or performing them defectively after the contract is made, the creditor becomes jointly liable to the consumer together with the seller.

Keywords: Consumer transaction, tied credit, credit agreement, economic union, joint and joint liability.

I. GİRİŞ

Bağlı kredi sözleşmesi, tüketicinin münhasıran mal varlığı ya da hizmetin tedariki amacıyla yapmış olduğu sözleşmedir. Bağlı kredi sözleşmesinde tüketici, satıcı ya da sağlayıcı ile mal varlığı veya hizmetin tedariki için sözleşme yapmaktadır. Tüketici, satıcı ya da sağlayıcı ile yaptığı sözleşmenin finansmanını sağlamak için kredi veren ile de sözleşme yapmaktadır. Ancak olağan kredi sözleşmelerinden farklı olarak tüketici, söz konusu krediyi sadece belirli mal ya da hizmetin finansmanını sağlamak için kullanabilmektedir. Bu konuda tüketiciye özgürlük tanınmaz. Buna ek olarak satıcı ile kredi verenin tüketici ile yapmış olduğu sözleşmeler arasında objektif bir biçimde ekonomik birlik bulunması gerekir.

Bağlı kredi sözleşmesinde satıcının malı hiç tedarik etmemesi ya da ayıplı mal tedarik etmesi durumunda kredi veren ve satıcı, tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olur. Bu durumda tüketici, satıcıya karşı satış sözleşmesinden doğan defa haklarını kredi verene karşı kullanabilecektir. Kredi verenin müteselsilen sorumluluğu ancak tüketicinin sözleşmeden dönme ve bedelden indirim seçimlik haklarını kullanabilmesi halinde gerçekleşir. Kredi verenin müteselsilen sorumluluğu süre ve miktar açısından sınırlandırılmıştır. Eğer sözleşmede edim ifa edilmemiş ise ya satış sözleşmesinin ya da bağlı kredi sözleşmesinin ifa edileceği öngörülen en son tarih baz alınarak bir yıl boyunca kredi veren, tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacaktır. Kredi verenin müteselsilen sorumluluğu, süreye ek olarak tüketiciye vermiş olduğu kredi miktarıyla da sınırlandırılmıştır. Kredi veren, vermiş olduğu kredi miktarınca tüketiciye karşı sorumlu olup tüketicinin kredi miktarından fazla olan zararlarından sorumlu değildir.

II. BAĞLI KREDİ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. Bağlı Kredi Sözleşmesinin Tanımı

Bağlı kredi sözleşmeleri, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 30. maddesinde kanun koyucu tarafından açıkça tanımlanmıştır. Buna göre “*Bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir*”.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere bağlı kredi sözleşmesinin var olabilmesi için tüketici tarafından çekilen kredinin yalnızca belirli mal ya da hizmetin temini amacıyla çekilmiş olması gerekir. Ayrıca kredi sözleşmesi ile mal ya da hizmet temini amacıyla yapılan sözleşmeler arasında ekonomik birliğin mevcut olması gerekir¹. Bağlı kredi

¹ YILMAZ, Abdülhamit; “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2017, s. 50; DÖNEK, Berna; “Bağlı Kredi Sözleşmesi”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C.3,

S.1, Konya 2020, s. 43; KAPAĞAN, Gönül; “Bağlı Tüketici Kredileri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, s. 64; YENİCE ÖZGÖZ, Hava; “*Bağlı Tüketici Kredilerinde Bankanın Sorumluluğu*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 6; KİTİZ EKER, Ece Ayça; “*Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*”, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 75; ALTOP, Atilla; “Bankaların Düzenledikleri Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Akdi Faiz, Erken Ödeme, Temerrüt, Sözleşmelerde Değişiklik Yapılması, Sigorta Yaptırılması, Bağlı Krediler ve Sözleşmenin Feshi”, *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık Makaleler ve Tebliğler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 431; AKİPEK ÖCAL, “Şebnem; Genel Olarak Tüketici Kredileri”, *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık Makaleler ve Tebliğler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 405; AKİPEK ÖCAL, Şebnem; KARA, İlhan; *Tüketici Hukuku Ders Kitapları*, Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 141; ÇABRİ, Sezar; “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*”, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 560; YAVUZ, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2022, s. 849; EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 512 – 513; KILIÇOĞLU, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 384; YILDIRIM, AKKAYAN, Ayça; “Kredi Kartı Sözleşmelerinin Bağlı Tüketici Kredisi Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73- 1, İstanbul 2016, s. 268; ÇALDAĞ, Coşkun; “Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmesinin Tespiti ve Kredi Kartı Sözleşmesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, C. 4, S. 1, Diyarbakır 2020, s. 32; GÜLTEKİN, Esra; “6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Kredi Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Borçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 4, Konya 2021, s. 3100; KAYAR, İsmail; “Tüketici Kredilerinde Tüketicinin Korunması”, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 16, Kayseri 2000, s. 80; AYDOĞDU, Murat; “Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerin Tüketici Hukukuna Etkileri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, İzmir 2007, s. 590; ÜNLÜTEPE, Mustafa; “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Ankara 2014, s. 324; USTA, Salih; “Yeni Tüketici Kanununa Göre Tüketici Kredileri”, *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, S. 9, Ankara 2017, s. 36; REİSOĞLU, Seza; “Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, *Bankacılar Dergisi*, S.61, Ankara 2007, s. 81;

REİSOĞLU, Seza; “Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar: 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak”, *Bankacılar Dergisi*, S. 69, Ankara 2007, s. 67; YILMAZ, Yasemin; “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Finansmanı Sözleşmeleri”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 77, S. 1, İstanbul 2019. s. 407; ARKAN, Sabih; “Tüketici Kredileri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XVII, S. 1-2 Ankara 1995, s. 40; ÜREM, Müge; “Bağlı Tüketici Kredisi Sözleşmesinin Unsurları”, *Yargıtay Dergisi*, C. 47, S. 3, Ankara 2021, s. 968; ÖZTEK, Selçuk; “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, *Bankacılar Dergisi*, S. 67, Ankara 2008, s. 8; ERDEMİR, Kıymet; “Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmeleri”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021, s. 17; DALKILIÇ DEMİR, Müge; “Bağlı Kredi ile Ön Ödemeli Konut Satışı”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 59 - 60; ÜZELER, Rabia Sanem; “Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s. 50; KALENDER, Ahmet; “Tüketicilerin Konut Edinmeleri Amacıyla Kurulan Kredi Sözleşmesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2015, s. 148; GEZDER, Ümit; “Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul 1998, s. 33; CABI, Nilüfer; “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Göre Konut Satın Alımına İlişkin Finansman Sözleşmeleri”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 52; Yargıtay 3. HD, E. 2022/4991, K. 2022/6956 T. 22.09.2022: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 30. maddesine göre bağlı kredi sözleşmesi, tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir. - 3- Kredi verenin, tüketici kredisini belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, ortada bir bağlı kredinin var olduğu söylenebilir. Bunun sonucu olarak, satın alınan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi veren tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması halinde müteselsilen sorumludur. Somut uyuşmazlıkta; mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, davalı inşaat şirketinden taşınmaz satın alan davacıya davalı banka tarafından kullanılan kredi, niteliği itibarıyla bir bağlı kredidir.”.

sözleşmelerini oluşturan yapıda üç temel sözleşme vardır². İlki, olarak tüketicinin mal ya da hizmet teminini sağlaması için satıcı/sağlayıcı ile yapmış olduğu sözleşmedir³. İkinci olarak tüketicinin satıcı/sağlayıcı ile yaptığı sözleşmenin finansmanını sağlamak amacıyla kredi veren ile yapmış olduğu kredi sözleşmesi sayılabilir. Sonuncusu ise satıcı ile kredi veren arasında yapılan ve tüketici ile yapılan daha önceki iki sözleşme arasında ekonomik birlik oluşturan ayrı bir sözleşmedir⁴. Kanunda satıcı ile kredi veren arasında ayrı bir sözleşmenin var olması gerektiği düzenlenmiştir. TKHK m. 30/5; “*Kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşme olmaksızın, tüketicinin kendisi tarafından belirlenen malın veya hizmetin bedelinin kredi veren tarafından ödenmesi suretiyle kullanılan krediler bağlı kredi sayılmaz.*”⁵. Buna göre tüketicinin satıcı ile kredi veren arasında sözleşme olmadan kendisinin mal ya da hizmet temini amacıyla çekmiş olduğu krediler, bağlı kredi sözleşmeleri içine dahil olmayacaktır⁶. Kanun koyucuya göre ile kredi veren arasında sözleşme

² KİTİZ EKER, s. 75; YENİCE ÖZGÖZ, s. 9; ÇABRİ, s. 560; YAVUZ, s. 850; ÇALDAĞ, s. 33, KAYAR, s. 80; REİSOĞLU, Tüketici, s. 67; YILMAZ, Belirli, s. 52; ÜREM, s. 969; ERDEMİR, s. 17; GEZDER, s. 34.

³ KİTİZ EKER, s. 75; ÇABRİ, s. 560; YILDIRIM, AKKAYAN, s. 269; KAYAR, s. 80; REİSOĞLU, Tüketici, s. 67.

⁴ DÖNEK, s. 44; KİTİZ EKER, s. 75; KAPAĞAN, s. 64; YENİCE ÖZGÖZ, s. 7; ÇABRİ, s. 560; YILDIRIM, AKKAYAN, s. 269; KAYAR, s. 80; YILMAZ, s. 407; GEZDER, s. 34.

⁵ AKİPEK ÖCAL/KARA, s. 142; ÇABRİ, s. 561; ÜNLÜTEPE, s. 324; YILMAZ, Belirli, s. 55; ERDEMİR, s. 19.

⁶ KİTİZ EKER, s. 78; ÇABRİ, s. 565; ERDEMİR, s. 19; Yargıtay 3. HD, E. 2020/4771, K. 2020/4255 T. 16.09.2020: “Davacı, davalı müteahhit şirketten aldığı bağımsız bölümün tamamlanmaması nedeniyle gereken imalat bedeli ve sözleşmesel tazminatın tahsilini istemiş, davalı banka ise kredinin bağlı kredi olmadığı ve sorumluluğunun olmadığını savunmuştur. Mahkemece, davanın her iki davalı yönünden kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 4077 Sayılı Yasanın 10/5 maddesi uyarınca, kredi veren kuruluşun verdiği kredinin bağlı kredi sayılabilmesi için, kredi verenin tüketici kredisini belirli marka, bir mal veya hizmet satın alması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi gerekir. Bu koşulları taşımayan tüketici kredisinin bağlı kredi olarak kabulü olanaksızdır. Davacının konut satın almada kullanmak üzere davalı bankadan kredi kullandığı sabittir. Davacı ile davalı arasında yapılan kredi sözleşmesinde satın alınacak malın

olması şartını, doktrin ve Yargıtay geniş olarak yorumlamaktadır⁷. Satıcı ya da sağlayıcının kredi veren ile yazılı olarak sözleşme yapması zorunluluğu bulunmamaktadır⁸. Kredi veren ile satıcı/sağlayıcı arasında bağlantının olması yeterli görülmüştür⁹. Örnek olarak somut hayatta kredi verenin sadece o satıcı ya da sağlayıcıya özel diğer kredi faizlerine göre uygun faiz oranı sunması durumu verilebilir¹⁰. Buna ek olarak satıcı

herhangi bir özelliği belirtilmediği gibi, satıcı ismi de belirtilmemiştir. Konut satış sözleşmesi ve broşürlerde de davalı bankanın adı hiç geçmemiştir. Öyle olunca, bankanın davacıya kullandığı kredinin bağlı kredi niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, değinilen bu yönler gözetilerek davalı banka hakkındaki davanın husumet yönünden reddi gerekirken, aksine düşünce ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”.

⁷ YILMAZ, Belirli, s. 52; ERDEMİR, s. 20 – 21.

⁸ ÇABRİ, s. 566.

⁹ YILMAZ, Belirli, s. 52.

¹⁰ ARKAN, Uygulama, s. 41; ÜREM, s. 981; ERDEMİR, s. 21; DALKILIÇ DEMİR, s. 59; Yargıtay 13. HD, E. 2015/41800, K. 2017/10415 T. 30.10.2017: “4077 Sayılı Yasanın 10/5 maddesi uyarınca, “kredi veren kuruluşun verdiği kredinin bağlı kredi sayılabilmesi için, kredi verenin tüketici kredisini belirli marka, bir mal veya hizmet satın alması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi gerekir.” yalnızca ekonomik birlik içerisinde bulunduğu satım/hizmet sözleşmesinin var olmasıyla anlam ifade eden bir sözleşmedir. Bir başka deyişle, herhangi bir kredi verenle tüketicinin bir kredi sözleşmesi kurması halinde bunun bağlı kredi sözleşmesi olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir. Nitekim kredi sözleşmesi, ancak bir mal/hizmeti finanse eden sözleşmeye bağlı olarak kurulması ve bu sözleşme ile ekonomik bir birlik oluşturması halinde “bağlı kredi sözleşmesi” olarak nitelendirilecektir. Gerçekten de bağlı kredi sözleşmesinin tek başına anlam ifade eden bir sözleşme olmaması nedeniyle, sözleşmenin hukuki niteliği açısından yapılması gereken asıl belirleme, bu sözleşmenin ekonomik birlik içerisinde bulunduğu sözleşme ile oluşturduğu yapılanmanın hukuki niteliğidir. (ÜZERLER Rabia Sanem; “Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi” Yüksek Lisans Tezi Ankara 2011 s.79) dosyaya delil olarak sunulan davalı banka ile yüklenici firma arasında kredilendirilme işlemlerine ilişkin olarak imzalanan 01.03.2009 tarihli protokol, garanti taahhütnamesi, kredi kullandırım talimatı ve 15.04.2009 tarihli faiz oranlarına ilişkin ek protokol sunulmuş olup mahkemece, anılan deliller bağlı kredinin hukuki niteliği dikkate alınarak, varılacak sonuca göre hüküm tesisi gerekirken, yanılıgılı gerekçe ve eksik incelemeye dayalı yazılı

ile kredi veren arasında, ortak reklam yapılması durumunda da sözleşme var olduğu kabul edilecektir¹¹. Yargıtay bir başka kararında kredi veren banka şubesi yetkililerinin çeşitli tutum ve davranışlarıyla kredinin bağlı krediymiş ve banka ile inşaat şirketi arasında ilişki varmış intibainı uyandırdıklarını sabit görmüş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹².

Esasında tüketicinin yapmış olduğu iki sözleşme de karşı tarafları farklı olan kendi içinde bağımsız sözleşmelerdir. Ancak sözleşmelerden

şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”.

¹¹ ÜREM, s. 1004; DÖNEK, s. 51; ERDEMİR, s. 21; ÜZELER, s. 67; Yargıtay HGK. E. 2017/623 K. 2019/488 T. 18.04.2019: “Somut olayda, davalı Banka ile dava dışı yüklenici firmaların oluşturduğu adi ortaklık arasında imzalanan 01.03.2008 tarihli protokolle yükleniciden dava konusu proje çerçevesinde satın alınacak konutların finansmanı için kredi verilmesi şartları kararlaştırılmış, bu doğrultuda dava dışı yüklenicinin 02.11.2009 tarihli yazısı ile davalı Bankadan “Bankanız ile imzalamış olduğumuz 01.03.2008 tarihli protokol koşullarında alıcımız Sn. ...’a Bankanızca da uygun görülmesi halinde konut kredisi açılmasını” istemiştir. Bunun yanı sıra davalı Bankanın internet sitesinde (www.B.k..com) T. T. Projesinin anlaşmalı konut projeleri arasında gösterilmiş, “projeye özel faiz oranları ve avantajlı ödeme koşulları” için Banka şubelerinin yanı sıra “proje satış ofisi”nde bulunan stantlardan da kredi başvurusu yapılabileceği ilan edilmiş, yine projenin internet adresinde (www.t.t..com) yer alan proje tanıtımlarında “Kredi anlaşması yapılan A. ve D. ile yüzde 1 peşinat ile 120 aya kadar kredi kullanılabilir” şeklinde reklam yapılmıştır. Dosya kapsamındaki tüm bu deliller yukarıda yapılan açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde, davacı tüketicinin davalı Banka ile imzaladığı kredi sözleşmesinin 4077 sayılı TKHK’nın 10/5 maddesi hükmüne göre bağlı kredi mahiyetinde olduğu ve Banka’nın anılan Kanun’da öngörülen çerçevede ayıptan dolayı tüketiciye karşı sorumluluğunun bulunduğu açıktır.”.

¹² ÜREM, s. 988; Yargıtay 13. HD, E. 2012/7057 K. 2012/10406 T. 17.04.2012: “Dosya içine sunulan Genel Kurul Toplantı Tutanağı vb. delillerden ve alınan tanık ifadelerinden anlaşılacağı üzere davalı bankanın ... şubesi yetkililerinin çeşitli tutum ve davranışlarıyla kredinin bağlı krediymiş ve banka ile inşaat şirketi arasında ilişki varmış intibainı uyandırdıkları sabittir. Davalı banka kendi personeli tarafından yaratılan bu durumdan sorumlu olacağından, bu husus gözardı edilerek, alınan kredinin bağlı kredi olmadığı benimsenmek suretiyle karar tesisi, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”.

birinin yapılmayacak olması halinde diğzerinin de yapılmaması sözleşmeler arasında ekonomik birlik oluşturur¹³. Tüketicinin kredi veren ile yapmış olduğu sözleşme, normal tüketici kredi sözleşmelerinden farklı olarak belirli satıcı tarafından sağlanan bazı mal ya da hizmet teminine ilişkin yapılmaktadır. Ayrıca tüketici çekilen kredinin tamamını ya da belirli kısmını başka mal ya da hizmetin tedarikinde kullanamamaktadır. Sadece satıcı ile yapılan sözleşmede belirli olan o mal ya da hizmetin tedarikinde kullanılabilir. Bu durum, iki sözleşme arasındaki bağlantıyı sağlamaktadır¹⁴. Yukarıda ifade ettiğimiz bu özelliklerden dolayı bağlı kredi sözleşmelerinin tanımı ve unsurları, normal tüketici kredi sözleşmelerinden farklı olarak tüketicinin hak kaybına uğramaması için kanun koyucu tarafından kazuistik bir biçimde tek tek düzenlenmiştir.

B. Bağlı Kredi Sözleşmelerinin Unsurları

Bağlı kredi sözleşmelerinin TKHK m.30'da ifade edildiği üzere birtakım unsurları mevcuttur. İlk olarak tüketicinin krediyi çekmekteki amacı belirli bir malın ya da hizmetin finansmanın sağlanmasıdır. İkinci unsur ise satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin yapmış olduğu sözleşme ve kredi sözleşmesi arasında ekonomik birliğin mevcut olmasıdır. Son olarak satıcı/sağlayıcı ile kredi veren arasında sözleşme yapılmış olması gerekir¹⁵. TKHK m. 30/5'e göre kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı

¹³ ÇABRİ, s. 562; ARKAN, Sabih; "Tüketici Kredisi ve Uygulaması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XV, S. 1, Ankara 1989, s. 38; ÜREM, s.970; ERDEMİR, s. 19.

¹⁴ ÇABRİ, s. 562; ÜREM, s. 972.

¹⁵ DÖNEK, s. 47; ÜREM, s. 971 – 972; Yargıtay, HGK. E. 2013/2294 K. 2015/2330 T. 21.10.2015: "Bir başka deyişle bağlı krediler kural olarak üç taraflı bir hukuki ilişki kuran bir yapılanmayı ifade etmektedir. Söz konusu üç taraflı ilişkinin tarafları tüketici, mal satıcısı/hizmet sağlayıcısı ve kredi verendir. Bu üç taraflı ilişkide kural olarak birbirinden hukuken bağımsız en az iki sözleşme bulunur. Bu sözleşmelerden ilki satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında kurulan mal/hizmet temini sözleşmesi iken, ikinci sözleşme, tüketicinin satıcı/ sağlayıcı ile kurduğu sözleşmeyi finanse etmek üzere krediyi veren ile kurduğu kredi sözleşmesidir. Bu iki sözleşmenin yanı sıra bağlı tüketici kredileri kapsamında ortaya çıkan ilişkide genelde satıcı/sağlayıcı ile kredi veren arasında yapılan bir "çerçeve sözleşme" kapsamında yer alan bu üç tarafın hepsi arasında bir ilişki bulunmaktadır ve kredi veren ile satıcı/sağlayıcı arasındaki ilişki nedeniyle tüketici belirli

arasında belirli bir malın ya da hizmetin finansmanına ilişkin sözleşme yoksa tüketicinin yapmış olduğu kredi sözleşmesi bağlı kredi sözleşmesine dahil olmayacaktır¹⁶.

1. Bir Malın ya da Hizmetin Finansmanın Sağlanması

Bağlı kredi sözleşmelerini normal kredi sözleşmelerinden ayıran en temel özellik, bağlı kredi sözleşmelerinin belirli bir mal ya da hizmetin finansmanını sağlamak amacıyla yapılmasıdır¹⁷. Normal kredi sözleşmelerinde, tüketici kredi sözleşmesinin yapılmasından sonra kredinin hangi mal ya da hizmetin temininde kullanılacağına ilişkin kısıtlama yoktur¹⁸. Kısaca bağlı kredi sözleşmeleri ile tüketicinin kredi üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmakta, sadece belirli mal ya da hizmetin temininde bu kredi kullanılmaktadır¹⁹. Tüketicinin kredi sözleşmesini yapmasından sonra kredi satıcı ya da sağlayıcı verilmektedir²⁰.

bir marka malı almaya ya da belirli bir kişiyle sözleşme yapmaya yönlendirilmektedir. Tüm bu hallerde bağlı kredi ilişkisi kapsamında kurulan bu kredi sözleşmesine “bağlı kredi sözleşmesi” adı verilmektedir. Bağlı kredinin varlığı halinde bankanın sorumluluğunu kredi miktarı ile sorumlu olduğu şeklinde anlamak gerekir.”

¹⁶ YILMAZ, s. 55; DÖNEK, s. 47; ALTOP, s. 431; YILDIRIM, AKKAYAN, s. 272; ÜREM, s. 998.

¹⁷ DÖNEK, s. 49; YENİCE ÖZGÖZ, s. 12; AKİPEK ÖCAL, s. 406; ÇALDAĞ, s. 34; KAYAR, s. 80; ÜNLÜTEPE, s. 324; USTA, s.37; YILMAZ, s. 407; YILMAZ, Belirli, s. 52; ÜREM, s.976; YENİCE ÖZGÖZ, s.12; ERDEMİR, s. 24; DALKILIÇ DEMİR, s. 61; ÜZELER, s. 62 – 63; KALENDER, s. 149.

¹⁸ ÜREM, s.974.

¹⁹ DÖNEK, s. 50; YILDIRIM, AKKAYAN, s. 271; ÜREM, s. 997; ÜZELER, s. 64; 13. HD. E., 2009/14602, K., 2010/8840 T., 17.06.2010: “4077 Sayılı Yasanın 10/5 maddesi uyarınca, kredi veren kuruluşun verdiği kredinin bağlı kredi sayılabilmesi için, kredi verenin tüketici kredisini belirli marka, bir mal veya hizmet satın alması yada belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi gerekir. Bu koşulları taşımayan tüketici kredisinin bağlı kredi olarak kabulü olanaksızdır. Davalının araç satın almada kullanmak üzere davacı bankadan kredi kullandığı sabittir. Davacı ile davalı arasında yapılan kredi sözleşmesinde satın alınacak malın herhangi bir özelliği belirtilmediği gibi, satıcı ismi de belirtilmemiştir. Kredi tutarı davalının hesabına aktarıldıktan sonra onayı

2. Ekonomik Birlik

Bağlı kredi sözleşmelerinde yapılan kredi sözleşmesinde satıcı ya da sağlayıcının tüketici ile yapmış olduğu sözleşme arasında ekonomik birlik bulunması gerekir²¹. Bu iki sözleşme birbirine bağlı olup kredi sözleşmesi, satıcı ile yapılan mal ya da hizmetin finansmanının temini amacıyla yapılmaktadır. Ekonomik birlik unsurunun en önemli özelliği; satıcı ya da sağlayıcının sözleşmeyi gereği gibi ifa etmemesi, ayıplı ifa etmesi ya geç ifa etmesi durumunda tüketicinin satıcıya karşı haklarını kredi verene de karşı da ileri sürebilmesidir²². Ekonomik birliğin hangi hallerde oluşacağı TKHK m. 30/2’de ifade edilmiştir²³.

Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği durumda tüketici, satıcı ya da sağlayıcıdan temin edeceği hizmet ya da

ile satıcı firmaya havale edilmiştir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davacı bankanın davalıya kullandırdığı kredinin bağlı kredi niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, değinilen bu yönler gözetilerek davalının kredi sözleşmesinde yazılı taksitlerin ödememesi nedeniyle takibe konu miktar yönünden sorumluluğu değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

²⁰ ERDEMİR, s. 25.

²¹ DÖNEK, s. 50; KİTİZ EKER, s. 76; YENİCE ÖZGÖZ, 15; ALTOP, s. 431; ÇABRİ, s. 563; YILDIRIM, AKKAYAN, s. 269; ÇALDAĞ, s. 35; GÜLTEKİN, s. 3101; ÜNLÜTEPE, s. 324; USTA, s.37; ARKAN, Tüketici, s. 40; YILMAZ, Belirli, s. 51; ÜREM, s. 980; ERDEMİR, s. 26; DALKILIÇ DEMİR, s. 61; ÜZELER, s. 65.

²² KİTİZ EKER, s. 76; AKİPEK ÖCAL/KARA, s. 141; YILMAZ, s. 408; ARKAN, Uygulama, s. 38.

²³ KİTİZ EKER, s. 76; ALTOP, s. 431; AKİPEK ÖCAL, s. 405; AKİPEK ÖCAL/KARA, s. 141; ÇABRİ, s. 563; YAVUZ, s. 850; YILDIRIM, AKKAYAN, s. 269; ÇALDAĞ, s. 36; GÜLTEKİN, s. 3101; ÜNLÜTEPE, s. 325; USTA, s.37; REİSOĞLU, Tüketici, s. 67; YILMAZ, s. 408; YILMAZ, Belirli, s. 51; ÜREM, s. 984; ERDEMİR, s. 27; DALKILIÇ DEMİR, s. 63; KALENDER, s. 149. TKHK M. 30/2: “*Ekonomik birliğin varlığı; a) Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği, b) Üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda, kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı, c) Belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği, durumlarından en az birinin varlığı hâlinde kabul edilir.*”

mal karşılığında satıcı ya da sağlayıcı ile kredi sözleşmesi yapmaktadır²⁴. Kredi verenin tüketici ile kredi sözleşmesi yapmasında satıcı/sağlayıcının hizmetlerinden yararlanması halinde kredi veren ile satıcı arasında ekonomik birliğin olduğu kabul edilmektedir²⁵. Satıcı/sağlayıcının kredi

²⁴ YILMAZ, s. 53–54; YILMAZ, Belirli, s. 54; ÜREM, s. 987 - 988; YENİCE ÖZGÖZ, s.17; ERDEMİR, s. 27, Yargıtay 3. HD, E. 2017/10872 K. 2018/12039 T. 26.11.2018: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 30. maddesine göre bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ekonomik birliğin tanımı yapılmıştır. Ekonomik birliğin varlığı; satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği, üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı, belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği durumlardan en az birinin varlığı halinde kabul edilmektedir. Kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, ortada bir bağlı kredinin var olduğu söylenebilir. Bunun sonucu olarak, satın alınan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi veren tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması halinde müteselsilen sorumludur.”.

²⁵ YILMAZ, Belirli, s. 55; ÇABRİ, s. 563 – 564; ÇALDAĞ, s. 37; ÜREM, s. 991; DÖNEK, s. 74; YENİCE ÖZGÖZ, s. 19; ERDEMİR, s. 29; Yargıtay 13. HD, E. 2016/26127 K. 2019/8904 T. 26.09.2019: “Anılan maddede atıfta bulunulan Kanunun “Tüketici Kredisi” başlıklı 10 uncu maddesinin beşinci fıkrasında, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile verilmesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmemesi halinde kredi verenin tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı, 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasında da konut finansmanından kaynaklanan işlemlerde kredi veren konut finansmanı kuruluşunun, krediyi belirli bir konutun satın alınması ya da belirli bir satıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, konutun hiç ya da zamanında teslim edilmemesi halinde kredi veren satıcı ile birlikte, tüketiciye karşı, kullanılan kredi miktarı kadar müteselsilen sorumlu olacağı ve verilen kredilerin ipotek finansmanı kuruluşlarına, konut finansmanı fonlarına veya ipotek teminatlî menkul kıymet teminat havuzlarına

sözleşmesinin yapılmasına aracılık etmesi durumuna uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Burada, satıcı/sağlayıcının kredi verene kendi iş yerinde belirli bir yeri tahsis etmesi durumu söz konusu olabilir. Satış sözleşmesinin yapılmasından sonra satıcı/sağlayıcı tüketiciyi direkt olarak kredi verene yönlendirmektedir²⁶.

Belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği durumlarda da yapılan kredi sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasında ekonomik bağın varlığı kabul edilmektedir²⁷. Bu durumda kredi sözleşmesinde malın ya da hizmetin genel bilgilerinin verilmesi yeterli olmaz. Çünkü genel olarak konut ya da taşıt kredisi ibaresi bağlı kredi sözleşmesi için yeterli olmamaktadır. Ayrıca malın bazı özelliklerinin, örneğin markası veya modeli ya da hangi satıcı/sağlayıcıdan temin edilmesine ilişkin bilgilerin, yer alması gerekir. Ancak malın ya da hizmetin genel olarak ifade edilmesi, uygulamada bağlı kredi sözleşmelerinin kurulmasına engel taşımamakla birlikte bu

devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğunun devam edeceği öngörülmüştür. Avrupa Birliği Konseyi'nin 87/102/CCE sayılı Yönergesi'nde de, kredi kurumunun satıcı ile sözleşme yapması ve bu çerçevede çıkarılacak ve dağıtılacak olan tüketici kredisinin sadece sözleşmeyi yapan satıcının müşterilerine tahsis edileceği öngörülmüştür. Banka veya finansman şirketi ile sözleşme yapan satıcı, müşterisini doğrudan sözleşme ile bağlı olduğu kredi kurumuna göndermekte ve bu suretle müşteri ile kredi kurumu arasında aracılık rolünü de üstlenmektedir.

²⁶ ÇABRİ, s. 564; ERDEMİR, s. 30.

²⁷ DÖNEK, s. 53; ÇABRİ, s. 565; ÇALDAĞ, s. 38; ÜREM, s. 993 - 994; YENİCE ÖZGÖZ, s. 21; ERDEMİR, s. 31; Yargıtay 13. HD, E. 2014/45144 K. 2015/37148 T. 17.12.2015: "Açıklanan mevzuat hükümleri çerçevesinde bakıldığında bağlı kredi, belirlenmiş bir mal veya hizmetin tedariki için verilen kredi olup tüketici, krediyi veren kuruluş ve imalatçı/satıcı arasında üçlü bir ilişkiyi gerektirir. Bu ilişkide kredi veren kuruluş ile satıcı arasında kurulan anlaşma gereğince kredi veren kurum, satıcı kurundan satın alınacak bir mal veya tedarik edilecek bir hizmet için, müşteriye nakdi yardım sağlamayı üstlenirken, tüketici de bu anlaşmada belirlenen malı satıcıdan kredi veren kuruluş ile aralarındaki borç ilişkisi çerçevesinde satın almaktadır."

durumda satıcı/sağlayıcı ile kredi veren arasında yapılan çerçeve sözleşmeye bakılması gerekir²⁸.

3. Satıcı ya da Sağlayıcı ile Kredi Veren Arasında Sözleşme Yapılmış Olması

Bağlı kredi sözleşmelerinin kurulması için satıcı/sağlayıcı ile kredi veren arasında çerçeve sözleşme yapılmış olması gerekir²⁹. Bu unsur bağlı kredi sözleşmesinin kurulması için en önemli unsurdur. Çünkü TKHK m. 30/5'de belirttiği üzere kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşme olmaksızın tüketicinin yapmış olduğu kredi sözleşmeleri bağlı kredi sözleşmesi olarak sayılmaz³⁰.

²⁸ YILMAZ, s. 50; DÖNEK, s. 50; KİTİZ EKER, s. 77; YENİCE ÖZGÖZ, s. 14; ERDEMİR, s. 31.

²⁹ DÖNEK, s. 55; ÇABRİ, s. 565; REİSOĞLU, Konut, s. 81; ARKAN, Uygulama, s. 39 – 40; ERDEMİR, s. 34 – 35; DALKILIÇ DEMİR, s. 64 – 65; KALENDER, s. 150.

³⁰ DÖNEK, s. 55; ÇABRİ, s. 565; YILDIRIM, AKKAYAN, s. 271; ÜREM, s. 997; ERDEMİR, s. 35; Yargıtay 13. HD. 2014/48320 K. 2016/5944 T. 25.02.2016: “4077 Sayılı Yasanın 10/5 maddesi uyarınca, kredi veren kuruluşun verdiği kredinin bağlı kredi sayılabilmesi için, kredi verenin tüketici kredisini belirli marka, bir mal veya hizmet satın alması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi gerekir. Bu koşulları taşımayan tüketici kredisinin bağlı kredi olarak kabulü olanaksızdır. Davacının konut satın almada kullanmak üzere davalı bankadan kredi kullandığı sabittir. Davacı ile davalı arasında yapılan kredi sözleşmesinde satın alınacak malın herhangi bir özelliği belirtilmediği gibi, satıcı ismi de belirtilmemiştir. Konut satış sözleşmesi ve broşürlerde de davalı bankanın adı hiç geçmemiştir. Öyle olunca bankanın davacıya kullandığı kredinin bağlı kredi niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, değinilen bu yönler gözetilerek davalı banka hakkındaki davanın husumet yönünden reddi gerekirken aksine düşünce ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13. HD. 2010/ 5104 K. 2010/17480 T. 21.12.2010: “4077 Sayılı Yasanın 10/5 maddesi uyarınca, kredi veren kuruluşun verdiği kredinin bağlı kredi sayılabilmesi için, kredi verenin tüketici kredisini belirli marka, bir mal veya hizmet satın alması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi gerekir. Bu koşulları taşımayan tüketici kredisinin bağlı kredi olarak kabulü

Kanun koyucu satıcı/sağlayıcı arasında sözleşmenin yapılmış olmasını ifade ederken sözleşmenin ne şekilde yapıldığını ifade etmemiştir. Bundan dolayı satıcı/sağlayıcı ile kredi veren arasındaki sözleşmenin yazılı olarak yapılması şart değildir³¹. Taraflar arasında anlaşmanın varlığı şüphe gerektirmiyor ve yapılan sözleşme ekonomik birlik oluşturuyorsa bu sözleşme, bağlı kredi sözleşmesi olarak sayılacaktır³². Taraflar aralarındaki iş birliğini açık ya da zımni olarak ortaya koyabilirler³³.

olanaksızdır. Davacı ...'nin araç satın almada kullanmak üzere davalı bankadan kredi kullandığı sabittir. Davacı ile davalı arasında yapılan kredi sözleşmesinde satın alınacak malın herhangi bir özelliği belirtilmediği gibi, satıcı ismi de belirtilmemiştir. Kredi tutarı davacının havale talimatı üzerine diğer davalı şirketin hesabına aktarılmıştır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davalı bankanın davacıya kullandırdığı kredinin bağlı kredi niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, değinilen bu yönler özetilerek T... Bankası hakkındaki davanın reddi gerekirken aksine düşünce ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

³¹ ÇABRİ, s. 566; REİSOĞLU, Tüketici, s. 67; YILMAZ, Belirli, s. 53; ÜREM, s. 982; DÖNEK, s. 54; YENİCE ÖZGÖZ, s.23; ERDEMİR, s. 36; Yargıtay 13. HD. 2006/11331 K. 2016/15280 T. 22.11.2006: “Somut olayda davalı banka, verdiği krediyi 17.11.2003 tarihli proforma faturaya bağlı olarak vermiş olup, proforma faturada kredi ile alınan aracın 2004 model Citroen C3 1.4 HDI 16V marka ve modellenmiş olduğu açıkça anlaşılmasına göre, bağlı kredi kullandıran davalı bankanın da sorumlu tutulması gerekirken, bu davalı hakkında mahkemece yanlış değerlendirme sonucu red kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

³² EREN, Özel, s. 513; ÇALDAĞ, s. 41; ÜREM, s. 982 – 983; YENİCE ÖZGÖZ, s.24; ERDEMİR, s. 36; Yargıtay 13. HD. E., 2015/13797 K. 2016/9896 T., 07.04.2016: “Davacı banka ile davalı arasındaki ihtilaf, davalının Palmiye Konakları projesi kapsamında satın aldığı bağımsız bölümün satış bedelini ödemek için kullandığı konut kredisinin bağlı kredi niteliğinde olup olmadığı hususundadır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 4077 sayılı Yasanın 10. maddesinin 5. fıkrasında bağlı kredi düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre; kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. Dosya arasında bulunan davacı bankanın

III. BAĞLI KREDİ SÖZLEŞMESİNDE KREDİ VERENİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

A. Kredi Veren Satıcı ya da Sağlayıcı ile Müteselsil Sorumluluğu

Bağlı kredi ilişkisi, üç köşeli iki ayrı sözleşmeden meydana gelmektedir. Yapılan sözleşmeler kendi içinde bağımsız olsalar da her biri birbirine bağlıdır³⁴. Her sözleşme, nisbi niteliğine ek olarak ekonomik açıdan da birlik teşkil eder. Bu durumda tüketicinin ayrıca korunması gerekir. Tüketicinin mal ya da hizmet edinimi amacıyla satıcı/sağlayıcı ile satış sözleşmesi yapması ve daha sonra bu sözleşme ile ilişkili olarak kredi verenin satış sözleşmesinin bedelinin tamamının ya da bir kısmının finansmanının sağlanması amacıyla kredi sözleşmesi

internet sitesinde yer alan ilan metninde, projeye ilişkin bilgilerin yer aldığı, kredi başvurusunun yapılabileceği şubelerin gösterildiği, ayrıca projenin satış ofisindeki ... standında da kredi başvurusu yapılabileceği belirtilmektedir. Daha da önemlisi Dairemizin dava konusu yapı ile ilgili aynı hususta verdiği emsal kararları da, kullanılan kredinin bağlı olduğu yönünde olup, mahkemece, davalı bankanın da kullandığı kredi miktarı ile sınırlı olarak sorumlu olduğu gözetilerek bu doğrultuda bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ve yazılı gerekçe ile asıl davanın kabulü ile birleşen davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”

³³ YILMAZ, s. 52; DÖNEK, s. 55; ÇABRİ, s. 566; ÜREM, s. 988; ERDEMİR, s. 37 – 38; Yargıtay 13. HD. E., 2014/23736 K., 2015/17671 T., 02.06.2015: “Davacının pilotaj lisansı eğitimi satın almada kullanmak üzere davalı bankadan kredi kullandığı sabittir. Her ne kadar; Davacı ile davalı arasında yapılan kredi sözleşmesinde satın alınacak malın herhangi bir özelliği belirtilmediği gibi, satıcı ismi de belirtilmemiş ise de; dava dilekçesi ekinde sunulan kredi başvuru formu üzerinde bulunan “...” kaydı ve davalı tarafça dosyaya sunulan dava konusu krediye ilişkin belgeler arasında yer alan ve dava dışı ...tarafından düzenlenmiş öğrenci belgesi nazara alınarak; Mahkemece, kredi başvuru formunun aslı dosyaya getirtilerek ve gerekirse banka kayıtları üzerinde yerinde inceleme yetkisi de tanımak suretiyle uzman bankacı bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

³⁴ YAVUZ, s. 850.

yapması durumunda bağlı kredi sözleşmesinin geçerli olacağını ifade etmiştik.

TKHK m. 30/4'e göre satıcı malı veya hizmeti hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa etmezse tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim seçimlik hakkını kullanması hâlinde satıcı/sağlayıcı kredi veren ile müteselsilen sorumludur³⁵. Ayrıca TKHK madde 35/2'e göre konut finansmanı kredisi konusu olan konutun satıcı tarafından hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin TKHK'nun 11. maddesinde düzenlenen seçimlik haklarından birini kullanması halinde konut finansmanı kuruluşu ve satıcı tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacağı açıkça düzenlemiştir³⁶.

-
- ³⁵ AKİPEK ÖCAL/KARA, s. 142; ALTOP, s. 431; AKİPEK ÖCAL, s. 406; ÇABRİ, s. 568 – 569; YAVUZ, s. 850; KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 384; AYDOĞDU, s. 591; CEYLAN, Ebru; “Tüketici Kredileri - II”, Tüketicinin Korunması Semineri, ANKARA 2007, s. 132; GÜLTEKİN, s. 3101; KAYAR, s. 89; USTA, s. 36; REİSOĞLU, Tüketici, s. 67; YILMAZ, s. 408; ARKAN, Tüketici, s. 41; ÖZTEK, s. 8; YENİCE ÖZGÖZ, s. 45; ERDEMİR, s. 194; DALKILIÇ DEMİR, s. 69 – 70; ÜZELER, s. 121 – 122; KALENDER, s. 153 – 154; GEZDER, s. 198, Yargıtay 13. HD. E., 2011/6195 K., 2011/14088 T., 07.10.2011: “4822 sayılı Kanunla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un ayıplı mal ile ilgili 4. maddesinin 3. fıkrasında, “İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10. maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.”; ayrıca aynı Kanun'un 10. maddesinin 5. fıkrasında, “Kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç veya zamanında teslim edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olur.” hükümleri kredi verenin sorumluluğunu düzenlemiştir. Bu nedenle, ürünün satıcı şirket tarafından tüketiciye teslim edilmediği gibi ürünün teslim edilmemesinden diğer davalı finans şirketi de bağlı kredi nedeniyle sorumlu olduğu açıktır.”
- ³⁶ ACAR, Faruk; “Konut Finansmanı Sözleşmelerinde Bağlı Kredi Kavramının Yapısı ve Hukuksal Niteliği”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 118; ÇABRİ, s. 690; KAPAĞAN, s. 78;

Yukarıda bahsedilen kredi veren ile satıcı/sağlayıcının müteselsilen sorumlu olması, her iki sözleşmenin birbirleri ile bağlantılı olmasından kaynaklanmaktadır. Satıcı/sağlayıcının müteselsilen sorumlu olması sadece hiç ifa edilmeme ya da ayıplı ifa edilmeden kaynaklı olmaz. Tüketicinin sözleşmeden dönme ya da sözleşme bedelinden indirim hakkını kullanması durumunda da kredi veren, satıcı/sağlayıcı ile müteselsilen tüketiciye karşı sorumlu olacaktır³⁷. Ancak tüketicinin, malın ayıplı ifa edilmesi sonrasında ayıbın ücretsiz onarılması ya da ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi seçimlik hakkınıda kredi veren satıcı/sağlayıcı ile müteselsilen sorumlu olamayacaktır³⁸. Söz konusu ayıplı malın ücretsiz onarılması ya da ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi, kredi sözleşmesini etkilemez.³⁹ Tüketicinin seçimlik hakkını kullanmasından sonra satıcı/sağlayıcının satış konusu mal varlığında var olan ayıbı gidermemesi ya da ayıpsız bir benzeri ile

ERDEMİR, s.194; DALKILIÇ DEMİR, s. 70; KALENDER, s. 154; Yargıtay 3. HD. E., 2020/5814 K., 2021/6485 T., 14.06.2021: “4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 4/3. maddesinde “İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu teslim tarihinden itibaren 1 yıl süre ve kullandığı kredi miktarı ile sınırlıdır. Konut finansmanı kuruluşları tarafından 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre verilen kredilerin devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.” hükmü gereğince davacı ile davalı ... arasında imzalanan sözleşmenin 4077 sayılı yasanın 10B maddesinde düzenlenen bağlı kredi olduğu anlaşılmalı, dava konusu taşınmazın davacıya teslim edilip edilmediği teslim edilmişse teslim tarihi belirlenerek davanın açıldığı tarihte 4077 sayılı yasanın yürürlükte olduğu ve söz konusu yasa hükümlerinde bağlı kredi veren kuruluşun sorumluluğu için teslim tarihinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü sürenin öngörüldüğü nazara alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”.

³⁷ USTA, s.37.

³⁸ KİTİZ EKER, s. 77; ÇABRİ, s. 322; ERDEMİR, s. 198; GEZDER, s. 202.

³⁹ AKİPEK ÖCAL/KARA, s. 109; ÇABRİ, s. 562; YENİCE ÖZGÖZ, s. 59.

değiştirmemesi durumunda kredi veren, satıcı/sağlayıcı ile tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olur⁴⁰. Bunlara ek olarak tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde bağlı kredi de bu oranda indirilir ve ödeme planı buna göre değiştirilir⁴¹.

Kredi verenin müteselsilen sorumluluğunu düzenleyen hükümler emredici hükümlerdir⁴². Bu hükümlere aykırı olarak sözleşme

⁴⁰ ALTOP, s. 432; ÇABRİ, s. 349; YENİCE ÖZGÖZ, s. 59; KALENDER, s. 159.

⁴¹ Yargıtay 7. HD. E., 2021/1997 K., 2022/5535 T., 27.09.2022: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 30. maddesine göre bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir.

Kredi verenin, tüketici kredisini belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, ortada bir bağlı kredinin var olduğu söylenebilir. Bunun sonucu olarak, yürürlükteki Kanun’a göre tüketici, satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim isteme haklarından birini kullanması halinde kredi verene başvuruda bulunabilecektir. Bu kapsamda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 30, f. 4, c. 2’ye göre “Tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde bağlı kredi de bu oranda indirilir ve ödeme planı buna göre değiştirilir. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, o güne kadar yapmış olduğu ödemenin iadesi hususunda satıcı, sağlayıcı ve kredi veren müteselsilen sorumludur.” hükmü düzenlenmiştir.”

⁴² CEYLAN, s. 134; ARKAN, Uygulama, s. 46 – 47; Yargıtay 13. HD. E., 2015/40531 K., 2018/3017 T. 13.03.2018: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 35/2. maddesinde “Bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur. Ancak, konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu; konutun teslim edilmemesi durumunda konut satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen konut teslim tarihinden, konutun teslim edilmesi durumunda konutun teslim edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır.” hükmü gereğince davalı bankanın sorumluluğu kredi miktarı ve konutun tesliminden itibaren sadece 1 yıllık süre ile sınırlıdır. Söz konusu olan bu süre emredici hukuk kuralı olması sebebiyle hak düşürücü süredir. Hak düşürücü süreler hakim tarafından taraflarca ileri sürülmesi bile her aşamada resen gözetilir.”

yapılamaz⁴³. Yapılan hüküm tüketici aleyhine haksız şart teşkil edecek TKHK m. 5'e göre akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüz olacaktır.

B. Kredi Verenin Müteselsil Sorumluluğunu Doğuran Haklar

1. Tüketicinin Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanması

Kanun Koyucu TKHK madde 30/4'e göre bağlı kredi sözleşmesi ile finanse edilen malın veya hizmetin satıcı/sağlayıcı tarafından hiç ya da gereği gibi teslim ya da ifa edilmemesi halinde tüketicinin sözleşmeden dönme veya bedelden indirim seçinlik haklarının kullanması halinde, kredi veren ile satıcı/sağlayıcı tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacaktır⁴⁴. Ayrıca tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde de tüketicinin o güne kadar yapmış olduğu kredi ödemesinin iadesini satıcı/sağlayıcı kredi veren ile tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu durumda tüketici, sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa sözleşmede verilenlerin iadesi söz konusu olacaktır.

⁴³ KİTİZ EKER, s.77; KAYAR, s. 80; DÖNEK, s. 70; KAPAĞAN, s. 76; ERDEMİR, s. 197; DALKILIÇ DEMİR, s. 66; Yargıtay 13. HD. E. 2003/13819 K. 2004/1888 T. 19.2.2004: “*Taraflar arasında düzenlenen 17.11.1998 tarihli bireysel kredi sözleşmesinin 7. maddesi kredinin verilmiş tarihinden sonra kendisi ile mal ve hizmet sunan kişi ve kuruluşlar arasında çıkacak uyuşmazlıklardan veya malın ayıplı olması... vb. hallerde bankanın hiçbir sorumluluğu olmayacağı ve bunların da kredi borcunun geri ödenmesi hususuna hiçbir etkisi olmayacağını kabul ve taahhüt eder*” denmektedir. Ancak bu madde 4077 sayılı Kanun'un 6/1. maddesi uyarınca tüketici aleyhine haksız şart teşkil etmekte olup, 6/2-3 maddeleri uyarınca tüketici için sağlayıcı değildir. Davalı 4077 sayılı Kanun'un 4/3. maddesi gereği “sağlayıcı bayi acente” ve 10. maddesinin 5. fıkrasına göre “kredi veren ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçinlik haklarından müteselsilen sorumludur” denmektedir. Bu durumda davalının kredi veren olarak ayıptan sorumlu olacağı gözetilerek mahkemece işin esasına girilip delillerin değerlendirilmesi suretiyle hasıl olacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”

⁴⁴ ALTOP, s. 431; AKİPEK ÖCAL, s. 406; YAVUZ, s. 850; YENİCE ÖZGÖZ, s. 59; KALENDER, s. 164.

Kredi veren tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan sözleşmeye taraf olmasa da bağlı kredi ilişkisi gereği tüketicinin sözleşmeden dönmesi sebebiyle satıcı/sağlayıcıyla beraber tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacaktır. Uygulamada özellikle satıcı/sağlayıcının iflas etmesi ya da aciz halinde olması nedeniyle sözleşmeden verilenlerin iadesi talep edildiğinde tüketicinin hak kaybına uğramasının önüne geçilmektedir.⁴⁵ Tüketici sözleşme bedelinin iadesini talep ettiğinde kredi veren de tüketiciye karşı sorumlu olmaktadır.

Doktrindeki bir görüş, sözleşmeden dönme durumunda tüketicinin satış bedelini doğrudan kredi verenden talep edemeyeceğini, ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talebin söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü kanun koyucu TKHK m. 30/4 ve 35/2'ye göre mal veya hizmetin hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi halinde tüketiciye karşı kredi veren satıcı/sağlayıcı ile tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacaktır. Kanun koyucu kredi vereni, sözleşmede taraf olmasa dahi tüketiciye karşı sözleşmede tarafmış gibi sorumlu tutmuştur.

Tüketicinin sözleşmeden dönmesi durumunda ise kanaatimizce sözleşmenin sona ermesine kadar geçen süre içerisinde kredi verene ödenen faiz, iade kapsamına dahil olmayacaktır⁴⁶. Çünkü kredi veren, kredi miktarındaki paranın kullanılmasından kaynaklı olarak hak kaybına uğrar. Kredi veren, o paradan mahrum kaldığı süre boyunca paradan elde edeceği ekonomik getiriden de mahrum kalmış olur. Sözleşmede verilenlerin iadesi durumunda tüketicinin, kredi verene düzenli olarak ödenen faizi iade etmesi mümkün değildir⁴⁷. Ancak Yargıtay'ın bu

⁴⁵ ARKAN, Uygulama, s. 44.

⁴⁶ YENİCE ÖZGÖZ, s. 61; ERDEMİR, s. 207.

⁴⁷ YENİCE ÖZGÖZ, s. 61; ERDEMİR, s.207; Yargıtay 13. HD. E., 2006/14920 K., 2007/4783 T., 05.04.2007: “Davacı tarafından satın alınan aracın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4. maddesinde belirtildiği şekilde ayıplı mal olduğu, onarım hakkının kullanılmasına rağmen aynı arızanın ikiden fazla ve sık tekrarlaması nedeniyle tüketicinin yasanın belirtilen seçimlik haklarından sözleşmeden cayma hakkını kullandığı dosya kapsamı ile anlaşılmakta olup, davacının araç bedelini isteyebileceğinden mahkemece bu yöne ilişkin verilen kararda bir isabetsizlik yoktur. Ancak anılan yasanın 4/2 maddesinde “bedel iadesi”nden söz edilmiş olup, bundan maksat araç alınırken kararlaştırılan ve ödenen toplam satış bedelidir. Somut olayda olduğu gibi, şayet araç tüketici kredisi kullanılarak alınmış ve tüketici bu nedenle kredi kullandığı

görüşün aksine kararları da mevcuttur. Yargıtay'a göre sözleşmeden dönme nedeniyle kredi veren yalnızca tüketicinin kredi taksitlerinin iadesinden sorumlu olmayıp tüketicinin ödemiş olduğu kredi faizleri de iade kapsamındadır⁴⁸.

2. Tüketicinin Bedelden İndirim Hakkını Kullanması

Bağlı kredi sözleşmelerinde bankanın müteselsilen sorumluluğuna yol açan diğer seçimlik hak ise tüketicinin bedelden indirim talep etmesi durumudur. Buna ek olarak TKHK m. 30/4'e göre

bankaya bir faiz ödemiş ise, ödenen tüketici kredisi faizinin satış bedeli içinde değerlendirilmesi olanaksızdır. Bankalar para alıp satan ticari müesseseler olup, davalı banka, peşin olarak davacıya ödediği 20.000.000.000 lirayı taksitle geri almak koşuluyla 25.798.179.114 liraya satmıştır. Aracın tüketici kredisi ile alınması sadece tüketicinin tercihinde olan bir durumdur. Peşin sağlanan bu krediye faiz uygulanmasında da yasaya veya sözleşmeye bir aykırılığı yoktur. Bankaya ödenen kredi faizinin 4077 sayılı Yasanın 4/2 maddesinde belirtilen dolaylı zarar olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Böyle olunca mahkemece davacının araç satış bedeli olarak ödediği 34.676.531.730 liranın tahsiline karar verilmesi gerekirken, buna ödenen kredi faizinin de ilavesi ile 40.474.620.846 liraya hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”

⁴⁸ DÖNEK, s. 75; Yargıtay 13. HD. E., 2016/7374 K., 2019/1733 T., 13.02.2019: “Somut olayda, dava dışı ... İnş. Turz. San.Tic. A.Ş. ile davalı banka arasında davaya konu proje için protokol akdedilmiş olduğu ve müteahhitten protokol kapsamında bankaya davacının muhtemel borçlarına karşılık garantör taahhütnamesi verdiği, müteahhit ile davacı arasında akdedilmiş olan inşaat sözleşmesinin 5.maddesinde; peşinat sonrası kalan bakiye Şekerbank'tan sağlanacak hükmünü yer aldığı anlaşılmaktadır. Dava dışı inşaat şirketinden taşınmaz satın alan davacıya davalı banka tarafından kredi kullanılacağı ve bu kredinin niteliği itibariyle bağlı kredi olduğu anlaşılmaktadır. 4077 sayılı Yasanın 10/5 ve 10/B-9. maddesi gereğince bağlı kredi kullandıran davalı Banka da, taşınmazın teslim edilmemesinden doğan zarara satıcı şirketle birlikte davacıya karşı müteselsilen sorumludur. Dosya kapsamından müteahhit firmanın inşaata hiç başlamamış olduğu anlaşılmıştır. Sözleşmeden dönme hakkını kullandığı anlaşılan davacının kullandırılan kredi miktarı ile sınırlı olarak bankanın sorumlu olduğu ve konut kredisi içinde olan kredi faizlerinden de davalı bankanın sorumluluğu kabul edilerek sonucuna uygun karar verilmelidir. Mahkemenin bu yönleri gözardı ederek yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde bağlı kredi de bu oranda indirilir ve ödeme planı buna göre değiştirilir⁴⁹. Kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması halinde kredi veren, kredi ödemelerini yeni duruma göre uyarlamak zorunda olup, kredi ödeme planını da buna göre yeniden düzenlemek zorundadır⁵⁰.

Tüketicinin sözleşmede bedelden indirim talep etmesi hakkı, temelde sözleşme koşullarını değiştiren ya da değiştirmeye yönelik olan yenilik doğurucu bir haktır⁵¹. Tüketicinin bu beyanının kredi veren tarafından onaylanmasına gerek yoktur. Tüketicinin bu hakkını kullanması halinde kredi verenin kredi sözleşmesinden düşme yükümlülüğü doğar.

3. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Zararların Tazmininde Kredi Veren Sorumluluğunun Doğup Doğmayacağı Sorunu

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 4/A -3 kapsamında kanun koyucu; sağlayıcı, bayi, acente ve 10. maddenin beşinci fıkrasına göre kredi verenin; ayıplı hizmetten, ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumlu olacağını ifade etmiştir. Günümüzde tüketicinin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinin 6. fıkrasına göre seçimlik haklarından birine ek olarak 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği açıkça belirtilmiştir. Ancak TKHK'un Bağlı Krediler bölümünde tüketicinin seçimlik haklarına ek olarak satıcı/sağlayıcının sözleşmeye aykırılıklarından doğan doğrudan doğruya zararlardan kredi verenin sorumlu olup olmayacağı düzenlenmemiştir.

Kanaatimizce satıcı/sağlayıcının sözleşmeye aykırı hareket etmesinden dolayı tüketicinin seçimlik haklarına ek olarak doğrudan doğruya doğacak zararlardan kredi veren de satıcı/sağlayıcı beraber

⁴⁹ ALTOP, s. 431; AKİPEK ÖCAL/KARA, s. 142; GÜLTEKİN, s. 3101; USTA, s.37; YENİCE ÖZGÖZ, s. 62; ERDEMİR, s. 199; KALENDER, s. 160; GEZDER, s. 202.

⁵⁰ AKİPEK ÖCAL, s. 406; YAVUZ, s. 851.

⁵¹ YENİCE ÖZGÖZ, s. 62; KALENDER, s. 164.

müteselsilen sorumlu olacaktır⁵². Dolayısıyla malın ya da hizmetin hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesinden satıcı/sağlayıcının kusuru bulunması halinde dahi tüketicinin doğan zararlarından kredi verenden satıcı/sağlayıcı ile sorumlu olacaktır⁵³. Bu durumda müteselsilen sorumluluğun sonucu olarak kredi veren ile satıcı/sağlayıcı arasındaki iç ilişki yani rücu ilişkisi saklıdır⁵⁴.

Aksine Yargıtay tüketicinin, satıcı/sağlayıcının sözleşmeye aykırı hareket etmesinden dolayı uğradığı doğrudan doğruya zararlardan kredi verenin sorumlu olmayacağı görüşündedir⁵⁵. Yargıtay'a göre kredi

⁵² ÇABRİ, s. 573; YENİCE ÖZGÖZ, s.65; ERDEMİR, s. 202; DALKILIÇ DEMİR, s. 72; KALENDER, s. 167; Yargıtay 13. HD. E., 2016/20787 K., 2019/7451 T., 16.09.2019: “Davacının dava dışı şirketle arasında imzalanan satış vaadi sözleşmesinin “Konutların teslim süresi, Tarzı ve Kullanım Şekli” başlıklı kısmında gayrimenkulün teslim süresi inşaata başlama tarihinden itibaren 12 ay olarak belirlenmiş, bu sürenin dava dışı şirket tarafından 6 ay daha uzatılabileceği düzenlenmiştir. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı temerrüde düşen borçludan TBK.125. vd. (BK. 106. vd.) maddeleri çerçevesinde aynen ifa ve gecikmeden dolayı uğradığı zararının veya aynen ifayı reddederek müspet zararının yahut sözleşmeyi feshederek menfi zararının tazminini seçimlik olarak isteyebilir. Somut uyuşmazlıkta davacı, sözleşmeye ayakta tutarak gereği gibi teslim edilmemesi nedeni ile uğradığı zararın tazminini istemektedir. Bu durumda, gerek sözleşme gerekse TBK. 125. vd. (BK. 106 vd.) maddelerine göre davacının zararını talep etmekte haklıdır. Mahkemece, sözleşme kapsamında belirlenen 31.06.2012 tarihinden 09.02.2015 tarihine kadar hesaplanan süre için kira tazminatına hükmedilmiştir. Ne var ki, kira kaybına ilişkin tazminat hesabı yapılırken kira başlangıcının dava dışı şirketle aralarındaki sözleşme tarihinden itibaren (18 ay sonrası) başlatılıp, davacının dava dilekçesinde belirtmiş olduğu konutu oturur vaziyete getirdiği tarihe kadar hesaplanması gerekmektedir. Öyleyse, mahkemece sözleşme kapsamında teslim edilmesi gereken tarih olan 19.09.2011 tarihi ile konutun davacının oturur vaziyete getirdiği tarih olan 01.07.2013 tarihine kadarki dönem için kira kaybı belirlenerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirir.”

⁵³ ARKAN, Tüketici, s. 41; YENİCE ÖZGÖZ, s. 65.

⁵⁴ DÖNEK, s.77.

⁵⁵ Yargıtay 3. HD. E., 2021/3617 K., 2021/12436 T., 02.12.2021: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 30. maddesine göre bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya

verenin tüketiciye karşı müteselsilen sorumluluğu, tüketicinin sahip olduğu TKHK m.30/4'de ifade edilen sözleşmeden dönme ve bedelden indirim seçimlik haklarıyla sınırlıdır⁵⁶. Örneğin, satıcı/sağlayıcının

hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir. Kredi verenin, tüketici kredisini belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, ortada bir bağlı kredinin var olduğu söylenebilir. Bunun sonucu olarak, satın alınan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi veren tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması halinde müteselsilen sorumludur.

Somut uyuşmazlıkta; mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, davalı inşaat şirketinden taşınmaz satın alan davacıya davalı banka tarafından kullanılan kredi, niteliği itibarıyla bir bağlı kredidir. Bu durumda, mahkemece davalı bankanın sorumluluğunun davacıya kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olduğunun kabul edilmesi gerekirken davalı inşaat şirketi ve davalı bankadan olan alacağın toplam miktarı üzerinden yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

⁵⁶ ÜREM, s. 972; Yargıtay 13. HD. E., 2016/10222 K., 2019/12640 T., 16.12.2019: “Somut olayda, davacı tüketici davalı bankanın anlaşmalı proje olarak lanse ettiği siteden ev satın almış olup, dosyadaki delillere göre kullanılan kredinin bağlı kredi vasfında olduğunun kabulü gerekir. Bu tespitten sonra, açıklığa kavuşturulması gereken husus, bağlı kredide kredi veren kuruluşun tüketiciye karşı sorumluluğunun kapsam ve mahiyetidir. 4077 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 4. maddesinde bankanın bu haldeki sorumluluğunun tüketicinin aynı yasa çerçevesinde ayıplı mal ile ilgili olarak kullanacağı sözleşmeden dönme ve ayıp oranında bedel indirimi isteme şeklindeki seçimlik hakları ile sınırlı olduğunun kabulü gerekir. Kira kaybı tazminatı isteminin dayanağı olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 123,124 ve 125. maddelerinde borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklının borcun ifası ile birlikte gecikme sebebiyle tazminat isteyebileceği seçimlik bir hak olarak öngörülmüştür. (Hukuk Genel Kurulu 26.06.2013 gün ve 2013/13-693-886 sayılı kararı). Taraflar arasındaki sözleşmede açıkça geç teslimden dolayı bankanın sorumlu olacağına ilişkin kayıt bulunmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde tanımlanan seçimlik haklardan olmayan bu yöndeki istem bağlı kredi veren kuruluşa karşı ileri sürülemeyecektir. Mahkemece bu açıklamalar ışığında davalı bankanın sorumluluğu değerlendirilmeliyken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, kararın bozulmasını gerektirir.” Yargıtay 3. HD. E., 2021/8495 K., 2022/873 T., 10.02.2020: “Hal böyle olunca bölge adliye

sözleşmeye aykırı şekilde geç ifa durumunda tüketicinin geç ifadan kaynaklı zararlarından kredi verenin sorumlu tutmamıştır. Ancak Yargıtay bir kararında satıcı/sağlayıcı ile kredi veren arasında mevcut çerçeve sözleşmeye dikkat çekmiş satıcı/sağlayıcının geç ifasından kaynaklı tüketicinin zararından kredi verenin sorumlu olacağına karar vermiştir. Söz konusu sözleşmeye göre tüketicinin satıcı/sağlayıcıdan taşınmaz satın alması ancak taşınmazın tüketicie teslim edilmemesinden zarar uğramıştır. Çerçeve sözleşmede davalı bankanın müteselsil olarak sorumlu olacağına ilişkin madde olması nedeniyle tüketicinin söz konusu zararından kredi veren ile müteselsilen sorumlu tutmuştur⁵⁷.

mahkemesince; davalı bankanın sorumluluğunun kullandığı kredi miktarı ile sınırlı olduğu gözetilerek karar verilmesi gerekirken, diğer davalı şirket ile birlikte ayrı ayrı alacak kalemlerinin tamamından sorumlu tutulmasına karar verilmiş olması, usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirir.

Bundan ayrı davalı bankanın; kabul edilen menfi tespit istemine konu miktar ile sorumlu olduğu kredi miktarının toplamı üzerinden belirlenecek harç ile sorumlu tutulması gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile alacak kalemlerine konu miktarlar ile menfi tespit istemine konu miktarın toplamı üzerinden belirlenen harç ile sorumlu tutulmuş olması da doğru değildir.

Ne var ki, bu yanlışlıkların giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının kaldırılması ve ilk derece mahkemesi kararının düzeltilerek onanması HMK'nın 370/2. maddesi hükmü gereğidir."

⁵⁷ Yargıtay 13. HD. E., 2014/6600 K., 2014/22077 T., 30.06.2014: "4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun ayıplı mal ile ilgili 4. maddesinin 3. fıkrasında, "İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10. maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz." ayrıca aynı kanunun 10. maddesinin 5. fıkrasında da, "Kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç veya zamanında teslim edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olur." Hükümleri ile kredi verenin sorumluluğu düzenlenmiştir.

C. Kredi Verenin Müteselsil Sorumluluğunu Doğuran Nedenler

1. Satış Konusu Malın Ayıplı İfa Edilmesi

TKHK m. 30/4'e göre satıcı/sağlayıcı ile kredi veren tüketiciye karşı sorumludur.⁵⁸ Tüketicinin, satıcı/sağlayıcıya karşı ayıplı malın ifa edilmesinden kaynaklı seçimlik haklarını kullanmak için yapması gereken gözden geçirme ve ihbar külfetini kredi verene karşı da usulüne uygun olarak yerine getirmesi gerekir⁵⁹. TKHK'nın 8. maddesine göre

Somut olayda, davalıLtd.Şti. İle davalı banka arasında imzalanan 26.11.2006 tarihli sözleşme ile davalı inşaat şirketinden taşınmaz satın alan müşterilere davalı bankadan kredi kullanılacağı, sözleşmenin 15. maddesinde davalı firmanın müşterinin kullandığı kredinin garantörü olduğu,17. maddesine göre taşınmaz satın alan müşterilere taşınmazın teslim edilmemesinden doğan zarardan davalı bankanın müteselsil olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede sözleşme kapsamında, davacının satın aldığı iki adet taşınmazın satış bedelinin ödenmesi amacıyla davalı bankadan kullandığı iki ayrı konut kredisi sözleşmelerini davalı inşaat şirketinin garantör olarak imzaladığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, davalı banka tarafından kredinin, belirli bir satıcı ile sözleşme şartı yapılması koşulu ile kullanılmış olduğu anlaşılmaktadır. O halde bağlı kredi kullandıran davalı Banka'nın da, 4077 sayılı yasanın 10/5. maddesine göre taşınmazın teslim edilmemesinden doğan zararına ilişkin olarak satıcı şirketle birlikte müteselsil sorumlu olduğunun kabulü gerekir.”

⁵⁸ DALKILIÇ DEMİR, s. 69; ÜZELER, s. 123; KALENDER, s. 155.

⁵⁹ ÖZ, Turgut; “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanmasında Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yeri ve Rolü”, *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 183; ÇABRİ, s. 577; ARKAN, Uygulama, s. 45 – 46; YENİCE ÖZGÖZ, s. 80; ÜZELER, s. 124; Yargıtay 3. HD. E., 2022/1086 K., 2022/2575 T., 22.03.2022: “*Dava tarihinde yürürlükte bulunan 4077 Sayılı TKHK'nun 4. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre; tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde açık ayıpları satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da gizli ayıpların ne kadar sürede satıcıya ihbar edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Öyle olunca, 4077 Sayılı TKHK'nun 30. maddesi*

ayıplı mal; tüketiciye teslimi anında taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır⁶⁰. Kanun koyucu tüketiciye TKHK’da dört tane seçimlik hak tanımaktadır. Bunlar; tüketicinin satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönebilmesi, satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteyebilmesi, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde bütün masrafları satıcı/sağlayıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteyebilmesi ve son olarak imkân varsa satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteyebilmesidir.⁶¹ Bu durumda kredi verenin satıcı/sağlayıcı ile müteselsilen sorumlu olması TKHK madde 30/4’e göre yalnızca sözleşmeden dönme ve bedelden indirim hakkını kullanması halleri ile sınırlandırılmıştır⁶². Ancak tüketicinin diğer

gereğince, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümlere göre uyumsuzluğun çözümü gerekli olduğundan, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun bu kudaki 198. maddesi (6098 Sayılı TBK'nun 223. maddesi) uygulanacaktır. Anılan maddeye göre, alıcı, teslim aldığı malı işlerin olağan akışına göre, imkan bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp gördüğü zaman bunu satıcıya derhal (uygun süre içinde) ihbar etmekle yükümlüdür. Bunu ihmal ettiği takdirde, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılana olağan bir gözden geçirme ile meydana çıkarılamayacak bir ayıp bulunması halinde, bu ayıp sonradan meydana çıkarsa, bu durumu da hemen satıcıya bildirmediği takdirde yine satılanı bu ayıp ile birlikte kabul etmiş sayılır. O halde, gizli ayıpların, dava zamanaşımı süresi içinde ve ayıp ortaya çıktıktan sonra derhal (dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede), ihbar edilmesi; ayıbın açık mı, yoksa gizli mi olduğunun tayininde ise, ortalama (vasat) bir tüketicinin bilgisinin dikkate alınması, gerekmektedir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinde (6098 Sayılı TBK'nun 223. maddesi) öngörülen süre içinde ihbar edilmeyen ayıplar için dava açılmaz.”.

⁶⁰ ÖZ, s. 183; YENİCE ÖZGÖZ, s. 77; ÖZÇELİK, Ş. Barış; “Tüketici Hukuku Bakımından Gayrimenkullerde Ayıp”, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 268.

⁶¹ CEYLAN, s. 133.

⁶² KİTİZ EKER, s. 77; Yargıtay 3. HD. E. 2021/8844 K. 2022/12 T. 17.01.2022: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 30 uncu maddesine göre, bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir.

seçimlik haklarını kullanması durumunda yani ayıbın ücretsiz onarılması ya da malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi halinde satıcı/sağlayıcı tüketicinin seçimlik hakkını yerine getirmez ise tüketicinin sözleşmeden dönme imkânı vardır. Bu durumda da kredi veren ile satıcı/sağlayıcı tüketicie karşı müteselsilen sorumlu olacaktır.

2. Ayıplı Hizmet İfa Edilmesi

Satıcı/sağlayıcıdan satın alınan malın ya da hizmetin finansını tüketici kredi veren ile yaptığı sözleşmeyle karşılamaktadır. Ancak bu sözleşmenin, kredi veren ile satıcı/sağlayıcı arasında mevcut ekonomik iş birliği ile bağlantılı olması halinde kredi sözleşmesi bağlı kredi sözleşmesi sayılmaktadır. Bu sözleşme gereğince satıcı/sağlayıcının hizmet edimini ayıplı ifa etmesinden kaynaklı olarak kredi veren de satıcı/sağlayıcıyla beraber tüketicie karşı müteselsilen sorumlu olacaktır.⁶³ Kanun koyucu TKHK'nın 13. maddesinde, ayıplı hizmeti tanımlamıştır⁶⁴. Tüketicie karşı ayıplı hizmet ifa edilmesi durumunda tüketici zamanında ihbar külfetini yerine getirirse kanunda öngörülen seçimlik haklarını kullanabilir. TKHK m. 15'e göre tüketicie karşı ayıplı hizmetin ifası halinde, tüketicinin eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında hizmet bedelinde indirim yapılması ya da sözleşmeden dönme seçimlik hakları mevcuttur⁶⁵. Bu durumda da yukarıda izah ettiğimiz üzere

Kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, ortada bir bağlı kredinin var olduğu söylenebilir. Bunun sonucu olarak, satın alınan mal veya hizmet hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi veren tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması halinde müteselsilen sorumludur.”

⁶³ ÜZELER, s.125.

⁶⁴ YENİCE ÖZGÖZ, s. 79; TKHK M. 13: “Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.”

⁶⁵ TKHK m. 15/1: “Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların

tüketiciye karşı mal veya hizmetin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde kredi veren satıcı/sağlayıcı ile beraber tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacaktır⁶⁶.

3. Borcun Hiç veya Zamanında İfa Edilmemesinden Dolayı Kredi Veren Sorumluluğu

Tüketicinin malın ya da hizmetin satıcı/sağlayıcı tarafından ayıplı ifa edilmesinden kredi verenin de satıcı/sağlayıcı ile beraber müteselsilen sorumlu olması durumuna benzer şekilde, malın ya da hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı müteselsil sorumlu olur⁶⁷. Bu durumun bir benzeri de TKHK m. 35/2’de ifade edilmiştir⁶⁸.

kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.”

⁶⁶ ÜZELER, s. 126.

⁶⁷ ÖZÇELİK, s. 275 – 276; REİSOĞLU, Tüketici, s. 67; DÖNEK, s.72; DALKILIÇ DEMİR, s. 67; KALENDER, s. 157.

⁶⁸ TKHK M. 35/2: “Bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur. Ancak, konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu; konutun teslim edilmemesi durumunda konut satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen konut teslim tarihinden, konutun teslim edilmesi durumunda konutun teslim edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır.” Yargıtay 13. HD. E. 2014/8304 K. 2015/23475 T., 03.07.2015: “kredi veren, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu teslim tarihinden itibaren 1 yıl süre ve kullandığı kredi miktarı ile sınırlıdır. Konut finansmanı kuruluşları tarafından 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre verilen kredilerin devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi

D. Tüketicinin Kredi Verene Karşı Defi Hakkı

Tüketici; satıcı/sağlayıcı tarafından malın veya hizmetin, hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde sahip olduğu seçimlik haklarını bağlı kredi sözleşmesi gereğince kredi verene karşı ileri sürüp krediyi ödemekten kaçınabilir.⁶⁹ Kredi veren bu durumda bağlı kredi ilişkisinin bir sonucu olarak tarafı olmadığı bir sözleşmeden nedeniyle defi müdahalesi ile karşılaşmaktadır⁷⁰. Bunun sonucunda tüketicinin kendisine ifa edilmeyen ya da ayıplı ifa edilen bir malın ya da hizmetin bedelini ödemeye devam etmesi hak kaybına neden olacaktır.

Özellikle tüketicinin; malın ya da hizmetin ayıplı ifası, geç ya da hiç ifa edilmemesi sonucunda seçimlik haklarından birisi olan dönme hakkını kullanmasıyla tüketici, kredi verene krediyi ödemek zorunda kalmaz⁷¹. Eğer tüketici seçimlik haklarından bedelden indirim hakkını kullanırsa bağlı kredi ilişkisi gereği kredide de aynı orada indirim yapılacak ve tüketicinin ödeme planı bu indirime uygun olarak değiştirilecektir. Bu şekilde tüketici yapmış olduğu sözleşmenin tarafı olmasa da kredi verene ve satıcı/sağlayıcıya karşı elde ettiği hakları ileri sürebilir ve hak kaybı yaşamaz.

IV. KREDİ VERENİN MÜTESELSİL SORUMLULUĞUNUN SINIRLARI VE SONUÇLARI

A. Kredi Verenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları

Bağlı kredi sözleşmesinin en önemli özelliği -daha önce de ifade edildiği üzere- satıcı/sağlayıcının tüketiciyi hak kaybına uğratmasının önüne geçilip bağlı kredi ilişkisi gereğince kredi verenin de tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olmasıdır. Müteselsil sorumluluk ya kanunda öngörülen hallerde ya da borçluların alacaklılara karşı borcun

bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz. hükmüne yer verilerek kredi verenin sorumluluğunun esasları düzenlenmiştir.”

⁶⁹ DÖNEK, s.73; ÜZELER, s. 136.

⁷⁰ ARKAN, Uygulama, s. 44; KAPAĞAN, s. 88; YENİCE ÖZGÖZ, s.54 – 55; ÜZELER, s. 137.

⁷¹ ÖZÇELİK, s. 275; KAYAR, s. 90; ARKAN, Uygulama, s. 45; KAPAĞAN, s. 80; ÜZELER, s. 137.

tamamından sorumlu olacaklarını açıkça kabul etmeleri halinde gerçekleşir.⁷² Gerçekten de borçlular alacaklılara karşı böyle bir bildirimde bulunmamışsa müteselsil borçluluk yalnızca kanunda öngörülen hâllerde doğar. TKHK m. 30/4 ve 35/2'de kredi verenin müteselsilen sorumluluğu açıkça öngörülmüştür.⁷³

Müteselsilen sorumluluğun sonucu olarak tüketici, borçluların her birinden borç oranlarına bakmaksızın borcun tamamının ifasını talep edebilir.⁷⁴ Bu durumda borçlu olan taraflar, tüketiciye karşı borcun sadece belirli kısmından mesul olduklarını ileri süremez. Her borçlu borcunun tamamını ifa etmekle yükümlüdür. Kanun koyucu burada alacaklı olan tüketici için tamamen serbesti öngörmüştür. Tüketici isterse borcun tamamını isterse belirli kısmını tek bir borçludan talep eder. Borçluların tüketiciye yani alacaklıya itiraz etme hakları bulunmamaktadır.⁷⁵ Bununla birlikte alacaklılara karşı müteselsil sorumlu olan borçlulardan birisi ifa veya takas ile borcun belirli bir kısmını ya da tamamını sona erdirmişse diğer borçlularda bu oranda borcundan kurtulmuş olacaktır.⁷⁶

Müteselsil borçlulardan herhangi birinin, alacaklıya karşı borcun tamamını ya da kendi iç ilişkileri gereği payından fazlasını ifa etmesi durumunda diğer borçlulara borçtan sorumlu oldukları payları oranında rücu edebilecektir.⁷⁷ Farklı oranlar yoksa o zaman borçlulardan her biri,

⁷² ANTALYA, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/2 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 646; AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 63, EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 1200 – 1201.

⁷³ ÖZÇELİK, s. 275.

⁷⁴ VON TUHR, Andreas (Çev: Cevat Edege), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt: 1-2, Ankara 1985, s. 793; ANTALYA, s. 659; AKINCI, Şahin; *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Sekizinci Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2015, s. 263; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Cilt 2*, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 476; ÜZELER, s. 162.

⁷⁵ AYAN, s. 64; EREN, Genel, s. 1205; KAPAĞAN, s. 80.

⁷⁶ ANTALYA, s. 659; FURRER, Andreas/ MULLER – CHEN, Markus/ ÇETİNER, Bilgehan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 312.

⁷⁷ ANTALYA, s. 667; VON TUHR, s. 803; FURRER/ MULLER – CHEN/ ÇETİNER, s. 319.

kendi iç ilişkileri gereği birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar⁷⁸. Bağlı kredilerden kaynaklı üçlü ilişkide, kredi verenin müteselsilen sorumluluğu kanun koyucu tarafından süre ve miktar bakımından kısıtlanmıştır.

1. Süre Açısından Sınırlandırılması

TKHK m. 30/4'e göre kredi verenin tüketiciye karşı satıcı/sağlayıcı ile müteselsilen sorumluluğu sözleşmede belirlenen ifa tarihi ya da malın ya da hizmetin tüketiciye ifasından itibaren bir yıl süreyle sınırlı olacağı düzenlenmiştir⁷⁹. Buradan da anlaşıldığı üzere kredi verenin sorumluluğunda satıcı/sağlayıcının sözleşmeyi ifa edip etmemesine göre sürenin başlangıç anı değişmektedir. Eğer sözleşmede edim ifa edilmemiş ise ya satış sözleşmesinin ya da bağlı kredi sözleşmesinin ifa edileceği öngörülen en son tarih baz alınarak bir yıl boyunca kredi veren, tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacaktır. Şayet satıcı/sağlayıcı sözleşmeyi ifa etmiş ise o zaman kredi veren, sözleşmenin ifa edildiği tarihten itibaren bir yıl boyunca müteselsilen sorumlu olur. Ancak kanun koyucu edimin ifa edilmesi halinde, sözleşmede belirtilen ifa zamanının önce ya da sonra olmasını dikkate

⁷⁸ ANTALYA, s. 669; FURRER/ MULLER – CHEN/ ÇETİNER, s. 318; AKINCI, s. 266.

⁷⁹ TKHK m. 30/4: “Bağlı kredilerde, mal veya hizmet hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi veren, tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde müteselsilen sorumludur. Tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde bağlı kredi de bu oranda indirilir ve ödeme planı buna göre değiştirilir. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, o güne kadar yapmış olduğu ödemenin iadesi hususunda satıcı, sağlayıcı ve kredi veren müteselsilen sorumludur. Ancak, kredi verenin sorumluluğu; malın teslim veya hizmetin ifa edilmediği durumlarda satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen malın teslim veya hizmetin ifa edilme tarihinden, malın teslim veya hizmetin ifa edildiği durumlarda malın teslim veya hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır.” KİTİZ EKER, s. 77; ALTOP, s. 432, AKİPEK ÖCAL, s. 406; ÖZÇELİK, s. 275; AKİPEK ÖCAL/KARA, s. 142; ÇABRİ, s. 570; YAVUZ, s. 851; GÜLTEKİN, s. 3102; AYDOĞDU, s. 594; USTA, s.37; REİSOĞLU, Konut, s. 81; YILMAZ, s. 408; DÖNEK, s. 76; YENİCE ÖZGÖZ, s. 87; ERDEMİR, s.210; DALKILIÇ DEMİR, s. 74; ÜZELER, s. 164; KALENDER, s. 170.

almamış sadece sözleşmenin ifa edilmesinden sonraki bir yıl boyunca olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay, kararlarında kredi verenin sorumlu olduğu bu süreyi hak düşürücü süre olarak kabul etmektedir. Davada, bu süreyi taraflar ileri süremese dahi hakim in re'sen dikkate alması gerektiğine ilişkin karar vermektedir⁸⁰.

2. Miktar Açısından Sınırlandırılması

Bağlı krediler bakımından kanun koyucu kredi verenin müteselsilen sorumluluğunu süreye ek olarak tüketiciye vermiş olduğu kredi miktarıyla da sınırlamıştır⁸¹. Çünkü kredi veren satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında yapılan sözleşmeye taraf değildir. Sadece bağlı krediye ait üçlü ilişkinin getirdiği kanunda öngörülen sınırlar dahilinde müteselsilen sorumludur. Kredi veren tüketicinin kredi miktarından fazla olan zararlarından sorumlu değildir. Bunun bir sonucu olarak tüketici, mal ya da hizmetin temini için belirli miktarda bedelin karşılığını ön ödemede bulunup kalan miktar için kredi çekmiş ise kredi veren,

⁸⁰ Yargıtay 13. HD. E. 2014/36933 K. 2015/29203 T. 08.10.2015: “Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.” hükmü ve yeni 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 35/2. maddesinde “Bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanununun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur. Ancak, konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu; konutun teslim edilmemesi durumunda konut satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen konut teslim tarihinden, konutun teslim edilmesi durumunda konutun teslim edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır.” hükmü gereğince davalı bankanın sorumluluğu kredi miktarı ve konutun tesliminden itibaren sadece 1 yıllık süre ile sınırlıdır. Söz konusu olan bu süre emredici hukuk kuralı olması sebebiyle hak düşürücü süredir. Hak düşürücü süreler hakim tarafından taraflarca ileri sürülme bile her aşamada resen gözetilir.”

⁸¹ AKİPEK ÖCAL, s. 406; AKİPEK ÖCAL/KARA, s. 109; GÜLTEKİN, s. 3102, KAYAR, s. 92; AYDOĞDU, s. 594; USTA, s.37; YILMAZ, s. 407; DÖNEK, s. 75; ERDEMİR, s. 207; ÜZELER, s. 163; KALENDER, s. 169 – 170.

tüketicinin tüm zararından sorumlu değildir⁸². Yalnızca tüketicinin çekmiş olduğu kredi miktarınca sorumlu olur⁸³. Tüketicinin sözleşmeden dönmesi halinde ise kredi verenden sadece ödediği kredi taksidi talep edilebilir. Tüketici, kredi haricinde yapmış olduğu ödemeleri ise yalnızca satıcı/sağlayıcıdan talep edebilecektir. Buna ek olarak kanaatimizce kredi verenin iade yükümlülüğüne, kredinin kullanımından kaynaklı faiz ödemeleri dahil olmamalıdır. Yargıtay, sözleşmeden dönme halinde kredi verenin o zaman kadar yapmış olduğu ödemeleri dikkate aldığından kredi taksitlerine ek olarak tüketicinin ödemiş olduğu faizlerin de iade edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

B. Kredi Verenin Müteselsil Sorumluluğunun Sonuçları

1. Dış İlişki Bakımından Sonuçları

Kişilerin müteselsilen borçlu olmasının kanunda iki kaynağı vardır⁸⁴. İlki, birden çok borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğunu ifade etmesi ya da kişilerin müteselsilen borçlu

⁸² ÇABRİ, s. 580 – 581; ÜREM, s. 989; DÖNEK, s. 76; ERDEMİR, s. 207; Yargıtay 13. HD. E., 2013/22234 K., 2014/3709 T., 13.02.2014: “Davacının davalı yüklenici ile yapmış olduğu taşınmaz satış vaadi ve borçlanma sözleşmesinde, taşınmaz satış bilgisi ve ödeme planında davalı A. şubesine paranın yatacağı, kullanılacak kredi miktarı, dosya masrafı, hayat sigortası bedeli ve taşınmaz bilgileri yazılıdır. Yine davalılar arasında düzenlenen 31.5.2006 tarihli protokolde de tüketicilerin kredi talep etmesi halinde bankaya yönlendirileceği yönünde düzenlemeler mevcuttur. Bu durumda Dairemizin dava konusu yapı ile ilgili aynı hususta verdiği emsal kararları da dikkate alındığında kullanılan kredinin 4077 Sayılı Kanun’un 10/5 maddesi gereğince bağlı kredi olduğunun kabulü gerekir. Mahkemenin kabulü de bu yöndedir. Mahkemece, davalı bankanın kullandığı kredi miktarı ile sınırlı olarak sorumlu tutulması gerekirken yanlış değerlendirme ile diğer davalı M. C...A.Ş’ye ödenen peşinat tutarı da dahil olmak üzere tüm borçtan sorumlu olacak şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”.

⁸³ ÇABRİ, s. 580; YENİCE ÖZGÖZ, s. 90.

⁸⁴ KILIÇOĞLU, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 948; AYAN, s. 64; YENİCE ÖZGÖZ, s. 52.

olduğunu kanunda öngörülmesi durumudur⁸⁵. Taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile müteselsilen borçlu olduklarını öngörmedikleri halde Kanun Koyucu tarafından bazı hukuki müesseselerde bu kişilerin doğrudan alacaklıya karşı borçtan müteselsilen sorumlu oldukları öngörülmüştür. Bu şekilde kanunda öngörülen müteselsilen sorumluluk hali istisnai sorumluluk halidir. Şayet kanunda böyle bir sorumluluk hali öngörülmemiş ve borçlular arasında sözleşme yapılmamış ise kural olarak borçlular alacaklıya karşı payları oranında kısmen sorumlu olacaktır.

Müteselsilen sorumluluğun bir sonucu olarak tüketici, bağlı kredi sözleşmesi gereği alacağının ister tamamını ister belirli kısmını hem satıcı/sağlayıcıdan hem de kredi verenden talep edebilir.⁸⁶ Kanun koyucu tüketiciye bu konuda mutlak yetki tanımıştır. Ancak daha önce de izah edildiği üzere kredi verenin müteselsilen sorumluluğu sınırsız olmayıp miktar ve zaman bakımından sınırlandırılmıştır. Müteselsilen borçluların alacaklıya karşı bu konumu alacağın tamamının ödenmesine kadar devam eder. Tüketici, satıcı/sağlayıcının sözleşmeye aykırı hareketinden dolayı kullanmış olduğu seçimlik hakkı nedeniyle direkt olarak hem satıcı/sağlayıcıya hem de kredi verene başvurabilir. Çünkü her ikisi de tüketiciye karşı birinci dereceden sorumludur. TKHK tüketiciye bu imkânı sunmuştur.

2. İç İlişki Bakımından Sonuçları

Dış ilişki bakımından müteselsilen sorumluluk halinde borçluların her biri borcun tamamından alacaklıya karşı sorumlu olacaktır. Ancak borçluların alacaklıya karşı sorumlu olması onların birtakım defî imkânlarını kullanmasına engel değildir⁸⁷. Müteselsilen sorumluluk halinde borçlular alacaklıya karşı gerek ortak defîleri gerek kişisel defîleri ileri sürebilirler. Ortak defîlerin ileri sürülmesi durumunda bu defî hakkının kullanılmasından kaynaklı oluşacak faydadan, tüm borçlular

⁸⁵ ANTALYA, s. 648 – 649; FURRER/ MULLER – CHEN/ ÇETİNER, s. 312 – 313; KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 950; EREN, Genel, s. 1204; KALENDER, s. 155.

⁸⁶ YENİCE ÖZGÖZ, s. 54; ERDEMİR, s.195.

⁸⁷ VON TUHR, s. 794; FURRER/ MULLER – CHEN/ ÇETİNER, s. 314; KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 955; OĞUZMAN/ ÖZ, s.490.

yararlanabilecektir.⁸⁸ Ancak kişisel defilerin ileri sürülmesi halinde sadece bu hakkı kullanan borçlu faydalanabilir. Diğer borçlular kişisel definin getirdiği bu faydalardan yararlanamaz.⁸⁹ Örneğin, alacaklıya karşı üç borçlunun müteselsilen sorumlu olması durumunda borçlulardan birinin, alacaklıdan kira alacağı gibi bir başka hukuki durumdan kaynaklı alacaklı olması halinde borçlu alacaklıya karşı takas defini ileri sürebilir. Bu definin kullanılmasından sadece o hakkı kullanan borçlu faydalanabilir. Ayrıca borçlulardan birisi alacaklıya karşı ortak defii ya da itirazları ileri sürmezse iç ilişki bakımından diğer borçlulara karşı sorumlu olacaktır.⁹⁰ Ortak defii ya da itirazı ileri sürmeden borcu ödemiş olan borçlu, diğer borçlulara karşı rücu hakkını kaybeder⁹¹. Bundan dolayı borçlular arasında ortak defii ya da itirazları ileri sürmek, bir haktan ziyade yükümlülük haline gelmektedir.⁹²

Aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil sorumlulardan her biri, iç ilişkide alacaklıya yapılan ifadan eşit paylarla sorumludurlar⁹³. Borçlulardan biri iç ilişkiye göre kendisine düşen paydan fazlasını alacaklıya ifade bulunmuş ise söz konusu bu fazla miktarı diğer borçlulardan talep edebilir. Ancak diğer borçlulara tüm ödediğini yalnızca onların payı oranında rücu edebilir⁹⁴. Borçlular arasında rücu ilişkisinin var olabilmesi için borçlunun, kendi payından fazlasını alacaklıya ödemiş olması gerekir. Bu bakımdan kredi veren, müteselsilen sorumluluğun bir sonucu olarak tüketiciye karşı ödemiş olduğu borcu satıcı/sağlayıcıdan rücu ilişkisi gereği talep edebilecektir⁹⁵. Burada kredi verenin borcun ne kadarını rücu edeceği kredi veren ile satıcı/sağlayıcı

⁸⁸ ANTALYA, s. 662, KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 955; AYAN, s. 66; AKINCI, s. 265.

⁸⁹ ANTALYA, s. 662 – 663, FURRER/ MULLER – CHEN/ ÇETİNER, s. 314; AYAN, s. 67; AKINCI, s. 265.

⁹⁰ ANTALYA, s. 662; VON TUHR, s. 794; KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 956; AKINCI, s. 265; EREN, Genel, s. 1206; ERDEMİR, s. 205.

⁹¹ VON TUHR, s. 796; KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 956; EREN, Genel, s. 1206.

⁹² KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 956; OĞUZMAN/ ÖZ, s.490.

⁹³ ANTALYA, s. 669; FURRER/ MULLER – CHEN/ ÇETİNER, s. 314; KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 957; AYAN, s. 68; AKINCI, s. 266; EREN, Genel, s. 1210; YENİCE ÖZGÖZ, s. 56.

⁹⁴ ANTALYA, s. 669; KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 960; AYAN, s. 69; AKINCI, s. 266.

⁹⁵ YAVUZ, s. 851; REİSOĞLU, Tüketici, s. 69 – 70.

arasında yapılan çerçeve sözleşmeye göre belirlenir. Çerçeve sözleşme gereğince belirli olan paylar oranında rücu ilişkisi doğacaktır.

V. SONUÇ

Olağan kredi sözleşmesinde tüketici, istediği mal varlığı için krediyi finanse edebilmektedir. Ancak bağlı kredi sözleşmesinde tüketiciye bu özgürlük tanınmamaktadır. Tüketici hizmetin ya da malın finansını sağlamak için kredi veren ile sözleşme yapmaktadır. Kanun koyucu bu durumda satıcı/sağlayıcı ile kredi veren arasında sözleşme olması gerekmez. Her iki sözleşme arasında objektif açıdan ekonomik birlik bulunması yeterli olacaktır. Bağlı kredi sözleşmesinde sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketiciyi korumak için kanun koyucu bazı hükümler öngörmüştür. Buna göre satıcı/sağlayıcı malın ya da hizmetin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı kredi veren, tüketiciye karşı satıcı ile beraber müteselsilen sorumlu olacaktır.

Kanun koyucu kredi verenin müteselsilen sorumluluğu süre ve miktar açısından sınırlandırmıştır. Kredi verenin müteselsilen sorumluluğu, satış sözleşmesinin ya da bağlı kredi sözleşmesinin ifa edileceği öngörülen en son tarih dikkate alınarak bir yıl boyunca sorumlu geçerli olur. Buna ek olarak kredi veren, vermiş olduğu kredi miktarınca da sorumludur. Tüketici, kredi miktarından fazla olan zararını kredi verenden talep edemez. Kredi veren, müteselsilen sorumluluğu iç ve dış ilişki bakımından ikiye ayrılmaktadır. Dış ilişki bakımından müteselsilen sorumluluğun olağan sonucu olarak bir yıl boyunca vermiş olduğu kredi miktarınca tüketiciye karşı sorumlu olmaktadır. Tüketici, zararının ister tamamını ister belirli kısmını kredi verenden ya da satıcıdan talep edebilecektir. Kredi verenin sorumluluğu, kredi miktarınca tüketicinin zararı giderilene kadar devam eder. İç ilişki bakımından ise kredi veren satıcı ya da sağlayıcıdan tüketiciye karşı sorumluluğunu rücu ilişkisi gereği talep edebilir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: “Konut Finansmanı Sözleşmelerinde Bağlı Kredi Kavramının Yapısı ve Hukuksal Niteliği”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 115 – 123.
- AKINCI, Şahin: *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Sekizinci Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2015.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Genel Olarak Tüketici Kredileri”, *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı 5- 6 Aralık Makaleler ve Tebliğler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 395 – 411.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem; KARA, İlhan: “*Tüketici Hukuku Ders Kitapları*”, Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2023.
- ALTOP, Atilla: “Bankaların Düzenledikleri Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Akdi Faiz, Erken Ödeme, Temerrüt, Sözleşmelerde Değişiklik Yapılması, Sigorta Yaptırılması, Bağlı Krediler ve Sözleşmenin Feshi”, *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı 5- 6 Aralık Makaleler ve Tebliğler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 411 – 437.
- ANTALYA, O. Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/2 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ARKAN, Sabih: “Tüketici Kredileri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XVII, S. 1-2 Ankara 1995, s. 35 – 42. (Kısaltma: ARKAN, Tüketici)
- ARKAN, Sabih: “Tüketici Kredisi ve Uygulaması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XV, S. 1, Ankara 1989, s. 19 – 47. (Kısaltma: ARKAN, Uygulama)
- AYAN, Mehmet: *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- AYDOĞDU, Murat: “Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerin Tüketici Hukukuna Etkileri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, İzmir 2007, s. 553 – 632.

- CEYLAN, Ebru: “Tüketici Kredileri - II”, Tüketicinin Korunması Semineri (2-4 Kasım 2006, Ankara), Ankara 2007.
- ÇABRİ, Sezar: “*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*”, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- ÇALDAĞ, Coşkun: “Bağlı Tüketici Kredi Sözleşmesinin Tespiti ve Kredi Kartı Sözleşmesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, C. 4, S. 1, Diyarbakır 2020, s. 30 – 52.
- DALKILIÇ DEMİR, Müge: “*Bağlı Kredi ile Ön Ödemeli Konut Satışı*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- DÖNEK, Berna: “Bağlı Kredi Sözleşmesi”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C.3, S.1, Konya 2020, s.37-82.
- ERDEMİR, Kıymet: “*Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmeleri*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015. (Kısaltma: EREN, Genel)
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. (Kısaltma: EREN, Özel)
- GEZDER, Ümit: “*Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul 1998.
- GÜLTEKİN, Esra: “6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Kredi Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Borçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 4, Konya 2021, s. 3079-3120.
- FURRER, Andreas/ MULLER – CHEN, Markus/ ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.
- KALENDER, Ahmet: “*Tüketicilerin Konut Edinmeleri Amacıyla Kurulan Kredi Sözleşmesi*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2015.

- KAPAĞAN, Gönül: “Bağlı Tüketici Kredileri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004.
- KAYAR, İsmail: “Tüketici Kredilerinde Tüketicinin Korunması”, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 16, Kayseri 2000, s. 75 – 98.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet: *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022. (Kısaltma: KILIÇOĞLU, Borçlar Özel)
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet: *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022. (Kısaltma: KILIÇOĞLU, Borçlar Özel)
- KİTİZ EKER, Ece Ayça: “Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları”, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Cilt 2*, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- ÖZ, Turgut: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanmasında Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yeri ve Rolü”, *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı 5- 6 Aralık Makaleler ve Tebliğler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 175 – 197.
- ÖZÇELİK, Ş. Barış: “Tüketici Hukuku Bakımından Gayrimenkullerde Ayıp”, *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı 5- 6 Aralık Makaleler ve Tebliğler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 257 – 283.
- ÖZTEK, Selçuk: “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, *Bankacılar Dergisi*, S. 67, Ankara 2008, s. 6 – 27.
- REİSOĞLU, Seza: “Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar: 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak”, *Bankacılar Dergisi*, S. 69, Ankara 2007, s. 50 – 73. (Kısaltma: REİSOĞLU, Tüketici)
- REİSOĞLU, Seza: “Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, *Bankacılar Dergisi*, S.61, Ankara 2007, s.75 – 84. (Kısaltma: REİSOĞLU, Konut)
- USTA, Salih: “Yeni Tüketici Kanununa Göre Tüketici Kredileri”, *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, S. 9, Ankara 2017, s. 30 – 40.

- ÜNLÜTEPE, Mustafa: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Ankara 2014, s. 293 – 358.
- ÜREM, Müge: “Bağlı Tüketici Kredisi Sözleşmesinin Unsurları”, *Yargıtay Dergisi*, C. 47, S. 3, Ankara 2021, s. 963-1016.
- ÜZELER, Rabia Sanem: “*Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.
- VON TUHR, Andreas (Çev: Cevat Edege): *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt: 1-2, Ankara 1985.
- YAVUZ, Cevdet: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2022.
- YENİCE ÖZGÖZ, Hava: “*Bağlı Tüketici Kredilerinde Bankanın Sorumluluğu*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- YILDIRIM, AKKAYAN, Ayça: “Kredi Kartı Sözleşmelerinin Bağlı Tüketici Kredisi Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73-1, İstanbul 2016, s. 261-278.
- YILMAZ, Yasemin: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Finansmanı Sözleşmeleri", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 77, S. 1, İstanbul 2019. s. 389-424.
- YILMAZ, Abdülhamit: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2017. (Kısaltma: YILMAZ, Belirli).

ARABULUCULUK KURUMUNDA GİZLİLİK VE HUKUKİ SONUÇLARI

Uğur YAZICI*

ÖZ

Arabuluculuğun en önemli özelliklerinden biri sürecin hem içeriğine ilişkin hem de kendisi için getirilen gizlilik ilkesidir. Sürecin tarafları bu sürecin gizli şekilde sürdürüleceğinden emin olmaları durumunda uyuşmazlığın çözümü noktasında gerekli desteği ve katkıyı sağlayabilirler. Bu şekilde de sürecin taraflarının uyuşmazlığın çözümündeki menfaatleri daha sağlıklı belirlenerek daha rasyonel çözümler ortaya konulabilir.

Ayrıca arabuluculuk faaliyetinden elde edilen kişisel verilerin, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na hâkim olan ilkelere uygun işlenmesi de gerekmektedir. Bu yükümlülük ise, gizlilik ilkesiyle belgelerin veya beyanların kullanılmaması ilkesinin sonucudur. Tüm bu nedenler sürecin taraflarının, arabuluculuk sürecine katılan üçüncü kişilerin ve arabulucuların sır saklama yükümlülüklerinin temellerini oluşturmaktadır.

* Tetkik Hakimi, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, E-Mail: ugur.yazici@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4999-3851.

Makalenin Gönderim Tarihi : 02.08.2023.

Makalenin Kabul Tarihi : 22.12.2023.

Bu makale, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programında hazırlanan ve 09.11.2023 tarihinde savunulan “Arabuluculuğun Gizliliğinin İhlali Suçu” başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, gizlilik, sır saklama yükümlülüğü, hukuki sonuçlar, kişisel verilerin korunması.

PRIVACY IN THE MEDIATOR AND LEGAL CONSEQUENCES

ABSTRACT

One of the most important features of mediation is the principle of confidentiality, both regarding the content of the process and itself. If the parties are sure that this process will be accomplished confidentially, they can provide the necessary support and contribution to dispute resolution. Thus, interests of the conflicted parties can be determined more soundly and rationally for the further process.

Additionally, the Law on the Protection of Personal Data governs principles of personal data access through mediation activity. These principles are the result of the principle of confidentiality and the non-use of documents or statements. Aforementioned principles establish the basis of the confidentiality obligations of the conflicted parties, third parties and mediators of process.

Keywords: Mediation, confidentiality, obligation of confidentiality, legal consequences, protection of personal data.

I. GİRİŞ

Arabuluculuk genel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden en çok tercih edilen yöntemdir¹. Arabuluculuk

¹ Doktrinde arabuluculuğun tercih edilme nedenleri hakkındaki açıklamalar ve oransal verilere ilişkin şu ifadelere yer verilmesi mümkündür: “2008 yılında Michigan’da hukuk ve aile (boşanma) uyuşmazlıklarındaki arabuluculuk ile ilgili yapılan araştırmalarda Arabulucunun zaman içerisinde daha fazla tercih edildiği ve bu tarz uyuşmazlıkların %70’inin arabuluculuk yolu ile hızlı bir şekilde çözüldüğü ayrıca bu sürece katılanların %90’ının ihtilaflarını arabuluculuk yolu ile çözmüş olmalarından dolayı memnun oldukları ortaya konulmuştur” (Pappas, Brian A.: Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution,

insanoğlunun sosyalleşmesinin getirdiği çatışma ve ihtilafın çözülmesinde başvurulabilen yollardan bir tanesidir². Arabuluculuk kurumunun esas hedefi makro düzlem içinde toplumda yer alan kişilerin menfaat çatışmalarını en aza indirme ve insanların huzurla yaşayabileceği bir ortam elde etmesi olup, mikro düzlem içinde taraflar arasındaki çatışmanın her iki tarafını tatmin edilmesini temin edecek biçimde çözülebilmesini sağlamaktır³. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bütün unsurlarını içinde ihtiva eden arabuluculuk, tarafların arasında yer alan iletişim kanalını güçlendirmekte ve taraflar arasındaki bilgi akışını sağlayarak iletişim eksikliği sebebiyle meydana gelen sorunların giderilmesinde önemli bir yer tutmaktadır⁴.

Arabuluculuk tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen müzakere esaslı bir yöntemdir. Üçüncü kişinin tarafsız olması ve sürece gizlilik ilkesinin hakim olması tarafların kendilerini rahatça ifade etmelerinde önem arz etmektedir. Tarafların arabuluculuk sürecinin gizli yürütüleceğine inanmaları ve güvenmeleri, ihtiyaçlarını ve menfaatlerini rahatça ifade etmelerini sağlayacaktır. Böylece müzakere ve pazarlık sürecinin önündeki engeller ortadan kalkacak ve taraflar anlaşma zemininde rahatça buluşacaklardır. Gizlilik ilkesi arabuluculuğun tercih edilmesindeki en önemli ilkelerden biridir. Öyle ki taraflar en başında uyuşmazlıklarının varlığının dahi üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istememektedirler.

Harvard Negotiation Law Review, Cilt: 20, Yıl: 2015, s. 157-203, s. 169) *dipnotlar çıkarılmıştır.*

² Özdemir, Olgu: “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXIV, (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan), Y. 2016, s. 609.

³ Yazıcı Tıktık, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013, s. 10; Taşpolat Tuğsavul, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, 2012, s. 21; Kekeç, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 6325 Sayılı Kanun’a Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 27; Akan, Pınar: Arabuluculuk ve Deniz Hukuku’na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması, Ankara, 2013, s. 12.

⁴ Taşpolat Tuğsavul, s. 21.; Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2016, s. 238.

II. ARABULUCULUK KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Arabuluculuk Kavramı

“Arabuluculuk” kavramı tarihsel anlamı bakımından Latince; “İkiye ayırmak, yarısına bölmek, ortayı bulmak” manalarına gelen “Mediare” kelimesinden türemiş ve İngilizcede “Mediation” sözcüğüyle aynı anlamda kullanılmaktadır⁵. Hukuk literatüründe arabuluculuk kavramına yönelik çok fazla tanımlama yer almaktadır. Bu kapsamda arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi ve bu kapsamda mevzuatta birçok düzenleme de yer almaktadır. Bu kapsamda baktığımızda mevzuatta yer alan hükümlerin her birinde tanımı yapılan arabuluculuğu netice itibariyle tek paydada değerlendirmek mümkün görünmemektedir. Bu kapsamda çeşitli düzenlemelerde yer alan arabuluculuk tanımlarına bakıldığında;

2002 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanunu’nda ise; “Arabuluculuk tarafların aralarındaki sözleşme veya mevcut hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıkların barışçıl yollarla ortadan kaldırılması için üçüncü kişi veya kişilerin yardımına başvurulması” şeklinde düzenlenmiştir⁶.

Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi’nde; “Arabuluculuk, adlandırılma ve başvuru şekline bakılmaksızın uyuşmazlığın tarafı iki veya daha fazla kişinin gönüllü bir temelde uyuşmazlıklarını çözmek için arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreç” şeklinde düzenlenmiştir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 2. maddesinde arabuluculuk kavramı tanımlanmıştır. Bu çerçevede

⁵ Özümucu, Seda: Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul, 2013, s. 276; Bayraktar, Muratcan: Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 89, Sayı: 4, Yıl: 2015, s. 151-172, s. 152; Yazıcı Tıktık, s. 6; Yıldırım, Ferhat: Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, International Journal of Social Sciences and Education Research, Cilt: 2, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 748-762, s. 749.

⁶ Kekeç, s. 23.

arabuluculuk; “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” şeklinde tanımlanmıştır.

Arabuluculuk kavramına ilişkin doktrinde yer alan tanımlara baktığımızda konuya ilişkin birçok tanımın bulunduğunu görmekteyiz⁷. Örnek mahiyetinde bu tanımlardan birine göre arabuluculuk, “Tarafsız konumda bulunan üçüncü bir kişinin, tarafları bir araya getirmek ve her iki tarafça kabul edilebilir ortak bir noktada tarafları buluşturmak suretiyle uyuşmazlığın uygun bir çözüme kavuşturulmasına yardımcı olmasını rehberlik etmesini ifade eder”

⁷ Doktrinde yer alan tanımlar için bkz. Goodman, Andrew: Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi, Ankara, 2017, s. 8; Goodman, Andrew: Arabuluculuğa Hazırlanmak, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi, Ankara, 2017, s. 5; Moore, Christopher W.: Arabuluculuk Süreci (Çev. Kaçmaz, Tarkan/Alkın, Zeynep), Ankara, 2016, s. 8 vd.; Tanrıver, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s. 821-842, s. 827; Özbek, s. 1180 vd.; Şahin Ceylan, Şule: Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul, 2009, s. 298 vd.; Özmumcu, Uzak Doğu, s. 276 vd.; Ercan, İsmail: Medeni Usul Hukuku, Kocaeli, 2016, s. 568; Kite, Deniz: 21. Yüzyılda Arabuluculuk-Meditasyon, Kayseri, 2007, s. 41; Akan, s. 7; Sabuncuoğlu, Zeyyat: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Bursa, 2016, s. 21 vd.; Eren, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk, Ankara, 2016, s. 53 vd.; Oğuz, Özgür: Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul, 2016, s. 37 vd.; Yazıcı Tıktık, s. 8 vd.; Özmumcu, Seda: Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, s. 1369-1389, s. 1369; Halıcı, Ali/Toprak, Musa: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara, 2014, s. 2 vd.; Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013, s. 22 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 21 vd.; Kaplan, Yavuz: Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 1-2, Yıl: 2008, s. 115-146, s. 121 vd.; Sevim, Onur Utku: AB Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, 2016, s. 30 vd.

şeklinde tanımlanmıştır⁸. Başka bir tanıma göre ise; “*Arabuluculuk uyuşmazlığın çözümünde tarafların en üst seviyede katılımın olması ve sürekli sulh ortamının sağlanması amacıyla tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara yardım ettiği bir yöntemdir*” şeklinde tanımlanmıştır⁹.

Bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde genel anlamda arabuluculuğu “*Uyuşmazlık içerisinde buradan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunarak iletişime geçmelerini sağlamak amacıyla bir araya getiren birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi sorunlarına kendilerinin çözüm bulmasını sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan ve karar verme yetkisine sahip olmayan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen uyuşmazlığın dostane şekilde çözüme kavuşturulmasını hedefleyen ve gönüllülük esasına tabi uyuşmazlık çözme biçimi*” şeklinde tanımlamak mümkündür.

B. Arabuluculuğun Tarihsel Gelişimi

1. Genel Olarak

İnsanoğlu, tarihsel süreçte birçok sebepten dolayı etrafındaki insanlarla uyuşmazlıklar veya ihtilaflar yaşamaktadır. Bu ihtilafların çözülebilmesi için de bazı yöntemlere başvurulmuştur. Arabuluculuk müessesesi de bahsetmiş olduğumuz bu tekniklerden biridir. Problemlerin çözüme kavuşturulmasında eski zamanlardan günümüze kadar tercih edilen teknikler içinde arabuluculuğun ve arabuluculuk gibi tekniklerin olduğunu söyleyebiliriz¹⁰. Bu kapsamda tarihsel süreç içinde kişiler arasında meydana gelen sorunların çeşitliliği ile paralel olarak arabuluculuğun da gelişme içinde olduğu görülmüştür. Tüm bunlar

⁸ Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 827; Özbek, s. 592.

⁹ Özmumcu, Arabulucunun Rolü, s. 1369.

¹⁰ Yıldırım, s. 46.

birlikte değerlendirildiğinde arabuluculuk müessesesinin insanın var oluşu kadar eski olduğundan bahsetmemiz mümkün olmaktadır¹¹.

2. Geleneksel Arabuluculuk

M.Ö. 3000 yıllarında arabuluculuk kurumsal biçimde her bir uyuşmazlık çerçevesinde bir sorun çözme metodu olarak Asur, Babil ve Mısır medeniyetlerinde karşımıza çıkmıştır¹². Benzer şekilde arabuluculuğun Roma ve Yunan hukuk sistemlerinde de oldukça mühim bir konum işgal ettiğini söylememiz de mümkündür¹³. Eski Yunan'da “*ADR Yöntemleri*” ve bu çerçevede arabuluculuk, mitolojik temeller üzerinde Cicero ve Aristoteles gibi ünlü filozoflarca da teşvik edilen bir yöntemdir¹⁴. Bunun yanında arabuluculuk Çin coğrafyasında ilk defa “*Konfüçyüs Etiği*” çerçevesinde gelişme kaydetmiş ve arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözümünün ötesinde uyuşmazlıkların önlenmesi için de kullanılmıştır¹⁵.

Geleneksel arabuluculuk faaliyetinin devlet yargı sistemi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde hâkimiyet alanı arabuluculardadır. Bu çerçevede sürecin yürütücüsü taraflar ve toplumdur. Bu sebeple süreçte etik ve toplumsal kurallar esas alınır¹⁶. Zira sürecin amacı toplumu ilgilendiren kurallar çerçevesinde uyuşmazlıkların çözülebilmesidir. Arabuluculuğun bugünkü hukuk sistemleri içinde uygulamasına bakıldığında ilk defa Anglosakson hukuk sisteminde uygulanmaya başlandığını görmekteyiz. Arabuluculuk,

¹¹ Eren, s. 57; Taşpolat Tuğsavul, s. 32; Yazıcı Tıktık, s. 6; Kıyak, Emre: Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, Ankara 2018, s. 23.

¹² Yarar, Güven: Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, İstanbul, 2019, s. 20.

¹³ Özbek, s. 590.

¹⁴ Barreth, Jerome T./Barreth, Joseph: A History of Alternative Dispute Resolution, San Francisco, 2004, s. 6-9.

¹⁵ Öz mumcu, Uzak Doğu, s. 337; Şahin, Hüseyin Güngör, Arabuluculuk, Ankara, 2008, s. 6.

¹⁶ Kekeç, s. 243, Özbay, İbrahim: Alternatif uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Yıl: 2006, s. 467; Şahin Ceylan, s. 147.

küreselleşmenin etkisiyle Kıta Avrupası ülkelerinde de yaygınlaşmaktadır¹⁷.

3. Modern Arabuluculuk

Modern arabuluculukta sürecin taraflarının uyuşmazlığın çözüm sürecini üstlenmiş olmaları ve arabulucunun bu sürecin taraflarına uyuşmazlığın çözülmesinin kendileri tarafından bulunması noktasında yardım etmesi gerekmektedir¹⁸. Modern arabuluculuk yönteminde arabulucu, yetkin nitelikleri ve uyuşmazlıkların çözülmesi noktasında uygulayacağı beceri ve teknikler nedeniyle seçilmektedir. Arabulucunun esas görevi sürecin taraflarının kendi çözüm yolunu bulmalarına yardımcı olmak olduğundan arabulucu sürecin tarafları üstünde baskı oluşturamaz¹⁹.

Modern arabuluculuk son yüzyılda Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde modern arabuluculuk yönteminin ortaya çıkmasının esas sebebi toplum içinde devlet yargılamalarının uyuşmazlık çözümünde yetersiz olduğu fikrinin yaygınlaşmasıdır. Zira 1960'dan itibaren kişisel hakların korumasının amaçlandığı ve bu çerçevede medeni hukuktan tüketici hukukuna kadar birçok yenilik getiren yasal düzenlemelerin gerçekleştiği görülmektedir²⁰. Bu çerçevede mahkemeler açılan çok fazla yeni dava ile yoğunlaşmış, yargılamalarda süreçler uzamaya başlamış ve yargılama masrafları da artmıştır²¹. Bu şartlarda ise taraflar, uyuşmazlığın hâkimi tarafından verilecek karar yerine alternatif hukuki yöntemlere yönelmiştir. Nitekim “*Anglo-Amerikan Hukuk Sistemini*” uygulayan ülkelerde bahsetmiş olduğumuz farklı hukuksal yolların aranması hayatımıza “*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*” kavramını sokmuştur²².

¹⁷ Bulur, Alper: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemleri, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2007, s. 31.

¹⁸ Kaplan Güler, Beyhan: Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul, 2014, s. 27.

¹⁹ Taşpolat Tuğsavul, s. 15.

²⁰ Yazıcı Tıktık, s. 15; Kekeç, s. 31.

²¹ Kekeç, s. 31; Taşpolat Tuğsavul, s. 33.

²² Taşpolat Tuğsavul, s. 33; Yıldırım, s. 50.

III. ARABULUCULUĞUN TEMEL İLKELERİ VE BU KAPSAMDA GİZLİLİK İLKESİ

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer alan arabuluculuğun temel ilkeleri; m. 3'te; “*İradi Olma İlkesi ve Eşitlik İlkesi*”, m. 2/b'de; “*Tarafların Hakimiyeti İlkesi*”, m. 9'da yer alan; “*Arabuluculuğun Tarafsızlığı ve Bağımsızlık İlkesi*” ve son olarak m. 4 ve 5'te kapsamı çizilen; “*Gizlilik İlkesi*”dir. Kanunda açıkça belirtilen bu ilkeler yanında bu ilkeler ile bağlantılı ve arabuluculuğun temel özelliklerini içeren diğer bazı ilkelere de dikkat edilmelidir. Bu çerçevede arabuluculuğun alternatif bir çözüm yöntemi olup yargılama olmadığı, arabuluculukta tarafsız bir üçüncü kişinin varlığının gerekmesi, arabulucunun yetkisini taraflardan alması ve son olarak da arabulucunun karar verme yetkisinin bulunmaması da her zaman göz önünde tutulmalıdır.

A. İradilik İlkesi

“İradilik İlkesi” ya da bir başka deyişle “Gönüllülük İlkesi” 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 3/1'de; “*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.*” yönünde düzenlenmiştir.²³ Söz konusu madde metninde Avusturya hukukuna benzeyen şekilde arabuluculuk sürecinin bütün aşamalarında “iradilik ilkesi” esas bir ilke olarak benimsenmiş ve korunmuştur²⁴.

Süreç taraflarının iradelerine hiçbir bir müdahale olmadan sürecinin bütün aşamalarında tarafların özgür iradeleriyle hareket etmeleri hususuna karşılık gelen iradilik ilkesi mevzuat düzenlemelerinde

²³ “Maddenin gerekçesine bakıldığında arabuluculuğun niteliğinden kaynaklı bir ilke olarak iradilik ilkesinin düzenlendiğini, arabuluculuk kurumuna başvurulmasının ihtiyari olması gerektiğini, başvuruların zorunlu hale getirilmesinin kurumun niteliği ile bağdaşmayacağını ve bu durumun hak arama hürriyetine aykırı olacağı, tüm bu nedenlerle de arabuluculuğun teşvik edileceği tedbirlerin alınması yanında arabuluculuğun teşvik edilmesi ile zorlanması arasındaki çizginin dikkatlice çizilmesi gerektiği ifade edilmiştir.” Ayrıntılı bilgi için Bkz. Dür, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, 2018, s. 249.

²⁴ Taşpolat Tuğsavul, s. 125-126; Tanrıver, Sosyolojik Bakış, s. 830.

en fazla üstünde durulan ve doktrinde de geniş bir yer tutan ilkedir²⁵. Bu ilkenin amacı uyuşmazlığın çözüme kavuşması noktasında taraflara ferah ve özgür müzakere ortamı sağlamak ve uyuşmazlık taraflarının tatmin olmasıdır. Nitekim arabulucu, sadece tarafların birbirleriyle sağlıklı iletişim kurabilmelerini ve birbirlerini anlayabilmelerini sağlamak için vardır ve bir çözüm olacak ise bu ancak tarafların bu durumu istemesi halinde mümkündür²⁶. Bu çerçevede şayet taraflardan biri karşı tarafla anlaşmak istemezse o tarafın anlaşmaya zorlanması arabuluculuk müessesesiyle bağdaşmaz²⁷.

Kural olarak arabulucunun taraflara bir çözüm dayatması mümkün değildir²⁸. Arabulucu, yalnızca müzakere sürecini etkin bir şekilde yürüterek tarafların kendi çözümlerini bulmasına yardımcı olur. Arabulucunun taraflara hukuki tavsiyelerde bulunabilmesi de mümkün değildir. Bu noktada tarafların hukuki tavsiyelerde bulunma ile somut hukuki bilgi verilmesi de birbirinden ayrılmalıdır. Arabulucu taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz. Ancak somut uyuşmazlık konusu ile ilgili genel bir hukuki bilgi vermesinin önünde bir engel de olmaması gerekir²⁹. Misal olarak vücut bütünlüğünün ihlali sebebiyle bir maddi ve manevi tazminat talebine ilişkin arabuluculuk müzakeresinde arabulucu genel olarak tazminat miktarının hesaplanmasında hangi ölçülerin geçerli olduğunu Yüksek Mahkemenin konuya yaklaşımını ortaya koyabilir. Buna karşılık vermiş olduğu bu bilgiye dayalı olarak tarafların iddiaları ve pozisyonlarını değerlendiremez.

²⁵ Pekcanitez, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Tanıtımı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI: Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir 19-20 Ekim 2007, TBB Yayınları: 150, Ankara, 2008, s. 254; Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 64, Yıl: 2006, s. 154.

²⁶ Kekeç, s. 70; Çelikoğlu, Cengiz Topel: 6532 Sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt: I, Ankara, 2014, s. 680.

²⁷ Kekeç, s. 71; Özbek, s. 608; Taşpolat Tuğsavul, s. 126-127; Yazıcı Tıktık, s. 36; Kaplan, s. 136.

²⁸ Taşpolat Tuğsavul, s. 126-127; Kekeç, s. 70.

²⁹ Bulur, s. 43; Oğuz, s. 115.

B. Eşitlik İlkesi

Arabuluculuk kurumunun temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesi, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 3/2'de; *“Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.”* biçiminde düzenlenmiştir. Söz konusu madde çerçevesinde uyuşmazlık tarafları arabuluculuğun başvuru anından bütün süreç içerisinde eşit haklara sahiptirler. Bunun yanında bahsi geçen madde gerekçesine bakıldığında, hukuki dinlenme ve adil yargılanma hakkının bir gerekliliği olan eşitlik ilkesinin, yargılama dışı veya yargılama içi bütün çözüm yöntemleri içinde geçerli ortak bir ilke olduğu, diğer tarafla eşit muamele görmeyen veya kendisini diğer tarafla eşit durumda hissetmeyen tarafın anlaşması olası olmayıp bunun aksine söz konusu tarafın zorunda bir şekilde bu sürecin içinde olmasından söz edilebilir³⁰.

Taraflar arasında süreç boyunca gerek sürece katılım noktasında gerek üçüncü kişi pozisyonundaki arabulucuların tarafları eşit işleme tabi tutması bakımından gerekse de kendilerini ifade etme noktasında bu ilkenin dikkate alınması gerekmektedir³¹. Aksi takdirde uyuşmazlık taraflarının eşit söz hakkına sahip olmamaları, eşit muamele görmemeleri ya da taraflardan birinin diğer tarafa nazaran geri planda kalması gibi hallerde tatmin edici bir çözüme ulaşmak olan kurumun amacı gerçekleşmemiş olacaktır³². Bununla birlikte Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 9/2'de; *“Arabulucunun taraflar arasında eşitliği gözetmesi gerektiği”* arabulucunun yükümlülüklerinden biri olarak sayılmış ve böylece eşitlik ilkesine vurgu yapılmıştır.

Eşitlik bir uyuşmazlığın çözümünde en önemli ilkelerden biridir. Esasen yargısal çözümde de taraflar eşit haklara sahiptirler. Ancak yargılamadaki eşitlik ilkesi ile arabuluculuktaki eşitlik ilkesi aynı değildir. Arabuluculuk yöntemindeki eşitlikten amaçlanan sürecin sağlıklı ve dengeli yürütülmesi, uyuşmazlığın taraflarının müzakere zemini içinde kendilerine eşit davranıldığını hissetmeleri ve uyuşmazlık taraflarının menfaatlerini koruyan bir anlaşmaya varmalarını³³. Arabuluculukta taraflar kendilerini sadece şeklen değil, tam olarak eşit hisseder,

³⁰ Dür, s. 259.

³¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 133; Kekeç, s. 301.

³² Çelikoğlu, s. 681.

³³ Kekeç, s. 63.

psikolojik olarak da bu rahatlığı duyarlarsa çözüm kolaylaşır. Yani, arabuluculuktaki eşitlik sadece şeklen ve görünürde bir eşitlik değil, tarafların içselleştirdikleri ve süreçte tam olarak anlaştıkları bir eşitlik olmalıdır³⁴. Arabulucu, rolü bu noktada önem taşımaktadır. Arabulucu, bilgi ve deneyimi ile tarafların bunu hissetmelerini sağlamalıdır. Bu konuda arabulucunun uygulayacağı teknikler önemli olduğu kadar, arabulucunun davranışları, uyuşmazlığa yaklaşımı, taraflarla iletişimi de önem taşır³⁵. Çünkü taraflardan biri dışlandığını, ezildiğini, sürece eşit olmayan şekilde menfaatlerine aykırı yürütüldüğünü hissettiği an, bu sürecin yürütülmesi mümkün değildir³⁶. Bu kapsamda eşitlik bakımından arabulucunun tarafsızlığı özel bir önem taşımaktadır.

C. Tarafların Hâkimiyeti İlkesi

HUAK m. 2/b'deki arabuluculuk tanımı ve kanunun gerekçesi, bu ilkenin ne olduğunu ve nasıl işlediğini açıkça ortaya koymaktadır. Tarafların egemenliği ilkesi, sürecin başlangıcını, devamını ve bitişini tarafların belirlemesini sağlar. Bu nedenle arabuluculuk süreci de tarafların tasarrufuna bağlıdır. Bu ilkenin temel prensibi olarak taraflar veya taraflardan her biri, her zaman süreci sonlandırmak suretiyle mahkeme veya hâkim yargılamasına başvurma hakkına sahiptir. Ayrıca arabuluculukta da taraflar, uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeye karar vermekte, arabulucularını seçmekte, arabuluculuk sürecinin nasıl işleyeceğine karar vermekte, süreci sürdürmekte, arabulucunun hazırladığı tutanakta sonuç dışında nelerin yer alacağını belirlemekte ve sürecin sonucunda anlaşmaya varmakta özgürdürler³⁷. Böylece tarafların hâkimiyeti ilkesinin tasarruf ilkesinden daha kapsamlı bir anlam taşıdığı görülmektedir³⁸.

Tarafların iradesi sadece süreci başlatma devam ettirme ve bitirmeden ibaret değil, aynı zamanda süreci yönlendirmede de taraflara

³⁴ Taşpolat Tuğsavul, s. 133

³⁵ Kaplan, s. 136.

³⁶ Taşpolat Tuğsavul, s. 133

³⁷ Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, Cilt: I, İstanbul, 2017, s. 783.

³⁸ Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren Yıldırım: Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2011, s. 182.

aittir. Arabulucunun rolü müzakerelere katkıda bulunmaktadır³⁹. Uyuşmazlığın çözümü noktasında taraflar kendi çözümlerini kendileri üretmek için uyuşmazlık üzerine çalışmaları gerekmektedir⁴⁰. Arabulucu ise taraflar kendi çözümlerini bulamadıkları zaman onlara çözüm önerisi sunabilir⁴¹. Arabulucu, arabuluculuk görevini tarafların tamamına karşı adil, tarafsız ve tarafların özgür iradeleriyle anlaşmalarını sağlayacak şekilde yapmalıdır⁴². Taraflar kendi çözümlerini bulamadığı durumda arabulucunun çözüm önerisi sunması tarafların hakimiyeti ilkesine ters düşmez. Zira arabulucunun çözüm önerisini tarafların kabul etme veya etmeme özgürlüğü tarafların hakimiyeti ilkesinin hâlâ geçerli olduğunun bir işaretidir.

D. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı İlkesi

6325 sayılı kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasına göre arabulucu görevini tarafsız bir biçimde yerine getirmelidir. Bununla birlikte söz konusu maddenin ikinci fıkrasında arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilecek önemli bir hal veya şartın mevcut olması halinde derhal bu hususta tarafları bilgilendirilmesi gerektiği öngörülmektedir. Ayrıca söz konusu düzenlemeye göre taraflar bu bilgilendirmeye rağmen o kimsenin arabulucu olarak görevine devam etmesini de isteyebilir.

Tarafsızlığa ilişkin yükümlülükle, müzakerelerin tarafsızca yürütülmesi ve tarafların arasındaki eşitliğin sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak söz konusu hüküm değerlendirilirken arabulucunun tarafsız kalmasının mümkün görünmediği hallerde artık görev üstlenmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır⁴³. Misal olarak taraflardan birinin avukatı, o kişinin taraf olduğu bir uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev almaması gerekir. Buna karşılık daha zayıf

³⁹ Köme Akpulat, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul, 2018, s. 219

⁴⁰ Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2018, s. 118.

⁴¹ Özmumcu, Uzak Doğu, s. 40; Taşpolat Tuğsavul, s. 127.

⁴² Çiçek, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018, s. 39.

⁴³ Bulur, s. 44; Kekeç, s. 65; Büyükkay, Ferhat: Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara, 2018, s. 68.

bağların bulunduğu hallerde kanunda öngörülen şekilde tarafları bilgilendirildikten sonra görevine devam edebilir.⁴⁴

Arabulucu, taraflardan biri ile arasında çıkar çatışması veya menfaat ilişkisi bulunduğu görünümünü vermekten de kaçınmalıdır⁴⁵. Arabuluculuk sürecini yürüten arabulucu, tarafsız olmalıdır ve tarafsızlığına şüphe getirecek davranışlardan kaçınmalıdır⁴⁶. Arabulucu, tarafsızlığına şüphe uyandıracak şekilde taraflardan birine değerli bir hediye, borç, yardım veya değerli başka bir mal vermemeli ve onlardan gelecek bu tarz şeyleri de kabul etmemelidir⁴⁷. Arabulucunun tarafsızlığı özellikle arabulucunun taraftarla gerçekleştireceği birebir görüşmeler açısından önem taşımaktadır. Arabulucu bu görüşmeleri mutlaka karşı tarafın bilgisi dâhilinde gerçekleştirmeli süreçte görüşme içeriği hakkında karşı tarafa bilgilendirilmelidir⁴⁸.

E. Gizlilik İlkesi

Arabuluculuğun en önemli özelliklerinden biri sürecin hem içeriğine ilişkin hem de kendisi için getirilen gizlilik ilkesidir. Arabuluculuk sürecine başvuran kişilerin bu kuruma güvenmesi için gizliliğe uygun hareket edilmesi çok önemli bir koşuldur⁴⁹. Nitekim HUKAK m. 4; *“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan*

⁴⁴ “Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanıp “Arabuluculuk Kurulu” tarafından kabul edilen Türkiye Arabulucular Etik Kurallarının 4. maddesine göre, arabulucu ile taraflar arasında herhangi bir menfaat ilişkisi veya çatışması bulunmamalıdır.”

⁴⁵ Taşpolat Tuğsavul, s. 133; Azaklı Arslan, Betül: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018 s. 55.

⁴⁶ Azaklı Arslan, s. 55; Büyükay, s. 68.

⁴⁷ Taşpolat Tuğsavul, s. 133; Bulur, s. 44; Kekeç, s. 65.

⁴⁸ Yağcıoğlu, Kaan Muharrem: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 470.

⁴⁹ Çiçek, s. 42; Taşpolat Tuğsavul, s. 138; Büyükay, s. 69; Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, Makalelerim II, 2006-2010, Ankara, 2011, s. 183-211.

diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hem arabulucu ve taraflar hem de sürece katılan üçüncü kişiler açısından bir yükümlülük olarak gizlilik düzenlenmiştir⁵⁰.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği m. 6’da; *“Gizlilik kuralına uyma yükümlülüğünü arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, bakanlık ve kurul görevlileri yönünden de geçerli olduğu”* düzenlenmiştir. 6325 sayılı Kanunun 33. maddesinde gizliliğe riayet edilmemesi bir ceza yaptırımına da bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre; *“Bu Kanunun 4. maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır”*.

Bunun yanında arabulucu açısından 6325 sayılı Kanun’da öngörülen yükümlülüklerin riayet edilmemesi 21. maddenin ikinci fıkrası gereğince sicilden silinmeye kadar varan disiplin yaptırımlarına bağlanmıştır. Gizliliğin ihlalinin ikinci boyutu olan beyan ve belgelerin deli olmama güvencesi de Kanun’un 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“(1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz: a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği. b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler. c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakta veya iddianın kabulü. ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler. (2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.”* Söz konusu hükme dikkatlice bakıldığında üçüncü kişiler kapsama dâhil edilmiştir.

Bunun içinde amaçlanan sürecin taraflarının arabuluculuk ile anlaşma sağlayabilmeleri için özgür iradelerini ifade edip farklı müzakerelere izin vermektir. Zira taraflardan herhangi biri müzakere aşamasındaki bir ifadesinin yahut bu süreç nedeniyle ortaya konulan bir argümanın açılacak bir davada delil olması ihtimalini düşünürse bunu

⁵⁰ Orhan, Cihan: 50 Soruda Arabuluculuk El Kitabı, Ankara, 2019, s. 29.

açıklamaktan imtina edecektir⁵¹. Bu durumda arabuluculuk sürecinden beklenen menfaatlerin oluşmasına çerçevesinde kazan-kazan hedefinden uzaklaşmış olunur⁵². Zira taraflardan birinin arabuluculuk süreci dışında elde ettiği bilgi ve belgeleri arabuluculuk sürecinde kullanmış olması bu bilgi ve belgelerin sonrasında açılacak davalarda kullanılmasına engel teşkil etmemektedir. Gerçekten de Kanun'da 5. maddenin 5. fıkrasında bu yönde; *“Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.”* hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında; *“Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez.”* hükmüne yer verilmiştir. Buna karşı yukarıda belirtmiş olduğumuz ilk fıkrada “özel hukuk davası” ve “tahkim yolundan” da bahsedilmektedir. Bu çerçevede akla bazı sorular gelmektedir. Misal olarak; “Önemli mali sonuçları olan bir uyuşmazlığa ilişkin olarak yapılan beyanlar veya hazırlanan belgeler vergi dairesine ibraz edilebilir mi ya da vergi dairesi tarafından talep edilebilir mi? burada yapılan beyanlar ceza mahkemesinde kullanılabilmesi mümkün mü? Hatta bir kamu hizmeti gören arabulucunun suç teşkil eden meseleler hakkında suçu bildirme yükümlülüğünden söz edilebilir mi?”. Eğer bu soruları ilk fıkrayı dikkate alarak olumlu cevaplayacak olursak süreç taraflarının arabuluculuk süreci dahilinde çıkarlarını koruyabilmeleri mümkün olmayacaktır. Bu nedenle kanaatimizce bahsetmiş olduğumuz soruların şu an için olumsuz cevaplayabilmek ve yapılacak yasal bir değişiklik ile bu belirsizliğin giderilmesi gerekmektedir.

IV. ARABULUCULUK SÜRECİNDE GİZLİLİK

Arabuluculuğun en önemli özelliklerinden biri gizliliktir. Başarılı bir arabuluculuk süreci için sürecin taraflarının kendilerini rahat hissedecek bir müzakere ortamının sağlanması gerekmektedir. Zira

⁵¹ Çiçek, s. 41; Kaplan, s. 137; Bulur, s. 44; Tanrıver, Kanun Tasarısı, s. 187; Namli, Mert: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK, Kasım 2016, s. 155; Yağcıoğlu, s. 470; Yazıcı Tıktık, s. 34.

⁵² Yazıcı Tıktık, s. 54-55; Kekeç, s. 80; Tanrıver, Kanun Tasarısı, s. 188; Taşpolat Tuğsavul, s. 138; Büyükay, s. 69.

sürecin taraflarının bu sürecin gizli şekilde sürdürüleceğinden emin olmaları durumunda uyuşmazlığın çözümü noktasında gerekli desteği, katkıyı sağlayabilirler ve bu şekilde de sürecin taraflarının uyuşmazlığın çözümündeki menfaatleri daha sağlıklı belirlenerek daha rasyonel çözümler ortaya konulabilir⁵³. Arabuluculukta tarafların devlet yargılaması haricinde arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlıklarını çözme isteklerinin en önemli nedenlerinden biri aralarındaki uyuşmazlığın üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini istememeleridir⁵⁴. Gerçekten de mahkeme önünde yapılan yargılamada özellikle duruşmaların aleni olması kaynağını Anayasa'dan bulan bir kuraldır ve bu durumda gizlilik istisnadır.

Uyuşmazlığın tarafları arasında önemli ticari ilişkilerin bulunması ve uyuşmazlık konusunun parasal değerinin yüksek olması mevcut durumun üçüncü kişiler tarafından bilinmemesini istemelerini etkileyebilir veya uyuşmazlığın tarafları arasında ticari sır niteliğindeki birtakım bilgilerin başkaları tarafından bilinmesi istenmeyebilir⁵⁵. Arabuluculuk faaliyeti resmi bir yargılama faaliyeti olmadığından devlet yargılaması için geçerli olan alenilik ilkesinin uygulanmamasına imkân sağlamaktadır⁵⁶. Bu nedenle tarafların uyuşmazlığı yargı dışında arabuluculuk yoluyla çözmek istemelerinin önemli sebeplerinden biri arabuluculuk faaliyetinin gizli olarak yürütülmesi oluşturmaktadır⁵⁷.

Sürecin taraflarından biri, müzakereler esnasında ikrarda bulunduğu veya bir belge sunduğu durumda bunun dava aşamasına gidilmesi ihtimalinde kanıt olarak kendisine karşı kullanılacağını düşünürse bunu müzakere sırasında sunmayacaktır. Yani arabuluculuk görüşmelerine iştirak eden tarafların ortak bir çözüm bulabilmeleri ancak gizliliğine inanmalarıyla samimi ve gerçek bir çaba sonucu mümkündür⁵⁸. Böyle bir durumda ise arabuluculuk süreci sadece dava öncesi yapılması gereken formaliten bir sürece dönüşebilir.

⁵³ Namlı, s. 156.

⁵⁴ Kurt Konca, Nesibe: Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara, 2009, s. 156.

⁵⁵ Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku, Cilt: 1, Ankara, 2016, s. 375.

⁵⁶ Pekcanitez, Hakan: Medeni Usul Hukukunda Alenilik İlkesi, Av. Dr. Faruk Erem Armağan, Ankara, 1999, s. 636 vd.

⁵⁷ Bulur, s. 44; Taşpolat Tuğsavul, s. 134; Kekeç, s. 159.

⁵⁸ Özer Deniz, s. 65.

A. Arabuluculuk Sürecinde Gizliliğin Hukukî Dayanakları

Taraflar aksini kararlaştırılmadıkça arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde arabulucu, tarafların kendisine sunduğu veya başka bir yolla elde ettiği bilgi ve belgelerle başka kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Bununla birlikte HUAK m. 4 gereği yine aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konuda gizliliğe uymak zorundadırlar. Gizlilik arabuluculuğu devlet yargısına göre avantajlı kılan sebeplerden biridir. Zira Anayasa m. 141 ve HMK m. 28 gereği yargılamada asıl olan aleniyettir ve duruşmalar aleni olarak gerçekleşir, gizlilik istisnaidir. Arabuluculukta ise HUAK m. 4 ve Yönetmelik m. 6 gereğince asıl olan gizliliklidir.

Gizlilik ilkesi sürecin taraflarına güven hissi verdiğinden tarafların daha sonra zarar görebilme endişesi taşımadan çözüme yönelik müzakerelerde bulunma imkânı verdiğinden oldukça önemlidir⁵⁹. Zira taraflar arabuluculuk süreci içinde ticari sırlar, özel belge ve bilgileri sunmakta olduklarından bu bilgilerin sonradan aleyhinde delil olarak kullanılmamasından emin şekilde sürecin yürüyeceğini bilmek isteyeceklerdir⁶⁰. Aksi halde taraflarca sunulan her belgenin veya bilginin sonradan karşılırlarına çıkabilmesinden şüphelenen tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda gereken desteği sağlamayacak ve bu durum arabuluculuk sürecinin işlevsellik kazanmasına mâni olacaktır⁶¹. Bununla birlikte taraflar dilerse bu ilkenin aksine kararlaştırılabilirler. Bunun için açık bir anlaşma olması gerekmektedir⁶². Ayrıca taraflar aksini kararlaştırmadıkça, görüşmeye katılan üçüncü kişiler ve taraflar uyuşmazlık konusundaki gizliliğe uymak zorundadırlar.

B. Arabuluculuk Sürecinde Gizliliğin Kapsamı

Gizlilik ilkesinin kapsamı, üzerinde durulması gereken önemli konulardan biridir. Bu önemi bir örnekle açıklayacak olursak; “İşçi

⁵⁹ Namli, s. 155; Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul, 2019, s. 33; İldır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013, s. 63.

⁶⁰ Yağcıoğlu, s. 470; Günay, Cevdet İlhan: İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara, 2017, s. 84; Yazıcı Tıktık, s. 34.

⁶¹ Çiçek, s. 41; Taşpolat Tuğsavul, s. 134-135; Kaplan, s. 137; Bulur, s. 44.

⁶² Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 35; Azaklı Arslan, s. 57; Yağcıoğlu, s. 470; Günay, s. 84; Yazıcı Tıktık, s. 35.

alacaklarına ilişkin arabuluculuk faaliyetinde işçinin gerçek ücreti üzerinden anlaşma yapılması durumunda işçinin gerçek ücretinin SGK'ya bildirilmemiş olduğunun anlaşılması halinde düzenlenen anlaşma belgesinin hizmet tespit davasına konu olup olamayacağı tartışmalıdır⁶³. HUAK m.5/3'e göre söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir. Buna karşılık doktrinde her ne kadar kanunda sosyal güvenliğe ilişkin beyan ve belgelerin kullanılmasına ilişkin emredici hüküm bulunmasa da sosyal güvenlik hakkı anayasadan kaynaklanmakta olduğundan sosyal güvenlik hakkını etkileyen hallerde beyan ve belgelerin kullanılabileceği şeklinde değerlendirilmektedir⁶⁴.

Ayrıca arabulucunun suç işlendiğini öğrenmesi halinde suç duyurusunda bulunmasının gerekli olup olmadığı konusu da tartışmalıdır. Doktrindeki bazı yazarlar tarafından arabulucunun takdir yetkisinin bulunduğunu ancak kamu yararının da gözetilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır⁶⁵. Arabulucunun kamu görevlisi sıfatına sahip olduğunun kabul edilmesi halinde arabulucunun gizlilik ilkesini ihlal etmesi durumunda TCK m. 279 çerçevesinde ceza alması mümkün olacaktır⁶⁶. Bununla birlikte arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde sunulan arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla sunulan öneriler kabul edilen vakıalar, iddialar, bilgi ve belgelerle tanıklık yapılması veya bu delillerin kullanılması durumunda bu belgeler veya beyanlar delil yasağı çerçevesinde değerlendirilmeli ve hukuka aykırı bu delillerin kullanılmasına imkân verilmemelidir⁶⁷.

Arabuluculuk sürecinin hangi an itibarıyla başlamış sayılacağına ilişkin tespiti de önemli bir meseledir. Arabuluculuk sürecinin hukuken başladığı anın tespitinde hak düşürücü süreler ve zamanaşımı sürelerinin durmaya başladığı an önemli bir ölçüt olmakla birlikte gizliliğe ilişkin

⁶³ Benzer görüşte Mutlay, Faruk Barış: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukukuna Genç Yaklaşımlar III, İstanbul, 2018, s. 43.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Kar, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, Ankara, 2018, s. 403; Benzer görüşte Mutlay, s. 57.

⁶⁵ Bkz. Özkes, Muhammet: Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 2015, s. 129.

⁶⁶ Yazıcı Tıktık, s. 71.

⁶⁷ Taşpolat Tuğsavul, s. 138; Oğuz, s. 49.

düzenlemelerin uygulanmaya başlayacağı an açısından farklı bir değerlendirme yapılması zorunludur. Zira özellikle ihtiyari arabuluculukta HUAK m. 16/1'deki başlangıç anının öncesinde, arabulucu ve taraflar arasında bilgi alışverişi olmaktadır. Bu bakımdan, gizlilik yükümlüğünün hazırlık aşamasında başladığına ilişkin bir yorumda bulunmak yanlış olmayacaktır.

KVKK bakımından öğretide, dava şartı arabuluculukta arabulucunun gizlilik ve veri koruma yükümlülüğünün, arabulucunun dosyayı kabul etmesiyle başlayacağı dile getirilmiştir. Bu görüşe göre, arabulucu taraflar ile bir araya gelmese dahi, sisteme yüklenen taraflara ait bilgilere erişebilmekte; hatta taraflar arabuluculuğa başvurmadan vazgeçse dahi bu süreç içinde arabulucunun veri korumadan dolayı sorumlu olduğu kabul edilmelidir⁶⁸.

Arabulucu bu aşamada, arabulucunun aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sürecin taraflarına kişisel verinin önemini, arabuluculuk süreci boyunca bazı kişisel verilerin işleneceğini ve bu kişisel verilerin korunabilmesi için alınan önlemlerin neler olduğunu ve sürecin taraflarının kendi haklarının ne olduğu konusunda bilgi vermek zorundadır. Bu aydınlatmanın ne şekilde nasıl yapılacağı, "10/03/2018 tarihli ve 303356 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ"de yer almaktadır⁶⁹.

C. Arabuluculuk Sürecinde Beyanın ve Belgenin Türü Bakımından Gizliliğin Kapsamı

1. Arabuluculuğa Davet

Arabulucu seçildikten sonra HUAK m.15/1 gereği sürecin taraflarını en kısa sürede ilk toplantıya davet etmelidir. Arabulucu sürecin taraflarını her türlü iletişim aracıyla toplantıya davet edebilir⁷⁰. Kararlaştırılan yerde ve zamanda arabulucunun tarafları buluşturması

⁶⁸ Özer Deniz, Miray; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Arabuluculuğa Hâkim Gizlilik İlkesinin Birlikte Değerlendirilmesi, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 66.

⁶⁹ Özer Deniz, s. 68.

⁷⁰ Çiçek, s. 111; Çil, s. 33; Kar, s. 399.

itibariyle toplantıyı başlatabilir. HUAK m. 11 gereği arabulucu, arabuluculuk sürecinin başında tarafları arabuluculuk süreci, esasları ve sonuçları konusunda gereği gibi aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin nasıl yürütüleceğini, tarafların hak ve yükümlülüklerini, sürecin nasıl sonlandırılacağını, arabuluculuğun esasları ve ilkeleri hakkında aydınlatmakla yükümlüdür⁷¹.

HUAK m. 15/2 gereği arabuluculuk tarafların serbest iradesi çerçevesinde yürütülen bir çözüm yolu olduğundan sürecin tarafları emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırılabilirler. Taraflar böyle bir konuda karar almamışlarsa arabulucu taraftarın isteklerini, uyuşmazlığın niteliğini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenebilmesi için gereken esas ve usulleri göz önünde bulundurarak arabuluculuk faaliyetini yürütür. Taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetine katılma isteğinin gizlilik kapsamında olmasının sebebi, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın sonradan aleni hale gelmesini veya bu yönde bir çözüm arayışı içerisinde olduğunun öğrenilmesini istememeleridir.

2. Arabuluculuk Sözleşmesi

Arabuluculuk sözleşmesi iradi arabuluculukta gündeme gelebilir. Zira taraflar ancak iradi olarak aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk sözleşmesi yapabilirler⁷². Dava şartı arabuluculuk ile ilgili HUAK m. 18/A/5 arabulucunun büro tarafından seçileceğini öngörülmesine rağmen aynı maddede tarafların listeden bir arabulucu üzerinde anlaşabileceklerini ifade etmektedir⁷³. Dikkat edilmelidir ki madde, tarafların arabuluculuk sözleşmesi yapmalarını değil; arabulucu seçimini hükme bağlanmıştır. Bu sebeple dava şartı arabuluculuk, iradi arabuluculuk türü olmadığından arabuluculuk sözleşmesine konu olamaz⁷⁴. HUAK'da arabuluculuk sözleşmesi kavramına yer verilmemiştir. Ancak doktrinde uyuşmazlığın taraflarının kendi aralarında yaptıkları bu sözleşme arabuluculuk sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır⁷⁵. Bu sözleşme uyuşmazlığın tarafları arasında

⁷¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 177; Kekeç, s. 174.

⁷² Taşpolat Tuğsavul, s. 101; Azaklı Arslan, s. 34; Oğuz, s. 59.

⁷³ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 54.

⁷⁴ Oğuz, s. 59; Taşpolat Tuğsavul, s. 101; Ildır, s. 64; Azaklı Arslan, s. 34.

⁷⁵ Ildır, s. 67; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 55; Taşpolat Tuğsavul, s. 101.

kurulur. Yani arabuluculuk sözleşmesinin tarafları, uyuşmazlığın taraftarıdır. Bu taraflar gerçek veya tüzel kişi olabilir. Tüzel kişilerin arabuluculuk sözleşmelerini yetkili organları akdedebilecektir. Bununla birlikte sözleşmenin tarafları birden fazla kişi de olabilir.

Arabuluculuk Sözleşmesi'nin bir sözleşme olması neticesinde Türk Borçlar Kanunu 1-10. maddelerinde düzenlenen sözleşmelerin kurucu unsurlarına sahip olması gerekir. Bu çerçevede sözleşme, tarafların öneri ve kabul iradelerini örtüşmesi ile kurulur⁷⁶. Arabuluculuk sözleşmesi ile taraflar aralarındaki uyuşmazlığı arabulucuya götürülmesi konusunda anlaşmaktadırlar. Yani sözleşmenin konusu, uyuşmazlığın arabulucuya başvurmak suretiyle çözümlenmesi ve bu sürecin başlatılmasıdır. Arabuluculuk sözleşmesi kurucu ve geçerlilik unsurları maddi hukuka tabi olan, bunun yanında usul hukukuna ilişkin sonuçları da var olan bir sözleşmedir⁷⁷. Arabuluculuk sözleşmesi şekle bağlı değildir⁷⁸. Bu sözleşme ile taraflar karşılıklı olarak yapma ve verme edimlerini üstlenebilirler. Yapma edimi, arabuluculuk sözleşmesi ile aralarındaki uyuşmazlığın arabulucuda çözümüne katılma, arabulucuyu seçme edimiyken; verme edimi ise, sözleşmede kararlaştırılmamışsa bunun gerektirdiği yargılama giderlerini ve arabulucu ücretini ödeme yükümlülüğüdür⁷⁹.

Arabuluculuk sürecinin tarafları arabuluculuk sözleşmesi yaptıktan sonra aralarında uyuşmazlık çıkması ihtimalinde arabulucuya başvurmalarının zorunlu olup olmadığı konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, tarafların aralarında arabuluculuk sözleşmesi yapması halinde öncelikle arabuluculuğa başvuru yapılmasının gerekli olduğunu ileri sürmektedirler⁸⁰. Bizim de katıldığımız doktrinde savunulan başka bir görüşe göre ise, zorunlu arabuluculuk kapsamına giren bir uyuşmazlık olmadığı sürece tarafların arabulucu sözleşmesi yapmış olması doğrudan dava açmalarına ve mahkemeye başvurmalarına engel teşkil etmez⁸¹. Zira sözleşme yapma serbestisi gereği taraflar sözleşme yapıp yapmamakta

⁷⁶ Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 55; Taşpolat Tuğsavul, s. 101; Ildır, s. 67; Çelikoğlu, s. 690.

⁷⁷ Büyükay, s. 58; Çil, s.768.

⁷⁸ Ildır, s. 66; Çil, s. 768.

⁷⁹ Dür, s. 330.

⁸⁰ Oğuz, s. 60; Kekeç, s. 146.

⁸¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 106; Azaklı Arslan, s. 39; Ildır, s. 65; Çil, s. 769; Büyükay, s. 59.

serbest oldukları gibi yapmış oldukları sözleşmeye de birlikte uymamakta serbesttirler⁸².

3. Arabulucu Sözleşmesi

Taraflar ile arabulucu arasında akdedilen sözleşmeye “Arabulucu Sözleşmesi” adı verilir⁸³. Sürecin tarafları arasında bu yönde bir sözleşmenin akdedilmesi zorunluluğu bulunmadığından, taraflar arasında böyle bir sözleşmenin var olmaması durumunda da arabuluculuk mevzuatı uygulama alanı bulacaktır⁸⁴. Arabulucu sözleşmesi ile arabulucunun arabuluculuğa elverişli söz konusu uyuşmazlık hakkında görevi kabul ettiği anlaşılmaktadır. Tarafların ve arabulucunun hakları ve yükümlülüklerini düzenleyen arabulucu sözleşmesiyle arabulucunun amacı, görevleri ve arabulucunun ücreti, faaliyetinin kapsamı gibi konular düzenlenecektir⁸⁵. Bu sözleşme ile taraflar borçlar hukuku kapsamında karşılıklı olarak bir takım hak ve yükümlülükler üstlenmiş olurlar⁸⁶.

Arabulucu sözleşmesinde şekil şartı bulunmamaktadır. Zira arabuluculuk sözleşmesi bir yargılama faaliyeti olmadığından Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne dayanmaktadır. Bu çerçevede tarafların arabulucu seçmeleri ve arabulucunun görevi kabul etmesi akabinde sözleşme sağlanmış olacaktır. Arabulucu sözleşmesi uyuşmazlığın taraftarı ile akdedilen bir sözleşme olduğundan her sözleşmenin kurucu unsuru olan öneri ve kabul iradelerinin açıklanması burada da zorunludur.

Arabulucu sözleşmesi arabulucu için arabuluculuk hizmeti verme, taraflar için ise ücret ödeme borcu doğuran maddi hukuk nitelikli bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Buna karşın maddi hukuk kapsamında hangi sözleşme türüne girdiği konusu açık değildir.

⁸² Kişinin istediği başka bir kişiyle istediği sözleşmeyi yapabilme özgürlüğüne sözleşme serbestisi denir. Özgürlük borçlar hukukunun irade serbestisi ilkesinin bir türevidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2019, s. 73 vd.

⁸³ Oğuz, s. 61; Taşpolat Tuğsavul, s. 143; Ildır, s. 93; Azaklı Arslan, s. 202.

⁸⁴ Oğuz, s. 64; Demir, Şamil: Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul, 2014, s. 118.

⁸⁵ Taşpolat Tuğsavul, s. 109; Azaklı Arslan, s. 202; Kekeç, s. 152.

⁸⁶ Kekeç, s. 151; Taşpolat Tuğsavul, s. 143.

Kanaatimizce taraflar ile arabulucu arasında “işçi-işveren” ilişkisi bulunmadığından arabulucu, sürecin neticesinde tarafların anlaşmalarını garanti etmediğinden bizzat ifa etmekle üstlendiği görevini sürecin taraflarının hak ve menfaatleri çerçevesinde özenle yürütmekle yükümlü olduğundan ve bunun karşılığında bir ücrete hak kazandığından arabulucu sözleşmesi, TBK m. 520 vd. çerçevesinde vekâlet sözleşmesi benzeri bir sözleşme olarak nitelendirilebilir⁸⁷.

4. Toplantı Tutakları

Özel görüşmelerde aktarılan bilgilerin hepsi gizlilik kapsamında değerlendirmeye elverişli olmayabilir. Mesela sürecin organizasyonu için yapılan özel toplantılar, süreçle ilgili genel bilgilendirmenin yapıldığı özel görüşmeler gizlilik kapsamında değerlendirilmemelidir⁸⁸. KVKK bakımından “kişisel verilerin korunmasına hâkim olan verilerin asgari kullanımı ilkesi” gereğince, arabulucunun tarafları ilk toplantıya davet etmek üzere kullandığı davet mektubunda sadece oturumun doğru zamanda ve doğru taraflarla yapılması için gerekli verilerin kullanılması gerektiği dile getirilmiştir⁸⁹.

Müzakereler sırasında gerek sürecin taraflarının sundukları belgelerden ve beyanlarından gerekse problemin anlaşılabilmesi için arabulucunun yönelttiği sorular neticesinde sürecin her iki tarafına ilişkin kişisel veriler elde edilmektedir. Arabuluculuk faaliyetleri sırasında sürecin taraflarının isimleri, iletişim bilgileri, adresleri, gelir durumları, meslekleri gibi kişisel verileri işlenir. Bununla birlikte, somut olayın özelliğine göre, özel nitelikli kişisel verilerin de işlenmesi gündeme gelebilir⁹⁰. Dolayısıyla, arabuluculuk görüşmelerinde hem özel nitelikli

⁸⁷ Benzer yönde; Kekeç, s. 152; Taşpolat Tuğsavul, s. 145; Demir, s. 115; Azaklı Arslan, s. 202.

⁸⁸ Bkz. Yazıcı Tıktık, s. 98.

⁸⁹ Özer Deniz, s. 67.

⁹⁰ Örneğin, iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda işçi ve işverene ait birçok kişisel veri tutanaklara işlenir. Bu tutanaklarda, işçiye ait sağlığına ilişkin bir sağlık raporu, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbiri, dini inancına veya sendikal üyeliklerine dair pek çok verinin konuşulması veya bunlara ilişkin bilgi ve belgenin sunulması mümkündür. Tüm bu örneklerin hepsi KVKK m. 6 uyarınca, işçinin özel nitelikli kişisel verisi olur.

hem de genel nitelikli kişisel veriler işlenebilir⁹¹. Bu şartlar kapsamında arabulucunun sürecin taraflarına ait kişisel verileri işlemesi hukuka uygun bir ortam yaratmaktadır⁹².

5. Son Tutanak ve Anlaşma Belgesi

Arabuluculuk faaliyetinin önemli belgelerinden bir diğeri de arabuluculuk anlaşma belgesidir. Türk Hukuku açısından özel bir dava şartı arabuluculuk için arabuluculuk faaliyetinin en önemli belgesinin son tutanak olduğu söylenebilir. Zira dava şartı arabuluculuk için dava açabilme şartı arabuluculuk faaliyetine katılım olumlu ya da olumsuz sonuçları ile son tutanağın düzenlenmiş olmasıdır. Türk hukuk uygulamasında Anlaşma Belgesi ile Son Tutanak aynı olmamasına rağmen uygulamada son tutanağın, anlaşma belgesi olarak kullanıldığına rastlanmaktadır. Bazen mahkemeler anlaşma belgesi yerine son tutanak üzerine icra edilebilirlik şerhi vermektedirler. Son tutanağı kural olarak arabulucu düzenlerken, anlaşma belgesini kural olarak taraflar düzenler. Netice itibarıyla iki belge birbirinden farklıdır⁹³.

Son tutanağın HUAK m. 5 kapsamında kalıp kalmadığı öğretide tartışmalıdır. Anlaşma belgesinin de, HUAK m. 5 kapsamında kalıp

⁹¹ Örneğin, iş ilişkisinden kaynaklanan alacak talepli bir arabuluculuk faaliyeti ele alınırsa, bu görüşmelerde işçinin işe başlama, ayrılma, yıllık izin tarihleri, iş performansı, faaliyet raporları, özlük dosyasındaki bilgiler gibi birçok veri elde edilir. Arabulucunun elde ettiği bu verileri işlemesi, KVKK'nın 5. maddesinin (ç) ve (e) bentleri uyarınca, hukuka uygun hale gelir. Zira elde edilen veriler, veri sorumlusu olan arabulucunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için işlenmektedir. Ayrıca bu sırada elde edilen verilerin işlenmesi, tarafların haklarının korunması için de gerekebilir.

⁹² Özer Deniz, s. 68.

⁹³ Son tutanağın HUAK m. 5 kapsamında kalıp kalmadığı öğretide tartışmalıdır. Anlaşma belgesinin de HUAK m. 5 kapsamında kalıp kalmadığı öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar arabuluculuk süreci sonunda taraflar ayrıca bir anlaşma belgesi hazırladığında, bu belgenin gizlilik hükümlerin tabi olacağı kanaatindedir. Bazı yazarlarsa, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe bu belgenin gizlilik kapsamında olmadığı ve HUAK m. 5/1 düzenlemesine tabi olmayacağı kanaatindedir. Detaylı bilgi için bkz. Kıyak, Emre: Arabuluculuk Süreci Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 6, Yıl: 2015, s. 541.

kalmadığı öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar arabuluculuk süreci sonunda taraflar ayrıca bir anlaşma belgesi hazırladığında, bu belgenin gizlilik hükümlerin tabi olacağı kanaatindedir. Bazı yazarlarsa, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe bu belgenin gizlilik kapsamında olmadığı ve HUAK m. 5/1 düzenlemesine tabi olmayacağı kanaatindedir⁹⁴.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin uyumsuzluğu çözecek nitelikteki bir mutabakatı içermesi uyumsuzluğu nihai olarak çözüme kavuşturacak şekilde düzenlenmesi ve uyumsuzluğa ilişkin belirsiz nokta bırakmaması gereklidir. Tabii bu yapılırken her zaman iç ve dış dinamikler göz önüne alınmalı ve arabuluculuk anlaşma belgesi bu çerçevede hazırlanmalıdır. Bunun yanında arabuluculuk anlaşma belgesinin her durumda düzenlenmesine ihtiyaç olmayabilir. Başka bir deyişle anlaşma belgesi, her durumda düzenlenmeyebilir. Özellikle taraflar edimlerini anında yerine getirmişlerse veya edimin ifa edileceğine ilişkin güven söz konusu ise ya da özür dileme gibi talepler söz konusu ise bu durumda arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmeyebilir. Türk hukuku açısından arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmese dahi son tutanağın düzenlenmesi gerekir⁹⁵. Tabi ki kanaatimiz arabuluculuk faaliyetinin olumlu sonuçlanması durumunda anlaşma belgesine düzenlenmesinin yerinde olacağı yönündedir.

6. Diğer Belgeler

Gizlilik ilkesi kapsamı bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer konu da arabulucunun suç işlendiğini öğrenmesi halinde suç duyurusunda bulunmasının gerekli olup olmadığıdır. Doktrindeki bazı yazarlar tarafından arabulucunun takdir yetkisinin bulunduğunu ancak kamu yararının da gözetilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır⁹⁶. Arabulucunun kamu görevlisi sıfatına sahip olduğunun kabul edilmesi halinde arabulucunun gizlilik ilkesini ihlal etmesi durumunda TCK m.

⁹⁴ Kıyak, Anlaşma Belgesi, s. 541.

⁹⁵ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği m. 22/1; “Arabulucuya başvurulmuş olmasının kanunla dava şartı olarak düzenlendiği durumlarda davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır.”.

⁹⁶ Özkes, s. 129.

279 çerçevesinde ceza alması mümkün olacaktır⁹⁷. Bununla birlikte arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla sunulan öneriler, kabul edilen vakıalar, iddialar, bilgi ve belgelerle tanıklık yapılması veya bu delillerin kullanılması durumunda bu belgeler veya beyanlar delil yasağı çerçevesinde değerlendirilmeli ve hukuka aykırı bu delillerin kullanılmasına imkân verilmemelidir⁹⁸.

V. ARABULUCULUK SÜRECİNDE YER ALAN KİŞİLER BAKIMINDAN GİZLİLİĞİN KAPSAMI VE HUKUKİ SONUÇLARI (SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ)

Sır kavramı ve türleri hukuk disiplinlerinde farklılığa sahip olmakla birlikte sırrın ortak bir hukuki tanımı yapılmamıştır. Sırrın sözlük anlamı, *“Varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen gizli kalan gizli tutulan şey”*, *“bir amaca ulaşmak için kullanılan başvuru özel veya gizli yöntem”* veya *“saklanması gereken bilgi”* olarak belirtilmiştir⁹⁹.

Arabuluculukta sürecin tarafları arabulucuların kullandığı profesyonel yöntemlerin çerçevesinde bir anlaşma zemini oluşturmaya çalışırken ulaşılan anlaşmaya uyulması ve sürekliliğin sağlanması için tarafların menfaatlerini azami oranda karşılama gerekir. Arabuluculukta ulaşılmak istenen sonuç anlaşma ise de bu süreç her zaman anlaşma ile sonuçlanmayabilir. Taraflar arasında anlaşmanın olmaması durumunda uyuşmazlık hususunun aleni hale gelmesi ve görüşmelerde elde edilen bilgilerin sonunda kendisi aleyhine kullanılma ihtimalini göz önünde bulunduran tarafların, güvensiz ve tedirgin bir tavırla görüşmelere dâhil olması durumunda amaçlanan hedefe ulaşılma ihtimali de azalacaktır. Dolayısı ile sürecin taraflarının birbiriyle ya da arabulucuyla kolay iletişim kurma ihtimalleri ancak karşılıklı güven ortamının oluşturulmasına bağlıdır. Zira taraf menfaatlerinin açıklanması bazen ulaşılmaması mümkün olmayan, herkes tarafından bilinmeyen bazı durumların, bazen arabulucunun tarafların her biri ile ayrı yaptığı özel oturumlarda bazen de ortak oturumlarda ortaya konulmasını gerektirebilir.

⁹⁷ Yazıcı Tıktık, s. 71.

⁹⁸ Taşpolat Tuğsavul, s. 138; Oğuz, s. 49.

⁹⁹ TDK Güncel Türkçe Sözlük.

Arabulucu ve arabuluculuk faaliyetine katılan diğer kişiler bu faaliyet çerçevesinde sunulan önerileri, kabul edilen vakaları veya iddiaları arabuluculuk faaliyeti neticesinde elde edilen, hazırlanan bilgi ve belgelerle diğer kayıtlar hakkında tanıklık yapamazlar ve bunları delil olarak kullanamazlar¹⁰⁰. Arabulucu, görüşmeler sırasında kendisine yöneltilen bir bilgi veya belgeyi üçüncü bir kişiyle paylaşamaz, daha sonradan kullanmak amacı ile de saklayamaz¹⁰¹.

Uyuşmazlıkların bazılarında sürecin taraflarının kaza tutanakları veya sağlık raporları gibi veriler elde edilir. Bu verilerde kaza geçiren tarafın kalıcı veya geçici maluliyet raporları yoluyla sağlık verileri elde edilir. Bu tür kişisel veriler iş uyuşmazlıklarında işverenler tarafından, ticari uyuşmazlıklarda ise şirketler tarafından arabuluculuk görüşmeleri sırasında öğrenilmekte ve belki de kaydedilmektedir. Bu verilerin elde edilme veya kaydedilme amacı çoğunlukla karşı tarafın talep etmeyi planladığı tazminat miktarı ile teklif edilmesi planlanan tazminat miktarını karşılaştırmaktır. Kişisel nitelikteki bu sağlık verilerinin korunmasında arabulucu, veri sorumlusu olarak sorumlu olacaktır. Uygulamaya bakıldığında, arabuluculuk faaliyetinden elde edilen bu kişisel verilerin KVKK'da hâkim olan ilkelere uygun işlenmediği kanaatindeyiz¹⁰². Bu yükümlülük, gizlilik ilkesiyle belgelerin veya beyanların kullanılmaması ilkesinin sonucudur¹⁰³. Tüm bu nedenler sürecin taraflarının, arabuluculuk sürecine katılan üçüncü kişilerin ve arabulucuların sır saklama yükümlülüklerinin temellerini oluşturmaktadır.

A. Tarafların Sır Saklama Yükümlülüğü

Arabuluculuk sürecinin tarafları arabuluculuk faaliyetinin gizliliği hususunda aksini kararlaştırılmamışlarsa kendileri de gizliliğe uymak zorundadırlar. Buna karşın sürecin taraflarından biri kendisiyle ilgili olduğu ölçüde zorunlu bazı sebeplerle karşı tarafla uyuşmazlığının bazı yansımalarını açıklamak zorunda olabilir. Böyle bir durumda, karşı tarafa zarar veren açık bir ihlalin söz konusu olup olmadığı dikkatlice tespit edilmelidir.

¹⁰⁰ Çiçek, s. 42; Taşpolat Tuğsavul, s. 154, Oğuz, s. 48.

¹⁰¹ Özer Deniz, s. 65.

¹⁰² Özer Deniz, s. 68.

¹⁰³ Tanrıver, Kanunu Tasarısı, s. 200.

Tarafların kanuni temsilcilerinin de süreç sonrasında açılan bir davada tanık olarak dinlenmeleri mümkün değildir¹⁰⁴. Bunların isticvabına başvurulmasına ise, isticvabın aleyhe olan vakialara ilişkin olması bakımından bir engel olmamakla birlikte, isticvap konusu vakıaların süreçte dile getirilen hususlarla ilgili olmaması gerekir. Yani arabuluculuk sürecinde itiraf edilen hususlar hakkında taraf gibi tarafın kanuni temsilcisi de isticvap olunamamalıdır.

B. Arabulucunun Sır Saklama Yükümlülüğü

Arabulucular, kural olarak kendilerine sunulan veya başka yoldan elde ettiği belgeleri veya bilgileri gizli tutmakla yükümlüdürler. Sürecin tarafları isterse bunun aksini kararlaştırılabilirler ancak aksinin kararlaştırılması açık şekilde yapılmış olmalıdır. Bu yönde tarafların açık bir iradesi yoksa arabulucu yorum ile bu sonuca varmamalıdır. Bu çerçeveden bakıldığında arabulucular tarafların kendileriyle paylaştığı bilgiler bakımından tarafların sırdaşlarıdır. Bu yönüyle arabulucular sır saklama yükümlülüğü bulunan kişilerden biridir. Böylece kanunda öngörüldüğü çerçevede yargılamalarda tanıklıktan çekinme veya kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olmadıkça sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Arabulucuların bu yükümlülüklerine uymamaları halinde HUAK'ta düzenlenen hukuki, cezai veya idari yaptırımlarla karşılaşması söz konusu olabilir.

Arabulucuların sır saklama yükümlülüklerinin iki yönü vardır. Sır saklama yükümlülüğünün esası, dış gizliliğe dayanır. Buna göre taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, arabulucu, tarafların arabuluculuk süreci içinde paylaştıkları, ileri sürdükleri belge ve bilgileri, üçüncü kişiler ile paylaşmamalı, herhangi bir sebeple üçüncü kişilerin öğrenmesine neden olmamalıdır¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Erginer, Umut Ozan: Arabuluculuk ve Gizlilik, Uluslararası Antalya Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Yıl: 2017, s. 95.

¹⁰⁵ İlhan, Onur: Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2020, s. 179; Yazıcı Tıktık, s. 136.

1. Arabulucunun Kanundan Doğan Sır Saklama Yükümlülüğü

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 4/1'de; *“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.”* hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 6'da; *“Sicile kayıtlı olan arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptirler.”* hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'ndan doğan sır saklama yükümlülüğü sicile kayıtlı arabulucular bakımından söz konusu olacaktır.

Arabulucu, uyuşmazlık konusuyla alakalı edindiği bilgi ve belgeleri teyit amacıyla dahi üçüncü kişiler ile paylaşmamalıdır. Arabulucular, arabuluculuk portalında vekâleti bulunmayan bir kişiye veya farklı bir adrese tebligat yapması¹⁰⁶ hem gizlilik ilkesine hem de kişisel verilerin korunması ilkesine aykırı olur¹⁰⁷.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'ndaki gizliliğe ilişkin düzenlemeler çerçevesinde arabulucunun sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinin hukuki sonuçlarını düzenleyen birden fazla hüküm vardır. Sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket eden arabulucunun mevzuatta yer alan sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde hem haksız fiilinden sorumlu olacak hem de taraflarla yapılan sözleşmeye aykırılık söz konusu olacaktır ve bu bağlamda da borca aykırılık dolayısıyla sorumluluğu ortaya çıkacaktır¹⁰⁸. Dolayısıyla arabulucunun Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'ndan

¹⁰⁶ Hukukumuzda yakın tarihte kabul edilerek yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ise tebligata ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla arabuluculukta Tebligat Kanunu'na göre tebligat yapılması gerekmemektedir. Ancak arabuluculuğa başvuran taraflar, tebliğlerin Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılmasını kararlaştırabilirler. Bkz. Tahiroğlu, Fatih: Tebligat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebligat Çıkarmaya Yetkili Merciler, İÜHF, Cilt: LXXIV, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 391.

¹⁰⁷ Özer Deniz, s. 67.

¹⁰⁸ Yazıcı Tıktık, s. 141.

doğın sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde sözleşmeden doğın ve sözleşme dışı tazminat talepleri yarışacaktır¹⁰⁹.

2. Arabulucunun Sözleşmeden Doğın Sır Saklama Yükümlülüğü

Arabuluculuk sözleşmesi yapılırken taraflar, arabuluculuk sürecinde gerçekleştirilen görüşmelerin gizlilik kapsamında olduğunu, daha sonra taraflarca açılacak davalarda arabulucunun, tanık olmaya zorlanamayacağı, bu süreçte açıklanan bilgi ve belgelerin başka mecrada kullanılmayacağı gibi hususları düzenleyerek gizliliğin kapsamını belirleyebilirler. Bu yolla arabuluculuk sürecinde sır saklama yükümlülüğünün kapsamı belirlenmiş olduğundan, daha sonra bu yönde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar önlenmiş olacaktır¹¹⁰. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan sözleşmeleri açıkça isimlendirmemiştir. Sürecin taraflarınca uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk sürecine başvurulacağının kararlaştırıldığı sözleşme “*Arabuluculuk Sözleşmesi*”; taraflarla arabulucu arasında düzenlenen sözleşme ise “*Arabulucu Sözleşmesi*” olarak isimlendirilecektir.

Arabulucu Sözleşmesi ile Arabuluculuk Sözleşmesi her ne kadar ayrı sözleşmeler olsa da bazı durumlarda bu iki sözleşme arasında belirgin bir ayırım yapmak oldukça güçleşmektedir. Zira her iki sözleşme de borçlar hukuku çerçevesinde sözleşmeler olup bunların mutlak ayrı sözleşmeler şeklinde yapılması da gerekmez. Bunun yanında arabuluculuk sözleşmesinde sürece ilişkin düzenlenmesi gereken detaylar, arabulucu sözleşmesinde de düzenlenebilir. Böyle bir durumda sözleşme metni maddi hukuka ilişkin iki kısımdan oluşacaktır. Bu şekildeki üç köşeli ilişki, hem arabulucu sözleşmesine hem de arabuluculuk sözleşmesine ilişkin unsurları içermekte olduğundan hem taraflar ile arabulucu arasındaki hem de taraflar arasındaki ilişkileri düzenleyecektir.

Arabulucu sözleşmesinin bir tarafında arabulucu ya da arabulucular diğer tarafında ise uyuşmazlığın tarafları vardır. Bu sözleşme uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu arasındaki karşılıklı güven

¹⁰⁹ Detaylı bilgi için bkz. Yazıcı Tıktık, s. 141.

¹¹⁰ İlhan, s. 181.

ve dürüstlük temeline dayanır¹¹¹. Arabulucu sözleşmesinde arabulucunun sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenebilir. Buna karşın sözleşmenin tarafları isteyerek ya da istemeyerek sözleşmenin içeriğinde bazı hukuki sorunları ya da noktaları düzenlememiş olabilirler. Böyle bir durumda sözleşme boşluğundan bahsedilir ve bu boşlukların doldurulmasına sözleşmenin tamamlanması denir. Bu kapsamda arabulucu sözleşmesi içinde, arabulucu ile uyumsuzluğun tarafları arasında arabulucunun sır saklama yükümlülüğü düzenlenmemiş olabilir.

Arabulucu sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hiçbir açık düzenleme bulunmasa dahi HUAK m. 4 gereği arabulucunun sır saklama yükümlülüğü olduğundan bahsedebiliriz. Zira Türk Borçlar Kanunu'nda vekilin sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmemekle birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 506. maddesinde düzenlenen vekilin kendisine tevdi edilen işin sadakatle ve özenle yerine getirilmesini düzenleyen yükümlülük sır saklama yükümlülüğünü de içerir. Yani sır saklama yükümlülüğü sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı, görünümü olarak kabul edilmiştir¹¹². Sadakat yükümlülüğü ise vekâletin kurulması anıyla değil müvekkil ile vekil arasında gerçekleştirilen sözleşme müzakereleriyle başlar ve vekâlet ilişkisi sonlandıktan sonra da devam eder¹¹³.

Arabulucunun arabulucu sözleşmesinden doğan sır saklama yükümlülüğünün ihlali ya tarafların birinden elde ettiği bilgi veya belgeyi rıza dışında kaşı tarafa iletmesi halinde ya da sır kapsamındaki bilgileri üçüncü kişilere ifşa etmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Arabulucu sözleşmesinde sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmişse ya da arabulucu sözleşmesinin yorumlanması neticesinde arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün varlığı anlaşılıyorsa ve tüm bunların yanında

¹¹¹ Arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün olması gerek arabulucuya gerekse kuruma olan güvenin sağlanmasının bir gereği olarak arabulucu sözleşmesinden kaynaklanan bir yan edim yükümlülüğüdür. Arabulucu sözleşmesi ile sürecin tarafları arabulucunun sır saklama yükümlülüğünün sınırlarını ve kapsamını belirleyebilirler.

¹¹² Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2019, s. 392

¹¹³ Arabulucu bakımından da sır saklama yükümlülüğü sözleşmenin yapılması ile değil sözleşmeye ilişkin müzakerelerin başlaması ile başlar ve arabuluculuk süreci sona erdikten sonra da devam eder. Gümüş, Alper: Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001, s. 159.

arabulucunun da bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde arabulucu tazminat ödemekte yükümlü olacaktır¹¹⁴.

C. Sürece Katılan Üçüncü Kişilerin Sır Saklama Yükümlülüğü

Uyuşmazlıkla ilgili olarak HUAK'da belirtildiği üzere üçüncü kişi konumundaki diğer kişilerin de sır saklama yükümlülüğü kapsamında olduklarını söylemek mümkündür. Misal olarak tarafların karşılıklı kabulü ile ticari defterlerini tartışılması için toplantılara dâhil edilen muhasebe müdürü, işçinin özlük dosyasına tetkiki açısında görüşmelere insan kaynakları müdürünün davet edilmesi gibi durumlarda bu kişiler her ne kadar arabulucu veya dosyanın doğrudan tarafı olmasalar da HUKUK m. 4 gereği bu kişilerin de sır saklama yükümlülükleri bulunmaktadır. “*Taraflar*” ifadesinden, uyuşmazlık tarafları, uyuşmazlık taraflarının kanuni temsilcileri, vekilleri ve bilirkişi uzman kişiler veya çözüme katkı sunabilecek hesap uzmanları anlaşılmalıdır¹¹⁵.

Arabuluculuk müzakerelerinin arabulucu ve taraflardan oluştuğu düşünülmekte ise de uygulamaya bakıldığında sürece katılan kişilerin sayısının çoğunlukla üç kişiden fazla olduğu görülmektedir¹¹⁶. Yani arabuluculuk sürecinde müzakereye taraflar ve arabulucu dışındakilerin de katılımı mümkündür. Bu kişiler çoğunlukla doğrudan olmayan yollarla uyuşmazlığın etkilediği kişiler, avukatlar, danışmanlardır ve teknik bilgilerine başvurulmuş kişilerdir. Arabuluculukta amaçlanan gizliliğin tam olarak sağlanabilmesi için arabulucu ve taraflar haricinde arabuluculuk sürecine katılan örnek verdiğimiz bu kişilerin de sır saklama yükümlülüğüne tabi olması gerekir. Arabuluculuk sürecine katılan üçüncü kişiler bakımından sır saklama yükümlülüğünün kaynağı sözleşmeden kaynaklanmadığından sır saklama yükümlülüğüne aykırılığın sonucu haksız fiilden doğan tazminat talebi olacaktır¹¹⁷.

¹¹⁴ Tanrıver, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 170; Pekcanitez, Hakan: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD, C. 5, Y. 2005, s. 14.

¹¹⁵ Özer Deniz, s. 66.

¹¹⁶ Yazıcı Tıktık, s. 211.

¹¹⁷ Avukatların Avukatlık Kanunu'ndan doğan sır saklama yükümlülüğü olduğu düşünülse bile bu sır saklama yükümlülüğünün yalnızca müvekkiline karşı olduğuna dikkat etmek gerekir. Ancak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği m.6'ya göre, sır saklama yükümlülüğü aksi kararlaştırılmamışsa taraflar ve varsa vekilleri

Arabuluculuk sürecine katılan herkes ile bir sözleşme çerçevesinde sır saklama yükümlülüğünün düzenlenmesi mümkündür. Sır saklama yükümlülüğünün kapsamına, herkes tarafından bilinen ve öğrenilebilmesi imkânı bulunan olaylar haricinde kalan ve söz konusu kişilerin sadece arabuluculuk süreci içinde edindikleri bilgilerin girdiğini söylememiz mümkündür¹¹⁸.

Arabuluculuk sürecinde arabulucunun, ifa yardımcısı kullanması ihtimalinde ifa yardımcısı da yukarıda bahsetmiş olduğumuz çerçevede üçüncü kişi olarak görüşmelere katılmış olacağından sır saklama yükümlülüğü doğacaktır. Misal olarak “Arabulucunun müzakerelerde konuşulan her şeyi not etmek üzere sekreterini de yanında getirmesi gibi bir durumda sekreterinin ifa yardımcısı olarak arabuluculuk müzakereler esnasında ortaya konulan ve sır olarak kalması beklenen bilgileri ifşa etmesi halinde TBK m. 116 hükmü uyarınca arabulucunun sorumluluğu söz konusu olabilecektir”¹¹⁹. Ancak borcun ifasına yardımcı olan kişinin fiili hem genel davranış kurallarına aykırılık hem de borca aykırılık teşkil ediyorsa bu kişiyi çalıştıran kişinin sorumluluğunun kapsamı durumun koşullarına göre TBK m. 116'ya tabi bir sorumluluk ile TBK m. 66'ya dayanan sorumluluk olarak karşımıza çıkabilecektir.

D. Sır Saklama Yükümlülüğünün İstisnaları

1. Taraflarca Aksinin Kararlaştırılmış Olması

Arabuluculuk sürecinde taraflar sürecin aleni olarak yapılması hususunda karar alabilecekleri gibi arabulucu ve sürece katılan üçüncü

için de geçerlidir. Bu çerçevede Bakanlık ve Kurul görevlileri de sır saklamakla yükümlüdür.

¹¹⁸ Arabuluculuğun sürecinde katılan bu kişiler ile sır saklama yükümlülüğüne ilişkin açıkça bir anlaşma olmaması durumunda arabuluculuk sözleşmelerinde ya da arabulucu sözleşmelerindeki gibi “dürüstlük kuralı” kapsamında bir sır saklama yükümlülüğünün olduğu sonucuna varmak güç olacağından sır saklama yükümlülüğünün kapsamının açıkça düzenlenmesi gerekir. Sözleşme ile sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmesi halinde ise, sözleşmeye aykırılık yani dolayısıyla borca aykırılık hükümlerine göre bu üçüncü kişilerin de tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Sözleşmenin var olmadığı durumlarda ise haksız fiil sorumluluğuna göre tazminat talebi söz konusu olabilecektir.

¹¹⁹ Yazıcı Tıktık, s. 213.

kişilerin sır saklama yükümlülüklerini ortadan kaldırılabirler. Kural olarak arabuluculuk sürecinin dışındaki üçüncü kişilere karşı arabulucunun sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır ancak taraflar bunun aksini kararlaştırılabirler.

Buna karşın arabulucu taraflardan birinden edildiği bir bilgiyi karşı tarafa iletmesi esasında arabulucu bakımından sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiğini söylemek mümkündür¹²⁰. Yani özel oturumlar esnasında uyuşmazlık taraflarından birinin arabulucuya söylediği bir bilgiyi arabulucunun diğer tarafa iletemeyeceği hususunun açıkça kararlaştırılmaması halinde dahi sürecin taraflarının zımnî kabulünün bulunduğu söylenebilir. Zira Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda arabulucunun sır saklama yükümlülüğü genel olarak düzenlenmiş ve iç ilişkide gizlilik bakımından özel bir hüküm sevk edilmemiştir.

2. Arabuluculuk Süreci Sonunda Varılan Anlaşmanın Uygulanması ve İcrası

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17. maddesine göre taraflarca varılan uzlaşma “Anlaşma” olarak ifade edilmiştir. Bunun yanında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinde ise bu sözleşmeyi içeren yazılı belge kanun koyucu tarafından “Anlaşma Belgesi” olarak ifade edilmiştir. Anlaşma belgesinin hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde basit, açık ve kolay anlaşılabilir olması gerekir. Zira anlaşmanın kapsamı ve şekli taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Bunun yanında arabulucu taraflara yardım almaları konusunda tavsiyede de bulunabilir¹²¹.

Arabuluculuk sürecinin neticesinde tarafların vardığı sonuç, mahkeme gözetiminde gerçekleşmediğinden burada anlaşmanın sulh sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır¹²². Bu anlaşmanın sulh sözleşmesi olup olmadığının tespiti için de mahkeme dışında yapılan sulh

¹²⁰ Yazıcı Tıktık, s. 59.

¹²¹ Kekeç, s. 207.

¹²² Tanrıver, Sosyolojik Bakış, s. 172; Sungurtekin Özkan, Meral: Avukatlık Kanununun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER, S. 2, Y. 2005, s. 356; Yılmaz, Ejder: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 846.

esas alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır¹²³. Bununla birlikte tarafların mahkeme dışında yapmış oldukları sulh sözleşmesi mahkeme içi sulh sözleşmesine sonradan dönüştürülebilir¹²⁴. Bunun için mahkeme dışında yapılmış olunan sulh sözleşmesini taraflar mahkemeye verirler ve davada sulh olduklarını bildirirler ve bu duruşma tutanağına yazılır¹²⁵. Bu yolla mahkemeye ibraz edilen yazılı sulh sözleşmesinin, duruşmada taraflar huzurunda okunması, duruşma tutanağına yazılması ve sonra da tutanağın taraflara imzalatılması yöntemi ile mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulhe dönüşür¹²⁶.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesine göre ise; *"Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır"*. Bu çerçevede icra edilebilirlik şerhinin verilmesi için İcra Mahkemesi, anlaşmanın içeriğinin cebri icraya elverişli olup olmadığını, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığını sınırlı olarak inceler ve bu şerhi içeren anlaşma ilam niteliğinde belge sayılır¹²⁷.

¹²³ Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972, s. 21.

¹²⁴ Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2012, s. 700; Karşlı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2011, s. 442; Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2011, s. 888.

¹²⁵ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2013, s. 535.

¹²⁶ Tanrıver, Süha: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara, 1996, s. 91.

¹²⁷ Pekcanitez, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 05-06 Kasım 2009, s. 71.

3. Suçu Bildirme Yükümlülüğü

Kamu görevlilerine özgü bir suçun arabulucu bakımından uygulanıp uygulanamayacağına belirlenmesi TCK m. 279 çerçevesinde belirlenmelidir. Bunun belirlenebilmesi için kamu görevlisi kavramına açıklık getirmek gerekir. Anayasamızın 128. maddesinde; “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” düzenlemesi mevcuttur. Kamu görevi ve kamu hizmeti kavramları zaman zaman bir arada kullanılmasına rağmen aralarındaki fark açıkça ortaya konulmamıştır.

Baktığınızda kamu görevi, “yasama ve yargı görevleri yanında devletin gerçekleştirmek zorunda olduğu kamu hukuku kurallarına göre kamu kudretini kullanarak yaptığı etkinliklerdir”. Kamu hizmeti ise, “ikincil nitelikteki genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak için devlet tarafından yapılabileceği gibi devletin gözetim ve denetimi altında başkaları tarafından da yapılabilen etkinliklerdir”. TCK m. 6/c bendindeki; “Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” tanımına göre noterler ve avukatlar kamu görevlisidir.

Sicile kayıtlı arabulucular da mahkemelere yardımcı olan kişilerden biri olarak yargı faaliyetinde dolaylı olarak katkıda buldukları, kanunlarla belirlenmiş olan usuller çerçevesinde verilmiş olan kararlar bir hizmeti kamu adına yürütüyor olarak kabul edilebilirler. Kanaatimizce Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında noter ya da avukat olmayan arabulucuların da kamu görevlisi oldukları sonucuna varmak mümkün olmalıdır. Buna karşın sicile kayıtlı olmayan arabulucular için böyle bir sonuca varmak mümkün değildir. Sicile kayıtlı olmayan arabulucular Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’ndaki düzenlemelerin kapsamı dışında kaldıklarından ve arabuluculuk faaliyetini meşru kaynaklı olarak yürütmediklerinden, yargı faaliyetine dolaylı yoldan dahi katkıda buldukları söylenemeyeceğinden bu çerçevede kamu görevlisi de olamayacaklarından suçun faili de olamayacaklardır.

E. Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

Sır saklama yükümlülüğüne aykırılığın sonuçlarını üç başlık altında incelemek mümkündür. Buna göre, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranış taraflar, arabulucu, sürece katılan üçüncü kişiler ve sürece katılan üçüncü kişiler açısından hukuki sorumluluk doğurabileceği gibi ‘arabulucu’ açısından disiplin sorumluluğu da doğurabilecektir. Bunun yanı sıra, taraflar, arabulucu ve sürece katılan kimseler açısından sır saklama yükümlülüğünün ihlali ayrıca cezai sorumluluğa da yol açabilecektir.

1. Hukuki Sorumluluk Doğurması

Arabuluculuk sürecinde sır saklama yükümlülüğü sadece arabulucu açısından değil, taraflar ve sürece katılan diğer kişiler açısından da düzenlenmiştir. Bu bağlamda sır saklama yükümlülüğü Kanun’dan doğan bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat, taraflarca bu yükümlülüğün kapsamı değiştirilebilecek veya tamamen kaldırılabilir. ‘Gizlilik’ yükümlülüğün ‘taraflarca aksinin kararlaştırılması’ (HUAK m. 4) buna imkân tanımaktadır. Bu bakımdan değerlendirildiğinde arabuluculuk sürecinde sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranış açısından ‘sözleşmeden doğan sorumluluk’ veya ‘haksız fiilden doğan sorumluluğun’ gündeme gelebileceği dile getirilebilir. Mesela taraflarla arabulucu arasında yapılan arabulucu sözleşmesinde, sır saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmişse, bu yükümlülüğe aykırı davranış neticesinde ortaya çıkan tazminat sorumluluğunun kapsamında sözleşmeden sorumluluk hükümleri uygulanacak iken, bu yükümlülük ayrıca düzenlenmemişse HUAK’ın 4. maddesine aykırılık olarak değerlendirilecek ve haksız fiile dayalı sorumluluk gündeme getirilebilecektir¹²⁸. Aynı değerlendirmeyi taraflar ve sürece katılan diğer kimseler açısından yapmak da mümkündür. Kısaca, Kanun’da sır saklama yükümlülüğün düzenlenmiş olması; tarafların birbirleriyle, arabulucuyla ya da arabuluculuk toplantılarına katılacak uzman vb. diğer kimselerle gizlilik sözleşmesi yaparak Kanun’daki düzenlemenin kapsamını genişletip daraltmalarına engel teşkil etmeyecektir.

Belirtmek gerekir ki, hukuki sorumluluğun doğması açısından *borçlu* konumundaki kişiler, taraflar, arabulucu veya sürece katılan diğer

¹²⁸ Detaylı olarak bkz. Yazıcı Tıktık, s. 179 vd.

kimseler olabileceği gibi Yönetmeliğin 6. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Adalet Bakanlığı görevlileri ile Arabuluculuk Kurulu görevlileri de olabilecektir. Fakat Adalet Bakanlığı görevlileri ile Arabuluculuk Kurulu görevlilerinin gizliliğe aykırı davranış sebebiyle ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmaları açısından sözleşmeye aykırılık hükümleri gündeme getirilemeyecek, HUAK'ın 4. maddesi çerçevesinde haksız fiilden sorumluluğa ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

Taraflardan birinin, arabulucunun veya sürece katılan diğer kişilerin 5. maddeki düzenlemeye aykırı davranmış olmaları sebebiyle 'sırrın ifşası' sonucu doğmuş ve bu sebeple taraflardan biri zarara uğramışsa yine hukuki sorumluluk gündeme gelebilecektir. Mesela, taraflardan biri arabulucunun tanık olarak dinlenmesini istemiş mahkemede HUAK'ın 5. maddesine aykırı olarak bu tanığı dinlemiş ve bu dinleme sonucunda süreç içinde gizli kalması gereken bazı bilgiler açığa vurulmuş ise, arabulucunun tanıklığı hükme esas alınmasa dahi, bu durum sebebiyle zarara uğrayan taraf, HUAK'ın 4. maddesi çerçevesinde arabulucunun hukuki sorumluluğuna gidebilecektir. HUAK'ın 5. maddesindeki yükümlülüğün 'sürece katılmayan' kişileri kapsadığı da dikkate alındığında, arabuluculuk sürecine katılmayan kişilerin de süreçteki bilgileri bir şekilde öğrenmiş olmaları durumunda (mesela arabuluculuk bürosuna gelen bir ziyaretçinin, yan odada gerçekleştirilen arabuluculuk toplantılarındaki bazı bilgileri duyması gibi) HUAK madde 4 kapsamında sırrı ifşa etmeme yükümlülüğü altına gireceği tartışılabilir. Çalışmanın kapsamını aşacağından, böyle bir tartışmaya girmeye gerek duymuyoruz.

2. Disiplin Sorumluluğu Doğurabilmesi

HUAK'da "Gizliliğin İhlali" başlıklı 33. maddesine göre sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. HUAK çerçevesinde sır saklama yükümlülüğüne aykırılık suç olarak tanımlanmış ve bu suç bir zarar suçu olarak düzenlenmiştir. Ayrıca suçun soruşturulması ve kovuşturulması genel hükümlerden farklı olarak şikâyete bağlı kılınmıştır. Belirtilen düzenlenin dışında HUAK Yönetmeliğin 6. maddesinde gizlilik kuralına aykırılığın arabulucu açısından sicilden silinmesine yol açabilecek bir disiplin suçu oluşturduğu açıkça ifade edilmiştir. Ancak disiplin sorumluluğunun

Kanun'da kademeli olarak düzenlenmesi daha isabetli olabilecektir. Bunun yanı sıra, arabulucunun disiplin sorumluluğu açısından açılacak soruşturmanın nasıl yürütüleceği, böyle bir soruşturmada hangi bilgi ve belgelerin kullanılabilmesine ilişkin açık düzenlemelere de ihtiyaç duyulmaktadır. Son olarak, 'sicilden silinme' yaptırımını da çok açık değildir. Burada, sicilden -bir daha hiç kaydolunmamak üzere mi-silineceği, yoksa sicilden silinme yaptırımının belirli bir müddetle sınırlı mı olacağı noktasında kademeli, açık düzenlemelere Kanun'da yer verilmesi daha isabetli olabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, disiplin sorumluluğunun doğması sadece arabulucu için değil, sürece kamu tüzel kişisini temsilen katılan komisyon üyeleri açısından kendi mevzuatları çerçevesinde de gündeme gelebilecektir.

VI. SONUÇ

Taraflar arabuluculukta profesyonel yöntemlerle bir anlaşma ararken, anlaşmanın uygulanması ve devamlılığı için kendi çıkarlarını en iyi şekilde korumaya çalışırlar. Arabuluculuk her zaman anlaşmayla bitmeyebilir. Taraflar anlaşamadıkları takdirde uyuşmazlığın açığa çıkması ve görüşmelerde paylaştıkları bilgilerin kendilerine karşı delil olarak kullanılması riskini düşünerek güvensiz ve endişeli bir tutum sergileyebilirler. Bu da hedefe ulaşmayı zorlaştırabilir. Bu nedenle tarafların birbirleriyle ve arabulucuyla rahat iletişim kurabilmeleri için güven ortamının sağlanması şarttır. Bu kapsamda tarafların uyuşmazlığı çözmek için rahatlıkla müzakere edebilmeleri için gizlilik ilkesi çok önemlidir. Çünkü taraflar ticari sırlarını, özel belge ve bilgilerini arabuluculuk sürecinde paylaşacaklar ve bunların daha sonra kendilerine karşı delil olarak kullanılmayacağından emin olmak isteyeceklerdir. Eğer taraflar bu konuda güven duymazlarsa, uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamayacak ve arabuluculuk sürecinin işleyişini engelleyeceklerdir.

Bu sebeplerle mevzuat gereği arabulucuların kendilerine verilen veya başka yollarla edindikleri belge ve bilgileri gizli tutmak zorunlulukları bulunmaktadır. Ancak taraflar gizlilik ilkesinin uygulanmaması konusunda anlaşabilirler. Bu durumda açık bir sözleşme yapmaları gerekir. Ancak taraflardan biri kendisini ilgilendiren bazı zorunlu nedenlerle uyuşmazlığın bazı yönlerini ifşa etmek durumunda kalabilir. Bu gibi hallerde, karşı tarafın haklarını ihlal eden bir açıklama olup olmadığına dikkat edilmelidir. Tarafların böyle bir iradesi yoksa arabulucu bunu varsaymamalıdır. Bu bakımdan arabulucular tarafların

sırlarını paylaşan kişilerdir. Bu nedenle arabulucular sır saklama yükümlüsü olan kişiler arasındadır. Kanunda belirtildiği gibi yargılamalarda tanıklıktan çekinebilirler veya kanuni bir zorunluluk olmadıkça sır saklayabilirler. Arabulucular bu yükümlülüğe uymazlarsa HUAK'ta yer alan hukuki, cezai veya idari yaptırımlara maruz kalabilirler.

Arabuluculuk müzakerelerine sadece arabulucu ve tarafların katıldığı sanılsa da pratikte sürece daha fazla kişinin dahil olduğu görülür. Taraflar aksine bir şey kararlaştırmadıkça, üçüncü kişiler de uyuşmazlıkla ilgili gizliliğe bağlıdır. Yani süreçte taraflar ve arabulucunun yanı sıra başka kişiler de müzakereye katılabilir. Bu kişiler genellikle uyuşmazlıktan dolayı olarak etkilenen kişiler, avukatlar, danışmanlar veya teknik bilgi veren kişilerdir. Arabuluculukta gizliliğin tam anlamıyla sağlanması için bu kişilerin de arabulucu ve taraflar gibi sır saklama yükümlülüğüne uyması gerekir. Arabuluculuk sürecine katılan üçüncü kişiler için sır saklama yükümlülüğünün kaynağı sözleşme olmadığından, bu yükümlülüğe aykırı davranış “haksız fiil sebebiyle tazminat istemini” doğuracaktır. Bu çerçevede arabuluculuk sürecine katılan herkesle sır saklama yükümlülüğünü içeren bir sözleşme yapılması mümkündür. Sır saklama yükümlülüğünün kapsamına ise herkesin bilmediği veya öğrenilmesinin zor olduğu ve arabuluculuk sürecinde öğrenilen bilgiler girer.

KAYNAKÇA

- AKAN, Pınar: Arabuluculuk ve Deniz Hukuku'na İlişkin İhtilaflarda Uygulanması, Ankara, 2013.
- ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kâmil/DEREN YILDIRIM: Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2011.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2018.
- AZAKLI ARSLAN, Betül: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018.
- BARRETH, Jerome T./BARRETH, Joseph: A History of Alternative Dispute Resolution, San Francisco, 2004.
- BAYRAKTAR, Muratcan: Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 89, Sayı: 4, Yıl: 2015, s. 151-172.
- BULUR, Alper: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemleri, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2007, s. 30-46.
- BÜYÜKAY, Ferhat: Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara, 2018.
- ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç: Arabuluculuk, Ankara, 2015.
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: 6532 Sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması Ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri İle İlişkisi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt: I, Ankara, 2014.
- ÇİÇEK, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018.
- ÇİL, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması, Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar, İş Güvencesi, Ankara, 2018.
- DEMİR, Şamil: Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul, 2014, s. 115-147.

Uğur YAZICI

- DÜR, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, 2018.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul, 2019.
- EKŞİ, Nuray: Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, İstanbul, 2015.
- ERCAN, İsmail: Medeni Usul Hukuku, Kocaeli, 2016.
- EREN, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Arabuluculuk, Ankara, 2016.
- ERGİNER, Umut Ozan: Arabuluculuk ve Gizlilik, Uluslararası Antalya Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Yıl: 2017, s. 73-98.
- GOODMAN, Andrew: Arabuluculuğa Hazırlanmak, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi, Ankara, 2017. (Arabuluculuğa Hazırlanmak)
- GOODMAN, Andrew: Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi, Ankara, 2017. (Taraf Vekilliği)
- GÜMÜŞ, Alper: Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara, 2017.
- GÜNER, Semih: Avukatlık Hukuku, Ankara, 2003.
- GÜNERGÖK, Özcan: Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü, AÜEHFD, Cilt: VII, Sayı: 1-2, Yıl: 2003, s. 655-667.
- ŞAHİN, Hüseyin Güngör, Arabuluculuk, Ankara, 2008.
- HALICI, Ali/TOPRAK, Musa: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara, 2014.
- ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013.
- İLHAN, Onur: Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2020.
- KAPLAN GÜLER, Beyhan: Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul, 2014.

- KAPLAN, Yavuz: Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 1-2, Yıl: 2008, s. 115-146.
- KAR, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, Ankara, 2018.
- KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2011.
- KARYAĞDI, Müjgan: Amerika Birleşik Devletleri'nde Uygulanmakta Olan Arabuluculuğun Yasal Düzenlemesi ve Türk Hukuku ile Mukayesesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1-2, Yıl: 2007, s. 919-964.
- KEKEÇ, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 6325 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2014.
- KIYAK, Emre: Arabuluculuk Süreci Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 6, Yıl: 2015, s. 523-548. (Anlaşma Belgesi)
- KIYAK, Emre: Dönüştürücü Arabuluculuk-Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması, Ankara, 2018. (Dönüştürücü Arabuluculuk)
- KİTE, Deniz: 21. Yüzyılda Arabuluculuk-Meditasyon, Kayseri, 2007.
- KÖME AKPULAT, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamamın Özellikleri, İstanbul, 2018.
- KURT KONCA, Nesibe: Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara, 2009.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2013.
- MOORE, Christopher W.: Arabuluculuk Süreci (Çev. KAÇMAZ, Tarkan/ALKIN, Zeynep), Ankara, 2016.
- MUTLAY, Faruk Barış: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, İş Hukukuna Genç Yaklaşımlar III, İstanbul, 2018.
- NAMLI, Mert: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK, Kasım 2016.

- OĞUZ, Özgür: Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul, 2016.
- ORHAN, Cihan: 50 Soruda Arabuluculuk El Kitabı, Ankara, 2019.
- ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972.
- ÖZBAY, İbrahim: Alternatif uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Yıl: 2006, s. 459-475.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2016.
- ÖZDEMİR, Olgu: “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXIV, (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan), Y. 2016, s. 601-615.
- ÖZEKES, Muhammet: Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 2015, s. 119-133.
- ÖZER DENİZ, Miray: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Arabuluculuğa Hâkim Gizlilik İlkesinin Birlikte Değerlendirilmesi, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 63-71.
- ÖZMUMCU, Seda: Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, s. 1369-1389. (Arabulucunun Rolü)
- ÖZMUMCU, Seda: Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul, 2013. (Uzak Doğu)
- PAPPAS, Brian A.: Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution, Harvard Negotiation Law Review, Cilt: 20, Yıl: 2015, s. 157-203.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2012. (Medeni Usul Hukuku)
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, Cilt: I, İstanbul, 2017. (Pekcanitez-Usul)

- PEKCANITEZ, Hakan: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD, C. 5, Y. 2005, s. 12-16. (Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri)
- PEKCANITEZ, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Tanıtımı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI: Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir 19-20 Ekim 2007, TBB Yayınları: 150, Ankara, 2008. (Kanun Tasarısı)
- PEKCANITEZ, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 05-06 Kasım 2009. (Sempozyum)
- PEKCANITEZ, Hakan: Medeni Usul Hukukunda Alenilik İlkesi, Av. Dr. Faruk Erem Armağan, Ankara, 1999, s. 635-666. (Alenilik İlkesi)
- SABUNCUOĞLU, Zeyyat: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Bursa, 2016.
- SARISÖZEN, M. Serhat: Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma, Ankara, 2011.
- SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2019.
- SEVİM, Onur Utku: AB Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, 2016.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: Avukatlık Hukuku, İzmir, 2006. (Avukatlık Hukuku)
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: Avukatlık Kanununun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, MİHDER, S. 2, Y. 2005, s. 353-369. (Uzlaşma Yetkisi)
- ŞAHİN CEYLAN, Şule: Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul, 2009.
- TAHİROĞLU, Fatih: Tebligat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebligat Çıkarmaya Yetkili Merciler, İÜHFM, Cilt: LXXIV, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 389-396.
- TANRIVER, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 821-842. (Sosyolojik Bakış)
- TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye

Uğur YAZICI

Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 64, Yıl: 2006, s. 151-177.
(Alternatif Uyuşmazlık Çözümü)

TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, Makalelerim II, 2006-2010, Ankara, 2011, s. 183-211. (Kanun Tasarısı)

TANRIVER, Süha: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara, 1996. (İcranın İadesi)

TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, Cilt: 1, Ankara, 2016, s. 372-378. (Medeni Usul Hukuku)

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara, 2012.

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2011.

YAĞCIOĞLU, Kaan Muharrem: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 457-486.

YARAR, Güven: Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, İstanbul, 2019.

YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2019.

YAZICI TIKTIK, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013.

YILDIRIM, Ferhat: Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, International Journal of Social Sciences and Education Research, Cilt: 2, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 748-762.

YILMAZ, Ejder: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 843-856.