

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 105 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 04. 07. 2020

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, **özeti ve anahtar kelimeleri; Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
- c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale** ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece eser adı İtaliye** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
6. Yazıların elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
8. Yazarın; unvan, görev yaptığı kurum, ORCID, telefon numarası, haberleşme adresi ve e-posta adresini göndermesi zorunludur.
Makalenin ilk sayfasında dipnot olarak belirtilmesi zorunlu olan bilgilerden, “makalenin gönderim tarihi”; yazının yazar tarafından, dergimizin yayın ilkelerine uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, “makalenin kabul tarihi”; yazının dergimizde yayınlanmasının yayın kurulumuzca uygun bulunarak, yazının kabul edildiği ve yazara “hakem raporlarından sonra kesinlik kazanmak üzere yazının hangi sayımızın yayın listesine alındığının” bildirildiği tarihi ifade eder.
Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar ve her yazı, en az iki hakeme gönderilir.
9. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.
Hakem/hakemler tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve “yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği” bildirilir. Bu süreç hakemin/hakemlerin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına/bulmalarına kadar devam eder.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üçer adet, hakemlere birer adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

- 1 Murat AÇIL**
Başkanlık Sisteminde Koalisyonlar/ Coalitions in Presidential System
- 51 Burç Volkan ZOR**
Belediyelerde Sulh Yetkisi / Compromise Authority of Municipalities
- 77 Selçuk ÖZTEK / Sema TAŞPINAR AYVAZ / Serdar KALE**
Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi / Examination and Evaluation on the Proposed Bill Dated 20 March 2020 Amending the Code of Civil Procedure and Other Laws
- 153 Cenk AKİL**
Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukukunda Tanık Listesi / Witness List in Civil Procedure Law in the Light of the Court of Cassation's Decisions
- 187 Deniz ÇELİK / Işıl PAKIŞ**
Avukatların Aydınlatılmış Onama İlişkin Görüş ve Farkındalıkları / Attorneys' Opinions and Awareness of Informed Consent
- 209 Hakan ŞEKER**
Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü / The Nullity of Decisions of Joint Stock Company Board of Directors
- 225 Merve ÜNAL AÇIKGÖZ / Hasan Tahsin FENDOĞLU / Abdul Samet GÜLLER**
Amerika Birleşik Devletlerinde Başkanlığın Düzenleyici İşlemleri / Regulatory Procedures of the Presidency of the United States
- 253 İlke GÖÇMEN**
1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Türk Hukukunda Etki Doğurur mu: Malların Serbest Dolaşımının Üç Alt Unsuru Özelinde Bir Değerlendirme / Does Association Council Decision No 1/95 Have Effect in Turkish Law: An Evaluation on the Basis of Three Sub-Elements of Free Movement of Goods

başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Hayatlarımızı derinden etkileyen Covid-19 salgını sürecinde, dünya genelinde en büyük görev teknolojiye düştü. Teknolojinin imknlarıyla yaratılan akılcı czmler, kamusal ve bireysel yaşamların sürdürülmesi için zorunlu uğraşların yapılmasına imkân tanırken, salgının yayılma hızını önlemek bakımından da büyük rol üstlendi.

Salgının sona ermesiyle birlikte, bu zor dönemde yaşadığımız deneyimler ortadan kaybolmayacaktır. Bu süreçte daha önce teknolojiyle hiç ilgilenmeyenler bile onu kullanmaya, zaten kullananlar da daha ck faydalanmaya başlamıştır.

Daha önce açıklandığında, meslektaşlarımıza ve yargı sürecine sunacağı fırsatlar pek de anlaşılamayan e-duruşma sisteminin önemi de bu süreçte ortaya cıkmiştır.

Adalet Bakanlığı tarafından, Türkiye Barolar Birliği'nin katkılarıyla kurulan bu sistemle, meslektaşlarımız sadece bir duruşma günü almak için saatlerce şehirlerarası yolculuk yapmak zorunda kalmayacak, davası olan vatandaşlarımız avukatın bu maliyetini üstlenmemiş olacak, yargı hizmeti anlamlı bir şekilde ucuzlayacaktır. Sistem, yargının hızlanması ve makul bir sürede sonuçlanmasına da önemli bir katkı sağlayacaktır.

Bu cerevede, avukatların farklı şehirlerdeki duruşmalara video konferans yöntemi ile katılabilmesini sağlayan e-duruşma testini, Ankara Batı Adliyesi'ndeki duruşma salonunda, Adalet Bakanı Sayın Abdulhamit Gl ile birlikte başarılı bir şekilde gerçekleştirdik.

Yeni sistemle avukatlar, UYAP Avukat Portalı'ndan duruşmalarını sorgulayarak ilgili duruşmadan 24 saat öncesine kadar gerekçesini yazarak talebini gönderebilecektir.

Başkan'dan

Hakimin talebi kabul etmesi halinde, avukat, elektronik imza yöntemiyle kimlik doğrulaması yaptıktan duruşmaya video konferans ile bağlanabilecektir.

E-duruşma sistemi bir zorunluluk olarak getirilmemekte, bir seçenek olarak sunulmaktadır. Dileyen meslektaşımız duruşmaya bizzat katılabilecek, dileyen e-duruşma sistemini tercih edebilecektir.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

BAŞKANLIK SİSTEMİNDE KOALİSYONLAR

COALITIONS IN PRESIDENTIAL SYSTEM

Murat AÇIL*

Özet: Koalisyonlar, başkanlık sistemini konu alan son dönemdeki çalışmaların odak noktasını oluşturmaktadır. Çok partili başkanlık demokrasilerinde, gittikçe artan oranda istikrarlı koalisyon örnekleri ile karşılaşılmaktadır. Azınlık başkanları, kabine makamlarını çeşitli partiler arasında paylaşmak suretiyle yasama desteğini arttırmakta ve bu sayede desteklediği tekliflerin kanunlaşmasını sağlayabilmektedir. Koalisyon oluşumunu teşvik edici uygun bir kurumsal yapı, yasama ve erkleri arasında, parti sistemindeki parçalanmadan kaynaklanan gerilimlerin çözümüne büyük katkı sağlamaktadır. Bu çalışmada, başkanlık sistemlerinde hangi sıklıkla koalisyonlarla karşılaşıldığı, başkanları ve partileri koalisyon oluşturmaya iten sebeplerin neler olduğu, hangi faktörlerin koalisyonların inşasını ve işleyişini ne şekilde etkileyeceği sorularına cevap aranmıştır. Çalışmanın son bölümünde ise yasama ve yürütme erkleri arasındaki yetki dağılımı ve seçim sistemi itibarıyla, Türk hükümet sisteminde koalisyonlarla karşılaşılma ihtimaline ilişkin bazı tahminlerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Başkanlık Sistemi, Koalisyon, Seçim İttifakı, Hükümet Sistemi, 2017 Anayasa Değişiklikleri

Abstract: Coalitions are the focus of recent works on the presidential system. In multiparty presidential democracies, examples of stable coalitions are ever-increasingly encountered. Minority presidents increase their legislative support by distributing their cabinet positions among various parties, thus enabling the adoption of the proposals they support. An appropriate institutional structure that encourages the formation of coalition contributes greatly to the resolution of tensions between the legislature and executive powers resulting from the fragmentation of the party system. This study aims to find answers to these questions: how often coalitions are encountered in presidential systems, what are the reasons that drive presidents and parties to form coalitions, what factors influence the construction and operation of coalitions. In the last part of the study, taking into account the electoral system and the distribution of powers between the legislative and executive power, some estimations about the possibility of encountering coalitions in the Turkish governmental system have been made.

Keywords: Presidential System, Electoral Alliance, Governmental System, Constitutional Amendments of 2017

* Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, murat_acil@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-0333-3121, Makalenin Gönderim Tarihi: 21.02.2020, Kabul Tarihi: 21.02.2020

GİRİŞ

Başkanlık sistemi, birbirinden bağımsız demokratik meşruiyete sahip yasama ve yürütme erklerinin sabit bir süreyle görev yaptığı ve başkanın yürütme erki üzerinde hakîm bir konumda bulunduğu hükümet sistemidir.¹ Yürütmenin yasamadan kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu parlamenter sistemin aksine, başkanlık sisteminde yürütmenin oluşumunda ve görevinin sona ermesinde yasamanın bir dahli yoktur. Doğrudan halk tarafından seçilen başkan, impeachment olarak adlandırılan oldukça istisnai nitelikli bir usulün işletilmesi dışında, parlamento tarafından görevden alınamaz ve başkanlık süresinin sonuna kadar görevini sürdürür. Başkanın görevde kalması, parlamentodaki destek oranına ve bu orandaki değişimlere bağlı değildir. Bu nedenle, partisi parlamentoda azınlıkta olan başkanların, parlamento çoğunluğunun desteğini kazanmak için koalisyon hükümeti oluşturmaya ve yürütme gücünü diğer partilerle paylaşmaya hukuken ihtiyacı yoktur.

Ancak son çeyrek yüzyılda hükümet sistemlerini konu alan karşılaştırmalı çalışmalar, koalisyonların parlamenter sistemlere özgü bir olgu olmadığını, başkanlık sistemlerinde de gittikçe artan bir oranda istikrarlı koalisyon örnekleri ile karşılaştıldığını ortaya koymuştur. Koalisyonlar, rejim krizleri ile boğuşmak zorunda kalacağı düşünülen birçok üçüncü dalga başkanlık demokrasisinin şaşırtıcı başarısını açıklamak için başvurulan kilit kavramlardan birisi haline gelmiştir. Başkanlık sistemlerinde, parti sistemindeki parçalanma düzeyi arttıkça yasama ile yürütme erkleri arasındaki gerilimlerin tırmanacağı ve demokrasinin çöküntüye uğrama ihtimalinin artacağı yönündeki geleneksel görüşün günümüzde fazla taraftarı kalmamıştır. Zira seçimler sonunda partisi parlamentoda çoğunluğu sağlayamayan başkanların, kabinesine diğer partilerden bakanları da dâhil ederek destek oranlarını artırdığı ve bu sayede başkanlık sisteminin bazı olumsuz sonuçlarından kaçınmayı başarabildikleri gözlenmiştir. Bu açıdan, koalisyonların, parlamenter sistemden ziyade, parti sistemindeki parçalanmanın bir sonucu olduğu belirtilmelidir.

¹ Murat Açıl, Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 13.

I) KOALİSYON VE KOALİSYONCU BAŞKANLIK KAVRAMLARI

Fransızca kökenli bir kelime olan koalisyon, “çeşitli güçlerin bir araya gelmesiyle oluşturulan birlik, ortak yönetim”² şeklinde tanımlanmaktadır. Terimin siyaset bilimi literatüründeki kullanımını ise iki veya daha fazla siyasi grup veya aktörün, ortak bazı amaçlar üzerinde uzlaşmalarına, ortak amaçlara ulaşmak için güç birliğine gitmelerine ve bu süreçte aktif bir iletişim ve işbirliği içine girmelerine işaret etmektedir.³

Siyasi grup ve aktörler arasındaki işbirliği mekanizmaları; kurulma zamanı, kurulma amacı ve kurulduğu platform itibariyle çeşitlilik göstermektedir. Koalisyon türlerinden ilki, seçim kazanımlarını azamî düzeye çıkarmak amacıyla partilerin ortak bir strateji etrafında bir araya gelmesini ifade eden “seçim ittifakları” (*electoral alliances*) veya “seçim öncesi koalisyonlar” (*pre-electoral coalitions*)⁴’dir. Gerek parlamenter demokrasilerde gerekse başkanlık demokrasilerinde geniş bir uygulama alanı bulunan seçim ittifaklarında⁴ ittifaka dâhil olan partiler, ortak bir aday veya liste üzerinde uzlaşır ve bu uzlaşa seçmen kitlesine ilan edi-

² http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b9a20a6b1d6a7.52913.500, E.T. 13.09.2018.

³ William M. Downs, “Coalition”, *International Encyclopedia of The Social Sciences*, Vol. I, Der. William A. Darity Jr., MacMillan Social Science Library, USA 2008, s. 586’den aktaran A. Ersoy Kontacı, “Siyasi İstikrar Temelli Koalisyon Eleştirileri: Anayasa Hukuku Açısından Ampirik Bir Analiz”, *TBB Dergisi*, Y. 2016, S. 123, s. 34. Koalisyon ve ittifak kavramlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Anayurt/Ahmet Ekinci, “Koalisyonlu Başkanlık Sistemi ve Latin Amerika Uygulaması”, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 233-237.

⁴ İleri düzeyde sanayileşmiş ve parlamenter sistemle yönetilen 20 ülkede, 1946-1998 yılları arasında gerçekleşen 292 yasama seçimini esas alan bir çalışmaya göre, seçimlerin % 44’ünde en az bir seçim öncesi koalisyon oluşturulmuş; hükümetlerin kabaca % 25’i ise seçim öncesi anlaşmalara riayet edilerek kurulmuştur (Sona Nadenichek Golder, “Pre-Electoral Coalition Formation in Parliamentary Democracies”, *British Journal of Political Science*, Vol. 36, No. 2, Y. 2006, s. 194). 11 Latin Amerika ülkesindeki 77 başkanlık seçimini esas alan başka bir çalışma, benzer bir sonucun başkanlık sistemleri için de geçerli olduğunu ortaya koymaktadır: Başkanlık seçimini kazanan adayların % 44’ü bir seçim ittifakı tarafından desteklenmekte iken % 10’dan daha fazla oy alan adayların bir seçim ittifakı tarafından desteklenme oranı % 37’dir (Marisa Kellam, “Why Pre-Electoral Coalitions in Presidential Systems?”, *British Journal of Political Science*, Vol. 47, No. 2, Y. 2017, s. 403-404).

ir.⁵ Seçim ittifaklarının, seçimin kazanılması ihtimalinde bakanlıkların ittifaka dâhil partiler arasında paylaşılmasına ilişkin bir anlaşmayı içermesi yaygınsa da, seçimlerin ardından ittifakın dağılacağıın öngörülmesi de mümkündür.

Koalisyon türlerinin ikincisi, farklı partilerden olmakla birlikte, meclisteki bazı oylamalarda aynı yönde oy kullanan milletvekillerinin oluşturduğu “*yasama koalisyonları*” (*legislative coalitions*)dır.⁶ Yasama koalisyonlarında, başkanı veya hükümeti destekleyen partilerin yürütme gücünü paylaşmaları gerekmez. Yürütme icraatlarının siyasi sorumluluğuna ortak olmak istemeyen bazı partiler, kabinede yer almadan da hükümet tekliflerine destek verebilmektedir. Öte yandan, bu tarz koalisyonlar, gerek parti disiplinindeki olası zafiyetlerden, gerekse oylama konusuna göre değişkenlik gösterebildiğinden, yürütmenin yasama politikası açısından sağlam bir zemin teşkil etmez. Dahası, Salvador Allende dönemi Şili örneğinde görüldüğü gibi, başkanlık sistemlerinde, çoğunluğun kontrolüne sahip bir yasama koalisyonunun başkanın karşısında konumlanması da ihtimal dâhilindedir.⁷

Koalisyon türlerinden üçüncüsü ve en yaygın olanı, kabine makamlarının farklı partiler arasında paylaşılmasını⁸ esas alan “*koalisyon hükümetleri*” (*coalition governments*)dir. Parlamenter sistemde mevcut olan güvenoyu ve güvensizlik önergesi müesseseleri, hükümetin göreve gelebilmek ve göreve devam edebilmek için parlamento çoğunluğunun en azından zımnî desteğini sağlamasını gerektirmektedir. Seçimlerin ardından hiçbir partinin parlamento çoğunluğunu elde edememesi durumunda, birden fazla partinin katılımıyla parlamen-

⁵ Golder, s. 195.

⁶ Jose Antonio Cheibub, *Presidentialism, Parliamentarism, And Democracy*, Cambridge University Press, New York 2009, s. 52.

⁷ Jose Antonio Cheibub/Adam Przeworski/Sebastian M. Saiegh, “Government Coalitions and Legislative Success Under Presidentialism and Parliamentarism”, *British Journal of Political Science*, Vol. 34, No. 4, Y. 2004, s. 570.

⁸ Partileri ile herhangi bir anlaşma yapılmaksızın, teknik ve siyasi yetenekleri veya kamusal imajları nedeniyle başka partilerden veya partisiz üyelerin kabineye dâhil edilmesi durumunda koalisyon hükümetlerinden söz edilemez (Johannes Freudenreich, “The Formation of Cabinet Coalitions in Presidential Systems”, *Latin American Politics and Society*, Vol. 58, No. 4, Y. 2016, s. 87; Octavio Amorim Neto, “Presidential Cabinets, Electoral Cycles, and Coalition Discipline in Brazil”, *Legislative Politics in Latin America*, Scoot Morgenstern/Benito Nacif (Editörler), Cambridge University Press, Cambridge 2002, s. 51; Cheibub (2009), s. 73-74.

toda çoğunluk desteğini sağlayabilecek bir hükümet kurma yolunun aranması gündeme gelecektir.⁹ Parti sistemindeki parçalanma düzeyine bağlı olarak, koalisyon hükümetleri, birçok modern parlamenter demokrasinin ayrılmaz parçası haline dönüşmüştür. Keza son yıllarda yapılan araştırmalar, literatürdeki geleneksel öngörünün aksine, başkanlık sisteminde de hükümet koalisyonları oluşumunun istisnai bir nitelik taşımadığını ortaya koymuştur.

Bu koalisyon türlerinin birbirlerinden bağımsız şekilde ortaya çıkması mümkünse de, çoğu durumda söz konusu olan, iki veya üç koalisyon türünün iç içe geçmesidir. Seçimlerden önce oluşturulan partiler arası ittifaklar, genellikle seçimlerin ardından oluşturulan koalisyon hükümetlerine sağlam bir temel teşkil etmektedir. Keza koalisyonu oluşturan partilerin disiplin düzeyleri yüksek olduğu takdirde, her koalisyon hükümeti aynı zamanda bir yasama koalisyonuna karşılık gelmektedir.¹⁰

Yasama ve yürütme erklerinin sert ayrımına dayanan kurumsal yapısının sonucu olarak, başkanlık sisteminin, partiler arası kalıcı işbirliği mekanizmalarına kapalı olduğu öne sürülmüştür. İddia edilene göre, bir kez seçildikten sonra, impeachment gibi olağan dışı usuller dışında başkanın parlamento tarafından görevden alınamaması, başkanlık seçimi öncesinde oluşturulan partiler arası ittifakların seçim sonrası koalisyon hükümetlerine dönüşmesini zorlaştırmaktadır. Öte yandan, çok partili Latin Amerika başkanlık demokrasilerinin koalisyon oluşumunda göstermiş olduğu görece başarılı performans, geleneksel argümanın sorgulanmasına yol açmıştır.

Başkanlık sistemlerinin de çok partili parlamenter sistemler gibi koalisyon oluşumlarına açık şekilde işleyebileceğini Brezilya örneği üzerinden ortaya koyan Sergio Abranches, bu yeni rejim türünü "*koalisyoncu başkanlık*" (*coalitional presidentialism*) terimi ile ifade etmiştir.¹¹ Daha sonra bu terim, Brezilya başta olmak üzere, başkanın partisinin yasama çoğunluğunu elde edemediği ve başkanın etkin bir yönetim

⁹ Fuat Aleskerov/Hasan Ersel/Yavuz Sabuncu, Seçimden Koalisyona Siyasal Karar Alma, Efil Yayınevi, Ankara 2010, s. 236.

¹⁰ Cheibub/Przeworski/Saiegh, s. 570.

¹¹ Timothy J. Power, "Optimism, Pessimism, and Coalitional Presidentialism: Debating the Institutional Design of Brazilian Democracy", *Bulletin of Latin American Research*, Vol. 29, No. 1, Y. 2010, s. 23.

için diğer partilerle işbirliği yollarını aradığı bölgedeki birçok başkanlık demokrasisini tanımlamak için yaygın şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Koalisyoncu başkanlık, partisi parlamentoda çoğunluğu sağlayamamış bir başkanın, istikrarlı bir partiler arası ittifakın desteğini sağlamayı ve bu desteği sürdürmeyi amaçladığı durumlarda ortaya çıkar.¹² Başkanın ittifaka katılan partileri ödüllendirmek için başvurduğu araçların başında kabine veya diğer yürütme makamlarının tahsisini gelmekteyse de, seçim bölgelerine yatırım, seçim kampanyasının finansmanı ve hatta rüşvet gibi malî içerikli araçlara da çok sık olarak başvurulmaktadır. Dolayısıyla koalisyoncu başkanlık, azınlık başkanlarının yasama desteğini artırmak için başvurduğu her türlü stratejik aracı ve koalisyon oluşumunu kapsayıcı bir içerik taşımaktadır.¹³

II) BAŞKANLIK SİSTEMLERİNDE KOALİSYONLARLA KARŞILAŞILMA SIKLIĞI

Akademik çevrelerde başkanlık sistemine ilişkin menfi bir bakış açısının hâkim olduğu 90'lı yıllarda; Linz,¹⁴ Mainwaring,¹⁵ Stepan/Skach,¹⁶ Valenzuela¹⁷ gibi önemli siyaset bilimciler, başkanlık sisteminin parlamenter sistemde koalisyon oluşumuna etkili müşevviklerden yoksun olduğunu, buna bağlı olarak başkanlık sisteminde koalisyon hükümetlerinin ancak çok istisnai durumlarda ortaya çıkabileceğini ileri sürmüşlerdir. Latin Amerika'daki gibi nispi temsil sisteminin uygulandığı çok partili başkanlık demokrasilerinde, genellikle başkanın partisi tek başına parlamento çoğunluğunu elde edememektedir. Yu-

¹² Paul Chaisty/Nic Cheeseman/Timothy Power, "How MPs Understand Coalitional Politics in Presidential Systems", *The Coalitional Presidentialism Project Research Report*, January 2015, s. 2.

¹³ Koalisyoncu başkanlık teriminin farklı anlamları için bkz. Power, s. 25-26.

¹⁴ Juan J. Linz, "The Perils of Presidentialism", *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 1, Y. 1990, s. 55-56; Juan J. Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference", *The Failure of Presidential Democracy*, Juan J. Linz/Arturo Valenzuela (Editörler), The Johns Hopkins University Press, London 1994, s. 19.

¹⁵ Scott Mainwaring, "Presidentialism, Multipartyism, and Democracy: The Difficult Combination", *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 2, July 1993, s. 220-222.

¹⁶ Alfred Stepan/Cindy Skach, "Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarianism versus Presidentialism", *World Politics*, Vol. 46, No. 1, Y. 1993, s. 17-18.

¹⁷ Arturo Valenzuela, "Party Politics and the Crisis of Presidentialism in Chile: A Proposal for a Parliamentary Form of Government", *The Failure of Presidential Democracy*, Juan J. Linz/Arturo Valenzuela (Editörler), The Johns Hopkins University Press, London 1994, s. 167.

karıda zikredilen yazarların iddiasına göre, azınlık başkanları, başkanlık sisteminin koalisyon oluşumuna izin vermeyen kurumsal yapısı nedeniyle kanunların çıkarılması için ihtiyaç duyduğu desteği diğer partilerden sağlayamayacak; sistem, yasama felçleri ve erkler arası çatışmalarla boğuşmak zorunda kalacak; tikanıklığın aşılması, kimi zaman anti-demokratik müdahaleleri dahi gerektirebilecektir.

Öte yandan, üçüncü dalga başkanlık demokrasilerinde, azınlık başkanlarının koalisyon oluşturmada sergiledikleri görece başarılı performans, bu beklentileri boşa çıkarmıştır. Sadece Latin Amerika’da değil, çok partili başkanlık sistemiyle yönetilen hemen her ülkede, azınlık başkanlarının istikrarlı koalisyon hükümetleri oluşturmayı başardıkları gözlemlenmiştir.

Başkanlık sistemi ile parlamenter sistemin koalisyon oluşumunda gösterdiği performansı istatistiksel veriler ışığında inceleyen öncü nitelikli bir çalışma, Cheibub/Przeworski/Saiegh tarafından yapılmıştır. Yazarların, 1946-1999 yılları arasında 133 ülkede ortaya çıkan demokratik nitelikli 716 ayrı hükümeti incelemek suretiyle ulaştıkları sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür: Parlamenter sistemde seçimlerin ardından tek partinin parlamentodaki sandalyelerin çoğunluğunu elde etme oranı % 43,2 iken, başkanlık sisteminde bu oran % 55,5’tir. Parlamenter sistemde azınlık konumundaki partilerin % 78,1’i koalisyon hükümeti oluşturma yolunu tercih etmişken, azınlık başkanlarının koalisyon oluşturma oranı % 53,6’dır. Sonuç olarak, parlamenter sistemde koalisyonların daha yaygın olduğu iddiasının ispatlanmasının yanında, başkanlık sisteminde koalisyon oluşumunun hiç de istisnai bir nitelik taşımadığı gösterilmiştir.¹⁸

Bölgesel temelli yapılan araştırmalar da benzer bir sonucu ortaya koymaktadır. Negretto; 1978-2003 yılları arasında 18 Latin Amerika ülkesinde görev yapmış 51 azınlık başkanından 27’sinin (%53) koalisyon hükümeti oluşturmayı tercih ettiğini göstermiştir.¹⁹ 1979-2006 yılları

¹⁸ Cheibub/Przeworski/Saiegh, s. 573-574. Cheibub/Przeworski/Saiegh’in kullandığı yöntemi takip eden ve zaman aralığını üçüncü demokrasi dalgasının başladığı tarih olan 1974 yılından başlatıp 2013 yılına kadar genişleten Chaisty/Power, azınlık başkanlarının koalisyon oluşturma sıklığını % 50,6 olarak ölçmüştür (Paul Chaisty/Timothy J. Power, “Flying Solo: Explaining Single-Party Cabinets Under Minority Presidentialism”, *European Journal of Political Research*, Y. 2018, s. 3-5). Bu çalışmanın da gösterdiği gibi, başkanlık sisteminde koalisyon oluşturma eğilimi, üçüncü demokrasi dalgasından günümüze artarak devam etmektedir.

¹⁹ Gabriel L. Negretto, “Minority Presidents and Democratic Performance in Latin

arasında 12 Latin Amerika ülkesinin hükümet biçimlerini inceleyen Figueiredo/Salles/Vieira ise belirtilen zaman aralığının tamamında tek parti hükümetleri ile yönetilen yalnızca 2 ülke (Kosta Rika ve Meksika) tespit etmiştir. 6 ülke (Bolivya, Brezilya, Şili, Kolombiya, Ekvator ve Panama) belirtilen zaman aralığının tamamında koalisyon hükümetleri ile yönetilmişken, 4 ülkede (Arjantin, Paraguay, Venezuela ve Uruguay) ise en az bir kez koalisyon hükümeti ile karşılaşmıştır.²⁰

Koalisyoncu başkanlık, başlangıçta Latin Amerika'ya özgü bir olgu olarak değerlendirilmişse de, son birkaç yıldır yapılan araştırmalar, Afrika, Asya ve Eski Sovyet ülkelerindeki başkanlık sistemlerinde de koalisyon hükümetleri ile yaygın bir şekilde karşılaşıldığını gözler önüne sermiştir.²¹ Çoğu Afrika ülkesinde, yasama organları aşırı ölçüde parçalanmıştır ve genellikle başkanlar, yasamada çoğunluğa sahip bir partinin desteğinden yoksundurlar. Benin, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Liberya, Malavi gibi parti sisteminin aşırı ölçüde parçalandığı ülkelerde, başkanın partisi genelde parlamentodaki sandalyelerin sadece küçük bir parçasını kontrol edebilir. Bu durum başkanları, başbakanlar gibi hareket ederek, yasama ittifakları oluşturmak için çabalamaya zorlamaktadır.²² Uzak Doğu başkanlık demokrasileri açısından koalisyon inşası, özellikle Endonezya ve Güney Kore'de, siyasal yaşamın önemli bir parçasını teşkil etmiştir. Keza Rusya, Ukrayna ve Ermenistan²³ başta olmak üzere, yarı başkanlık veya süper başkanlık sistemini tercih eden Eski Sovyet ülkelerinde azınlık başkanları, yasama çoğunluğunun desteğini sağlayabilmek için patronaj ilişkilerine başvurmanın yanı sıra, sıklıkla başka partilerden üyeleri kabinelerine dâhil etme yolunu tercih etmişlerdir.²⁴

America", *Latin American Politics and Society*, Vol. 48, No. 3, Y. 2006, s. 75.

²⁰ Argelina Cheibub Figueiredo/Denise Lopes Salles/Marcelo Martins Vieira, "Political and Institutional Determinants of Executive's Success in Latin America", *Brazilian Political Science Review*, Vol. 3, No. 2, Y. 2009, s. 157.

²¹ Hatta Chaisty/Power'ın ölçümlerine göre, Afrika, Asya ve Avrupa'daki azınlık başkanları, Latin Amerika'daki azınlık başkanlarına göre koalisyon oluşumuna daha sık başvurmaktadır (Chaisty/Power, s. 3).

²² Chaisty, Paul/Cheeseman, Nic/Power, Timothy, "Rethinking the 'Presidentialism Debate': Conceptualizing Coalitional Politics in Crossregional Perspective", *Democratization*, Vol. 21, S. 1, Y. 2014, s. 83.

²³ Ermenistan 2015 yılında yapılan Anayasa değişikliği referandumunu sonucunda yarı başkanlık sisteminden parlamenter sisteme geçiş yapmıştır.

²⁴ Eski Sovyet ülkelerinde koalisyon oluşumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Paul Chaisty/Svitlana Chernykh, "How Do Minority Presidents Manage Multiparty Coalitions? Identifying and Analyzing the Payoffs to Coalition Parties in Presi-

Görüldüğü üzere, başkanlık sisteminin koalisyon inşası için yeterli teşvikler sunmadığı; azınlık başkanlarının parlamento çoğunluğunun desteğini sağlamada ciddi zorluklarla karşılaşacağı tezi, gerek evrensel gerek bölgesel temelli ampirik çalışmalarla çürütülmüştür. Azınlık başkanlarının önemli bir kısmı, yürütme gücünü diğer partilerle paylaşmak suretiyle parlamentoda ihtiyaç duyduğu desteği elde etmeyi başarmıştır. Gerçek şu ki günümüz başkanlık demokrasilerinde istisnai nitelikte olan koalisyon hükümetleri değil Amerikan tipi bölünmüş hükümetlerdir.²⁵

III) KOALİSYON OLUŞUMUNA ETKİ EDEN SAİKLER

Başkanlık sisteminde koalisyon hükümetlerine, parlamenter sistemdeki kadar olmasa da, oldukça sık rastlandığı ortaya konulduktan sonra, bu başlık altında başkanlık sisteminde siyasi aktörleri koalisyon oluşturmaya teşvik eden unsurlar incelenmiştir.

Daha önce de değinildiği üzere, literatürdeki geleneksel görüş, parlamenter sistemde partileri birlikte hareket etmeye iten güdülerin başkanlık sisteminde bulunmadığı yönündedir. Mainwaring'in bu hususta başvurduğu argümanlar oldukça ikna edicidir. Yazara göre, hem çok partili parlamenter sistemlerde hem de çok partili başkanlık sistemlerinde koalisyonlara aynı ölçüde ihtiyaç duyulmakta iken, üç faktör, başkanlık sisteminde koalisyon oluşturmaya güçleştirmektedir:

İlk olarak, parlamenter sistemin aksine, başkanlık sisteminde başkanın göreve gelmesi parlamentonun tasvibine bağlı olmadığı gibi, başkan, parlamento tarafından görevden de alınmaz. Bu nedenle, seçim öncesi diğer partilerle yapılan anlaşmalar, başkan açısından bağlayıcı değildir. Başkan, bir kez göreve geldikten sonra, bakanları görevden almada ve kabinesini yeniden dizayn etmede bir koalisyon hükümetinin başbakanına göre çok daha geniş bir takdir marjına sahiptir.²⁶

İkincisi, başkanlık sisteminde, parti liderleri arasında yapılan anlaşmalara milletvekillerinin riayeti yeterince güçlü değildir. Başkanın

dential Systems", *Political Research Quarterly*, Vol. 70, No. 4, Y. 2017, s. 765-774; Chaisty/Cheeseman/Power (2014), s. 80-82.

²⁵ Power, s. 24.

²⁶ Mainwaring, s. 220-221.

parlamentodaki başarısızlığı, görevinin sona ermesine yol açmayacağı için, özellikle Brezilya ve Ekvator gibi parti disiplininin düşük olduğu ülkelerde, milletvekilleri oylarını diledikleri yönde kullanabilmektedir. Parlamenter sistemde ise hükümetin parlamentodaki başarısızlığı, çoğu kez hükümete olan güvensizliğin izharı olarak değerlendirilir. Hükümetin düşmesinin ardından gidilecek olası bir erken seçimde koltuklarını kaybetme tehlikesi ile karşılaşabilecekleri için milletvekilleri hükümeti desteklemekte daha istekli olacaktır.²⁷

Son olarak, başkanlık sisteminde partileri koalisyon anlaşmalarını bozmaya iten teşvik unsurları, parlamenter sistemdekinden daha güçlüdür. Çok partili başkanlık sistemlerinde, yeni başkanlık seçimleri ufukta görülür görülmez, parti liderleri, başkanla partileri arasına mesafe koyma ihtiyacı hissetmektedir. Zira mevcut hükümette sessiz bir ortak olarak kalmaya devam edilmesi halinde, partinin kurumsal kimliğinin zarar görmesinden ve başkanın yaptığı hatalardan dolayı sorumlu tutulmaktan korkulmaktadır. Kısacası, başarısızlığın seçimsel faturasını ödeme tehlikesi, partileri koalisyon ortaklığını bozmaya itmektedir.²⁸

Mainwaring'ın sunduğu makul izahlara rağmen, çok partili başkanlık demokrasilerinde bu kadar sık koalisyon hükümetleri ile karşılaşılmasını nasıl değerlendirmek gerekir? Bu soruyu cevaplamak için başkanı ve başkanın ittifak yaptığı partileri koalisyon oluşturmaya iten teşvik unsurlarının ayrı ayrı tetkik edilmesi gereklidir.

Azınlık başkanlarını koalisyon oluşturmaya iten sebeplerin başında, programını kanunlar yoluyla hayata geçirme ve yönetme kapasitesini artırma isteği gelir. Çok partili başkanlık demokrasilerinde, başkanın partisinin, parlamentodaki sandalyelerin yarısından fazlasını elde etme ihtimali oldukça düşüktür. Brezilya örneğinde olduğu gibi, aşırı ölçüde parçalanmış bir parti sistemine sahip olan ülkelerde, başkan genelde parlamentodaki en büyük partinin lideri konumunda olsa da, onun destek oranı % 20-30 bandının üzerine nadiren çıkar.²⁹ Bu şartlar

²⁷ Mainwaring, s. 221-222.

²⁸ Mainwaring, s. 222.

²⁹ Brezilya'da, 1990 yılından bugüne, başkanın partisinin Temsilciler Meclisi'nde sahip olduğu sandalye oranı daima % 25'in altında kalmıştır (Eric D. Raile/Carlos Pereira/Timothy J. Power, "The Executive Toolbox: Building Legislative Support in a Multiparty Presidential Regime", *Political Research Quarterly*, Vol. 64, No. 2, Y.

altında, programını uygulayabilmek için parlamento çoğunluğunun desteğine ihtiyaç duyan bir azınlık başkanının koalisyon oluşturmak dışında çok fazla alternatifi bulunmamaktadır. Başkanın kararnameler yoluyla yasama organını devre dışı bırakıp programını uygulayabileceği düşünülebilir. Ancak başkanlık demokrasilerinin çoğunda başkana, parlamentonun yetki devri olmaksızın kanun gücünde kararname çıkarma yetkisi verilmediği gibi, başkana böyle bir yetkiyi veren ülkeler de genelde konu ve zaman bakımından ciddi sınırlamalar öngörmekte ve kararnamelerin yürürlükte kalmasını yasama organının onayına bağlı kılmaktadır.³⁰ Ayrıca kararname yetkisinin yaygın şekilde kullanımının yasama-yürütme erkleri arasındaki meşruiyet krizlerini derinleştirerek başkanın yönetme kapasitesini olumsuz yönde etkileyebileceğini de not etmekte fayda vardır.

Azınlık başkanlarının, yasama çoğunluğunun desteğini arkasına alan bir koalisyon hükümeti oluşturmadaki başarısızlığının sonuçları hakkında Latin Amerika bölgesi travmatik tecrübelerle ev sahipliği yapmıştır. Brezilya’da, partisinin Kongre’deki destek oranı % 10’u dahi bulmayan Fernando Collor de Mello, bir çoğunluk koalisyonu oluşturmak yerine programını kararnameler yoluyla hayata geçirmeyi tercih edince, Kongre’deki çoğunluğun katı muhalefeti ile karşılaşmış ve impeachment tehdidi nedeniyle görevinden istifa etmek zorunda kalmıştır.³¹ Peru’da, 1990 yılında yapılan başkanlık seçimini kazanan Alberto Fujimori de muhalif bir parlamento çoğunluğu ile karşı karşıya gelmiş ve 1992 yılında anayasaya aykırı bir şekilde parlamento-yu feshederek görevde kalmayı başarmıştır. 2000 yılında parlamento çoğunluğunun desteğini tekrardan kaybeden Fujimori, impeachment mekanizması işletilerek görevden alınmıştır.³² Venezuela’da ise hem Hugo Chavez (1999) hem de Nicolas Maduro (2017), Kongre’deki mu-

2011, s. 332).

³⁰ Başkanlık sistemlerinde başkanların kararname yetkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 401-405; Adnan Küçük, *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, Adres Yayınları, Ankara 2019, s. 333-335; Şule Özsoy Boyunsuz, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2017, s. 123-135; Açıl, s. 145-156.

³¹ Raile/Pereira/Power, s. 326; Negretto (2006), s. 80.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Aníbal Pérez Liñán, *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 184-185.

halif çoğunlukları etkisizleştirmek için mevcut tüm kurumların üstünde otoriteye sahip Kurucu Meclisler oluşturmak üzere yeni seçimlere gitmişlerdir.³³

Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılabilceği üzere, azınlık başkanlarının koalisyon oluşturmada başarısızlığa uğraması; kanun yapımı sürecinde kilitlenmelere, başkanın parlamentoyu devre dışı bırakma girişimlerine, impeachment mekanizmasına başvurulmasına, anayasal krizlere ve rejim istikrarsızlığına yol açabilir.³⁴ Son dönemde yapılan çalışmalar, parlamento çoğunluğunun desteğini elde edememiş başkanların, çoğunluk desteğine sahip başkânlara göre, başkanlık döneminin sona ermesinden önce görevden ayrılma ihtimallerinin çok daha yüksek olduğunu göstermektedir.³⁵ Başkanlık döneminin kesintiye uğraması, çoğu kez demokratik rejimin kesintiye uğramasına yol açmasa da siyasi rekabetin keskinleşmesine, kutuplaşmanın artmasına ve siyasi istikrarsızlığa neden olmaktadır.

Programını kanunlar yoluyla hayata geçirme ve yönetme kapasitesini artırma isteği dışında, başkanı koalisyon oluşturmaya sevk eden bir diğer saik, seçimleri kazanma isteğidir. Başkan adayları, seçimi kazanma olasılığını artırmak için mümkün olduğunca fazla siyasi partinin desteğini sağlamayı amaçlar. Partileri kendisini desteklemeye ikna etmenin en temel yöntemi de başkan seçildikten sonra onları bakanlık koltukları ile ödüllendireceğini vadetmektir. Yapılan araştırmalar, seçim öncesi taahhütlerin kabine oluşumunu güçlü biçimde etkilediğini ve başkanlık seçimi için oluşturulan seçim ittifaklarının, seçimin ardından koalisyon hükümetlerine dönüşme olasılıklarının çok yüksek olduğunu ortaya koymaktadır.³⁶

³³ Venezuela'daki gelişmelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Açıl, s. 133-136.

³⁴ David Altman, "The Politics of Coalition Formation and Survival in Multiparty Presidential Democracies: The Case of Uruguay, 1989-1999", *Party Politics*, Vol. 6, No. 4, Y. 2000, s. 260; Mariana Llanos/Detlef Nolte, "The Many Faces of Latin American Presidentialism", *GIGA Focus Latin America*, No. 1, May 2016, s. 1.

³⁵ 1978-2003 yılları arasında, Latin Amerika ülkelerinde başkanlık döneminin kesintiye uğradığı 14 ayrı vaka tespit eden Negretto, bunlardan 12'sinin azınlık başkanları olduğunu ortaya koymuştur (Negretto (2006), s. 81-82). Ayrıca bkz. Kathryn Hochstetler, "Rethinking Presidentialism: Challenges and Presidential Failure", *The Journal of Comparative Politics*, Vol. 38, No. 4, July 2006, s. 408-409.

³⁶ Bkz. Kenneth Bunker, *Coalition Formation in Presidential Regimes: Evidence from Latin America*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, The London School of Economics and Political Science, Londra 2015, s. 54; Freudenreich, 90-94.

Bu noktada, parlamento tarafından görevden alınamayacak olan bir başkanın, başkanlık seçimi öncesi oluşturulan ittifakları neden koalisyon hükümetlerine dönüştürmek ve bu koalisyonları sonraki seçimlere kadar muhafaza etmek isteyeceğinin açıklanması gerekmektedir. İlk olarak, bir seçim ittifakının desteği ile iş başına gelmiş olan başkanın, tek başına parlamento çoğunluğunun desteğini sağlayabilmesi oldukça düşük bir ihtimaldir. Programını uygulamak isteyen başkan, seçimlerden sonra da ittifak yaptığı partilerin desteğini sürdürmek isteyecektir. Zira seçim öncesi taahhütlerinin tamamından vazgeçen ve seçimden sonra kabinesini yalnızca kendi partisinden bakanlarla oluşturan bir başkan, seçim öncesi koalisyon yaptığı partilerin yasama sürecindeki desteğini kaybetmekle kalmaz; geleceğe dair siyasal nitelikli anlaşmalar yapma yeteneğini de büyük ölçüde yitirir.³⁷ Parlametodaki partilerin, seçim öncesi taahhütlerine riayet etmeyen bir başkan ile yeni anlaşmalar yapmakta tereddüt göstermeleri tabiidir. Başkanın seçim öncesi taahhütlerine bağlılığını sağlayan ikinci etken, sonraki seçimlerde de aynı partilerin desteğine ihtiyaç duyulabilecek olmasıdır. Özellikle yeniden seçilmeye ilişkin bir kısıtlamanın öngörülmediği durumlarda, başkan, seçim ittifakı yaptığı partilerin memnuniyetini sonraki seçimlere kadar muhafaza edip tekrar kendisini desteklemelerini temin etmek isteyecektir.

Yukarıda izah edilen güçlü müşevviklere rağmen, koalisyon oluşturmak başkan açısından bazı maliyetleri de beraberinde getirmektedir. Her şeyden önce koalisyon hükümetleri, başkanın bakanlıklar üzerindeki kontrolünü yitirmesine ve buna bağlı olarak siyasal süreklilik ve etkinlik alanında bazı olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilir. Ayrıca aynı anda tüm koalisyon ortaklarının memnuniyetini sağlamak kolay olmadığından, koalisyon içi gerilimlerin su yüzüne çıkması da kaçınılmazdır. Dahası, koalisyon inşasının bir parçası olan sahne arkasındaki anlaşmalar, sorumluluk kanallarını tıkayarak siyasal rejimin meşruiyetini zayıflatabilir. Tüm bu maliyetler, azınlık başkanlarının azımsanmayacak bir kısmının neden koalisyon hükümeti oluşturmaktan kaçındığını ortaya koymaktadır.³⁸

³⁷ Freudenreich, s. 85.

³⁸ Chaisty/Chernykh, s. 764.

Azınlık başkanları, kabine makamlarını partiler arasında paylaşmamasına dahi parlamentoda ihtiyaç duyduğu desteği elde edebileceğine inandığında, zikredilen maliyetler nedeniyle koalisyon hükümeti oluşturmaktan imtina edecektir. Parlamenter sistemdeki azınlık hükümetlerinin görece başarılı performansına dair gözlemler, azınlık başkanlarının da belli şartlar altında, geçici yasama koalisyonları oluşturmak suretiyle yasama başarısını yakalayabileceğine dair yorumlara neden olmuştur.

Yaygın olarak zannedilenin aksine, azınlık hükümetleri, parlamenter sistemlerde oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. 1945-1987 yılları arasında parlamenter sistemle yönetilen 15 ülkenin hükümet şekillerini konu alan bir araştırmaya göre, toplamda ortaya çıkan 356 ayrı hükümetten 125'i (% 35) azınlık hükümeti niteliğindedir. Buna ek olarak, bu ülkelerin dördünde, azınlık hükümetleri, çoğunluk hükümetlerinden daha sık şekilde ortaya çıkmaktadır.³⁹ Kaldı ki, azınlık hükümetlerinin sık şekilde ortaya çıktığı ülkelerin başında, demokratik standartları oldukça yüksek olan İsveç, Norveç, Danimarka gibi İskandinav ülkeleri gelmektedir.

Tablo 1: Hükümet Türlerine Göre Yasama Başarısı

Hükümet Türü	Parlamenter Sistem	Örnek Sayısı	Başkanlık Sistemi	Örnek Sayısı
Tümü	80.15	335	62.63	214
Tek parti çoğunluk	89.12	107	71.57	55
Çoğunluk koalisyonu	76.07	122	51.31	33
Azınlık koalisyonu	78.25	26	53.03	20
Tek parti azınlık	79.28	45	61.34	84

Not: "Tümü", süper çoğunluk ve bölünmüş hükümet durumlarını da içermektedir.

Kaynak: Cheibub/Przeworski/Saiegh, s. 578.

Cheibub/Przeworski/Saiegh'in sunduğu deliller, azınlık hükümetlerinin yasama performanslarının da gayet tatmin edici nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır. Yazarlar, Tablo 1'de görülebileceği üzere, hükümet türlerine göre yürütme tekliflerinin parlamento ta-

³⁹ Kaare Strøm, "Democracy, Accountability, and Coalition Bargaining", *European Journal of Political Research*, Vol. 31, No. 1-2, Y. 1997, s. 54-55.

rafından kabul edilme oranlarını incelemektedirler. Tahmin edilebileceği gibi, yasama performansı alanında en başarılı sonuç, tek parti çoğunluk hükümetlerine aittir. Öte yandan, tek partili azınlık hükümetlerinin sunduğu tekliflerin kabul edilme oranları da şaşırtıcı derecede yüksektir. Bu sonuç, tek partili azınlık hükümetlerinin yasama performansının, çoğunluk koalisyonlarından bile daha iyi olduğuna işaret etmektedir.⁴⁰

Başkanlık sisteminde de durum çok farklı değildir. Azınlık başkanlarının tekliflerini kanunlaştırabilme oranı, parlamenter sistemdeki tek parti azınlık hükümetleri kadar yüksek olmasa da, başkanlık sistemindeki çoğunluk koalisyonlarından daha yüksektir. Bu sonuç göstermektedir ki, başkanın partisinin parlamentoda azınlık konumunda bulunduğu her durumu, koalisyon oluşturmada yaşanan bir başarısızlık olarak nitelemek hatalıdır.⁴¹ Siyasi yelpazede merkezde konumlanan azınlık başkanları, kabine makamlarını paylaşma ihtiyacı duymadan, sunduğu tekliflerin içeriğine göre, kimi zaman sağında kimi zaman solunda konumlanan partilerin desteğini sağlayarak tekliflerini kanunlaştırma imkânı yakalamaktadırlar.⁴²

Özetlemek gerekirse, çoğu azınlık başkanının, daha geniş, güvenilir ve sağlam bir yasama desteği için koalisyonlar oluşturmayı tercih ettikleri görülmektedir. Ancak azınlık başkanlarının koalisyon oluşturmamasının mutlaka yasama sürecinde kilitlenmelere ve kamusal erkler arası çatışmalara yol açacağı da ileri sürülemez. Esasında kilitlenme ve çatışmalar, parlamentodaki partilerin başkana karşı bir araya gelebildikleri ve sürekli şekilde başkanın tekliflerini reddetdikleri oldukça istisnai koşullarda ortaya çıkmaktadır.

Başkanı koalisyon oluşturmaya iten müşevvikleri tahlil ettikten sonra, koalisyon ortağı olan partilerin başkanla işbirliği yapma nedenlerine de temas etmek gerekmektedir. Başkan ve partisi ile rekabet içinde olması beklenen siyasi aktörler, programını hayata geçirebilmesi için neden başkana yardımcı olur? Bu soruyu cevaplamak için par-

⁴⁰ Cheibub/Przeworski/Saiegh, s. 578.

⁴¹ Cheibub/Przeworski/Saiegh, s. 578.

⁴² Eduardo Alemán/George Tsebelis, "Political Parties and Government Coalitions in the Americas", *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 3, No. 1, Y. 2011, s. 11; Negretto (2006), s. 68; Freudenreich, s. 83.

tilerin siyasal yaşamdaki öncelikli hedeflerini açıklamayı amaçlayan başlıca modellere kısaca bir göz atmakta fayda vardır.

Rasyonel tercih teorisi, siyasal partilerin tutumlarını üç ayrı model üzerinden açıklamaktadır: “oy beklentisi” (*vote-seeking*), “makam beklentisi” (*office-seeking*) ve “siyasa beklentisi” (*policy-seeking*). Oy beklentisi modeli, her bir siyasal partinin seçmen desteğini azami düzeye taşıyarak hükümeti kontrol etmeyi amaçlayacağını varsayar. Makam beklentisi yaklaşımına göre, siyasal aktörlerin temel amacı, oylarını arttırmaktan ziyade, mümkün olduğu kadar fazla kamusal makamı ele geçirmek suretiyle yönetim aygıtını kontrol etmektir. Her iki modelde de siyasal partiler, ideolojik tutarlılıktan yoksun, seçimleri kazanarak iktidarı ele geçirmeyi amaçlayan pragmatist aktörler olarak görülür. Anthony Down’un ifadesiyle “Partiler, izleyecekleri politikaları seçimleri kazanmak için oluşturmaktadırlar; yoksa seçimleri kazanmalarının nedeni, belli politikaları izlemek değildir”.⁴³ Siyasa beklentisi modeli ise partilerin kamu siyaseti üzerinde daha geniş bir tesir gücüne sahip olmayı amaçlayacaklarını ileri sürer. Seçmen desteğini arttırmak ve daha fazla kamusal makamı kontrol etmek, siyasal partiler için kendiliğinden bir amaç değil, yalnızca partilerin ideolojik tercihlerini hayata geçirmelerine imkân veren vasıtalarlardır.⁴⁴

Bu modellerin üçü de siyasal yarışın tek boyutuna vurgu yapmakta olup tek başına bütüncül bir resim sunmaktan uzaktır. Siyasal partiler, liderlerinin davranışları üzerinde çeşitli kısıtlamalar getiren karmaşık organizasyonlardır. Bu nedenle siyasal partileri, bu modellerin varsaydığı gibi üniter ve sınırlandırılmamış aktörler olarak değerlendirmek mümkün değildir.⁴⁵ Gerçekte partiler, tek bir modele indirgenemeye-

⁴³ Anthony Down, *An Economic Theory of Democracy*, Harper and Row, New York 1987, s. 28’den aktaran Kontacı, s. 43.

⁴⁴ Siyasal partilerin temel hedeflerini açıklamayı amaçlayan yaklaşımlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kaare Strøm/Wolfgang C. Müller, “Political Parties and Hard Choices”, *Policy, Office or Votes: How Political Parties in Western Europe Make Hard Decisions*, Wolfgang C. Müller/Kaare Strøm (Editörler), Cambridge University Press, New York 1999, s. 5-9; Kaare Strøm, “A Behavioral Theory of Competitive Political Parties”, *American Journal of Political Science*, Vol. 34, No. 2, Y. 1990, s. 566-570; Joseph A. Schlesinger, “The Primary Goals of Political Parties: A Clarification of Positive Theory”, *The American Political Science Review*, Vol. 69, No. 3, Y. 1975, s. 840-849; Aleskerov/Ersel/Sabuncu, s. 217-219; Kontacı, s. 42-44; Bunker, s. 22-24; Altman, s. 263-264.

⁴⁵ Strøm (1990), s. 569.

cek farklı stratejiler izleyerek oy, makam ve siyasa beklentilerini maksimum düzeyde tatmin etmenin yollarını araştıracaktır. Aralarındaki gerilimlerden dolayı bir partinin tek başına tüm ödülleri elde etmesi imkânsız olsa da, partiler kendileri açısından en uygun bileşimi bulup tercihlerini buna göre oluşturacaklardır.⁴⁶ Sonuç olarak, başkanın koalisyonla davet ettiği bir parti; oy, makam ve siyasa ödülleri için optimum bileşiminin bulunduğu noktayı tespit ederek koalisyonla dahil olacak veya başkanın teklifini geri çevirecektir.

Koalisyonla dâhil olan partilerin makam ve siyasa beklentilerini öncelikle söylemek mümkündür.⁴⁷ Başkanın koalisyon teklifini geri çeviren partiler ise etkili bir muhalefet sergileyerek sonraki seçimlerde seçmen desteğini artırmayı amaçlayacaklardır. Koalisyonla davet edilen partiler, hükümete katılımın getirileri (makam elde etme, politikayı ve gündemi etkileme) ile teklifi geri çevirmenin getirilerini (bir sonraki seçimlerde ödüllendirilmeyi ummak) karşılaştırarak kararını verecektir. Açık ve hazır bir fayda ile şarta bağlı, uzun dönemli bir kazanım arasındaki bir tercihin büyük ihtimalle birincisi lehine gerçekleşeceği iddia edilmektedir.⁴⁸ Gerçekten de başkanlık sisteminde başkanın parlamento tarafından görevden alınmaması, koalisyon teklifini reddeden partilerin bir sonraki başkanlık seçimine kadar yönetim mekanizmasından tümüyle uzak kalmasına yol açacağı için partilerin bu sonuçtan kaçınmayı tercih edeceğini varsaymak makuldür.

Öte yandan, partilerin başkanın koalisyon teklifini kabul etmeye daha az istekli olacağı bazı özel dönemler de bulunmaktadır. Ekonomik durgunluk ve başkanın halk desteğinin azalması gibi, siyasi koşulların hükümetin aleyhine olduğu dönemlerde partiler, hükümet ortağı olmanın maliyetine katlanmak istemeyeceklerdir.⁴⁹ Partilerin böyle dönemlerde, bir sonraki seçimde yaşanabilecek muhtemel oy kayıplarını dikkate alarak, makam ve siyasa beklentilerini ikinci plana atmaları beklenecektir.

⁴⁶ Altman, s. 263-264.

⁴⁷ Ukrayna'da partilerin başkanlık koalisyonuna katılma nedenlerine ilişkin milletvekilleri ile yapılan bir anket de koalisyonla katılan partilerin temel motivasyonunun siyasi tesirlerini ve kontrol ettiği bakanlık sayılarını artırmak olduğunu ortaya koymaktadır. Bkz. Chaisty/Chernykh, s. 772-773.

⁴⁸ Alemán/Tsebelis, s. 14.

⁴⁹ Alemán/Tsebelis, s. 14.

Başkanın görev süresi ve bir sonraki seçimlere kalan süre de partilerin koalisyona katılma tercihlerini etkileyen önemli faktörler arasındadır. Başkanın görev süresinin uzun olduğu ülkelerde koalisyon hükümetleri ile karşılaşılma ihtimali daha yüksektir. Uzun başkanlık dönemi, küçük ve orta boy partilerin daha büyük partilerle işbirliğine girişmesi yönünde güçlü teşvikler yaratır. Bir sonraki seçimleri kazanma şansı düşük olan partiler, uzun bir süre boyunca iktidar nimetlerinden tümüyle yoksun kalmak istemeyeceklerinden, başkanın koalisyon teklifini kabul etmeye istekli olacaklardır. Başkanlık dönemi kısa olduğunda ise aynı partilerin, güçlü bir muhalefet oluşturup görece kısa bir süre sonra yapılacak seçimlerde şanslarını denemeyi tercih etme ihtimali daha yüksektir.⁵⁰ Keza başkanlık seçimleri yaklaştıkça, partilerin başkanlık koalisyonuna katılma ve koalisyonda kalmaya devam etme teşviklerinin azaldığı gözlemlenmiştir.⁵¹ Bunun sebebi, seçimler yaklaştıkça siyasi partilerin makam ve siyasa ödülllerinden ziyade seçmen desteğini genişletmeye öncelik verecek olmasıdır. 4 ilâ 6 yıl arası bir süre boyunca iktidarda kalan bir başkanın yıpranması ve seçmen desteğinde azalmalar meydana gelmesi tabiidir. Yeni seçimlerde seçmen desteğini yitiren bir başkanla bir arada anılmak istemeyen partiler, büyük ihtimalle koalisyona katılmak istemeyecek veya koalisyon ortaklığını bozacaktır.⁵²

IV) BAŞKANLIK SİSTEMLERİNDE KOALİSYONLARIN İNŞASINI VE İŞLEYİŞİNİ ETKİLEYEN FAKTÖRLER

A) Başkanın Partisinin Yasama Organındaki Gücü

Başkanlık sisteminde koalisyonların inşasını ve işleyişini etkileyen faktörlerin başında, başkanın partisinin parlamentoda kontrol ettiği

⁵⁰ Bunker, s. 96.

⁵¹ Bkz. Octavio Amorim Neto/Fabiano Santos, "The Executive Connection: Presidentially Defined Factions and Party Discipline in Brazil", Party Politics, Vol. 7, No. 2, Y. 2001, s. 14; Altman, s. 268-270; Mainwaring, s. 222; Alemán/Tsebelis, s. 14-15; Chaisty/Chernykh, s. 772-773; Anayurt/Ekinci, s. 310-311. Amorim Neto'nun Brezilya'yı konu alan araştırmasının gösterdiği gibi, yeni seçimlerin yaklaşması koalisyon disiplini de olumsuz etkilemektedir. Seçim dönemi ilerledikçe, koalisyon ortaklığını sürdüren partilerin başkanın tekliflerine parlamentoda verdiği destek oranlarında azalmalar meydana geldiği gözlenmiştir (Amorim Neto (2002), s. 69-75).

⁵² Aksi yönde bir sonuç için bkz. Thiago Silva, "How Long Will It Last? Cabinet Termination in Presidential Systems", Paper to be Presented at the 112th American Political Science Association Annual Meeting, Y. 2016, s. 24.

sandalye sayısı gelmektedir. Kolayca tahmin edilebileceği gibi, başkanın partisinin parlamentodaki sandalyelerin yarıdan fazlasını elinde tutması ve başkanın, partili milletvekilleri üzerinde, sunduğu teklifler lehine oy kullanmalarını sağlayabilecek kadar kontrol gücüne sahip olması durumunda, çok büyük ihtimalle koalisyon oluşturma ihtiyacı hissedilmeyecektir.⁵³

Öte yandan, azınlık başkanlarının yasama desteği geniş bir çeşitlilik sergilemekte olup buna bağlı olarak, koalisyon oluşturmaya duyulan ihtiyaç da değişmektedir. Partisinin parlamentodaki destek oranı % 15 olan bir azınlık başkanı ile % 49 olan bir azınlık başkanının koalisyona bakış açısı birbirine taban tabana zıttır. İlki, koalisyon oluşumunu kaçınılmaz addedebileceken ikincisinin, kabinesine diğer partilerden üyeleri dâhil etmeden, ihtiyaç duyduğu desteği geçici anlaşmalarla sağlamayı tercih etmesi daha muhtemeldir.⁵⁴ Çoğunluğa yakın bir yasama desteğine sahip olan başkanların, parlamentodaki açığını küçük partilerden ve bağımsızlardan sağlayacağı destekle kolayca kapatabileceği ve bu nedenle çoğunluk başkanları gibi hareket edebileceği düşünülmektedir.⁵⁵

Yapılan araştırmalar, başkanın partisinin parlamentodaki gücü arttıkça koalisyon oluşum sıklığının azaldığını ortaya koymaktadır. Chaisty/Power, diğer tüm değişkenler sabit tutulduğunda, incelediği ülkeler içerisinde partisinin parlamentodaki destek oranı en yüksek olan azınlık başkanının (% 49,8) tek parti hükümeti oluşturma ihtimalinin, destek oranı en düşük olan azınlık başkanına (% 0) göre % 47 oranında daha yüksek olduğunu ve bu bağlantının doğrusal bir

⁵³ 1958-1963 yılları arasında Venezuela’da ve 1958-1974 yılları arasında Kolombiya’da görüldüğü gibi, istisnai olarak, parlamentoda çoğunluk desteğine sahip olan başkanlar da ulusal bütünlüğü kuvvetlendirmek amacıyla diğer partilerle koalisyon oluşturma yoluna gidebilmektedir. Negretto’nun 18 Latin Amerika ülkesindeki hükümet türlerini konu alan çalışmasına göre, çoğunluk statüsünde olan başkanların koalisyon oluşturma sıklığı % 21 olarak ölçülmüştür (Gabriel L. Negretto, “Minority Presidents and Types of Government in Latin America”, Prepared for Delivery at the 2003 Meeting of the Latin American Studies Association, Dallas, March 27-29, Y. 2003, s. 17). Ayrıca bkz. Arend Lijphart, *Demokrasi Modelleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, (Çev. Güneş Ayas ve Utku Umut Bulsun), İthaki Yayınları, İstanbul 2014, s. 126. Çoğunluk desteğine sahip olan başkanların koalisyon oluşturmalarının diğer bir açıklaması, birçok anayasanın önemli bazı konular için öngördüğü nitelikli çoğunluk kurallarıdır.

⁵⁴ Chaisty/Power, s. 6-7; Anayurt/İkinci, s. 280.

⁵⁵ Alemán/Tsebelis, s. 17.

çizgide ilerlediğini göstermiştir.⁵⁶ Cheibub/Przeworski/Saiegh'in bulguları da bu beklentiyi dolaylı yoldan desteklemektedir. Yazarların ölçümlerine göre, hiçbir partinin parlamentodaki sandalyelerin üçte birini elde edememesi durumunda koalisyon hükümetlerinin kurulma ihtimali oldukça yüksekken, en büyük partinin⁵⁷ parlamentodaki sandalyelerin üçte birinden fazlasını elde etmesi durumunda koalisyon hükümetlerinin kurulma ihtimali önemli oranda azalmaktadır.⁵⁸

B) Başkanın Anayasal Yetkileri

Başkanın reaktif ve proaktif yetkilerinin koalisyonların oluşumunu ve işleyişini etkileyen temel faktörlerden biri olduğu hususunda öğretilerde geniş bir uzlaşma bulunmaktadır. Öte yandan, başkanın yetkileri geniş olduğunda mı yoksa dar olduğunda mı daha sık şekilde koalisyonlarla karşılaşılacağı hususunda aynı uzlaşmadan söz etmek mümkün değildir.

Amorim Neto, anayasal yetkileri genişledikçe, başkanın koalisyon oluşturmaya duyacağı ihtiyacın azalacağını iddia etmektedir. Yazara göre başkan, politika yapımında iki temel stratejiden birini tercih eder: Kanuna dayalı strateji veya yürütme imtiyazlarına dayalı strateji. Kanuna dayalı stratejide, başkan, partili üyelerin oranının yüksek olduğu bir çoğunluk hükümeti oluşturmak ve kabine makamlarını koalisyon ortağı partiler arasında orantılı biçimde dağıtmak suretiyle, siyasi programını kanunlar aracılığıyla uygulama yolunu tercih eder. Yürütme imtiyazlarına dayalı stratejide ise programını uygulamak için parlamentonun desteğine daha az ihtiyaç duyacak olan başkanın, teknokrat bakanların ağırlıkta olduğu bir azınlık hükümeti oluşturması ve kabine makamlarını orantısız biçimde dağıtması muhtemeldir.⁵⁹

⁵⁶ Chaisty/Power, 11-12.

⁵⁷ Başkanlık sisteminde parlamentodaki en güçlü partinin başkanın partisi olma ihtimali % 73'tür. Bkz. Cheibub (2009), s. 83-84.

⁵⁸ Cheibub/Przeworski/Saiegh, s. 576. Bunker'in 18 Latin Amerika ülkesinde koalisyon oluşumlarını konu alan araştırması, beklentimizin aksine, başkanın partisinin parlamentodaki gücü arttıkça koalisyon hükümetleri ile karşılaşılma ihtimalinin de arttığını göstermektedir (Bunker, s. 112).

⁵⁹ Octavio Amorim Neto, "The Presidential Calculus: Executive Policy Making and Cabinet Formation in the Americas", Comparative Political Studies, Vol. 39, No. 4, Y. 2006, s. 423-424.

Başkanın tercih edeceği strateji açısından, veto ve kararname yetkileri özel önem arz etmektedir. Veto yetkisi, başkana, parlamentonun statükoda değişiklik meydana getirmeyi amaçlayan işlemlerini engelleme imkânı vermekten, kararname yetkisi bizatihi başkan tarafından yeni bir statükonun inşasını mümkün kılar.⁶⁰ Bu bakımdan, güçlü veto ve kararname yetkilerine birlikte sahip olan başkanların, parlamento çoğunluğunun desteğini arkasına alan bir koalisyon hükümeti oluşturmadan yoluna devam etmesi beklenebilir. Keza başkanlık sistemi ile yönetilen birçok ülkenin anayasası; belli konularda kanun tekliflerinin münhasıran başkan tarafından sunulabilmesini, başkanın sunduğu tekliflerin öncelikle görüşülmesini, ilgili sürede görüşülmeyen tekliflerin kendiliğinden kanunlaşmasını ve parlamento tarafından kabul edilmemiş olsa dahi bütçenin yürürlüğe girmesini öngören düzenlemeler içermektedir.⁶¹ Erklar arası güç dengesini başkan lehine değiştiren bu tarz düzenlemeler, başkanın parlamento kompozisyonu karşısındaki hassasiyetini azaltmakta ve onu, programını hayata geçirirken partiler arası pazarlıklar yerine tek taraflı stratejilere başvurmaya sevk etmektedir.

Öte yandan, yukarıda da değinildiği üzere, başkanları koalisyon hükümetleri oluşturmaya sevk eden saikler, programını kanunlar yoluyla hayata geçirme ve yönetme kapasitesini artırma isteğinden ibaret değildir. Başkan adayları, seçilme şanslarını artırmak amacıyla partiler arası ittifaklar oluşturmakta ve kendisini destekleyen partileri kabine makamları ile ödüllendirmeyi vadetmektedir. Başkana geniş anayasal yetkiler tanındığında, siyasi aktörlerin başkanlık makamına atfedeceği önem artacağı için seçim ittifakları ve dolayısıyla koalisyon hükümetleri oluşturmaya yönelik teşviklerin de artması beklenebilir.⁶²

Görüldüğü üzere, başkanın anayasal yetkileri ile koalisyon hükümetleri arasındaki bağlantı henüz tam olarak aydınlatılmamış-

⁶⁰ Açıl, s. 145.

⁶¹ Başkanların anayasal yetkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özsoy Boyunsuz, s. 118-162; Açıl, s. 142-167.

⁶² Konuya ilişkin farklı bir yorum için bkz. Ömer Anayurt/Murat Erdoğan/Ahmet Ekinci "Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerinde Etkisi", Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 218-219.

tır.⁶³ Kanaatimizce, koalisyon inşasını teşvik eden en uygun kurumsal model, başkanın geniş anayasal yetkilere sahip olduğu ve fakat bu yetkiler üzerinde etkili ve kurumsallaşmış kontrol mekanizmalarının oluşturulduğu bir modeldir. Başkanın anayasal yetkileri aşırı zayıf olduğunda, partiler muhalefette kalarak başkanın muhtemel başarısızlığını sonraki seçimlerde oylarını artırmak için basamak olarak kullanmak isteyebileceklerdir. Bu durumda, parlamentodan gerekli desteği elde edemeyen başkanlar, anayasayı ihlal etme pahasına, çeşitli dayatmalarla taleplerini gerçekleştirmeyi deneyebilmektedir.

Pereira/Melo'nun da belirttiği gibi, çok partili başkanlık demokrasileri arasında en başarılı örneklerin, güçlü başkanlık yetkilerini Kongre'nin karşı yetkileri ile dengelemiş ülkeler olması rastlantı değildir. 1990'lı yılların başında; anayasal tasarımlarındaki sözde kusurlar (geniş başkanlık yetkileri, efektif parti sayısının yüksekliği ve parti sistemindeki parçalanmayı teşvik eden seçim sistemleri) nedeniyle başarısızlığa mahkûm olduğu düşünülen Brezilya, Uruguay ve Şili gibi ülkeler, oluşturdukları geniş kapsamlı koalisyon hükümetleri ile günümüzde başkanlık sisteminin en başarılı örnekleri arasında değerlendirilmektedir. Bu ülkeler aynı zamanda, yürütme erki üzerinde etkin denetim yeteneğine sahip, oldukça güçlü parlamentolara sahiptir. Buna karşın, o dönemde en zayıf yürütme erkine sahip ülkeler olarak

⁶³ Nitekim başkanın anayasal yetkileri ile koalisyon hükümetlerinin oluşumu ve işleyişi arasındaki bağlantıyı araştıran istatistiksel çalışmalar da birbiri ile çelişkili sonuçlar ortaya koymaktadır. Bunker'in sunduğu bulgular, başkanın anayasal yetkileri genişledikçe koalisyon hükümetleri ile karşılaşılma ihtimalinin azalacağı görüşünü desteklemektedir (Bunker, s. 108). Başkanlık sistemlerinde kabine istikrarını etkileyen unsurları araştıran Martínez-Gallardo da başkanlara bahsedilen güçlü kararname yetkilerinin kabine istikrarsızlığına yol açtığını belirtmektedir (Cecilia Martínez-Gallardo, "Out of the Cabinet: What Drives Defections From the Government in Presidential Systems?", *Comparative Political Studies*, Vol. 45, No. 1, Y. 2012, s. 78-79). Keza Chaisty/Power'in ölçümlerine göre, güçlü veto yetkisine sahip olan bir azınlık başkanın kabinesini bir tek partiden oluşturma ihtimali, veto yetkisi bulunmayan bir azınlık başkana göre % 46 oranında daha fazladır (Chaisty/Power, s. 13). Öte yandan Freudenreich'in Latin Amerika'daki 13 başkanlık demokrasisini baz alarak yaptığı ölçümler, siyasa değişimi üzerinde güçlü bir bağımsız etkiye sahip olmayan başkanların azınlık hükümetleri ile yönetme ihtimalinin daha yüksek olduğunu göstermektedir. Diğer bir deyişle, başkanın kararname yetkisi güçlendikçe, azınlık hükümetlerinin ortaya çıkma ihtimali azalmaktadır (Freudenreich, s. 93-94). Alemán/Tsebelis'in ölçümlerine göre de başkanın anayasal yetkileri genişledikçe, partilerin kabineye girme ihtimali az da olsa artmaktadır (Alemán/Tsebelis, s. 19).

nitelendirilen Bolivya, Peru ve Venezuela'da, siyasi istikrar ve yönetilebilirlik alanında çok daha büyük zorluklarla karşılaşmıştır.⁶⁴

C) Parlamentonun Yapısı ve Etkinliği

Yukarıda da kısmen değinildiği üzere, başkanın yetkilerinin yanı sıra parlamentonun yapısı ve etkinliği de koalisyon oluşumunu etkileyen faktörler arasında yer almaktadır. Başkanın faaliyetleri üzerinde etkin bir denetim ve gözetim gücüne haiz olan parlamentoların koalisyon oluşumunu teşvik ettiği ileri sürülmektedir.⁶⁵ Kongre'nin elinde tuttuğu gözetim ve denetim mekanizmaları, milletvekillerine, başkan açısından büyük önem arz eden siyasi meseleler üzerinde etkide bulunmalarını sağlayacak araçlar verir. Bu araçlardan bazıları; soruşturma komisyonları oluşturmak, başkanın resmi bir makam için sunduğu adayları reddetmek, başkanın atadığı görevliler hakkında suç isnadında bulunmak, kamu mercilerini belli bir konuda bilgi vermeye zorlamak, bütçenin uygulanmasını denetlemek ve hükümet görevlileri hakkında gensoru önergesi vermektir.⁶⁶ Bu tarz yetkileri elinde tutan güçlü bir parlamento ile çalışmak zorunda olan bir başkan, yönetim etkinliğini artırmak için kabine makamlarını farklı partiler arasında bölüştürerek yasama desteğini genişletmeye daha fazla ihtiyaç duyacaktır.

Başkanlık sistemlerini parlamenter unsurlarla donatmanın faydalı olabileceğini ileri süren Colomer/Negretto, özellikle kabinenin oluşumu sürecinde başkan ile Kongre arasındaki yakın etkileşimin önemine vurgu yapar. Yazarlar, başkanın kabineye yapacağı atamaların Kongre onayından geçmesi ve kabine üyelerinin Kongre tarafından görevden alınabilmesi durumunda yasama ile yürütme arasındaki işbirliğinin gelişeceğini ileri sürmektedir.⁶⁷ Bakanların göreve gelmek

⁶⁴ Carlos Pereira/Marcus André Melo, "The Surprising Success of Multiparty Presidentialism", *Journal of Democracy*, Vol. 23, No. 3, Y. 2012, s. 161-162.

⁶⁵ Alemán/Tsebelis, s. 7; Martínez-Gallardo (2012), s. 78-80; Freudenreich, s. 83.

⁶⁶ Alemán/Tsebelis, s. 12.

⁶⁷ Josep M. Colomer/Gabriel L. Negretto, "Can Presidentialism Work Like Parliamentarism?" *Government and Opposition*, Vol. 40, No. 1, Y. 2005, s. 80-81. Bakanlar aleyhine gensoru önergesi verilebilmesi, Latin Amerika başkanlık demokrasi-leri arasında oldukça yaygın bir uygulamadır. Ancak bu ülkelerin bir kısmında Kongre'nin verdiği güvensizlik oyu başkan açısından bağlayıcı değilken, diğer bir kısmında ise beşte üç veya üçte iki çoğunlukla güvensizlik oyu verilebilmektedir.

için Senato'nun zımni onayını almak ve görev süresi boyunca bu güveni korumak zorunda olduğu Uruguay örneği bu iddiayı desteklemektedir. Söz konusu kurallar, başkanın kabinesini oluştururken benimseyeceği hareket tarzı üzerinde önemli kurumsal kısıtlamalar getirmektedir. Çoğunluk desteğini elde edemeyen Uruguay başkanları, kabinesini kabul ettirmek için Kongre'deki diğer siyasi aktörlerle pazarlık etmek zorunda kalmakta ve geniş koalisyonlar oluşturmaktalardır.⁶⁸

Alemán/Tsebelis, parlamentonun resmi yetkilerinin yanı sıra fiili güç ve etkinliğinin de koalisyon oluşumu üzerinde önemli etkiye sahip olduğunu belirtmektedir. Örneğin Şili Parlamentosu, profesyonel üyelik esasına göre çalışan güçlü bir komite sistemine sahipken, Meksika Parlamentosu, tekrar seçilemeyen ve görev süreleri kısa olan üyelere müteşekkil zayıf bir komite sistemine sahiptir. Bu sebeple, diğer şartlar eşit olduğunda, Şili başkanlarının Meksika başkanlarına göre daha güçlü kurumlarla siyasi pazarlıklara girişmek zorunda kalması ve Şili'de koalisyon hükümetleri ile karşılaşılma olasılığının daha yüksek olması beklenmektedir.⁶⁹

Bu başlık altında incelenecek son husus, tek meclis-çift meclis tercihinin koalisyon oluşumu üzerindeki etkisine ilişkindir. Kolayca tahmin edilebileceği gibi, başkanın partisinin meclislerin ikisinde birden çoğunluğu sağlama ihtimali daha düşük olduğu için⁷⁰, çift meclis

Parlamentar sistemdeki güvensizlik oyuna benzer bir mekanizma yalnızca Kolumbia ve Arjantin'de mevcuttur (Açıl, s. 34-37). Öte yandan, Uruguay ve Peru hariç, Latin Amerika ülkelerinde bakan atamaları Kongre onayına tabi tutulmaktadır. Bakan atamalarının Kongre onayına tabi tutulmayıp, bakanların Kongre tarafından görevden alınabildiği Latin Amerika modelinin, yasama ile yürütme erkleri arasında yakın bir işbirliği tesis etmek açısından yeterli olmadığı; hatta bu modelin erkler arası çatışmalara yol açabileceği belirtilmiştir (Bkz. Matthew Soberg Shugart/John M. Carey, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, New York 1992, s. 118-121; Colomer/Negretto, s. 81-82).

⁶⁸ Altman, s. 263.

⁶⁹ Alemán/Tsebelis, s. 12-13. Ayrıca bkz. Martínez-Gallardo (2012), s. 70-81.

⁷⁰ Cheibub'un 1946-1996 yılları arasında, dünya genelindeki saf başkanlık sistemlerinin tümünü temel alarak yaptığı araştırmaya göre, çift meclisli başkanlık sistemlerinde başkanların partilerinin Kongre'nin her iki kanadında da çoğunluğu sağlama oranı yaklaşık % 40'tır. Tek meclisli başkanlık sistemlerinde ise başkanların partileri % 54 oranında tek başına Kongre çoğunluğunu elde etmişlerdir (José Antonio Cheibub, "Minority Governments, Deadlock Situations, And The Survival Of Presidential Democracies", *Comparative Political Studies*, Vol. 35, No. 3, Y.

sisteminde koalisyon oluşturmaya daha fazla ihtiyaç duyulacaktır.⁷¹ Çoğu başkanlık sisteminde olduğu gibi⁷², iki meclis arasında simetrik bir güç dengesi bulunduğu anda, sunduğu tekliflerin kanunlaşabilmesi için başkanın, alt veya üst meclisin birinde çoğunluk desteğine sahip olması yeterli değildir. Keza başkanlık sistemiyle yönetilen birçok ülkede, üst düzey kamu görevlilerinin ve Yüksek Mahkeme üyelerinin atanması, uluslararası anlaşmaların kabulü gibi önemli bazı işlemler Senato onayına tabi tutulmaktadır. Bu nedenle, etkin yönetim sergilemek isteyen bir başkanın, üst meclisin kompozisyonuna tamamen kayıtsız kalması düşünülemez.

Ayrıca parlamenter sistemlerde koalisyon oluşumu üzerine yapılan bazı araştırmalarda ileri sürüldüğü üzere, çift meclis sisteminde, meclisler arasında partilerin sandalye dağılımı farklılık gösterebileceğinden, her iki mecliste de çoğunluk desteğini sağlamak için daha fazla partinin katıldığı geniş bir koalisyon hükümeti oluşturmak gerekecektir.⁷³ Yasama organı tek meclisten oluşsaydı desteğine ihtiyaç duyulmayacak olan partiler, ikinci meclisin kompozisyonu nedeniyle koalisyonlara dâhil edilmektedirler. Aynı etki, parlamenter sistemlere göre genelde daha güçlü ikinci meclisleri olan başkanlık sistemleri için evleviyetle geçerlidir.⁷⁴

2002, s. 294).

⁷¹ Bunker'in ölçümleri de çift meclisli başkanlık sistemlerinde koalisyon hükümetlerinin daha yaygın olduğunu göstermektedir (Bunker, s. 115-116).

⁷² Başkanlık sisteminde çift meclis sistemi parlamenter sisteme göre daha yaygındır ve genelde iki meclis arasında simetrik bir güç dengesi bulunmaktadır. Dünya üzerindeki ülkelerin yaklaşık % 41'i çift meclis sistemini benimsemişken (Betty Drexhage, *Bicameral Legislatures: An International Comparison*, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, The Hague 2015, s. 3); Cheibub'un sunduğu veriler, başkanlık sistemlerinde çift meclis sisteminin benimsenme oranının dünya ortalamasının üzerinde olduğunu göstermektedir. Bkz. Cheibub (2002), s. 290. Başkanlık sistemlerinde simetrik çift meclislere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mariana Llanos/Detlef Nolte, "Bicameralism in the Americas: Around the Extremes of Symmetry and Incongruence", *The Journal of Legislative Studies*, Vol. 9, No. 3, Y. 2003, s. 56-60.

⁷³ Lijphart ve Sjolin'in varsayımlarına dayanan bu beklenti, daha sonra yapılan araştırmalarda kendisine zayıf bir destek bulmuştur. Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Craig Volden/Clifford J. Carrubba, "The Formation of Oversized Coalitions in Parliamentary Democracies", *American Journal of Political Science*, Vol. 48, No. 3, Y. 2004, s. 526; James N. Druckman/Michael F. Thies, "The Importance of Concurrence: The Impact of Bicameralism on Government Formation and Duration", *American Journal of Political Science*, Vol. 46, No. 4, Y. 2002, s. 764-765.

⁷⁴ Meireles, başkanlık sistemlerinde çift meclislilik ile geniş çoğunluklu koalisyonlar

Ç) Seçim ve Parti Sistemleri

Koalisyon oluşumu için sunduğu zayıf teşvikler nedeniyle, başkanlık sistemi ile çok parti sisteminin bir araya gelmesinin demokrasi açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı iddiası⁷⁵, son yirmi yıl içinde yapılan sayısız araştırmanın neticesinde çürütülmüştür. Günümüzde, başkanlık sisteminde de, parti sistemindeki parçalanmanın neden olacağı siyasi tıkanıklıklardan koalisyon inşası yoluyla kaçınılabileceği yaygın şekilde kabul edilmektedir. Hatta son yıllardaki bazı araştırmaların sunduğu verilerin ışığında⁷⁶, daha da ileri giderek, ılımlı çok parti sisteminin aşırı çok parti sistemine göre demokratik kırılmalara daha yatkın olduğunu öne sürmek dahi mümkündür.

Parti sistemindeki parçalanmanın koalisyon hükümetlerinin oluşumunu teşvik ettiği yönünde öğretide geniş bir mutabakat bulunmaktadır.⁷⁷ Diğer bir deyişle, sistemdeki efektif parti sayısı arttıkça, koalisyon oluşumu ihtimalinin de artması beklenmektedir.⁷⁸ Bu durumu iki şekilde izah etmek mümkündür: İlk olarak, sistemdeki parti sayısının artması, başkanın partisinin parlamentoda çoğunluğu sağlama ihtimalini ve bu partinin parlamentoda kontrol ettiği sandalye oranını azaltır. Buna bağlı olarak, başkanın koalisyon oluşturma ihtiyacı da artar. İkincisi, parti sistemi genişledikçe siyasi yelpazede birbirine yakın konumlanan partilerin ortaya çıkma ve bu partilerin ortak bir siyasi

arasında önemli bir bağlantı tespit edememiş olmasına rağmen, Brezilya özelinde, Temsilciler Meclisi ve Senato'da hükümetin kontrol ettiği sandalyelerin oranı arasındaki fark arttıkça geniş çoğunluklu koalisyonların ortaya çıkma ihtimalinin de arttığını tespit etmiştir. Bkz. Fernando Meireles, "Oversized Government Coalitions in Latin America", *Brazilian Political Science Review*, Vol. 10, No. 3, Y. 2016, s. 17-26.

⁷⁵ Özellikle bkz. Mainwaring, s. 210-213; Stepan/Skach, s. 6-9.

⁷⁶ Bkz. José Antonio Cheibub/Fernando Limongi, "Democratic Institutions and Regime Survival: Parliamentary and Presidential Democracies Reconsidered", *Annual Review of Political Science*, Vol. 5, No. 1, Y. 2002, s. 166-168; Cheibub (2009), s. 95-99; Negretto (2006), s. 65.

⁷⁷ Bkz. Ebru Rukiye İler Akarçay, "Karşılaştırmalı Perspektiften Başkanlık Sistemi Tartışması: Koalisyon İnşası ve Kuvvetler Birliğinden Kaçınmak Mümkün mü?", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, C. 4, S. 1, Y. 2016, s. 113; Cheibub/Limongi, s. 165-168; Cheibub/Przeworski/Saiegh, s. 576; Bunker, s. 27-29.

⁷⁸ Mainwaring/Shugart, parti sistemindeki parçalanma ılımlı olduğunda koalisyon oluşturma ve koalisyonun devamlılığını sağlamanın daha kolay olduğunu ileri sürmektedir (Scott Mainwaring/Matthew S.Shugart, "Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal", *Comparative Politics*, Vol. 29, No. 4, Y. 1997, s. 466). Ancak Cheibub'un sunduğu istatistiki veriler, parti sayısındaki artışın koalisyon oluşumunu da artırdığını göstermektedir (Cheibub (2009), s. 82).

platformda bir araya gelme ihtimalleri artar.⁷⁹ Parti sistemindeki parçalanma ılımlı olduğunda, partiler görece olarak daha yüksek oy oranları elde edebileceğinden, muhalefette kalıp oylarını daha da artırarak sonraki seçimleri kazanmayı amaçlayabilecektir.

Başkanlık ve parlamento seçimlerinde uygulanan kurallar, gerek parti sistemindeki etkileri gerekse siyasi aktörler için sunduğu farklı yönde teşvikler nedeniyle, koalisyon oluşumu açısından belirleyici faktörler arasındadır. Parlamento seçimleri için nispi temsil veya çoğunluk sisteminin benimsenmesi; başkanın tek turda veya iki turda seçilmesi; yasama-yürütme seçimlerinin eş zamanlı veya ayrı zamanlarda yapılması; sistemde seçim barajlarına yer verilmesi veya verilmemesi gibi farklı tercihler, koalisyon oluşumu üzerinde farklı sonuçlar ortaya çıkarır.

Duverger'in seçim sistemlerinin parti sistemleri üzerindeki etkilerine ilişkin açıklamasına göre nispi temsil, sert, bağımsız ve istikrarlı partilerden kurulu çok partili bir sistemi; iki turlu çoğunluk usulü, yumuşak, bağımlı ve nispeten istikrarlı partilerden meydana gelen çok partili bir sistemi; tek turlu basit çoğunluk usulü ise iktidarın büyük ve bağımsız partiler arasında el değiştirdiği iki partili bir sistemi teşvik eder.⁸⁰ Seçim sistemleri, parti sistemleri üzerinde mutlak bir etki doğurmasa da⁸¹, diğer şartlar sabit tutulduğunda, nispi temsil usulünün parti sistemini genişlettiği, basit çoğunluk usulünün ise parti sistemini daralttığı kabul edilebilir. Dolayısıyla nispi temsil usulü benimsendiğinde, görece küçük partiler de parlamentoda temsil imkânı yakalayabilecek ve başkanın partisinin parlamentoda tek başına çoğunluğu sağlama ihtimali azalacağı için koalisyonlara daha fazla ihtiyaç duyulabilecektir. Latin Amerika başkanlık demokrasilerinde nispi temsil ile koalisyonlar arasında gözlemlenen paralellik de bu iddiayı desteklemektedir.⁸²

⁷⁹ Bunker, s. 97. Öte yandan, parti sistemindeki parçalanma arttıkça, koalisyon ortağı olabilecek parti sayısı da artacağı için başkanın mevcut koalisyonunu daha rahat bir şekilde dağıtabileceği; buna bağlı olarak da aşırı çok partili sistemlerde koalisyon istikrarının zayıf olacağı ileri sürülmektedir (Martínez-Gallardo (2012), s. 80-81).

⁸⁰ Maurice Duverger, *Siyasal Partiler*, (Çev. Ergun Özbudun), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 221.

⁸¹ Özellikle bkz. Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, (Çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 59-70; Özsoy Boyunsuz, s. 36-45.

⁸² Öte yandan, basit çoğunluk usulünün seçim ittifakları açısından teşvik edici bir

Başkanın seçiminde tercih edilen usul, parti sistemi üzerinde doğurduğu etki nedeniyle, koalisyon oluşumunu şekillendiren faktörlerden bir diğeridir. Basit çoğunluk usulü, seçmenleri stratejik oy kullanmaya sevk etmektedir. Siyasal sistemin en önemli ödülü olan başkanlık makamı için kullanacakları oyların boşa gitmesini istemeyecek olan seçmenler, en fazla beğendiği adaya değil, seçilme şansı yüksek olan adaylar arasından ehven-i şer olarak gördüğüne oyunu verecektir. Böyle olunca, basit çoğunluk usulünde, oyların çok büyük bir kısmının iki aday etrafında toplanması muhtemeldir. Mutlak çoğunluk usulünde ise stratejik oy kullanmaya gereksinim duyulmaz. Seçmenler, ilk turda en beğendiği aday için oyunu kullanıp daha sonra ikinci tura kalan adaylar arasında tercihini belirleme şansına sahiptir.⁸³ Bu nedenle, mutlak çoğunluk usulünde oyların ikiden fazla aday arasında paylaşılması ihtimali daha yüksektir.⁸⁴

Basit çoğunluk-mutlak çoğunluk tercihi, yalnızca başkanlık yarısındaki efektif aday sayısını etkilemekle kalmaz; uzun vadede parlamentodaki efektif parti sayısı üzerinde de önemli etkiler doğurur. Basit çoğunluk usulünün parlamentodaki efektif parti sayısını azalttığı; mutlak çoğunluk usulünün ise parlamentodaki efektif parti sayısını

yönünün olduğunu da ihmal etmemek gereklidir. Sadece en fazla oyu alan kişi veya listenin milletvekili çıkarabildiği bu sistemde, partilerin ortak bir aday etrafında güçlerini birleştirerek seçimlere girmeyi tercih ettiği gözlenmektedir (Bkz. Anayurt/Ekinci, s. 266).

⁸³ Öte yandan, mutlak çoğunluk usulünde oyların adaylar arasında aşırı şekilde parçalanması ve seçmenler nezdinde formaliteden ibaret olarak değerlendirilen ilk tur seçimlerine katılımın genellikle daha az olması, sistem karşıtı adayların düşük oy oranları ile ikinci tura kalmasına yol açabilmektedir. 2002 Fransa başkanlık seçimleri bu açıdan güzel bir örnektir. Bu seçimlerde, sadece ikinci turun önemli olduğunu ve bunun da kamuoyu anketlerinin gösterdiği üzere Chirac ve Jospin arasında geçeceğini düşünen çok sayıda Fransız seçmen, seçilme şansı olmayan partilere oy verdi veya oy kullanmaya gitmedi. Bunun neticesinde ırkçı aday Le Pen, kıl payı farkla Jospin'i saf dışı ederek ikinci tura kalmayı başardı. 2002 Fransa başkanlık seçimleri için bkz. Michael G. Roskin, Çağdaş Devlet Sistemleri: Siyaset, Coğrafya, Kültür, (Çev. Bahattin Seçilmişoğlu), Adres Yayınları, Ankara 2016, s. 128.

⁸⁴ Başkanlık seçiminde benimsenen usulün parti sistemi üzerindeki etkisini Latin Amerika ülkelerini temel alarak araştıran Jones'un ortaya koyduğu veriler de bu beklentiyi karşılamaktadır: Basit çoğunluk usulünde, en çok oy alan iki adayın toplam oy oranı ortalaması % 86,86 iken mutlak çoğunluk usulünde, ilk tur sonuçlarına göre en çok oy alan iki adayın toplam oy oranı ortalaması % 62,60'tur (Mark P. Jones, "Presidential Election Laws and Multipartyism in Latin America", Political Research Quarterly, Vol. 47, No. 1, Y. 1994, s. 49).

artırdığı gözlemlenmiştir.⁸⁵ Parlamentoda temsil edilen parti sayısını artırıcı etkisi nedeniyle, mutlak çoğunluk usulünün koalisyon ihtimalini artırdığını söylemek mümkündür.

Mutlak çoğunluk usulünün en büyük avantajı, ikinci tur galibinin, seçmen çoğunluğunun en son tercih edeceği aday olması ihtimalinin bulunmamasıdır. Başkan, seçmen çoğunluğu nezdinde, en azından ehven-i şer olarak değerlendirilir ve bu sayede, kendi önerileri etrafında mutabakata dayalı bir siyasi çoğunluk oluşturmak için siyasi partilerden gerekli desteği elde etmeyi umabilir. Basit çoğunluk usulünde ise en büyük azınlık oyunu alarak başkan seçilen bir adayın, aynı zamanda seçmen çoğunluğunun en son tercih edeceği aday olması da imkân dâhilindedir.⁸⁶ Bu ihtimalde, siyasi partilerin bir sonraki seçimleri düşünerek halk desteği zayıf olan bir başkanla birlikte hareket etmenin maliyetine katlanmak istemeyeceğini varsaymak makuldür.

Seçimlerin zamanlaması ve seçim barajlarının koalisyon oluşumu üzerindeki etkileri ise daha karmaşıktır. Yasama-yürütme seçimlerinin eş zamanlı olarak yapılması ve öngörülen yüksek seçim barajları, bir yandan siyasi parti sistemindeki efektif parti sayısını azaltırken diğer yandan, küçük partilerin daha büyük partilerle işbirliği yapması yönünde güçlü teşvikler sunar.

Yasama-yürütme seçimleri eş zamanlı olarak gerçekleştirildiğinde, partiler bu seçimleri, kaybedilmesi durumunda ağır maliyetlere neden olacak ortak bir paket olarak değerlendirme eğilimindedir. Bu nedenle, ideolojik açıdan birbirine yakın konumlanan partilerin, seçim ittifakı oluşturarak kazanma şanslarını artırmak istemeleri tabiidir.⁸⁷ Bu ittifaklar, genellikle seçim sonrasında kabine makamlarının partiler arasında paylaşılmasına ilişkin bir anlaşmayı da içereceğinden, eş zamanlı seçimler koalisyon hükümetlerini teşvik etmektedir.⁸⁸ Öte yandan, yapılan birçok araştırma, eş zamanlı yasama-yürütme seçimlerinin parlamentoda temsil edilen parti sayısını azalttığını ve başka-

⁸⁵ J. Mark Payne/Daniel Zovatto G./Mercedes Matio Diaz, *Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America*, Inter-American Development Bank, Washington D.C. 2007, s. 21; Jones, s. 50-52; Shugart/Carey, s. 213; Mainwaring/Shugart (1997-a), s. 467-468.

⁸⁶ Colomer/Negretto, s. 68-69.

⁸⁷ Aynı yönde görüş için bkz. Anayurt/Ekinci, s. 268.

⁸⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Bunker, s. 96.

nın partisinin parlamentodaki destek oranını artırdığını göstermiştir.⁸⁹ Bu nedenle, eş zamanlı seçimlerin uzun vadede koalisyon oluşumunu azaltıcı bir etki gösterebileceğini ileri sürmek de mümkündür.⁹⁰

Seçim barajları, küçük partilerin parlamentoda temsiline engel olarak parti sistemini daraltmaktadır. Tahmin edilebileceği gibi, seçim barajı ne kadar yüksekse parlamentoda yer alacak parti sayısı da o kadar az olacak ve büyük partiler parlamentoda aşkın temsil imkânına kavuşacaktır. Başkanın partisi de büyük ihtimalle seçimlerde aldığı oy oranından daha yüksek oranda sandalye elde edeceğinden, başkanın koalisyon oluşturmaya duyacağı ihtiyaç azalacaktır. Bununla birlikte, seçim barajlarının partiler arası işbirliğini teşvik edici boyutunu da göz ardı etmemek gereklidir.⁹¹ Özellikle yasama-yürütme seçimlerin eş zamanlı olarak gerçekleştirilmesi durumunda bu etki oldukça belirgindir.⁹² Başkan adayları, seçimi kazanma şanslarını azamî düzeye taşımak için mümkün olduğunca geniş bir ittifak oluşturmak isteyecek ve çok küçük oy potansiyeline sahip olan partileri bile kendi yanına çekmenin yollarını arayacaktır. Baraj sorunu olan partiler ise parlamentoda temsil imkânı yakalayabilmek için başkan adaylarından birisi ile ittifak oluşturmaya istekli olacaktır.

D) Parti Disiplini

Parlamente sistemde, milletvekillerini partilerinin politikalarını takip etmeye yönlendiren fesih ve güvenoyu mekanizmaları, başkanlık sisteminde mevcut değildir. Bu nedenle, başkanlık sisteminin parti disiplini üzerinde negatif bir etkisinin bulunduğuna ilişkin öğretilerde yaygın bir kanaat hâkimdir.⁹³ Ancak hükümet sisteminin türü, parti

⁸⁹ Bkz. Matthew Soberg Shugart, "The Electoral Cycle and Institutional Sources of Divided Presidential Government", *The American Political Science Review*, Vol. 89, No. 2, Y. 1995, s. 337; Shugart/Carey, s. 226-258; Jones, s. 52-53; Mainwaring/Shugart (1997-a), s. 467; Payne/Zovatto/Diaz, s. 21-22.

⁹⁰ Yasama-yürütme seçimlerinin eş zamanlı veya ayrı zamanlarda yapılmasının siyasal sistem üzerindeki etkilerine dair kapsamlı bir çalışma için bkz. Anayurt/Erdoğan/Ekinci, s. 183-225.

⁹¹ Aynı yönde görüş için bkz. Bunker, s. 33.

⁹² Aynı yönde görüş için bkz. Nebi Miş/Hazal Duran, "Seçim İttifakları", *Seta Analiz*, S. 232, Şubat 2018, s. 10.

⁹³ Bu görüş için bkz. Ergun Özbudun, *Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Parti Disiplini*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968, s. 137; İlter Turan, "Parti Disiplini: Kapsam, Tarihçe, Teşvik Eden Sebepler", *İstanbul Üni-*

disiplinini belirleyen yegâne faktör değildir. Benimsenen seçim sistemi, ülkede hâkim olan siyasal kültür, parti sistemi, aday belirleme yöntemi gibi başka birçok faktör, partilerin disiplin düzeyi üzerinde hükümet sisteminin türüne göre çok daha belirgin etkiye sahiptir.⁹⁴ Dolayısıyla Linz'in⁹⁵ iddiasının aksine, başkanlık sistemiyle yönetilen ülkelerde de disiplin düzeyi yüksek partilerin ortaya çıkması olasıdır. Nitekim Arjantin, Uruguay, Şili⁹⁶ başta olmak üzere, Latin Amerika başkanlık demokrasilerinin genelinde siyasi partiler disiplinli yapıdadır. Bu bakımdan, partilerin disiplin düzeyinin, koalisyonların inşası ve işleyişi üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi gereklidir.

Çok partili başkanlık demokrasilerinde, siyasi partilerin disiplinli ve tutarlı yapıda olmalarının koalisyonların inşasını ve işleyişini kolaylaştıran bir faktör olduğu kabul edilmektedir.⁹⁷ Disiplinli partilerin bulunduğu ülkelerde başkanlar, her yasama meselesinde ad hoc koalisyonlar oluşturmak için patronaj ilişkilerine başvurmak zorunda kalmaz. Başkanlar, bireysel olarak milletvekilleri ile görüşmek yerine parti liderleriyle kalıcı anlaşmalar yapmayı tercih ederler. Bu durum, anlaşmaya dâhil olan aktörlerin sayısını azaltarak sürecin daha basit işlemesine yardımcı olur⁹⁸. Partisi parlamentoda çoğunluğu sağlayamayan başkanlar, disiplinli partilerin dâhil olduğu bir çoğunluk koalisyonu oluşturmak suretiyle, koalisyon ortakları ile anlaşmaya vardığı konularda parlamentoda kötü bir sürprizle karşılaşmayacağından emin olabilir.

Ancak koalisyon içindeki partiler, koalisyon kararları doğrultusunda oy kullanmaları için milletvekillerini zorlayacak disiplin araçlarından yoksunsa, başkanın sunduğu veya desteklediği tekliflerin parlamentoda reddedilmesi her zaman ihtimal dâhilindedir. Böyle bir

versitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 28, S. 1-4, s. 96-97; Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s. 149; Linz (1994), s. 35; Açı, s. 130.

⁹⁴ Parti disiplinini etkileyen faktörlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özbudun, s. 107-187; Turan, s. 89-100.

⁹⁵ Linz (1994), s. 35.

⁹⁶ Anayurt/Ekinci, s. 304.

⁹⁷ Bkz. Scoot Mainwaring/Matthew Soberg Shugart, "Presidentialism and the Party System", *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Scott Mainwaring/Matthew Soberg Shugart (Editörler), Cambridge University Press, New York 1997, s. 419; Anayurt/Ekinci, s. 306; Özsoy Boyunsuz, s. 241-242; Açı, s. 136-137.

⁹⁸ Mainwaring/Shugart (1997-b), s. 419.

sonuçtan kaçınmak için, partilerin disiplinsiz yapıda olduğu ülkelerde, başkanların iki stratejik araçtan yararlanarak parlamentodaki olası fireleri telafi etme yoluna gittiği görülmektedir: Bu araçlardan ilki, asgari çoğunluklu bir koalisyon yerine, yasama desteğini daha fazla artırmak için geniş çoğunluklu bir koalisyon oluşturulmasıdır. Partilerin disiplinli yapıda olması halinde desteğine ihtiyaç duyulmayacak partiler, bu suretle koalisyona dâhil edilmektedir. Nitekim parti disiplinin görece zayıf olduğu Brezilya, Ekvator ve Kolombiya’da geniş çoğunluklu koalisyonlarla daha sık karşılaşıldığı gözlenmiştir⁹⁹. İkinci araç ise koalisyonun içindeki veya dışındaki partilerin milletvekilleri ile bireysel olarak iletişime geçip, seçim bölgelerine yatırım, seçim kampanyasının finansmanı gibi mali içerikli vaatler (pork-barrel¹⁰⁰) yoluyla oylarının satın alınmasıdır. Bütçenin kabulü ve harcamaların yapılması sürecinde başkanlara geniş yetkiler veren birçok koalisyoncu başkanlık sisteminde,¹⁰¹ koalisyon içi anlaşmazlıkların ve koalisyona dâhil olan partilerdeki olası disiplin zafiyetlerinin bu yolla telafi edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Örneğin hem disiplinsiz parti yapılarının hem de koalisyoncu başkanlık sistemlerinin tipik örneği olarak gösterilen Brezilya’da, başkanların görece başarılı yasama performansı, bu tarz mali içerikli araçların etkin kullanımına bağlanmaktadır.¹⁰²

E) Kabine Makamlarının Dağıtımında Orantılılık

Parlamentar sistemlerde koalisyon oluşumuna ilişkin yapılan araştırmalar, kabine makamlarının, koalisyona dâhil olan partiler arasında parlamentodaki sandalye sayıları ile orantılı şekilde paylaştırıldığını göstermektedir.¹⁰³ Bunun en temel nedeni, parlamenter sis-

⁹⁹ Anayurt/Ekinci, s. 284. Ancak Meireles, 18 Latin Amerika ülkesinde 1979 yılından itibaren ortaya çıkan 168 koalisyon hükümetini incelediği çalışmasında, parti disiplini ile geniş çoğunluklu koalisyonlar arasında açık bir bağlantı tespit edememiştir (Meireles, s. 26).

¹⁰⁰ Terimin açıklaması için bkz. Anayurt/Ekinci, s. 288.

¹⁰¹ Latin Amerika ülkelerinde başkanların bütçeye ilişkin yetkileri için bkz. Açıl, s. 164-165; Payne/Zovatto/Diaz, s. 91-92.

¹⁰² Bkz. Raile/Pereira/Power, s. 325-326; Pereira/Melo, s. 160-161.

¹⁰³ William A. Gamson’un ileri sürdüğü; koalisyon ödüllerinin, ortaklar arasında, koalisyona sağladıkları kaynak miktarı ile orantılı şekilde dağıtılacağı hipotezi (William A. Gamson, “A Theory of Coalition Formation”, *American Sociological Review*, Vol. 26, No. 3, Y. 1961, s. 376), parlamenter sistemlerde koalisyon oluşumunu konu alan ampirik araştırmalarla doğrulanmış olup günümüzde “Gamson Kanunu” adıyla anılmaktadır. Örneğin parlamenter sistemle yönetilen 13 Avrupa ülke-

temlerde hükümetlerin parlamentonun güveni ile göreve gelebilmesi ve ancak bu güven devam ettiği müddetçe ayakta kalabilmesidir. Seçimlerden birinci çıkmasına rağmen parlamento çoğunluğunun desteğini elde edemeyen bir parti, hükümeti oluşturabilecek çoğunluğu sağlamak için başka parti veya partilerle işbirliği zemini arayacaktır. Ancak bu işbirliği, taraflardan birinin karşı tarafa şartları dikte etmesi yoluyla sağlanamaz. Dikkat edilirse, hiçbir partinin parlamentoda tek başına çoğunluğu sağlayamadığı durumlarda, mutlaka ikiden fazla koalisyon alternatifi söz konusu olacaktır. Alternatif bir koalisyonun kurulabileceğini ve bu koalisyondan dışlanabileceklerini göz önünde bulunduran tarafların, kabine makamlarının adil biçimde dağıtımına rıza göstermesi beklenmektedir.¹⁰⁴

Başkanlık sisteminde hükümetin oluşumu, parlamenter sistemden çok daha farklı bir mantığa dayanmaktadır. Başkanlık sisteminde, başkanın göreve gelmesi ve görevde kalması parlamentonun tasvibine bağlı değildir. Bir kez göreve gelen başkan, parlamentodaki destek oranından ve bu orandaki değişimlerden etkilenmeksizin yeni seçimlere kadar işbaşında kalır. Bu yapısal farklılık, başkanlara, kabinesini

sinde bakanlıkların koalisyon ortakları arasında paylaşımını inceleyen Browne/Franklin, partilerin elde ettikleri bakanlık sayıları ile parlamentoda sahip oldukları sandalye sayıları arasında güçlü bir orantı tespit etmiştir (Eric C. Browne/Mark N. Franklin, "Aspects of Coalition Payoffs in European Parliamentary Democracies", *The American Political Science Review*, Vol. 67, No. 2, Y. 1973, s. 453-469). Browne/Franklin'in çalışması, önemine bakmaksızın tüm bakanlıkları eşdeğer kabul etmesi nedeniyle eleştirilebilir. Şüphesiz koalisyon ortaklarının, başbakanlık ve içişleri, dışişleri, maliye gibi kritik bakanlıklara atfedecekleri önem, turizm, aile, spor, kültür gibi bakanlıklara göre çok daha fazladır. Ancak 12 Batı Avrupa ülkesinde, uzman katılımcıların verdikleri cevapları veri olarak bakanlıkları önemlerine göre ayrı ayrı puanlandıran Warwick/Druckman, bu durumda da partilerin elde ettiği bakanlıkların parlamentodaki sandalye sayıları ile orantılı olduğunu ortaya koymuştur (Paul V. Warwick/James N. Druckman, "Portfolio Salience and the Proportionality of Payoffs in Coalition Governments", *British Journal of Political Science*, Vol. 31, No. 4, Y. 2001, s. 627-649).

¹⁰⁴ Ancak parlamentoda temsil edilen parti sayısının ve buna bağlı olarak oluşturulabilecek koalisyon seçeneklerinin az olduğu kimi durumlarda, kritik konumdaki küçük partiler, parlamentodaki gücünün çok üzerinde bakanlık elde edebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir siyasi partinin parlamentodaki sandalye sayısı ile oy gücünün örtüşmediği durumlar söz konusu olabilmektedir (Aleskerov/Ersel/Sabancı, s. 243). Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, Browne/Franklin, partilerin elde ettikleri bakanlık sayıları ile parlamentoda sahip oldukları sandalye sayıları arasında güçlü bir orantı tespit etmesine rağmen, küçük partilerin güçlerine nispetle genelde daha fazla bakanlık elde ettiğini belirtmektedir (Browne/Franklin, s. 460-462).

dizayn etme konusunda, başbakanlara kıyasla çok daha geniş bir takdir marjı bırakmaktadır. Partisi parlamentoda azınlıkta kalan başkanlar için, programını kanunlar yoluyla uygulamaya geçirmek amacıyla, çoğunluk desteğini arkasına alan bir koalisyon oluşturmak rasyonel bir tercih olsa da, hiçbir zaman bir zaruret teşkil etmez. Başkan, böyle bir koalisyon oluşturmakta başarısız olsa bile görevinde kalmaya devam eder. Hatta geniş kararname yetkilerine sahip olan ve bu sayede programını parlamentonun desteği olmaksızın uygulayabileceğini düşünen azınlık başkanları, koalisyon oluşturmamayı tercih dahi edebilir.¹⁰⁵

Koalisyon pazarlıklarında başkanın elini güçlendiren bir diğer etmen, başkanlık sisteminde oluşturulacak koalisyonun şekillendiricisinin (formateur) sabit olmasıdır. Parlamenter sistemde, şekillendiricisinin değişken olduğu ve bu nedenle farklı koalisyon ihtimallerine açık, esnek bir kurumsal yapı mevcuttur.¹⁰⁶ Hükümeti kurmakla görevlendirilen parti başarısız olduğunda, bu görev başka bir partiye tevdi edilir. Oysa başkanlık sisteminde, koalisyonun şekillendiricisi her hâlükârda başkandır.¹⁰⁷ Parlamentodaki diğer partilerin, başkanın ve partisinin dışarıda bırakıldığı alternatif bir koalisyon oluşturması söz konusu değildir. Bu nedenle, koalisyona davet edilen partiler, ya bakanlıkların paylaşımı konusunda başkanın kendileri için uygun gördüğü paya razı olacaklar ya da ileride seçmenler tarafından ödüllendirilmeyi umarak sonraki seçimlere kadar hükümetin nimetlerinden yoksun kalmayı göze alacaklardır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, başkanlık sistemindeki koalisyonlarda, kabine makamlarının partiler arasında parlamenter sistemdeki kadar orantılı şekilde dağıtılması beklenmemelidir. Nitekim Amorim Neto/Samuels'in hükümet sistemi türlerine göre kabine orantılılığını karşılaştıran çalışması, başkanlık sistemlerinde kabine makamlarının diğer iki hükümet sistemine göre daha az orantılı şekilde paylaştırıldığını ve partisiz bakan oranının daha yüksek olduğunu göstermiştir.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Nitekim geniş kararname yetkilerine sahip olan başkanların, koalisyon oluştursalar dahi, genelde kabine makamlarını daha az orantılı şekilde paylaştırmayı tercih ettikleri tespit edilmiştir. Bkz. Amorim Neto (2006), s. 433-436.

¹⁰⁶ Özsoy Boyunsuz, s. 213.

¹⁰⁷ Bkz. Cheibub/Przeworski/Saiegh, s. 568; Alemán/Tsebelis, s. 13-15; Negretto (2006), s. 75; Martínez-Gallardo (2012), s. 67; Özsoy Boyunsuz, s. 213.

¹⁰⁸ Octavio Amorim Neto/David Samuels, "Democratic Regimes and Cabinet Poli-

Öte yandan, çok partili başkanlık sistemlerinde de başkanları, kabine makamlarını koalisyona dâhil olan partiler arasında orantılı şekilde paylaştırmaya sevk eden bazı teşvikler söz konusudur. Kabine makamlarının partiler arasında orantılı şekilde dağıtılması, koalisyon disiplini artırarak başkanın desteklediği tekliflerin kanunlaşmasını kolaylaştırmaktadır.¹⁰⁹ Örneğin Brezilya'da 1989-1998 yılları arasında Temsilciler Meclisi'nde açık oy usulüne başvurularak yapılan 420 oylamayı inceleyen Amorim Neto, kabine makamlarının paylaşımındaki orantılılık arttıkça, koalisyon içindeki partilerin disiplin oranının da arttığını tespit etmiştir.¹¹⁰ Kabinedeki adil paylaşım sayesinde koalisyon disiplini güçlendiren başkanlar, yasama desteğini artırmak için milletvekilleri ile siyasi meşruiyeti zedeleyen, malî içerikli anlaşmalar yapmaya daha az ihtiyaç duymaktadır.¹¹¹ Ayrıca kabine makamlarının orantılı şekilde dağıtılmasının, partileri koalisyon ortaklığını sürdürmeye sevk ettiği ve hükümet istikrarına katkı sağladığı tespit edilmiştir.¹¹² Bu nedenlerle, birçok ülkede azınlık başkanlarının, kabine makamlarını görece orantılı şekilde dağıtmayı tercih ettiği görülmektedir.¹¹³

V) BAŞKANLIK SİSTEMLERİNDE KOALİSYON İSTİKRARI

Hükümet istikrarı, yürütme erkinin gücü ve etkinliği açısından belirleyici faktörlerden birisidir. Her ne kadar istikrarlı yönetim, her durumda etkin yönetim anlamına gelmese de, aşırı istikrarsızlığın yönetim etkinliğini de olumsuz etkilemesi beklenmektedir. Bu açıdan, koalisyoncu başkanlık sistemlerinin başarı veya başarısızlığını değerlendirirken, oluşturulan koalisyonların yaşam süresi, önemli değerlendirmeye kıstaslarından birini oluşturmaktadır.

tics: a Global Perspective", *Revista Ibero-Americana de Estudos Legislativos*, Vol. 1, No. 1, Y. 2010, s. 13-17.

¹⁰⁹ Bkz. Amorim Neto (2002), s. 69; Figueiredo/Salles/Vieira, s. 167; Chaisty/Chernykh, s. 767-768; Power, s. 26-27.

¹¹⁰ Amorim Neto (2002), s. 69. Chaisty/Chernykh'in yarı başkanlık sistemi ile yönetilen Ukrayna'ya ilişkin ölçümleri de kabinenin orantılılığı ile koalisyondaki partilerin disiplin düzeyi arasındaki yakın bağlantıyı doğrulamaktadır (Chaisty/Chernykh, s. 767-768).

¹¹¹ Bkz. Raile/Pereira/Power, s. 329-330.

¹¹² Altman, s. 268-271.

¹¹³ Bkz. Amorim Neto/Samuels, s. 16; Silva, s. 16.

Başkanlık sisteminin partileri işbirliği yapmaya sevk eden mekanizmalardan yoksun olduğunu ileri süren yazarlar¹¹⁴, oluşturulan koalisyonların da geçici ve kısa ömürlü olacaklarını tahmin etmişlerdir. Bu yazarlara göre, başkanlık sisteminde gerek başkan gerekse kabinedeki diğer partiler, koalisyonu bozmak için güçlü teşviklere sahiptir. Başkanın görevde kalması, parlamentodaki destek oranına bağlı olmadığına göre, başkan, mevcut bakanları görevden almada ve kabinesini yeniden dizayn etmede geniş bir serbestiye sahiptir.¹¹⁵ Parlamentodaki kilit oylamalarda farklı partilerin desteğini elde etmek isteyen başkan, bakan değişikliklerine stratejik bir araç olarak çok sık şekilde başvurabilmektedir.¹¹⁶ Aynı şekilde, koalisyondaki partiler de, hükümetin düşmesine yol açmaksızın, kendileri için uygun bir zamanda koalisyondan ayrılarak rahatlıkla muhalefet saflarına dâhil olabilirler.¹¹⁷ Özellikle yeni seçimlerin yaklaştığı ve başkanın halk nezdindeki itibarını kaybetmeye başladığı dönemlerde, başkanla birlikte sorumluluğu paylaşmak istemeyen partiler, koalisyondan ayrılmayı tercih edebileceklerdir.

Öte yandan, son dönemde yapılan araştırmalar, başkanlık sistemindeki koalisyonların dayanıksız, geçici ve kısa ömürlü olacağına ilişkin öngörülerini büyük ölçüde boşa çıkarmıştır. Başkanlık sistemiyle yönetilen birçok ülkede de, tıpkı parlamenter sistemdeki gibi, oluşturulan koalisyonlar tüm yasama dönemi boyunca devam etmektedir. Örneğin 1980-2010 yılları arasında Latin Amerika'da oluşturulan koalisyon hükümetlerini inceleyen Bunker, 37 koalisyondan 31'inin başkanın görev süresinin bitimine kadar devam ettiğini ortaya koymuştur.¹¹⁸ Çift meclis sistemini benimseyen Latin Amerika ülkelerinin-

¹¹⁴ Bkz. dipnot 17.

¹¹⁵ Mainwaring, s. 221.

¹¹⁶ Stepan/Skach, s. 21-22. 1950-1980 yılları arasında Batı Avrupa ülkeleri ile ABD ve Latin Amerika ülkelerindeki bakan değişikliklerini karşılaştıran Stepan/Skach, parlamenter sistemdeki bakanların ortalama görev süresinin, başkanlık sistemindeki bakanlardan yaklaşık iki kat daha uzun olduğunu tespit etmiştir (Stepan/Skach, s. 13-16). 1982-2012 yılları arasında 12 Latin Amerika ülkesindeki bakan değişikliklerini inceleyen Martínez-Gallardo da, bakanların % 59'unun henüz başkanlık dönemi sona ermeden görevlerinden ayrıldığını ve bir bakanın ortalama görev süresinin 19,6 ay olduğunu belirtmektedir (Cecilia Martínez-Gallardo, "Designing Cabinets: Presidential Politics and Ministerial Instability", *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 2, Y. 2014, s. 12-14).

¹¹⁷ Mainwaring, s. 221.

¹¹⁸ Bunker, s. 54.

deki koalisyonların istikrarını araştıran Albala'nın sunduğu veriler de Bunker'in sunduğu veriler ile uyumludur: 25 koalisyon hükümetinden 16'sı başkanın görev süresinin bitimine kadar devam etmiştir.¹¹⁹

Tablo 2'deki veriler incelendiğinde, parlamenter sistemde olduğu gibi, başkanlık sisteminde de koalisyon hükümetlerinin tek parti hükümetlerinden daha kısa ömürlü oldukları görülmektedir.¹²⁰ Tek parti hükümetlerinin ortalama yaşam süresi yaklaşık 40 ay iken, koalisyon hükümetlerinin ortalama yaşam süresi yaklaşık 20 aydır. Ayrıca koalisyon istikrarı ülkeden ülkeye de büyük çeşitlilik göstermektedir. Uruguay ve Şilî'de oldukça uzun ömürlü koalisyon hükümetleri ile karşılaşılmaktayken Brezilya, Peru ve Ekvator'da koalisyonlar genelde kısa ömürlüdür.¹²¹ Ancak genel ortalamalara bakıldığında, başkanlık sistemindeki koalisyonların yaşam süresi, hemen parlamenter sistemdeki koalisyonlar kadar uzundur.¹²²

Tablo 2: Latin Amerika'da Hükümet İstikrarı

Ülke	Başkanlık Dönemi Süresi (Ay)	Kabinenin Ortalama Görev Süresi (Ay)	Koalisyon Hükümetlerinin Ortalama Görev Süresi (Ay)	Tek Parti Hükümetlerinin Ortalama Görev Süresi (Ay)
Arjantin	60	32,14	11,67	47,50
Brezilya	48	11,50	11,50	----
Bolivya	48	19,83	17,36	47,00
Ekvator	60	16,00	12,20	28,67
Kolombiya	48	23,00	20,82	47,00
Kosta Rika	48	47,00	----	47,00
Meksika	72	71,00	----	71,00
Paraguay	60	33,80	25,50	39,33

¹¹⁹ Adrián Albala, "Coalition Presidentialism in Bicameral Congresses: How does the Control of a Bicameral Majority Affect Coalition Survival?", *Brazilian Political Science Review*, Vol. 11, No. 2, Y. 2017, s. 17.

¹²⁰ Martínez-Gallardo (2012), s. 66.

¹²¹ Başkanlık sisteminde koalisyon istikrarını etkileyen faktörler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Shin, Jae Hyeok, "Cabinet Duration in Presidential Democracies", *Political Science Quarterly*, Vol. 128, No. 2, Y. 2013, s. 317-339; Martínez-Gallardo (2012), s. 66-73; Anayurt/Ekinci, s. 286-318.

¹²² Parlamenter sistemlerde koalisyon istikrarına ilişkin bkz. Wolfgang C. Müller/Kaare Strøm, "Conclusion: Coalition Governance in Western Europe", *Coalition Governments in Western Europe*, Wolfgang C. Müller/Kaare Strøm (Editörler), Oxford University Press, New York 2000, s. 584-585.

Ülke	Başkanlık Dönemi Süresi (Ay)	Kabinenin Ortalama Görev Süresi (Ay)	Koalisyon Hükümetlerinin Ortalama Görev Süresi (Ay)	Tek Parti Hükümetlerinin Ortalama Görev Süresi (Ay)
Peru	60	13,00	6,85	29,00
Şili	60	37,40	37,40	----
Uruguay	48	25,67	27,86	18,00
Venezuela	72	26,40	27,40	25,40
Tüm Ülkeler	57	29,73	19,86	39,99

Kaynak: Martínez-Gallardo (2012), s. 65.

VI) TÜRK HÜKÜMET SİSTEMİ ÜZERİNE BAZI GÖZLEM VE DEĞERLENDİRMELER

Türkiye’de, 16 Nisan 2017 günü yapılan halkoylamasıyla kabul edilen ve 24 Haziran 2018 günü gerçekleştirilen seçimlerin ardından yürürlüğe giren anayasa değişiklikleri ile hükümet sistemi alanında radikal bir dönüşüm yaşanmıştır. Yeni hükümet sistemini, ABD modelinden bazı sapmalar göstermesine rağmen, başkanlık sistemi kapsamında değerlendirmek mümkündür.

Ülkemizde hükümet sistemi alanında uzun yıllar devam eden tartışmalar esnasında, başkanlık sistemine taraftar olan siyasetçi ve akademisyenler, koalisyon hükümetlerine yol açması nedeniyle parlamenter sistemin yürütmenin istikrar ve etkinliği hususunda zayıf bir karneye sahip olduğunu; başkanlık sistemine geçilmesi durumunda bir daha koalisyonlarla karşılaşmayacağını ileri sürmüşlerdir. Öte yandan, bu çalışmada da gösterildiği gibi, koalisyon oluşumu, çok partili başkanlık demokrasilerinin önemli bir kısmı için sistemin olağan işleyiş tarzı haline dönüşmüştür. Partisi parlamentoda çoğunluğu sağlayamayan başkanlar, diğer partilerle kabine makamlarını paylaşmak suretiyle parlamentodaki destek oranını artırmakta ve programını kanunlar aracılığıyla hayata geçirme imkânı yakalamaktadır. Keza koalisyon oluşumu, başkanlık sisteminin en büyük zaafı olarak değerlendirilen erkler arasındaki meşruiyet krizi ve yetki çatışması sorunlarına da demokratik ve oydaşmacı bir çözüm sunmaktadır. Bu bakımdan, çok partili başkanlık sistemlerinde koalisyon hükümetlerinin yürütme etkinliğini ve rejim istikrarını azaltmaktan ziyade artırdığı gözlemlenmiştir. Bu başlık altında, yasama ve yürütme erkleri arasındaki güç dengesi, seçim ve parti sisteminin niteliği itibarıyla, Türk hükümet

sisteminde koalisyonlarla karşılaşılıp karşılaşılmayacağına ilişkin bazı tahminlerde bulunulacaktır.

Öncelikle, yeni hükümet sisteminin, yasama ile yürütme erkleri arasındaki işbirliğini teşvik edecek güçlü kontrol-denge mekanizmalarından yoksun olduğu tespitinde bulunmak mümkündür. Sistem, Cumhurbaşkanı'nın partisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) çoğunluğu sağlayamaması durumunda meydana gelebilecek tikanlıkları çözüme kavuşturma düşüncesi üzerine inşa edilmiştir. Öte yandan, bu amacı gerçekleştirebilmek için Cumhurbaşkanı ve TBMM'yi birlikte hareket etmeye zorlayacak mekanizmalar oluşturmak yerine, Cumhurbaşkanı'na tek taraflı stratejiler izlemesini sağlayacak güçlü anayasal yetkiler tanınmıştır.

Cumhurbaşkanı ile TBMM arasındaki güç dengesi açısından dört yetki özel önem arz etmektedir. İlk olarak, Cumhurbaşkanı, yürütme alanına ilişkin konularda, daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alanı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilk elden düzenleyebilecektir. Her ne kadar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer alsın ve münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken veya kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı öngörülmüş olsa da, bu yetkinin TBMM'deki muhalif bir çoğunluğu etkisizleştirmek için kullanılması ihtimali her zaman bulunmaktadır. Partisi parlamentoda azınlıkta kalan Cumhurbaşkanı, destek oranını artırmak için bakanlıkları diğer partilerle paylaşmak yerine programını kararnameler yoluyla hayata geçirmeyi tercih edebilecektir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM onayına tabi olmaması ve kararname yetkisinin sınırları noktasındaki muğlaklıklar, bu yetkinin sık bir şekilde ve TBMM'yi devre dışı bırakmak üzere kullanılmasına yol açabilecektir. TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale gelecek olması ve Anayasa Mahkemesi'nin kararnameler üzerindeki denetim yetkisi de bu olumsuzlukları gidermek açısından yeterli olmamıştır. Gerek TBMM'nin aynı konuda yeni bir kanun çıkarması gerekse Anayasa Mahkemesi'nin kararnameye ilişkin gerçekleştireceği denetim uzun zaman alabileceğinden, anayasa aykırı veya TBMM'nin tasvip etmeyeceği kararnameler, belki de yıllarca yürürlükte kalmaya devam edecektir. Kaldı ki, kanunların aksine, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılması için uzun bir

müzakere ve hazırlık sürecine de ihtiyaç yoktur. Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri, tek kişinin işlemidir ve Cumhurbaşkanı, emrindeki geniş bürokratik kadronun yardımıyla, ihtiyaç duyduğu kararnamelemleri çok kısa sürede hazırlatıp yürürlüğe koyabilir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı, anayasada yer alan sınırlamalara riayet etmeden çok sayıda kararname çıkararak Anayasa Mahkemesi ve TBMM'nin gündemini tıkama imkânına sahiptir.¹²³

Türkiye'de koalisyon oluşumunu kısıtlaması muhtemel ikinci tür yetki, Cumhurbaşkanı'nın elinde tuttuğu geniş atama yetkileridir. Bakanların, üst düzey kamu yöneticilerinin, diplomatik temsilcilerin ve yargı mensuplarının atanmasında, yasama ile yürütme erkleri arasındaki işbirliğini teşvik edici bir atama mekanizması oluşturulmamıştır. Bakanların, üst düzey kamu yöneticilerinin ve diplomatik temsilcilerin atanmasına TBMM'nin hiçbir dahli bulunmamaktadır. Hatta münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri ile düzenlenebilecek konular arasında yer aldığı için, üst düzey kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar hakkında kanun çıkarılması dahi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) üyelerinin atanmasında da Cumhurbaşkanı'nın ağırlığı hissedilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin on beş üyesinden on ikisi doğrudan doğruya veya önerilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta iken, TBMM yalnızca üç üyeyi atama yetkisine sahiptir. On üç üyeden oluşan HSK'nın altı üyesi (Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı dâhil) Cumhurbaşkanı, yedi üyesi TBMM tarafından atanmaktadır. TBMM daha fazla üyeyi atasa da, ilk turda üçte iki, ikinci turda beşte üç çoğunluğa ulaşamadığı takdirde en çok oyu alan iki aday arasından üye seçiminin ad çekme usulü ile tamamlanacak olması, parlamentoda çoğunluğa sahip olmasa dahi, Cumhurbaşkanı'nın partisinin desteklediği bir veya birkaç adayın seçilmesini mümkün

¹²³ Murat Açı, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelemleri", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 76, S. 2, Y. 2018, s. 752. Nitekim İbrahim Özden Kaboğlu'nun TBMM Genel Kurulu'nda yaptığı konuşmada belirttiği üzere, (TBMM Tutanak Dergisi, 98'inci Birleşim, 4 Temmuz 2019 Perşembe) 2017 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girdiği 24 Haziran 2018 tarihinden itibaren çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi sayısının TBMM'nin çıkardığı kanun sayısından daha fazla olması ve çıkarılan kararnamelerdeki toplam madde sayısının kanunlardaki madde sayısının yaklaşık üç katı olması da bu görüşü desteklemektedir.

kılabilecektir. Bu sayede Cumhurbaşkanı, diğer partilerle işbirliği yapma zorunluluğu duymaksızın, Kurul'un çoğunluğunu kendi dilediği üyelerden oluşturma şansını yakalamaktadır. Hâlbuki gerek yürütme gerekse yargı alanında yapılacak atamalarda, Cumhurbaşkanı'nın önerdiği adayın TBMM tarafından kabul edilmesi şart koşulmuş olsaydı, Cumhurbaşkanı, önerdiği adayların reddedilmesini önlemek için TBMM'deki destek oranını artırma ihtiyacı duyabilir ve diğer partilerle işbirliği yapmaya daha istekli olabilirdi.

Cumhurbaşkanı ile TBMM arasındaki güç dengesi açısından özel önem arz eden üçüncü husus, bütçenin hazırlanması ve kabul edilmesi sürecinde TBMM'nin oldukça pasif bir konumda bulunmasıdır. Bütçe kanun teklifini sunma yetkisi münhasıran Cumhurbaşkanı'na aittir. Milletvekillerinin alternatif bir bütçe teklifi sunma yetkisi bulunmadığı gibi, bütçe teklifi üzerinde giderleri artıran veya gelirleri azaltan önerilerde bulunmaları da mümkün değildir. Keza bütçe kanununun mali yıl başlayana kadar yürürlüğe konulamaması halinde geçici bütçe kanununun çıkarılacağı; geçici bütçe kanununun da çıkarılmaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilene kadar bir önceki yıl bütçesinin yeniden değerlendirilme oranına göre artırılarak uygulanacağı öngörülmüştür (Anayasa m. 161/4). Söz konusu hüküm, TBMM tarafından onaylanmış bir bütçe olmadan yürütmenin gelir toplayıp harcamaya yapabilmesine olanak tanımaktadır.¹²⁴

Son olarak, karşılıklı fesih yetkisinin TBMM ile Cumhurbaşkanı arasındaki ilişkiyi yapıcı değil yıkıcı bir temele dayandırıldığını belirtmek gerekir. Anayasa'nın 116'ncı maddesine göre, TBMM, üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu ile seçimlerin yenilenmesine karar verebileceği gibi, Cumhurbaşkanı'nın da seçimlerin yenilenmesi kararı alması mümkündür. Seçimleri yenileme kararını hangi merci almış olursa olsun, TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri birlikte yenilenecektir. Diğer bir ifadeyle, seçimleri yenileme kararı alan merci, kendi görev süresinin sona ermesini de göze almak durumundadır. Öte yandan, TBMM'nin seçimleri yenileme yetkisi ile Cumhurbaşkanı'nın seçimleri yenileme yetkisi eşdeğer yetkiler değildir. TBMM, bu yetkisini beşte üç gibi sağlanması oldukça güç bir çoğunlukla kullanabilecek-

¹²⁴ İsmail Yüksel, "6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, Y. 2017, s. 267.

ken, Cumhurbaşkanı tek başına seçimlerin yenilenmesine karar verebilecektir. Partisi TBMM’de çoğunluğu sağlayamayan bir Cumhurbaşkanı, siyasi konjonktürün kendi lehine olduğu bir dönemde seçimleri yenileme kararı alarak tekrar seçilmesini ve partisinin TBMM’de çoğunluğu elde etmesini sağlayabilecektir.

Yasama ile yürütme erkleri arasındaki dengesiz güç paylaşımının koalisyonların oluşumu ve işleyişi üzerindeki olumsuz etkilerine mukabil, Cumhurbaşkanlığı ve TBMM seçimlerinde uygulanan kurallar, genel itibariyle partiler arası işbirliğini özendirici bir mahiyet arz etmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, TBMM seçimlerinde nispi temsil sisteminin benimsenmesi, Cumhurbaşkanı’nın mutlak çoğunluk usulüne göre seçilmesi, yasama-yürütme seçimlerinin eş zamanlı olarak yapılması ve TBMM seçimleri için öngörülen % 10’luk baraj, partilerin ortak bir seçim stratejisi etrafında bir araya gelmesini teşvik edici niteliktedir. Özellikle 7102 sayılı Kanun ile siyasi partilerin seçimlerde başka bir partiyi destekleme kararı alamayacağına ilişkin kuralın kaldırılması ve ittifak yaparak seçime katılma imkânının getirilmesi, hem TBMM hem de Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde çok sık şekilde seçim ittifakları ile karşılaşılmasına neden olabilecektir.¹²⁵ Seçim ittifakı yapılması halinde, % 10’luk barajın hesaplanmasında ittifak yapan siyasi partilerin aldıkları geçerli oyların toplamı esas alınacağından, küçük partiler, daha büyük partilerle ittifak yapıp baraja takılmaktan kurtulabileceklerdir. Keza büyük partiler de çıkaracağı milletvekili sayısını artırmak için küçük partilerle ittifak kurmak isteyecektir. Zira ittifak yapan partilerin elde edecekleri toplam milletvekili sayısı, seçimlere ayrı ayrı katılmaları durumunda elde edecekleri milletvekili sayısının toplamından daha büyük olacaktır.¹²⁶

Görüldüğü üzere, Türkiye’de seçim sistemi, partilerin seçimlerde birlikte hareket etmesi yönünde güçlü teşvikler sunmakta iken, Cumhurbaşkanı’nın geniş anayasal yetkilerinin TBMM’nin karşı yetkileri ile dengelenmemiş olması, Cumhurbaşkanı’nı tek taraflı strateji-

¹²⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Anayurt/Ekinci, s. 260.

¹²⁶ Türkiye’deki seçim ittifakı düzenlemesinin milletvekili dağılımı üzerindeki olası etkileri için bkz. Taylan Barın, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Temsilde Adalet İlkesi ve “Seçim İttifakı” Düzenlemesinin Değerlendirilmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 2019/1, s. 20-23.

ler izlemeye sevk etmektedir. Bu bakımdan, Türkiye’de seçim ittifakları ile çok sık şekilde karşılaşılacağı ancak bu ittifakların her zaman koalisyon hükümetlerine dönüşmek zorunda olmayacağı yönünde bir tahminde bulunmak mümkündür. Diğer bir ifadeyle, bir ittifakın desteği ile seçimleri kazanan Cumhurbaşkanı, partisi TBMM’de çoğunluğu sağlayamamış olsa dahi, kabinesini yalnızca kendi partisine üye kişilerden ve teknokratlardan oluşturabilecektir. Ayrıca seçimlerin ardından bir koalisyon hükümeti oluşturulsa bile, Cumhurbaşkanı’nın programını uygulayabilmek için koalisyon ortağı partilerin desteğini sürdürmek zorunda olmaması, bu hükümetlerin kısa sürede dağılmasına yol açabilecektir.

SONUÇ

Bu çalışmada ulaşılan en temel sonuç, koalisyonların parlamenter hükümet sisteminin değil, parti sistemindeki parçalanmanın bir ürünü olduğudur. Yapılan araştırmalar, çok partili başkanlık demokrasilerinde koalisyon oluşumunun istisnai bir nitelik arz etmediğini göstermiştir. Başkanlık sistemlerinde, gerek seçim öncesi ittifaklarla gerekse koalisyon hükümetleri ile oldukça sık şekilde karşılaşılmaktadır. Başkanlar, genelde birden çok partinin dâhil olduğu bir seçim ittifakının desteği sayesinde seçimleri kazanmakta ve seçimlerin ardından kabine makamlarını ittifaka dâhil olan partiler arasında paylaşmaktadır. Başkanların koalisyon hükümeti oluşturmaktaki temel motivasyonu, parlamentodaki destek oranını artırmak ve desteklediği tekliflerin kanunlaşmasını sağlamaktır. Koalisyona dâhil olan partiler de bu sayede bazı bakanlıkları kontrol etmekte ve ülke gündemini şekillendirme imkânı yakalamaktadırlar.

Başkanlık sistemlerinde koalisyonların oluşumunu ve işleyişini etkileyen bir dizi faktör mevcuttur. Bu faktörlerin başında, başkanın partisinin parlamentoda sahip olduğu sandalye sayısı gelmektedir. Başkanın parlamentodaki destek oranı azaldıkça, koalisyon oluşturmaya duyduğu ihtiyaç artacaktır. Başkanın partisinin parlamentoda çoğunluğa veya çoğunluğa yakın bir orana sahip olması durumunda ise başkanın koalisyon oluşturmaya ikinci plana atması beklenebilir.

Yasama ile yürütme erkleri arasındaki anayasal yetki dağılımı da koalisyon oluşumunda temel belirleyicilerdendir. Güçlü kararname

ve veto yetkileri ile mücehhez kılınan başkanlar, parlamentoyu devre dışı bırakarak politikalarını tek başına hayata geçirme imkânı yakalar. Başkanın yetkileri aşırı cılız olduğunda ise parlamentodaki partilerin başkanlık makamına atfedeceği değer düşeceğinden, bu partilerin koalisyonda yer alma ihtimalleri azalır. Bu bakımdan, koalisyon inşasını teşvik eden en uygun kurumsal model, başkanın geniş anayasal yetkilere sahip olduğu ancak bu yetkilerin parlamentonun karşı yetkileri ile dengelendiği bir modeldir.

Parlamento ve başkanlık seçimlerinde benimsenen seçim sistemleri, gerek parti sistemi üzerindeki etkileri gerekse siyasi aktörler için sunduğu farklı yönde teşvikler nedeniyle, koalisyon oluşumu açısından belirleyici faktörler arasındadır. Parlamento seçimlerinde nispi temsil sisteminin benimsenmesi, efektif parti sayısını artırarak koalisyon oluşumlarını teşvik ederken, basit çoğunluk sistemi tam tersi bir etki gösterir. Başkanlık seçiminde ise mutlak çoğunluk sisteminin koalisyon oluşumlarını teşvik ettiği söylenebilir.

2017 Anayasa değişiklikleri ile Türkiye’de benimsenen hükümet modeli, ABD modelinden ciddi sapmalar göstermesine rağmen, başkanlık sisteminin bir türevi olarak değerlendirilebilir. Cumhurbaşkanlığı sistemi olarak adlandırılan bu hükümet modelinde, Cumhurbaşkanlığı makamının çok geniş yetkilerle donatıldığı, kontrol-denge mekanizmalarının ise zayıf olduğu görülmektedir. Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile asli nitelikli düzenlemeler yapabilir; üst düzey kamu görevlilerini tek başına atayabilir; TBMM tarafından onaylanmış bir bütçe olmadan gelir toplayıp harcama yapabilir ve siyaseten uygun gördüğü bir zamanda seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Yasama ile yürütme erkleri arasındaki dengesiz güç paylaşımı, TBMM çoğunluğunun desteğine sahip olmasa bile, Cumhurbaşkanı’nın tek başına yönetmesine imkân tanımaktadır. Cumhurbaşkanlığı ve TBMM seçimlerinde uygulanan kurallar ise partileri seçimlerde işbirliği yapmaya teşvik edici niteliktedir. Bu nedenle, Türk hükümet sisteminin, seçim öncesi ittifakları besleyen ancak koalisyon hükümetlerinin kurulmasını ve sağlıklı işlemlerini zorlaştıran bir kurumsal yapıya sahip olduğu söylenebilir.

Kaynakça¹²⁷

Kitaplar

- Açıl Murat, Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Aleskerov Fuat/Ersel Hasan/Sabuncu Yavuz, Seçimden Koalisyona Siyasal Karar Alma, Efil Yayınevi, Ankara 2010.
- Anayurt Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Bunker Kenneth, Coalition Formation in Presidential Regimes: Evidence from Latin America, Yayımlanmamış Doktora Tezi, The London School of Economics and Political Science, Londra 2015.
- Cheibub Jose Antonio, Presidentialism, Parliamentarism, And Democracy, Cambridge University Press, New York 2009. Cheibub (2009)
- Down Anthony, An Economic Theory of Democracy, Harper and Row, New York 1987.
- Drexhage Betty, Bicameral Legislatures: An International Comparison, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, The Hague 2015.
- Duverger Maurice, Siyasal Partiler, (Çev. Ergun Özbudun), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.
- Küçük Adnan, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları, Adres Yayınları, Ankara 2019.
- Lijphart Arend, Demokrasi Modelleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları, (Çev. Güneş Ayas ve Utku Umut Bulsun), İthaki Yayınları, İstanbul 2014.
- Liñán Aníbal Pérez, Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Özbudun Ergun, Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Parti Disiplini, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.
- Özsoy Boyunsuz Şule, Dünyada Başkanlık Sistemleri, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2017.
- Payne J. Mark/Zovatto G. Daniel/Diaz Mercedes Matio, *Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America*, Inter-American Development Bank, Washington D.C., 2007.
- Roskin Michael G., Çağdaş Devlet Sistemleri: Siyaset, Coğrafya, Kültür, (Çev. Bahattin Seçilmişoğlu), Adres Yayınları, Ankara 2016.
- Sartori Giovanni, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, (Çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

¹²⁷ Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıfları ayırmak için kullanılan kısaltmalar ilgili eserin yanında gösterilmiştir.

- Shugart Matthew Soberg/Carey John M., *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, New York 1992.
- Uluşahin Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları, Ankara 1999.*

Makaleler

- Açıl Murat, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76, S. 2, Y. 2018, s. 725-756.
- Albala Adrián, "Coalition Presidentialism in Bicameral Congresses: How does the Control of a Bicameral Majority Affect Coalition Survival?", *Brazilian Political Science Review*, Vol. 11, No. 2, Y. 2017, s. 1-27.
- Alemán Eduardo/Tsebelis George, "Political Parties and Government Coalitions in the Americas", *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 3, No. 1, Y. 2011, s. 3-28.
- Altman David, "The Politics of Coalition Formation and Survival in Multiparty Presidential Democracies: The Case of Uruguay, 1989-1999", *Party Politics*, Vol. 6, No. 4, Y. 2000, s. 259-283.
- Amorim Neto Octavio, "Presidential Cabinets, Electoral Cycles, and Coalition Discipline in Brazil", *Legislative Politics in Latin America*, Morgenstern Scoot/Nacif Benito (Editörler), Cambridge University Press, Cambridge 2002, s.48-78.
- Amorim Neto Octavio, "The Presidential Calculus: Executive Policy Making and Cabinet Formation in the Americas", *Comparative Political Studies*, Vol. 39, No. 4, Y. 2006, s. 415-440.
- Amorim Neto Octavio/Samuels David, "Democratic Regimes and Cabinet Politics: a Global Perspective", *Revista Ibero-Americana de Estudos Legislativos*, Vol. 1, No. 1, Y. 2010, s. 10-23.
- Amorim Neto Octavio/Santos Fabiano, "The Executive Connection: Presidentially Defined Factions and Party Discipline in Brazil", *Party Politics*, Vol. 7, No. 2, Y. 2001, s. 213-234.
- Anayurt Ömer/Ekinci Ahmet, "Koalisyonlu Başkanlık Sistemi ve Latin Amerika Uygulaması", *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.227-332.*
- Anayurt Ömer/Erdoğan Murat/Ekinci Ahmet, "Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerinde Etkisi", *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 183-225.*
- Barın Taylan, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Temsilde Adalet İlkesi ve "Seçim İttifakı" Düzenlemesinin Değerlendirilmesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 2019/1, s. 1-34.
- Browne Eric C./Franklin Mark N., "Aspects of Coalition Payoffs in European Parliamentary Democracies", *The American Political Science Review*, Vol. 67, No. 2, Y. 1973, s. 453-469.

- Chaisty Paul/Cheeseman Nic/Power Timothy, "How MPs Understand Coalitional Politics in Presidential Systems", *The Coalitional Presidentialism Project*, Research Report, January 2015, s. 1-12.
- Chaisty Paul/Cheeseman Nic/Power Timothy, "Rethinking the 'Presidentialism Debate': Conceptualizing Coalitional Politics in Crossregional Perspective", *Democratization*, Vol. 21, S. 1, Y. 2014, s. 72-94. Chaisty/Cheeseman/Power (2014)
- Chaisty Paul/Chernykh Svitlana, "How Do Minority Presidents Manage Multiparty Coalitions? Identifying and Analyzing the Payoffs to Coalition Parties in Presidential Systems", *Political Research Quarterly*, Vol. 70, No. 4, Y. 2017, s. 762-777.
- Chaisty Paul/Power Timothy J., "Flying Solo: Explaining Single-Party Cabinets Under Minority Presidentialism", *European Journal of Political Research*, Y. 2018, s. 1-21.
- Cheibub José Antonio, "Minority Governments, Deadlock Situations, And The Survival Of Presidential Democracies", *Comparative Political Studies*, Vol. 35, No. 3, Y. 2002, s. 284-312. Cheibub (2002)
- Cheibub José Antonio/Limongi Fernando, "Democratic Institutions and Regime Survival: Parliamentary and Presidential Democracies Reconsidered", *Annual Review of Political Science*, Vol. 5, No. 1, Y. 2002, s. 151-179.
- Cheibub Jose Antonio/Przeworski Adam/Saiegh Sebastian M., "Government Coalitions and Legislative Success Under Presidentialism and Parliamentarism", *British Journal of Political Science*, Vol. 34, No. 4, Y. 2004, s. 565-587.
- Colomer Josep M./Negretto Gabriel L. "Can Presidentialism Work Like Parliamentarism?" *Government and Opposition*, Vol. 40, No. 1, Y. 2005, s. 60-89.
- Downs William M., "Coalition", *International Encyclopedia of The Social Sciences*, Vol. I, Der. William A. Darity Jr., MacMillan Social Science Library, USA 2008.
- Druckman James N./Thies Michael F., "The Importance of Concurrence: The Impact of Bicameralism on Government Formation and Duration", *American Journal of Political Science*, Vol. 46, No. 4, Y. 2002, s. 760-771.
- Figueiredo Argelina Cheibub/Salles Denise Lopes/Vieira Marcelo Martins, "Political and Institutional Determinants of Executive's Success in Latin America," *Brazilian Political Science Review*, Vol. 3, No. 2, Y. 2009, s. 155-171.
- Freudenreich Johannes, "The Formation of Cabinet Coalitions in Presidential Systems", *Latin American Politics and Society*, Vol. 58, No. 4, Y. 2016, s. 80-102.
- Gamson William A., "A Theory of Coalition Formation", *American Sociological Review*, Vol. 26, No. 3, Y. 1961, s. 373-382.
- Golder Sona Nadenichek, "Pre-Electoral Coalition Formation in Parliamentary Democracies", *British Journal of Political Science*, Vol. 36, No. 2, Y. 2006, s. 193-212.

- Hochstetler Kathryn, "Rethinking Presidentialism: Challenges and Presidential Failure", *The Journal of Comparative Politics*, Vol. 38, No. 4, July 2006, s. 401-418.
- İlter Akarçay Ebru Rukiye, "Karşılaştırmalı Perspektiften Başkanlık Sistemi Tartışması: Koalisyon İnşası ve Kuvvetler Birliğinden Kaçınmak Mümkün mü?", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, C. 4, S. 1, Y. 2016, s. 105-127.
- Jones Mark P., "Presidential Election Laws and Multipartism in Latin America", *Political Research Quarterly*, Vol. 47, No. 1, Y. 1994, s. 41-57.
- Kellam Marisa, "Why Pre-Electoral Coalitions in Presidential Systems?", *British Journal of Political Science*, Vol. 47, No. 2, Y. 2017, s. 391-411.
- Kontacı A. Ersoy, "Siyasî İstikrar Temelli Koalisyon Eleştirileri: Anayasa Hukuku Açısından Ampirik Bir Analiz", *TBB Dergisi*, Y. 2016, S. 123, s. 33-58.
- Linz Juan J., "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference", *The Failure of Presidential Democracy*, Linz Juan J./Valenzuela Arturo (Editörler), The Johns Hopkins University Press, London 1994, s. 3-87. Linz (1994)
- Linz, Juan J., "The Perils of Presidentialism", *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 1, Y. 1990, s. 51-69.
- Llanos Mariana/Nolte Detlef, "Bicameralism in the Americas: Around the Extremes of Symmetry and Incongruence", *The Journal of Legislative Studies*, Vol. 9, No. 3, Y. 2003, s. 54-86.
- Llanos Mariana/Nolte Detlef, "The Many Faces of Latin American Presidentialism", *GIGA Focus Latin America*, No. 1, May 2016, s. 1-12.
- Mainwaring Scott, "Presidentialism, Multipartism, and Democracy: The Difficult Combination", *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 2, July 1993, s. 198-228.
- Mainwaring Scott/Shugart Matthew S., "Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal", *Comparative Politics*, Vol. 29, No. 4, Y. 1997, s. 449-471. Mainwaring/Shugart (1997-a)
- Mainwaring Scoot/Shugart Matthew Soberg, "Presidentialism and the Party System", *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Mainwaring Scott/Shugart Matthew Soberg (Editörler), Cambridge University Press, New York 1997, s. 394-439. (Mainwaring/Shugart 1997-b)
- Martínez-Gallardo Cecilia, "Designing Cabinets: Presidential Politics and Ministerial Instability", *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 2, Y. 2014, s. 3-38.
- Martínez-Gallardo Cecilia, "Out of the Cabinet: What Drives Defections From the Government in Presidential Systems?", *Comparative Political Studies*, Vol. 45, No. 1, Y. 2012, s. 62-90. Martínez-Gallardo (2012)
- Meireles Fernando, "Oversized Government Coalitions in Latin America", *Brazilian Political Science Review*, Vol. 10, No. 3, Y. 2016, s. 1-31.
- Miş Nebi/Duran Hazal, "Seçim İttifakları", *Seta Analiz*, S. 232, Şubat 2018, s. 1-34.
- Müller Wolfgang C./Strøm Kaare, "Conclusion: Coalition Governance in Western Europe", *Coalition Governments in Western Europe*, Müller Wolfgang C./Strøm Kaare (Editörler), Oxford University Press, New York 2000, s. 559-592.

- Negretto Gabriel L., "Minority Presidents and Democratic Performance in Latin America", *Latin American Politics and Society*, Vol. 48, No. 3, Y. 2006, s. 63-92. Negretto (2006)
- Negretto Gabriel L., "Minority Presidents and Types of Government in Latin America", Prepared for Delivery at the 2003 Meeting of the Latin American Studies Association, Dallas, March 27-29, Y. 2003, s. 1-36.
- Pereira Carlos/Melo Marcus André, "The Surprising Success of Multiparty Presidentialism", *Journal of Democracy*, Vol. 23, No. 3, Y. 2012, s. 156-170.
- Power Timothy J., "Optimism, Pessimism, and Coalitional Presidentialism: Debating the Institutional Design of Brazilian Democracy", *Bulletin of Latin American Research*, Vol. 29, No. 1, Y. 2010, s. 18-33.
- Raile Eric D./Pereira Carlos/Power Timothy J., "The Executive Toolbox: Building Legislative Support in a Multiparty Presidential Regime", *Political Research Quarterly*, Vol. 64, No. 2, Y. 2011, s. 323-334.
- Schlesinger Joseph A., "The Primary Goals of Political Parties: A Clarification of Positive Theory", *The American Political Science Review*, Vol. 69, No. 3, Y. 1975, s. 840-849.
- Shin Jae Hyeok, "Cabinet Duration in Presidential Democracies", *Political Science Quarterly*, Vol. 128, No. 2, Y. 2013, s. 317-339.
- Shugart Matthew Soberg, "The Electoral Cycle and Institutional Sources of Divided Presidential Government", *The American Political Science Review*, Vol. 89, No. 2, Y. 1995, s. 327-343.
- Stepan Alfred/Skach Cindy, "Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism", *World Politics*, Vol. 46, No. 1, Y. 1993, s. 1-22.
- Strøm Kaare, "A Behavioral Theory of Competitive Political Parties", *American Journal of Political Science*, Vol. 34, No. 2, Y. 1990, s. 565-598. Strøm (1990)
- Strøm Kaare, "Democracy, Accountability, and Coalition Bargaining", *European Journal of Political Research*, Vol. 31, No. 1-2, Y. 1997, s. 47-62.
- Strøm Kaare/Müller Wolfgang C., "Political Parties and Hard Choices", *Policy, Office or Votes: How Political Parties in Western Europe Make Hard Decisions*, Müller Wolfgang C./Strøm Kaare (Editörler), Cambridge University Press, New York, Y. 1999, s. 1-35.
- Silva Thiago, "How Long Will It Last? Cabinet Termination in Presidential Systems", Paper to be Presented at the 112th American Political Science Association Annual Meeting, Y. 2016, s. 1-49.
- Turan İlter, "Parti Disiplini: Kapsam, Tarihçe, Teşvik Eden Sebepler", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 28, S. 1-4, s. 79-102.
- Valenzuela Arturo, "Party Politics and the Crisis of Presidentialism in Chile: A Proposal for a Parliamentary Form of Government", *The Failure of Presidential Democracy*, Linz Juan J./Valenzuela Arturo (Editörler), The Johns Hopkins University Press, London 1994, s. 165-224.

Volden Craig/Carrubba Clifford J., "The Formation of Oversized Coalitions in Parliamentary Democracies", *American Journal of Political Science*, Vol. 48, No. 3, Y. 2004, s. 521-537.

Warwick Paul V., Druckman James N., "Portfolio Saliency and the Proportionality of Payoffs in Coalition Governments", *British Journal of Political Science*, Vol. 31, No. 4, Y. 2001, s. 627-649.

Yüksel İsmail, "6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, Y. 2017, s. 251-274.

BELEDİYELERDE SULH YETKİSİ

COMPROMISE AUTHORITY OF MUNICIPALITIES

Burç Volkan ZOR*

Özet: “Vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu uyuşmazlıkların anlaşmayla tasfiyesine karar vermek.” belediyelerin görevleri içinde yer almaktadır. Belediyelerin bu görevi belediye meclisi veya belediye encümeni tarafından yerine getirilir. Belediye uyuşmazlıklarının sulh yoluna gidilmesinde bazı kriterlerin varlığı önem kazanmaktadır. Bunlar uyuşmazlığın varlığı, maddi değer taşıyan bir uyuşmazlık olması ve dava konusu edilmiş olmasıdır. Bu yetkinin belediye organları arasında paylaşılmasında ise uyuşmazlığın maddi değeri esas alınır. Buna göre sulh yetkisi; dava konusu uyuşmazlığın parasal miktarı¹ beş bin TL ve daha az olması durumunda belediye encümenine, fazla olması durumunda belediye meclisine ait olacaktır. Hangi durumların dava konusu şartını sağlayacağı, sulh yetkisinin kapsamının ne olduğu, idari yaptırımların sulh yetkisi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ile arabuluculuk ve icra takibinin dava şartını sağlayıp sağlayamayacağı konuları da ayrıca üzerinde durulması gereken konular arasındadır.

Anahtar Kelimeler: Belediye Meclisi, Belediye Encümeni, Sulh ile Tasfiye, Sulh Yetkisi, Uzlaşma

Abstract: “To decide the liquidation of the dispute subjects other than taxes, pictures and fees by agreement by litigation” is included within the duties of municipalities. This duty of municipalities is fulfilled by the municipal council or municipal board. The existence of some certain criteria regarding compromises of municipal disputes becomes important. For this, there should be a dispute which has material value and this dispute should be brought before the court. While sharing of this authority between the municipal bodies, the material value of the dispute is taken as the basis. Accordingly, the authority to compromise belongs to the municipal board in

* Yüksek Lisans Öğrencisi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, burcvolkan@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0184-5008, Makalenin Gönderim Tarihi: 27.09.2019, Kabul Tarihi: 27.09.2019

¹ Çalışmanın devamında parasal miktar, 5393 sayılı Kanun madde 83: “Bu Kanun’un 15, 18 ve 34 üncü maddelerinde belirtilen parasal miktarlar, her yıl 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme oranına göre artırılır” hükmü kapsamında yeniden değerlendirilerek hesaplanacaktır.

cases where the dispute subject is worth five thousand TL or less, otherwise the municipal council is in charge. The issues of which cases will provide the conditions for a law case, what is the scope of the compromise authority, whether administrative sanctions can be evaluated within the scope of the compromise authority, and whether mediation and enforcement proceedings can provide the conditions for a law case are also among the issues that need to be examined.

Keywords: Municipal Council, Municipal Board, Liquidation with Compromise, Compromise Authority, Compromise

GİRİŞ

Belediyelerin sulh yetkisi, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının (k) bendinde; "*Vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu uyuşmazlıkların anlaşmayla tasfiyesine karar vermek*" belediyenin imtiyaz ve yetkileri² arasında sayılmıştır. Aynı Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde de; "*Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beş bin YTL'den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragate karar vermek*" belediye meclisinin görevleri arasında sayılmıştır. Belediye Kanunu'nun 34. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde ise "*Vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek*" belediye encümeninin görevleri arasında sayılmıştır. Görüldüğü gibi kanun koyucu belediyenin yetkilerinden olan sulh yetkisini kendi organları arasında paylaşmıştır. Madde metinleri incelendiğinde belediye meclisinin sulh yetkisini kullanmasında belirli bir miktarın üzerinde olan uyuşmazlıklar için kullanılabileceği özel olarak belirtildiği halde encümenine ait olan sulh yetkisinde belirli bir parasal miktar veya bu miktara ait eşik ya da tavan değer belirtilmemiştir. Bunun sonucu olarak encümenin sulh yetkisi kapsamında; konusunun para dışında olan uyuşmazlıklarda da uygulanıp uygulanamayacağı, encümenin yetkisinin eşik ya da tavan değerinin olup olmadığı hususlarında akla soru işaretleri gelebilir. Çalışmanın devamında bu hususlarda ayrıntılı değerlendirme yapılacaktır.

Sulh yetkisi ile ilgili madde metinleri incelendiğinde belediye meclisinin görevlerinde dava konusu uyuşmazlıkların "sulh ile tasfi-

² Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 106; Kemal Gözler, Mahalli İdareler Hukuku, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s. 343.

yesine, kabul ve feragate” karar verilebileceği belirtilmişken, belediyenin yetkilerinde ve encümenin görevlerinde “anlaşmayla tasfiyesine” karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Her üç düzenlemede farklı kelimeler kullanılmış olsa da anlatılmak istenen husus aslında aynıdır. Şöyle ki; Belediye Kanunu’nun taslak metninde belediye meclisinin görevlerinde, sulh yetkisini düzenleyen madde metni diğer maddelerle uyumlu olacak şekilde “anlaşmayla tasfiyesine karar vermek” şeklinde düzenlenmiş iken, meclis genel kurulu görüşmelerinde hukuk terminolojisi ile ifade edilmesini sağlamak maksadıyla “sulh ile tasfiyesine, kabul ve feragate karar vermek” şeklinde değiştirilmiştir. Tasfiye kelimesinin; arıtma, ayıklama, temizleme veya ticari olarak alacaklılara ortada kalan mal varlıklarından payları oranında verilmesi anlamları³ bulunmaktadır. Belediyenin dava konusu uyuşmazlıkları sulh ile tasfiye etmesi ise alacakların veya borçların kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilmek şartıyla kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması demektir.

Sulh ise kelime anlamı olarak; tarafların karşılıklı istekleriyle daha önceden var olan ve halen devam eden çekişmenin ortadan kaldırılması veya doğabilecek bir çekişmenin ortaya çıkmasının engellenmesi⁴ demektir. Başka bir deyişle sulh, taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlıkların tarafların her birinin bir takım haklarından feragat ederek uyuşmazlık konusunun ortadan kaldırılmasına yönelik irade açıklamasında bulunmaları⁵ şeklinde de tanımlanabilir.

Bu çalışmada özellikle belediyelerde sulh yetkisinin kaynağı, sulh ile tasfiyeye yetkilendirilmiş organlar, bu organların yetkilerinin sınırları, yetkinin kapsamı, belediyenin idari yaptırımlarında sulh yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı, sulh yetkisinin koşulları, arabuluculuk ve icra takibinin dava koşulunu sağlayıp sağlayamayacağı ile belediyelerde sulh yetkisinin diğer ülkelerdeki durumu konuları yargı kararları doğrultusunda değerlendirilecektir.

³ Türk Dil Kurumu Sözlüğü (<http://sozluk.gov.tr/>), E.T: 15.05.2019.

⁴ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 632.

⁵ Necip Bilge/Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (422), Ankara 1978, s. 614; Aynur Hasoğlu, “İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Yargı Dışı Çözüm Yolu Olarak Sulh”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 79.

I. BELEDİYELERDE SULH YETKİSİNİN KAYNAĞI

Belediyelerde sulh yetkisinin kaynağını belirleyebilmek için öncelikle; idari birimlerin taraf oldukları uyuşmazlıklarda yargı yoluna gitmeden önce sulh yoluna başvurulmasını düzenleyen⁶ “adli uyuşmazlıklarda sulh” ve “idari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri” maddelerini düzenleme altına alan 659 sayılı “Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname”⁷ mevzuatının belediyeler için uygulanabilir olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Belediyeler de kamu kurumları gibi yargı dışı çözüm yolu olarak 659 sayılı KHK kapsamında sulh yoluna gidebilecekler midir? Ya da belediyenin bir kamu kurumu ile uyuşmazlık yaşaması halinde sulh yoluna gitme yetkisinin kaynağı nereden gelecektir?

659 sayılı KHK'nın 1. maddesi “*Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı; genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerin... uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesidir*” hükmü ile kanunun kapsamı içinde olan kurumları “kamu idareleri” ve “özel bütçeli idareler” olacak şekilde belirlemiştir.⁸ Genel bütçe kapsamındaki idareler (1 sayılı cetvel) ile özel bütçeli idareler (2 sayılı cetvel) 5018 sayılı “Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu” ile belirlenmiştir.⁹ Her iki cetvel de incelendiğinde belediyelerin, genel bütçe kapsamındaki veya özel bütçeli idareler arasında olmadığı tespit edilebilmektedir. Yani belediyelere karşı vatandaşlar tarafından veya kamu idareleri tarafından 659 sayılı KHK kapsamında sulh başvurusunda bulunulamaz ve sulh anlaşması yapılamaz.

Özetle; belediyelerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda sulh yetkisinin kaynağı, 659 sayılı KHK'ya değil, yukarıda da belirtilen¹⁰ 5393 sayılı Belediye Kanunu'na dayanmaktadır.

⁶ Aynur Cidecigiller, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yolu ile Çözülmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2014, s. 194.

⁷ 02 Kasım 2011 tarihli ve 28103 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁸ Allı Yeşilyurt Duran, “İptal Davalarında Sulh”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 132.

⁹ Hasoğlu, s. 80.

¹⁰ “I. Giriş” bölümüne bakınız.

II. SULH İLE YETKİLENDİRİLMİŞ ORGANLAR VE YETKİNİN SINIRLARI

Belediyenin imtiyaz ve yetkileri, Belediye Kanunu'nun 15. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda; vergi, resim ve harçlar dışında kalmak koşuluyla dava konusu olmuş uyuşmazlıklar sulh ile tasfiye edilebilecektir. Kanun, 18 ve 34. maddeleri ile de yetkili organ olarak belirli şartlarda belediye meclisi ve belediye encümenini sulh ile tasfiye yapmak konusunda yetkili kılmıştır.

Belediye Kanunu'nun 18. maddesi ile belediye meclisinin görevleri,¹¹ 34. maddesi ile de belediye encümeninin görevleri¹² sayılmıştır. Bu maddelere göre; *"Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beş bin YTL'den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragate karar vermek."* belediye meclisinin, *"Vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek"* ise belediye encümeninin görevleri içinde sayılmaktadır. Madde metinlerine dikkat edecek olursak, belediye meclisinin "sulh ile tasfiye, kabul ve feragate karar vermek" görevi varken belediye encümeninin "anlaşma ile tasfiyeye karar vermek" görevi bulunmaktadır. Bu maddeleri kelimelerin tek tek anlamlarına bakarak yorumladığımızda birbirinden farklı anlamlara geldiği yönünde görüşler¹³ olmasına karşın; uygulamadaki örneklerini, belediye meclisinin görevlerinin taslak metninin aynı olmasına karşın hukuk literatürü ile ifade edilmesi maksadıyla mevcut haline dönüştürüldüğünü¹⁴ ve yargı kararlarında iki organın yetkisi konusunda maddi kriter hariç bir kriterin söz edilmemiş olmasını göz önünde bulundurarak her iki ifade de kanaatimizce aynı yetkiyi işaret etmektedir.

¹¹ Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/Eyüp Özdemir/Gül Üstün Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2018, s. 92; Metin Günay, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017, s. 496.

¹² Nuri Tortop/Burhan Aykaç/Hüseyin Yayman/Akif Özer, Mahalli İdareler, 2. Baskı, Nobel Yayınevi, Ankara 2008, s. 348; Yıldırım/Yasin Kaman/Özdemir/Üstü /Okay/Tekinsoy, s.94; Günay, s. 501.

¹³ Sedat Turan, "Belediye Alacaklarının Sulh Yoluyla Tasfiye Edilmesi", *Yönetişim Dergisi*, Cilt: 39, Sayı: 4, Yıl: 2012, s. 8.

¹⁴ Belediye Kanunu'nun taslak metninde belediye meclisinin görevleri içerisinde yer alan sulh yetkisi diğer maddelerle uyumlu olacak şekilde "anlaşmayla tasfiyesine karar vermek" şeklinde düzenlenmiş iken meclis genel kurulu görüşmelerinde hukuk terminolojisi ile ifade edilmesini sağlamak maksadıyla "sulh ile tasfiyesine, kabul ve feragate karar vermek" şeklinde değiştirilmesi teklifi kabul ederek mevcut halini almıştır.

Anayasa Mahkemesi encümenin “*Vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek*” görevinin karar organının alabileceği nitelikte bir görev olması ve karar organlarının seçimle oluşturulması gerekirken atanmış üyelerin varlığının anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davada, yasanın genel gerekçesinde encümenin yürütme organı olduğunun ve encümenin gündeminin belediye başkanı tarafından belirlendiğine vurgu yaparak belediye meclisinin ve belediye encümeninin sulh yetkisini değerlendirmiştir. “*Bu iki maddenin birlikte değerlendirilmesinden, kuralın parasal uyuşmazlıklarla ilgili olduğu ve ‘miktari beş bin YTL’den fazla’ olan uyuşmazlıklarda belediye meclisi yetkili olduğuna göre, encümenin bu konudaki yetkisinin, ‘miktari beş bin YTL ve daha az’ olan uyuşmazlıklara ilişkin olduğu sonucu çıkmaktadır*”.¹⁵Anayasa Mahkemesi de bu değerlendirmesinde sulh yetkisinin sadece para alacaklarına yönelik olduğuna ve yetkili organların sınırının kanun metninde belirlenen para miktarı olduğuna yönelik karar vermiştir. Görüldüğü gibi kabul, feragat gibi kelimeleri geniş yorumlayarak daha geniş bir yetkinin varlığından bahsetmemiştir. Kanun koyucu tarafından belediye meclisinin görevleri içinde yer alan sulh yetkisine yönelik kanun metninde yapılan düzeltmenin¹⁶ belediye encümeninin görevleri içinde yer alan sulh yetkisi yönünden yapmamasını, encümenin yürütme organı olup olmadığının tartışıldığı,¹⁷ tasfiyeye, kabule, feragat karar vermek şeklinde yapılan düzeltmenin bu tartışmaları ateşleyeceği düşüncesiyle göz ardı edildiği kanaatindeyim.

Özetleyecek olursak, belediyeler sulh yetkisini yalnızca belediye meclisi ve belediye encümeni eliyle kullanırlar. Yetkili organlar tarafından yapılmayan sulh veya kabul kararı bozmayı gerektirir.¹⁸ Bu

¹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin E: 2005/95, K: 2007/5 ve 24.01.2007 tarihli kararı (29 Aralık 2007 tarih ve 26741 sayılı Resmi Gazete’ de yayınlanmıştır.).

¹⁶ Dipnot 13’e bakınız.

¹⁷ Bu konudaki tartışmalar için: Kemal Gözler, Mahalli İdareler Hukuku, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s. 331; Tortop/Aykaç/Yayman/Özer, s. 347.

¹⁸ “5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 18.maddesinin (h) bendi uyarınca; vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beş bin YTL’den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragat karar verme yetkisinin Belediye Meclisinde olduğu, dosya içerisinde taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak Belediye Meclisinden alınmış bir sulh ve kabul kararı bulunmadığı anlaşıldığından, isin esasına girilerek bozma kararı uyarınca inceleme ve işlem yapılarak karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi, doğru

organların görevlerinin düzenlendiği madde metinlerinde belediye meclisinin kabul, feragat gibi farklı yetkilerinin de var olduğu düşünülse de “sulh ile tasfiye” yetkisi bahsedilen her iki yetkiyi de içinde barındırmaktadır. Sulh yetkisinin organlar yönünden sınırını ise Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi uyuşmazlığın para miktarı çizmektedir.

III. SULH YETKİSİNİN KAPSAMI

A. Maddi Konulara İlişkin Uyuşmazlıklarda Sulh

Belediyelerin yetkili organlarının sulh yetkisini düzenleyen madde metinlerinde belediye meclisi tarafından yapılacak sulhlarda maddi bir eşik değer belirlenmişken belediye encümeninin sulh yetkisinde herhangi bir maddi değer belirtilmediği dikkat çekmektedir. Her iki maddeyi birlikte değerlendirdiğimizde, Anayasa Mahkemesi'nin kuralın para uyuşmazlıkları ile ilgili olduğuna dair kararı¹⁹ da göz önünde bulundurularak, sulh yetkisinin kapsamının yalnızca maddi uyuşmazlıklarla ilgili olduğu söylenebilir. Bu konudaki yaygın görüş de sulh yetkisinin kapsamının maddi uyuşmazlıklara ilişkin²⁰ olduğu yönündedir.

Sulh yetkisini içeren madde metinlerinin tamamı “Vergi, resim, harçlar dışında kalan uyuşmazlıklar” ifadeleri ile başlamaktadır. Belediye meclisinin sulh yetkisi görevinde de para ile ölçülebilen bir eşik değer belirlenmiştir. Acaba encümen için 5393 sayılı Kanun ile mülga edilen 5272 sayılı Kanun'da yer alan parasal tavan değer²¹ yeni kanunda yer almaması, kanun koyucunun encümene parasal değeri olmayan uyuşmazlıklarda da sulh yetkisi vermek istediği şeklinde yorumlanabilir mi? Anayasa Mahkemesi'nin ve uygulayıcıların da yaptığı yoruma göre söz konusu uyuşmazlıkların maddi değeri olma-

görülmemiştir.” Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin (Y5D), E: 2019/3871, K:2019/13118 ve 01.07.2019 tarihli kararı; Y5D, E: 2019/927, K:2019/12509 ve 25.06.2019 tarihli kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr; E.T: 13.09.2019).

¹⁹ “Bu iki maddenin birlikte değerlendirilmesinden, kuralın parasal uyuşmazlıklarla ilgili olduğu...” dipnot 14'e bakınız.

²⁰ Turan, s. 9; Çelik, Lamih: “Belediye Meclisinin Uzlaşma Yetkisi”, *Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi*, Cilt:13, Sayı: 1, Yıl: 2008, s. 35.

²¹ Mülga 5272 sayılı Belediye Kanunu md 34/f “Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beş milyar Türk Lirasına kadar, dava konusu olan belediye alacaklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek”.

sı gerektiği yönündedir. Kanaatimizce; maddi konular dışında kalan işe iade, işlemin iptali ve benzeri uyuşmazlıklarda da belediyelerin sulh yoluna gidebilmesi gerektiğidir. Ancak bu şekilde yapılan sulh kabulleri belediye meclisince, belirlenen eşik değerden dolayı yapılamayacaktır. Belediye encümeni ise bu şekilde yapacağı sulh işlemlerinde yetki sınırının çok geniş olacağı için adeta bir karar organı haline gelecektir. Yani mevcut düzenlemelerle maddi konular dışında sulh yoluna başvuru imkânı bulunmamaktadır.

B. Alacak ve Borçlara İlişkin Uyuşmazlıklarda Sulh

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus da belediyelerin sulh yetkisine sadece alacakları veya borçlarına ilişkin mi başvurabileceği yoksa her ikisine birden mi başvurabileceğidir. Mülga 5272 sayılı Kanun'da sulh yetkisinin sadece alacaklara yönelik yapılabileceği²² hüküm altına alındığı halde 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda alacak veya borç ayrımı gözetilmeksizin yalnızca "uyuşmazlık" ifadesi yer almaktadır. Bu sebeple belediyeler hem borç hem de alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda sulh yetkisini kullanabilirler.²³ Belediyenin sulh yetkisini sadece "su alacağı, kira alacağı, ücret alacağı gibi özel hukuk hükümlerine tabi alacaklar"²⁴ şeklinde sınırlandıran görüşler mevcuttur. Madde metninden çıkarılmadığı veya yargı kararlarıncı bu doğrultuda istikrarlı kararlar mevcut olmadığı halde belediyelerin sulh yetkisini yalnızca alacaklara ilişkin olacak şekilde sınırlandırmak, kanun metinlerini son derece dar bir şekilde yorumlamak olacaktır. Bu da yetkinin özüne uygun olmayacaktır.

C. Kesinleşmiş Mahkeme Kararlarına Karşı Sulh

Tüm borçları ve alacakları her şart altında sulh yetkisinin kapsamı içinde değerlendirmek yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Belediyeler sulh yetkisini dava şartı sağlanmış uyuşmazlıklar için kullanabilmektedirler. Ancak bu dava şartı halen görülmekte olan davalar veya karar verilse bile henüz kesinleşmemiş olan mahkeme kararlarına ilişkin ola-

²² Mülga 5272 sayılı Belediye Kanunu md 18/h, "Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beş milyardan yirmi beş milyar Türk Lirasına kadar, dava konusu olan belediye alacaklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek".

²³ Çelik, s. 35.

²⁴ Turan, s. 9.

bilir. Aksi halde belediyeler tarafından verilen idari bir karar ile yargı yetkisi kapsamında mahkemeler tarafından verilen bir kararın uygulanmasının engellenmesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Nitekim Sayıştay Dairesi tarafından²⁵ da kesinleşmiş mahkeme kararlarının ifasını engelleyici nitelikte sulh yoluna gidilemeyeceğine ve belediyenin sulh yetkisinin kesinleşmiş mahkeme ilamlarından doğan alacakların tasfiyesinde kullanılmayacağına yönelik karar verilmiştir.

D. Belediye Uyuşmazlıkları Dışında Kalan Konularda Sulh

Belediyenin yetkili organlarının sulh yetkilerini kullanabilmeleri için söz konusu uyuşmazlıkların belediye hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili olması gerekmektedir. Örneğin su borcu, işçilik alacağı, belediye mallarının satışından elde edilecek alacak, belediye hizmetlerinde kullanılmak üzere yapılan taşınmaz alımlarına ilişkin borçlar ve benzeri alacak veya borçları sayabiliriz. Sulh yetkisi belediyenin taraf olduğu tüm uyuşmazlıkları kapsamı içine almaz. Belediye ve belediyenin işleyişine ilişkin diğer özel düzenlemelerin kapsamına girmeyen alacak veya borç ilişkilerinde belediyenin sulh yetkisinden bahsedilemez.

Sayıştay Temyiz Kurulu tarafından verilen bir karara²⁶ göre de “5393 sayılı Kanun’un 18 ve 34’üncü maddeleri ile... belediye uyuşmazlıkları tanımına girmeyen özel hizmet tazminatı, yan ödeme ve ek gösterge tutarına ilişkin fazla ödeme miktarını, affetme ya da silme gibi bir yetki tanımamıştır.” Özel hizmet tazminatı, yan ödeme ve ek gösterge tutarına ilişkin fazla ödeme miktarları belediye uyuşmazlığı olmayıp 657 sayılı Kanun’un 152. maddesine göre çıkarılan “Yan Ödeme Kararnamesi” düzenlemesini ilgilendirmektedir. Bu sebeple belediyelerin sulh yetkisi kapsamına girmemektedir.

Sulh yetkisi kullanılırken uyuşmazlığın belediye uyuşmazlığı tanımına girip girmediğinin tespit edilmesi önem kazanmaktadır. Bele-

²⁵ “...Belediye meclisinin feragat yetkisini kullanabileceği konuları dava konusu belediye uyuşmazlıkları ile sınırlamış bulunmaktadır. Sayıştay ilamı bakımından ortada dava konusu bir uyuşmazlık değil, infazı gereken bir kesin hüküm vardır”. Sayıştay 4. Dairesi’nin K: 2008/30582 ve 12.03.2008 tarihli kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr; E.T: 23.05.2019).

²⁶ Sayıştay Temyiz Kurulu’nun K: 2008/29902 ve 05.02.2008 tarihli kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr; E.T: 23.05.2019).

diye Kanunu ile belediyelerin işleyişine ilişkin diğer düzenlemelerde yer almayan veya belediye hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili olmayan uyuşmazlıklar belediye uyuşmazlığı tanımına girmemektedir. Söz konusu Sayıştay kararında da 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamına giren uyuşmazlıkların belediye uyuşmazlığı olmadığına ve sulh yoluna gidilemeyeceğine yönelik karar verilmiştir.

E. İdari Yaptırımlarda Sulh

Yaptırım (müeyyide), herhangi bir hukuk kuralına aykırı davranışın önceden öngörülebilir ve belirli olan bir tepkiyle karşılanmasıdır. Yaptırım bir kural ihlaline karşı uygulanır ve hukuksal bir cebir (zorlama) içerir.²⁷ İdari yaptırımlar²⁸ ise idari düzeni korumaya yönelik²⁹ olarak bu müeyyidelerin idari organlar tarafından uygulanmasıdır. İdari yaptırımlar nitelik olarak idari cezalar ve idari tedbirler olarak ikiye ayrılır.³⁰ İdari cezaların caydırıcılık özellikleri, idari tedbirlerin ise önleyicilik özellikleri bulunmaktadır. Konumuza ilişkin olarak belediyeler tarafından verilecek idari yaptırımları ise Kabahatler Kanunu kapsamında verilen cezalar, aylıktan kesme disiplin cezaları, imar mevzuatı kapsamında verilen para cezaları,³¹ yine imar mevzuatı kapsamında verilen yıkım kararları ile diğer özel mevzuatlar kapsamında verilen yaptırımlar olarak örneklendirebiliriz.

İdari yaptırımlar karşısında belediyelerin sulh yetkisini kullanıp kullanamayacağı hususunda yargı kararları üzerinden inceleme yaparak sonuca ulaşılması daha faydalı olacaktır. Belediye Kanunu'nun 34. maddesine göre "Kanunlarda öngörülen cezaları vermek." görevi encümene ait bir görevdir. Kabahatler Kanunu, İmar Kanunu ve diğer özel kanunlara göre belediyeler tarafından kesilmesi emredilen ceza-

²⁷ Ali Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013, s. 5; Ramazan Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku, 1. Baskı, Asil Yayınevi, Ankara 2006, s. 10.

²⁸ "Kanunların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, kendi faaliyet ve tasarruflarıyla ilgili emir veya yasaklara uygun hareketi sağlamak amacıyla araya bir mahkeme kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle verdiği 'tenkil' edici niteliği ağır basan idari işlemlere idari yaptırım denir. Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri (Cilt-II), 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 105-106.

²⁹ Çağlayan, s. 23.

³⁰ Ulusoy, s. 25; Günday, s. 232.

³¹ 3194 sayılı İmar Kanunu madde 42 kapsamında verilen idari müeyyideler.

lar encümen tarafından bir idari yaptırım olacak şekilde yerine getirilir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu "Genel Kanun Niteliği" başlıklı 3. maddesi ile bu Kanun'un genel hükümlerinin diğer kanunlarda yer alan idari para cezalarında da uygulanabileceğini hüküm altına almıştır.³² Sayıştay Temyiz Kurulu tarafından verilen bir kararda³³ da encümen tarafından İmar Kanunu kapsamında verilen bir cezanın, encümen kararlarının idari nitelikte birer karar olmasına vurgu yapılarak, Kabahatler Kanunu'nun "Vazgeçme ve Kabul" başlıklı 30. maddesi³⁴ kapsamında yine encümen tarafından geri alınabileceği, kaldırılabilirliği, değiştirilebileceği ve aynı konuda yeni işlem tesis edilebileceğine hükmetmiştir. Aynı kararda encümen kararlarının idari yargının konusuna giren idari işlemlerden olduğu ve aksine hüküm bulunmaması halinde yetki ve usulde paralellik ilkesi³⁵ kapsamında işlem tesis edilirken izlenen aynı yol, usul ve esaslar takip edilerek geri alınabileceğine ve değiştirilebileceğine ayrıca vurgu yapılmıştır.

Somut olay incelendiğinde dava şartı gerçekleşmemiş ve sonradan iptal edilen kanunun hükmüne dayanılarak verilen mükerrer bir ceza söz konusudur. Kabahatler Kanunu'nun "Vazgeçme ve Kabul" başlıklı hükmüne dayanılarak idari işlemin geri alınması söz konusu olmuştur. Ancak, belediye encümenince verilen idari para cezasına karşı uyuşmazlık çıkması ve dava şartının gerçekleşmesi halinde hem Kabahatler Kanunu'nun 30. maddesi kapsamında ceza işleminin değiştirilebileceği hem de Belediye Kanunu'nun 18 veya 34. maddeleri kapsamında sulh yetkisinin kullanılabilirliği bir durum ortaya çıka-

³² 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 3 (Genel Kanun Niteliği) "(1) Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır."

³³ Sayıştay Temyiz Kurulu'nun K: 2013/37056 ve 30.04.2013 tarihli kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr; E.T: 23.05.2019).

³⁴ "Madde 30 - (1) Kanun yoluna başvuran kişi, bu konuda karar verilmeye kadar başvurusundan vazgeçebilir. Vazgeçme halinde bir daha aynı konuda başvuruda bulunulamaz. (2) İlgili kamu kurum ve kuruluşu da mahkeme tarafından karar verilmeye kadar kanun yolu başvurusunu kabul ederek idarî yaptırım kararını geri alabilir"

³⁵ "Bir idari işlemi tesis etmeye yetkili olan makamın, aksine bir hüküm bulunmadıkça, o işlemin ortadan kaldırılması, değiştirilmesi veya geri alınması sırasında da yetkili olmasına denir". Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 368.

çaktır. Bu gibi bir durumda belediyenin hangi yetkisinin kullanılması gerektiğinin tespitinde kanunlar ihtilafının varlığı ve kesilen cezaların hukuki niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Kanaatimizce bu konuda kanunlar ihtilafından öte kesilen cezaların hukuki niteliğinin göz önünde bulundurulması gerektiğidir.

Öncelikle idari cezaları değerlendirecek olursak, belediye encümeni tarafından kesilen cezalar birer idari ceza ve idari işlemdir. İdari işlemlerin icraîlik özelliği gereği tek yanlı olarak açıkladığı iradeye dayalı sonuç doğurabilir³⁶ ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanırlar. Bir idari işlem olan cezaların zorlama, ıslah etme, belirlenen kurallara uyulmasını sağlamak gibi tek taraflı üstünlüğünün olduğu özellikleri vardır. Bu sebeplerle idari cezalar için sulh yoluna gidilmesi, idari işlemin özüne uygun olan bir durum değildir. Kanaatimizce kesilen cezalar, dava konusu bir uyuşmazlık haline gelse bile pazarlık konusu edilerek kaldırılması, değiştirilmesi ve yerine yeni ceza verilmesi sulh yoluyla yapılacak bir işlem değildir.³⁷ Verilen cezanın ağır ve bariz olarak hatalı olduğunun tespit edilmesi halinde belediye encümeni tarafından Kabahatler Kanunu hükümlerine göre aynı usul ve esaslar uygulanarak tek taraflı bir işlem ile geri alınması daha uygun olacaktır.

İdari tedbirlerde sulh yoluna gidilmesinde ise; idari tedbirlerin zorlama, ıslah etme, caydırma özelliklerinden öte kamu hizmetinin daha sağlıklı yürütmesini sağlamak için tedbir alma özellikleri bulunmaktadır. Kanaatimizce idari cezalar için sulh yoluna gidilemese de idari tedbirler için sulh yoluna gidilebilmelidir. İdari tedbirler için kamu yararı ve kişi yararı dengesi gözetilmek koşuluyla kamu hizmetlerinin yürütülmesi konusunda sakınca oluşturmayacak uyuşmazlıklar için sulh yoluna gidilebilmesi³⁸ gerekmektedir.

³⁶ Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2013, s. 279; Ramazan Yıldırım/Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri (C:II), 1. Baskı, Astana Yayınevi, Ankara 2019, s. 67.

³⁷ Mehmet Karaarslan, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi", *TBB Dergisi*, Cilt: 140, Yıl: 2019, s. 108; Gürsel Özkan, "Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü", Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 29-31 Ağustos 2016, s. 263.

³⁸ Salihli Belediye Meclisinin, K:2017/26 sayılı ve 01.03.2017 tarihli tapu iptali ve tescil davasına yönelik sulh talebinin kabulüne yönelik karar; Salihli Belediye Meclisi'nin, K:2017/10 sayılı ve 03.01.2017 tarihli tapu iptali davasından feragat kararı.

IV. SULH YETKİSİNİN KOŞULLARI

Sulh yetkisinin kullanılabilmesi için bir takım koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar; taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunması; bu uyuşmazlığın vergi, resim ve harçlar dışında olması; uyuşmazlığın dava konusu edilmesi ve uyuşmazlığın parasal miktarıdır. Bu koşullardan ilk üçünün birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Parasal miktarın değerine göre ise sulh ile yetkili organ belirlenecektir. Bu sebeple önce parasal miktar koşulu incelenecek müteakiben diğer koşullar sırasıyla değerlendirilecektir.

A. Parasal Miktar (Beş bin TL)

Belediye meclisinin görevlerinde sulh yetkisinin miktarı beş bin TL'den fazla olan uyuşmazlıklara yönelik kullanılabileceği hüküm altına alınmıştır. Encümenin sulh yetkisi ile ilgili görevinde ise parasal bir limit bulunmamaktadır. Her iki organın görevleri birlikte değerlendirildiğinde, yukarıda da bahsedildiği gibi,³⁹ miktarı beş bin TL ve daha az olan uyuşmazlıklar için yetkili organ encümen, miktarı beş bin TL'den fazla olan uyuşmazlıklar için yetkili organ belediye meclisi olacaktır.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus da 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun *"Bu Kanunun 15, 18 ve 34 üncü maddelerinde belirtilen parasal miktarlar, her yıl 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme oranına göre artırılır."* şeklinde hüküm altına alınan 83. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekliliğidir. Yani sulh yetkisi kullanılırken her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılarak yetkili organın belirlenmesi gerekmektedir.⁴⁰ 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe giren Vergi Usul Kanunu genel tebliğine (No: 512) göre 2019 yılı için belirlenen yeniden değerlendirme oranı⁴¹ %22,58'dir. 2020 yılı içinde yapılacak sulh işlemlerinde uygulanacak parasal miktar 19.165 TL⁴²olarak uygulanacaktır. Bu miktarda ve altında yapılacak

³⁹ "III. Sulh ile Yetkilendirilmiş Organlar ve Yetkinin Sınırları" bölümünde içtihatlar ışığında değerlendirilmiştir.

⁴⁰ Turan, s. 8.

⁴¹ 23 Aralık 2019 tarih ve 30987 sayılı Resmi Gazete'de (Tebliğ No: 512) yayınlanmıştır.

⁴² Parasal miktar hesaplanırken kanunun yayınlandığı yıl olan 2005 yılı için belirlenen 5.000 TL her yıl belirlenen yeniden değerlendirme oranı miktarında artırılmıştır.

sulh işlemlerinde yetki belediye encümeninde, bu miktarın üzerindeki uyuşmazlıklar için yetki belediye meclisinde olacaktır.

B. Uyuşmazlığın Varlığı

Uyuşmazlık; taraflardan her hangi birinin bir hukuk kuralına, davranış biçimine veya bir olguya ilişkin iddia ya da talebinin diğeri tarafından itiraz, karşıt iddia veya inkâr edilmesi şeklinde karşılanan bir anlaşmazlık hali olarak tanımlanabilir.⁴³ Basit olarak düşünce, çıkar ve benzeri aykırılıklardan doğan anlaşmazlık⁴⁴ şeklinde de tanımlanabilir. Belediyelerin sulh yetkisini kullanabilmesi için öncelikle taraflar arasında bir uyuşmazlığın (ihtilafı su borcu, işçi alacağı, kiralama bedeli vb.) var olması gerekmektedir. Uyuşmazlığın var olması için karşı tarafın açık olarak iddia, inkâr gibi eylemlerde bulunmasına gerek yoktur. Karşı tarafın iddiasını kabul ettiği halde kabulünün gereğini yerine getirmemesi veya getirememesi de (örneğin borcu olduğunu kabul etmesine karşılık ödeme yapılmaması) uyuşmazlığın fiili olarak var olduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi de uyuşmazlığı “Yargı yerine taşınmış ya da taşınmamış bir konuda, konunun tarafları arasında anlaşmazlık, görüş ayrılığı bulunması halini ifade eder.” şeklinde tanımlamıştır.⁴⁵ Görüldüğü gibi sulh yetkisinin kullanılabilmesi için öncelikle ortada bir uyuşmazlık durumunun var olması gerekmektedir. Belediyelerde uyuşmazlığın çözüm yolu olarak da sulh yolu belirlenmiştir.

C. Uyuşmazlığın Vergi, Resim ve Harçlar Dışında Olması

Belediyelerde sulh yetkisi kapsamında düzenlenen maddelerde açık olarak “Vergi, resim ve harçlar dışında kalan uyuşmazlıklar” için sulh yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Vergi, resim ve harçlar için sulh yoluna başvurulduğunda yapılacak işlemler “Mahalli İdareler

2020 yılı için 2019 yılına kadar hesaplanan miktar %22,58 oranında artırılmıştır.
⁴³ Şule Şahin Ceylan, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 75; Karaarslan, s. 75.

⁴⁴ Google sözlükten alınmıştır (E.T: 28.05.2019).

⁴⁵ Anayasa Mahkemesinin E: 2005/32, K: 2007/3 ve 18.01.2007 tarihli kararı (29 Aralık 2007 tarih ve 26741 sayılı Resmi Gazete’ de yayınlanmıştır.); Çelik, s. 34.

Uzlaşma Yönetmeliği⁴⁶ hükümlerine göre yapılacaktır. Bu yönetmeliğin 2. maddesi⁴⁷ ile belediyelerin vergi, resim ve harçlarının yönetmeliğin kapsamı içine girdiği belirtilmiştir. Belediyelerde vergi, resim ve harçlar için uzlaşma yapılması söz konusu yönetmelikte ayrıntılı olarak anlatıldığı için bu konu hakkında değerlendirme yapılmayacaktır. 5393 sayılı Kanun kapsamında sulh yetkisinin kullanılabilmesi için mutlak suretle söz konusu uyuşmazlığın vergi, resim ve harçlar dışında olması gerekmektedir.

D. Dava Konusu Olma Şartı

1. Genel Olarak Dava Şartı

Belediye uyuşmazlıklarının sulh yoluyla tasfiye edilebilmesi için bir diğer şart da açılmış ve devam eden bir davanın var olması gerekliliğidir. Taraflar uyuşmazlığa düşmüş olsalar bile dava şartı sağlanmadan sulh yoluna gidilebilmesi mümkün değildir. Dava konusu olma şartı sayesinde uyuşmazlık olsa bile taraflardan herhangi birisi dava açma şartını sağlamadan sulh yoluna gidilemeyecektir. Belki de kanun koyucu, belediyelerin sulh yetkisini dava şartı ile sınırlamak istemiştir. Ya da aslında arada bir uyuşmazlık olmadığı halde muvazeleni olarak uyuşmazlık varmış gibi gösterilerek sulh yoluna gidilmesinin önünün kapatılması istenmiştir. Çünkü gerçekten uyuşmazlık olması ve tarafların bunu dostane yollarla çözmek istemesi halinde önce dava açılması hem gereksiz usul işlemleri ile uğraşılmasına sebep olmakta, hem yargılama gideri, vekâlet ücreti gibi ilave maddi yükümlülükler doğurmakta hem de yargı mercilerinin gereksiz yere meşgul edilmesine sebebiyet vermektedir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde devletin yargı yetkisi dışında kalan alternatif çözüm yöntemlerinin tercih edilmesinin belli başlı sebepleri ve avantajları bulunmaktadır. Bunlar; uyuşmazlığın makul sürede çözüme kavuşturulması, yargı yerlerinin iş yükünün azaltılarak diğer yargı işlemlerinin makul sürede tamamlanması, düşük meblağlı uyuşmazlıklar için ayrı bir yargılama mercii

⁴⁶ 01.08.2003 ve 25186 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanmıştır.

⁴⁷ "Bu Yönetmeliğin kapsamına il özel idareleri ve belediyelerce ikmalen, re'sen veya idarece tarh ve tebliğ edilen vergi, resim ve harçlar ile bunlara ilişkin olarak kesilecek vergi ziyai cezaları girer."

olmadığı için aynı yargılama usulüne göre çözüme kavuşturulması eksikliğinin giderilmesi gibi avantajlardır.⁴⁸ Belediyenin sulh yetkisinde temel amaç uyuşmazlığın kamu yararı ve hizmet gerekleri⁴⁹ göz önünde bulundurularak çözüme kavuşturulmasıdır. Uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için dava açma şartının var olmasının sulh yetkisinin özüne pek uygun olmadığı kanısındayım.

Sulh yetkisinin temel amacı uyuşmazlığın taraflar arasında çözüme kavuşturulmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin il genel meclisinin, il özel idaresi alacaklarının tasfiyesine karar verme yetkisini yasanın diğer bir maddesi ile çeliştiği gerekçesiyle iptal ettiği kararında "...mevzuatımıza göre, davaya veya icraya intikal etmiş olsun veya olmasın ihtilafların sulh yoluyla hallinde menfaat bulunduğu takdirde, yasa ile yetkili kılınan makamların yine yasada belirlenen ölçütler çerçevesinde bu yöntemi uygulamalarında Anayasal bir sorun bulunmamaktadır" yönünde karşı oy⁵⁰ yazıları mevcuttur. Kanaatimizce tarafların menfaatinin bulunması halinde sulh yetkisinin amaç unsuru yönünden, dava şartı oluşmasa dahi diğer belirli şartların oluşması durumunda uyuşmazlıkların çözümü için sulh yoluna gidilebilmesi gerekmektedir. Belediyenin bu işlemdeki menfaati de belde sakinlerinin huzur ve sükûnunun, kamu yararının ve hizmet gereklerinin sağlanmasıdır.

Dava açma şartı belediyenin sulh yoluna gidilebilmesi için işlemin amaç unsuru yönünden gerekli olmasa da kanunun açık ve bağlayıcı hükmü gereği usul işlemi olarak olmazsa olmaz bir koşuldur. Dava açma şartının icra takibi ve arabuluculuk kurumuna başvurulması halinde sağlanıp sağlanmayacağına özel olarak değinmek faydalı olacaktır.

2. İcra Takibi

İcra organları tarafından cebri icranın ilerlemesini sağlayıcı bir niteliği bulunan ve borçluya karşı yapılan işlemlere icra takip işlemleri

⁴⁸ Gülgün İldr, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", TBB Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Cilt:1, Sayı:55, Yıl:2004, s. 386.

⁴⁹ Danıştay 12. D, E: 1996/518, K: 1996/755, T: 12.03.1996; Danıştay 5. D, E: 1988/3400, K: 1991/178, T: 12.02.1991; Danıştay 11. D, E: 2001/3678, K: 2004/94, T: 21.01.2004 (Akt. Çelik, s. 37).

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin E: 2005/32, K: 2007/3 ve 18.01.2007 tarihli kararının Üye Necmi Özler'in karşı oy yazısından alınmıştır. (29 Aralık 2007 tarih ve 26741 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanmıştır.); Çelik, s. 36.

denir. İcra takip işlemleri bir usul işlemi olup, aralarında büyük farklılıklar olmasına karşın usul işlemleri arasından en çok mahkeme usul işlemlerine benzemektedir. İcra takip işlemleri icra organları tarafından yerine getirilmektedir. Bu organlar yargı mercilerinden bağımsız idari organlardır. İcra takip işlemi taraflar arasında uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak yapılır.⁵¹ Görüldüğü gibi icra takibi aslında bir yargı tasarrufu değildir. İcra takibine başlanmış olması dava açıldığını göstermez. Yalnızca arada borç ilişkisine yönelik uyuşmazlığın icra organı aracılığıyla ileri sürülmesinden ibarettir. İcra takibinin muhatabının takibe itiraz etmesi halinde, itirazın iptaline yönelik dava açılması durumunda dava şartı tartışmasız olarak sağlanacaktır. Bu konuda dava açma şartının sağlanıp sağlanmayacağına yönelik yargı kararları incelendiğinde icra takibine başlanmış olmasının dava konusu sayılacağına ilişkin yerleşmiş içtihatlar⁵² bulunmaktadır. Mevcut içtihatlar değerlendirildiğinde icra takibi başlatılmış olması dava şartının yerine getirildiğini göstermektedir. İcra takibi başlatılmış olan bir uyuşmazlık için belediyenin yetkili organlarınca sulh yoluna gidilebilir.

3. Arabuluculuk

Arabuluculuk; 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” 2. maddesi ile düzenlenen tanıma göre “*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 çö-*

⁵¹ Nilüfer Boran Güneysu, “İcra Takip İşlemleri”, *TBB Dergisi*, Cilt: 101, Yıl: 2012, s. 37.

⁵² “İlgili hakkında icra takibine başlanılmış olması da dava konusu sayılacağından...” Sayıştay Temyiz Kurulu’nun, K:2013/37253, 28.05.2013 tarihli kararı; “Ödenmeyen kira bedellerinin tahsili amacıyla icra takibi başlatılmakla, kira alacakları dava konusu haline gelmiş, kiracılar ile belediye arasında uyuşmazlık doğmuştur” Yargıtay 4. HD, E: 2015/16458, K: 2016/6988, T: 26.05.2016; “...icra takibi başlatılmakla, kira alacakları dava konusu haline gelmiş...” Yargıtay 4. HD, E: 2016/8785, K: 2016/12384, T: 20.12.2016; “Kiracılar aleyhine, ödenmeyen kira bedellerinin tahsili amacıyla icra takibi başlatılmakla, kira alacakları dava konusu haline gelmiş...” Yargıtay 4. HD, E: 2017/2567, K: 2017/7776, T: 30.11.2017 (www.sinerjimevzuat.com.tr; E.T: 25.05.2019).

züm yöntemi” şeklinde tanımlanmıştır.⁵³Belediyeler de aynı Kanun’un 1. maddesi⁵⁴ gereği olarak; serbestçe tasarrufta bulunabileceği iş ve işlemlerden doğan ve özel hukuk ilişkisine dayanan uyuşmazlıkların çözümlenmesi için arabuluculukta taraf olabilirler. Arabuluculuk ile sulh yetkisi arasındaki ilişkide incelememiz gereken iki önemli husus bulunmaktadır. Birincisi belediyeler arabuluculuk kapsamında sulh yetkisini kullanabilir mi? Diğeri ise uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilebilir mi?

Uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurulması halinde belediyenin sulh yetkisini kullanabilmesi için, 6325 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre belediyelerin bu konuda serbestçe tasarrufta bulunabilmesi ve uyuşmazlığın özel hukuk ilişkisine dayanması gerekmektedir. Belediyelerin sulh yetkisinin kullanılmasında, Belediye Kanunu’nun 15, 18 ve 34. maddeleri gereği belediyenin sulh ile yetkili organlarının diğer koşulların gerçekleşmesi halinde serbestçe tasarruf yetkisine sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bu tasarruf yetkisi uyuşmazlığın niteliğine göre belediye meclisi ve belediye encümenine aittir. Yani belediyeyi temsilen arabulucu görevlendirme işlemi, eğer sulh yetkisi kullanılacaksa duruma göre belediye meclisi tarafından veya encümen tarafından usulüne uygun olarak verilmiş bir karara dayanarak yapılmalıdır.⁵⁵ Aksi halde görevlendirilen arabulucu sulh yetkisi kapsamında bir işlem yapamayacaktır. Örneğin belediye başkanı sulh yetkisi konusunda serbestçe tasarruf edebileceği bir yetkiye sahip olmadığı gibi belediye başkanının bu konuda bir görevlendirme veya vekâlet vermesi de söz konusu değildir.

⁵³ Benzer tanımlar için: Hakan Pekcanitez/Muhammet Özeker/Mine Akkan Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku C. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2813; Karaarslan, s. 77.

⁵⁴ “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır”.

⁵⁵ “Belediye uyuşmazlıklarında belediye meclisinin bu yönde bir kararı olmaksızın belediye başkanının temyizden feragatinin mümkün olmadığı” Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, E:2016/7-2655 K:2018/682 sayılı ve 04.04.2018 tarihli karar; “... belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragate karar verme yetkisinin Belediye Meclisinde olduğu, dosya içerisinde taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak Belediye Meclisinden alınmış bir sulh ve kabul kararı bulunmadığı...” Y5D, E: 2019/3871, K: 2019/13118 sayılı ve 01.07.2019 tarihli karar; benzer bir karar Y5D, E: 2019/927, K: 2019/12509 sayılı ve 25.06.2019 tarihli karar (www.sinerjimevzuat.com.tr; E.T: 25.08.2019).

Arabuluculuğa başvurunun dava şartını karşılayıp karşılamayacağına tespit edilmesi de önemli bir husustur. Sulh yetkisinin madde metinleri açık olarak dava şartını zorunlu kılmıştır. Arabuluculuk da bir yargılama işlemi olmadığı için dava şartını karşılayacak hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir işlem değildir. Mevcut düzenlemeler ile arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilemez. Ancak arabuluculuk müessesesi, Belediye Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte henüz var olmayan bir düzenleme idi. Belediye Kanunu hazırlanırken kanun koyucunun dava şartında arabuluculuğu göz önünde bulundurmasının da imkânı yoktu. Ayrıca icra takibi de aslında bir yargılama işlemi olmadığı halde yargı mercilerince dava şartını karşıladığı yönünde yorumlanmaktadır. Kanaatimizce bu yorum karşısında arabuluculuğun da uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayacak olması sebebiyle kamu yararı ve hizmet gereklerinin gözetilmesi şartıyla dava şartı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Mevcut düzenlemelerle bu kabulün uygulanması güç olarak gözükmekte ise de arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilebilmesi için Arabuluculuk Kanunu'nda veya Belediye Kanunu'nda ilgili maddelerinin düzenlenmesi ile kanun boşluklarının doldurulmasına veya yargı mercilerinin vereceği istikrarlı kararlara ihtiyaç duyulmaktadır.

V. SULH YETKİSİNİN DEVRİ

İdari bir makama verilmiş olan bir yetki sadece o makam tarafından kullanılabilir. İstisnai olarak ve ancak kanunen izin verilen durumlarda⁵⁶ bu yetki diğer makamlara devredilebilir.⁵⁷ Yetki devrinin hukuka uygun olabilmesi için bir takım koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar; yetki devrinin kanunla öngörülmesi, açıkça veya zımnen yasaklanmamış olması, yazılı ve kısmi olması, sınırlarının belirli olması, kişiye değil makama olması ve yetki devrinin gizli kalmamasıdır.⁵⁸

⁵⁶ "...yetki unsuru denilen karar alma yeteneğinin kamu görevlilerine tanınan bir güç olduğu, yetki devrinin hukukten geçerli olabilmesinin kanunen izin verilmiş olmasına bağlı olduğu..." Danıştay 1. Dairesi'nin, 84/155 sayılı ve 05.07.1984 tarihli kararı. (Akt.: Serdar İğdeler, "Yönetim Sorumluluğu Açısından Belediyelerde Yetki ve Sorumluluk", *Türk İdare Dergisi*, s. 204).

⁵⁷ Günay, s. 140.

⁵⁸ Cengiz Derdiman/Yusuf Uysal, "Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri", *Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 27, Cilt: 2014/2, Yıl: 2016, s. 257; Yahya

Belediyelerde sulh yetkisi ile yetkilendirilmiş organların bu yetkilerini hukuka uygun olarak devredebilmesi için de yukarıda sayılan koşulların var olması gerekmektedir. Yetki devrinin yazılı olması, gizli kalmaması, makama yapılması gibi usul işlemleri açısından sulh yetkisinin devredilmesi hususunda belediyeler tarafından hukuka uygun hareket edilebilir. Ancak sulh yetkisinin devredilebileceği ile ilgili kanunda açık ya da zımni bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple belediyenin organları tarafından dayanağını kanundan almayan bir yetki devri yapılamaz. Belediye meclislerince sulh yetkisi kapsamında alınan kararları incelediğimizde kanunun açık olarak meclise yetki verdiği ve devredilebileceğine yönelik bir hüküm olmadığı halde sulh yetkisini tamamen belediye başkanına devrettiği⁵⁹ hukuka aykırı kararları görebiliriz. Belediyelerin sulh yetkisini kullanmasında temel amaç kamu yararadır. Sulh yetkisinin, uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamak amacıyla olsa dahi usulüne uygun olmayarak belediye organları arasında yetki devri yapıldığı ve bu yetkinin hukuka aykırı şekilde kamu yararı dışında kullanılabilmesi açıktır.

Belediye başkanının, sulh yetkisi kapsamındaki görevi yetkili organlar tarafından alınan sulh kararlarının uygulanmasından ibarettir. Belediye başkanının görevleri içerisinde “Meclis ve encümen kararlarını uygulamak.”⁶⁰ ve “Belediyeyi Devlet dairelerinde ve törenlerde, davacı veya davalı olarak da yargı yerlerinde temsil etmek veya vekil

Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku (Cilt: 1), Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 324.

⁵⁹ “...vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beş bin TL’den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiye, kabul ve feragatle karar vermek üzere başkanlık makamına yetki verilmesine ilişkin teklifin TEKLİF KARAR şeklinde kabulüne meclise katılanların oy birliği ile karar verilmiştir”. Beşiktaş Belediye Meclisi’nin, 2019/29 sayılı ve 06.05.2019 tarihli kararı (www.besiktas.bel.tr; E.T.: 09.09.2019); “...davacı ile davalılar arasında sulhe karar verilmesi ve bu amaçla protokol yapılması için Belediye Başkanımız...meclis kararı ile yetki verilmiştir.” Zeytinburnu Belediye Meclisi’nin, 2018/36 sayılı ve 07.03.2018 tarihli kararı (www.zeytinburnu.bel.tr; E.T.: 15.06.2020); Antalya Muratpaşa Belediyesi tarafından “Sulh için belediye meclisince harç ve yargılama giderlerinden tasarruf sağlanmak gibi bir gerekçe esas alınarak belediye encümenine yetki verildiği, encümen kararı ile de harç yargılama giderleri davacılar da kalmak üzere piyasa rayiç değeri oldukça yüksek olan bu gayrimenkullerin ilama bağlanmadan haksız bir şekilde bağışlayanların mirasçılarına bedelsiz devredildiği...” Ekim 2018 tarihli, Antalya Muratpaşa Belediyesi 2017 yılı Sayıştay Denetim Raporu (www.sayistay.gov.tr; E.T.: 15.06.2020).

⁶⁰ 5393 sayılı Belediye Kanunu md. 38/h.

tayin etmek"⁶¹ görevleri bulunmaktadır. Bu kapsamda belediye meclisi veya encümen tarafından alınan sulh kararları belediye başkanı tarafından uygulanabilir⁶² veya mahkeme huzurunda yapılan sulh tekliflerini ilgisine göre meclis veya encümen tarafından karar alındıktan sonra kabul ya da feragat⁶³ edilebilir. Belediye başkanının bu görevlerini yetki devri ile karıştırmamak gerekir.

SONUÇ

Uyuşmazlıklar karşısında alternatif çözüm yollarına başvurma ihtiyacının ve buna yönelik yapılan düzenlemelerin arttığı bir dönemde demokrasinin beşiği olarak kabul edilen yerel yönetim birimi olan belediyelerde uyuşmazlıklara karşı çözüm yolu olarak sulh yoluna gidilmesi kabul edilmektedir. Ancak sulh yoluna başvuru şartları, yalnızca maddi değeri olan uyuşmazlıklar ve dava konusu olma koşulları ile adeta sulh olmama yoluna dönüştürmüş durumdadır. Oysaki maddi değeri olan uyuşmazlıklar için sulh yoluna başvurulabiliyorsa, maddi değeri olmayan uyuşmazlıklar için evleviyetle sulh yoluna başvurulabilmesi gerektiği ve diğer bir zorlayıcı koşul olan dava konusu olma şartının madde metninden çıkarılarak, belediyelere daha özerk hareket edebilme imkânı verilmesi gerekmektedir. Dava konusu olma şartında özellikle arabuluculuk kurumunu ele alacak olursak mevcut düzenlemeler ile yargı yerlerinin iş yükünü azaltmak için oluşturulan arabuluculuk kurumunda, dava şartı sağlanmadığı için sulh yoluna gidilememesi gibi abes bir durum oluşmaktadır.

Belediyelerde sulh yetkisi belediye meclisi ve belediye encümeni eliyle kullanılabilir. Mevcut düzenlemelere göre sulh yetkisinin organlar arası paylaşımı madde metinlerinden açık olarak anlaşılamamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 2007 yılında verdiği bir ka-

⁶¹ 5393 sayılı Belediye Kanunu md. 38/c.

⁶² Örnek kararlar için: Bayındır Belediye Meclisi'nin K:2016/1-46 sayılı ve 05.02.2016 tarihli kararı (www.bayindir.bel.tr; E.T.: 09.09.2019); Malkara Belediye Meclisi'nin 59 karar numaralı ve 03.03.2016 tarihli kararı (www.malkara.bel.tr; E.T.: 09.09.2019).

⁶³ "5393 sayılı Belediye Kanunu uyarınca miktarı beş bin Türk Lirasını geçen belediye uyuşmazlıklarında belediye meclisinin bu yönde bir kararı olmaksızın belediye başkanının temyizden feragatinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, E: 2016/7-2655, K: 2018/680 sayılı ve 04.04.2018 tarihli kararı (www.kazanci.com, E.T: 19.09.2019).

rarda yaptığı yorumu esas alarak beş bin TL ve daha az miktarı olan uyuşmazlıklarda belediye encümeninin, beş bin TL'den daha fazla olan uyuşmazlıklar için belediye meclisinin yetkili olduğu kabul edilmiştir.

Belediye encümeninin sulh yetkisini düzenleyen madde metninden tek başına sadece maddi uyuşmazlıklara ilişkin olduğu çıkarılabilecek olsa bile, encümeni ve onun görevlerini yürütme organına ait olarak kabul etme gayretimiz sayesinde yalnızca maddi uyuşmazlıklara ilişkin olarak sulh yoluna başvurulabildiği kabul edilmektedir.

Belediye meclisi ile encümen arasında paylaşılan sulh yetkisinin karar organına ait bir yetki mi yönetim organına ait bir yetki mi tartışmasına bir son vermek adına, bu yetki tamamen belediye meclisine verilmeli veya basit işlerde encümene yetki verilmek isteniyorsa aradaki yetki sınırının daha net bir şekilde çizilerek madde metninde düzenlenmelidir. Kanaatimizce sulh yetkisinin özüne aykırı olan dava konusu edilme gibi bir koşul madde metninden çıkarılarak, sulh yetkisinin kapsamının sadece maddi uyuşmazlıklar olmadığı ve yetkinin kapsamının açık olarak belirlendiği düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Sulh yetkisi kapsamındaki mevcut durumda, belediye meclisi ile encümen arasındaki yetki paylaşımında uyuşmazlığın maddi değerine göre bir sınır bulunmaktadır. Kanun metninde bu sınır beş bin TL olarak belirlenmiştir. Yine kanun metninde bu parasal değer her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. 2020 yılı itibarıyla bu sınır yeniden değerlendirme oranına göre hesaplandığında 19.165 TL olmaktadır. Sulh yetkisinin kullanılmasına yönelik belediye meclislerince verilen kararlar incelendiğinde kararların neredeyse tamamında bu değer tekrar hesaplanmadan madde metnine atıfta bulunulduğu ve yetki paylaşımında göz önünde bulundurulmadığı tespit edilebilmektedir. Alınan sulh kararlarında yetki yönünden sakatlık olmaması ve hukuka uygun kararlar verilebilmesi için söz konusu parasal eşik değer yeniden değerlendirme oranına göre mutlaka hesaplanarak yetkili organın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

Sulh yetkisinin devredilmesi konusunda belediyeler tarafından hukuka aykırı olacak şekilde yetki devri işlemleri yapılabilmektedir. Kanunun işaret etmediği halde belediye meclislerince sulh yetkisi ta-

mamen belediye başkanlarına devredilmektedir. Bunun sonucu olarak belediye başkanları tarafından yetkisiz olarak alınan sulh kararları ile de açık olarak kanuna aykırı hareket edilmektedir. Hukuka uygun hareket edilmesi adına sulh kararları belediyenin yetkili organlarıncı verilmeli ve belediye başkanına sadece verilen kararın uygulanmasına yönelik talimat verilmelidir. Veyahut mahkeme huzurunda sulh kabulü yapılacaksa mevcut duruma özgü olarak belediye başkanı tarafından sulh teklifinin kabul edilebileceğine yönelik kararlar alınarak uygulanmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- Bilge Necip/Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (422), Ankara 1978.
- Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, 1. Baskı, Asil Yayınevi, Ankara 2006.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2013.
- Gözler Kemal, Mahalli İdareler Hukuku, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017.
- Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri (Cilt-II), 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Pekcanıtez Hakan/Özekes Muhammet/Akkan Mine/Taş Korkmaz Hülya, Medeni Usul Hukuku (Cilt III), 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Şahin Ceylan Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- Tortop Nuri/Aykaç Burhan/Yayman Hüseyin/Özer Akif, Mahalli İdareler, 2. Baskı, Nobel Yayınevi, Ankara 2008.
- Ulusoy Ali, İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2013.
- Yıldırım Turan/Yasin Melikşah/Kaman Nur/Özdemir Eyüp/Üstün Gül/Okay Tekinsoy Özge, İdare Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2018.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2016.
- Yıldırım Ramazan/Çınarlı Serkan, Türk İdare Hukuku Dersleri (Cilt II), 1. Baskı, Astana Yayınevi, Ankara 2019.
- Zabunoğlu Yahya Kazım, İdare Hukuku (Cilt I), Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2012.

Makaleler

- Boran Güneysu Nilüfer, "İcra Takip İşlemleri", *TBB Dergisi*, Cilt: 101, Yıl: 2012, s. 31-60 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1197>, E.T: 29.05.2019).
- Çelik Lamih, "Belediye Meclisinin Uzlaşma Yetkisi", *Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi*, Cilt:13, Sayı: 1, Yıl: 2008, s. 34-37.
- Derdiman Cengiz/Uysal Yusuf, "Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri", *Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 27, Cilt: 2014/2, Yıl: 2016, s. 251-277 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/235994>, E.T: 20.09.2019).
- Hasoğlu Aynur, "İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Yargı Dışı Çözüm Yolu Olarak Sulh", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 65-87 (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/387045>, E.T: 22.05.2019).
- Ildır Gülgün, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", *TBB Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Cilt:1, Sayı:55, Yıl:2004, s. 385-392 (<http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/75-2004-275.pdf>, E.T: 22.04.2019).
- İğdeler Serdar, "Yönetim Sorumluluğu Açısından Belediyelerde Yetki ve Sorumluluk", *Türk İdare Dergisi*, s. 199-224 ([www.tid.gov.tr /Makaleler](http://www.tid.gov.tr/Makaleler), E.T: 12.09.2019).
- Karaarslan Mehmet, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi", *TBB Dergisi*, Cilt: 140, Yıl: 2019, s. 71-113 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-140-1816>, E.T:17.05.2019).
- Özkan Gürsel, "Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü", *Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı*, 29-31 Ağustos 2016, s. 260-267 (<https://www.avekon.org/papers/1544.pdf>, E.T: 11.05.2019).
- Turan Sedat, "Belediye Alacaklarının Sulh Yoluyla Tasfiye Edilmesi", *Yönetişim Dergisi*, Cilt: 39, Sayı: 4, Yıl: 2012, s. 8-10 (<https://docplayer.biz.tr/4336721-2-danisma-kurulu-yazarlarimiz-11-resmi-gazete-gectigimiz-ay.html>, E.T: 01.05.2019).
- Yeşilyurt Duran Allı, "İptal Davalarında Sulh", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 121-154 (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/424886>, E.T: 10.05.2019).

Tezler

- Cideciğiller Aynur, İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yolu ile Çözülmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2014.

İnternet Kaynakları

- www.avekon.org
www.bayindir.bel.tr
www.besiktas.bel.tr
www.dergipark.org.tr
www.kazanci.com.tr
www.malkara.bel.tr
www.resmigazete.gov.tr
www.sayistay.gov.tr
www.sinerjimevzuat.com.tr

www.sozluk.gov.tr

www.tbbergisi.barobirlik.org.tr

www.tid.gov.tr

www.zeytinburnu.bel.tr

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, E: 2005/32, K: 2007/3 ve 18.01.2007 tarihli kararı.

Anayasa Mahkemesi, E: 2005/95, K: 2007/5 ve 24.01.2007 tarihli kararı.

Danıştay 5. Daire, E: 1988/3400, K: 1991/178 ve 12.02.1991 tarihli kararı.

Danıştay 11. Daire, E: 2001/3678, K: 2004/94 ve 21.01.2004 tarihli kararı.

Danıştay 12. Daire, E: 1996/518, K: 1996/755 ve 12.03.1996 tarihli kararı.

Sayıştay 4. Daire, K: 2008/30582 ve 12.03.2008 tarihli kararı.

Sayıştay Temyiz Kurulu, K: 2013/37056 ve 30.04.2013 tarihli kararı.

Sayıştay Temyiz Kurulu, K: 2008/29902 ve 05.02.2008 tarihli kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin, E: 2015/16458, K: 2016/6988 ve 26.05.2016 tarihli kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin, E: 2016/8785, K: 2016/12384 ve 20.12.2016 tarihli kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin, E: 2017/2567, K: 2017/7776 ve 30.11.2017 tarihli kararı.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin, E: 2019/927, K: 2019/12509 ve 25.06.2019 tarihli kararı.

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin, E: 2019/3871, K: 2019/13118 ve 01.07.2019 tarihli kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, E: 2016/7-2655, K: 2018/680 ve 04.04.2018 tarihli kararı.

Belediye Meclisi Kararları

Bayındır Belediye Meclisi'nin, K:2016/1-46 sayılı ve 05.02.2016 tarihli kararı.

Malkara Belediye Meclisi'nin, 59 karar numaralı ve 03.03.2016 tarihli kararı.

Beşiktaş Belediye Meclisi'nin, 2019/29 sayılı ve 06.05.2019 tarihli kararı.

Zeytinburnu Belediye Meclisi'nin, 2018/36 sayılı ve 07.03.2018 tarihli kararı.

Salihli Belediye Meclisi'nin, K:2017/26 sayılı ve 01.03.2017 tarihli kararı.

Salihli Belediye Meclisi'nin, K:2017/10 sayılı ve 03.01.2017 tarihli kararı.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA 20 MART 2020 TARİHLİ KANUN TEKLİFİ'NE İLİŞKİN BAZI AÇIKLAMALAR VE KANUN TEKLİFİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EXAMINATION AND EVALUATION ON
THE PROPOSED BILL DATED 20 MARCH 2020 AMENDING
THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND OTHER LAWS

Selçuk ÖZTEK*
Sema TAŞPINAR AYVAZ**
Serdar KALE***

Özet: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi” 20.03.2020 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na arz edilmiştir. Bu teklif ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun elli maddesinde değişiklik yapılması öngörülmektedir. Değişiklikler yapılırken HMK’nın ruhunu ve amacını muhafaza etmek bakımından özel bir titizlik gösterilmiş ve bu bağlamda değişikliklerde HMK’nın aksayan yönlerinin tespit edilmesi ve çözüm bulunması, ön inceleme kurumunun gözden geçirilmesi, yargılama usullerinin daha işlevsel hale getirilmesi gibi amaçlar ön planda tutulmuştur. Değişiklikleri hazırlayan Bilim Komisyonunda yer alan üyeler tarafından hazırlanan bu makalede, HMK’da yapılacak değişiklikler detaylı bir şekilde incelenip değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değişikliği, Ön İnceleme, Yargılamanın Aksayan Yönleri

Abstract: “The Proposed Bill Amending the Code of Civil Procedure and Other Laws” was proposed to Grand National Assembly of Turkey on 20.03.2020. In this proposal, it is anticipated to amend the fifty articles of the Code of Civil Procedures No: 6100. A great care and ultimate attention have been taken to maintain the spirit

* Prof. Dr., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, soztek@ttmail.com, ORCID: 0000-0002-6145-0967

** Prof. Dr., TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, semataspinarayvaz@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0978-2785

*** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, skale@medipol.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4179-8146, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.06.2020 Kabul Tarihi: 16.06.2020

and purpose of the Law while making amendments and in this context, objectives such as identifying and finding solutions to defunct aspects of the Code of Civil Procedure, reviewing the preliminary examination institution, and making the judicial procedures more functional have been prioritized. In this article prepared by the members of the Academic Council who prepared the amendments, the amendments to be made in Code of Civil Procedure were examined and evaluated in detail.

Keywords: Amendment to Code of Civil Procedure, Preliminary Examination, Defunct Aspects of Judgment

Bilindiği gibi, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*” 20.03.2020 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na arz edilmiştir.

Teklif sahibi Sayın Milletvekilleri; Adil Çelik, Abdullah Güler, Ramazan Can, Ali Özkaya, Orhan Kırçalı, Salih Cora, İshak Gazel, Yılmaz Tunç, Mustafa Arslan, Yusuf Ziya Yılmaz, Mustafa Demir, Atay Uslu, Kemal Çelik, İbrahim Aydın, Yakup Taş, Ziver Özdemir, Hacı Turan, Necip Nasır, Abdulahat Arvas, Mücahit Durmuşoğlu, İsmail Tamer, Ayşe Keşir, Ahmet Çakır, Mehmet Mehdi Eker, Ahmet Aydın, Fehmi Küpçü, Özlem Zengin, Serkan Bayram, Ebubekir Bal, Salim Çivitçioğlu, Selim Yağcı, Metin Yavuz, İlyas Şeker, Hakan Çavuşoğlu, Niyazi Güneş, Belgin Uygur, Yavuz Subaşı, Ekrem Çelebi, Nilgün Ök, Osman Öner, Hakan Kahtalı, Halit Özsavcı, Selman Özboyacı, Recep Akdağ, Orhan Yegin, Fatma Aksal, Zehra Taşkesenlioğlu Ban, Abdullah Doğru, Cengiz Demirkaya, Ahmet Kılıç, Cumhur Ünal, F.Alpay Özalan. Semiha Ekinci, Hacı Bayram Türkoğlu, Zemzem Gülender Açıanal, Hüseyin Şanverdi, Mustafa Kendirci, Tahir Akyürek, M. Sait Kirazoğlu, Tamer Dağlı, Müslüm Yüksel, Yücel Menekşe, Selim Gültekin, Yunus Kılıç, İffet Polat, Şermin Balık, Halil Etyemez, Orhan Erdem, Selami Altınok, M. Levent Karahocagil, Nazım Maviş, Canan Kalsın, Mustafa Ataş, Hacı Ahmet Özdemir, Refik Özen, Lütifiye Selva Çam, İsmail Güneş, Yusuf Beyazıt, Yusuf Başer, Atilla Ödünç, Ahmet Özdemir, Hasan Çilez, Oya Eronat, Feyzi Berdibek, Mustafa Savaş, Bekir Kuvvet Erim, Tülay Kaynarca, Zeynep Yıldız, Selman Oğuzhan Eser, Meliha Akyol, Ali Cumhur Taşkın, Polat Türkmen, İbrahim Yurdunuseven, Murat Baybatur, Şirin Ünal, İmran Kılıç, Yaşar Kırkpınar, Cihan Pektaş, Fuat Köktaş, Mustafa Açıkgöz, Rümeyza Kadak, Uğur Aydemir, Mustafa Canbey, Mehmet Erdoğan, Emine Yavuz Gözgeç, Şahin Tin, Yavuz

Ergun, Arife Polat Doğan, İsmail Kaya, Habibe Öcal, Ali Şahin, İrfan Kartal, Ahmet Zenbilci, Mehmet Ali Cevheri, Zülfü Demirdağ, Asuman Erdoğan, Emine Zeybek, Çiğdem Koncagül, Oğuzhan Kaya, Yasin Uğur, İbrahim Aydemir, Ziya Altunyaldız, Sabri Öztürk, Cemil Yaman, Mehmet Altay, Ahmet Akay, Ergün Taşçı, Şenel Yediyıldız'dır.

Yukarıda isimleri belirtilen bu 130 saygıdeğer milletvekiline, Kanun Teklifinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne arz edilmesindeki değerli katkıları için teşekkürlerimizi Bilim Komisyonu adına burada arz etmek istiyoruz.

6100 sayılı "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun aksayan yönlerinin tespit edilmesi ve çözüm bulunması, ön inceleme kurumunun gözden geçirilmesi, yargılama usullerinin daha işlevsel hale getirilmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hukuk yargılamasında etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve buna mani unsurların sistem dışına çıkarılması amacıyla*" 30.03.2015 tarihli Makam Olur'uyla kurulan ve 29.04.2015 tarihli Genel Müdür Olur'uyla da üyesi olarak görevlendirildiğimiz Bilim Komisyonu **otuz beş tam gün toplantı yaparak** kendisine tevdi edilen görev kapsamındaki çalışmalarını tamamlamış ve 07.06.2017 tarihinde "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı*"nı Adalet Bakanlığı'na tevdi etmiştir. Bu tarihten sonra Taslak, Bakanlık içinde tartışılmış ve ayrıca **hemen** Yargıtay'a, Danıştay'a, bütün ilk derece hukuk mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin hukuk dairelerine, tüm bakanlıklara, bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversitelere, çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarına görüşe gönderilerek gelen cevaplar Bilim Komisyonu tarafından değerlendirilmiş; bu gayret ve emekler, 20.03.2020 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına arz edilen "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*"yle sonuçlanmıştır.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulandığı süre içinde bazı hükümleri uygulamacılar ve öğretici tarafından eleştirilmiş ve çeşitli görüş ve öneriler dile getirilmiştir. Mahkeme kararlarında, Yargıtay içtihatlarında ve akademisyenler ile uygulamacıların makale ve eserlerinde dile getirilen bu eleştiri, görüş ve öneriler, Bilim Komisyonu çalışmaları sırasında değerlendirmiştir.

Bu çerçevede 6100 sayılı Kanun'un, hukuk yargılamasına hâkim olan ilkeler çerçevesinde gözden geçirilmesi, yargılamanın daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, uygulamacıların ve öğretinin dile getirdiği yargılama sorunlarının çözüme kavuşturulabilmesi amacıyla elli maddeden oluşan¹ bir Taslak ("*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı*") hazırlanmıştır.

Bu Taslak; yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Yargıtay, Danıştay, bütün ilk derece hukuk mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri hukuk daireleri, tüm bakanlıklar, bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversiteler, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile hukuk derneklerine görüşe gönderilmiştir. Ayrıca Taslak, Adalet Bakanlığı'nın resmi internet sayfasında da kamuoyuyla paylaşılmıştır.

Aşağıdaki tabloda Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün 12.06.2017 tarihli yazısıyla "*Kanun Tasarısı Taslağı*" hakkında görüşleri istenen Hukuk Fakülteleri gösterilmiştir:

Akdeniz Ün. Hukuk Fak. Dekanlığı	İstanbul Medipol Ün. Hukuk Fak. Dekanlığı
Anadolu Ün. Hukuk Fak. Dekanlığı	İstanbul Şehir Ün. Hukuk Fak. Dekanlığı
Ankara Ün. Hukuk Fak. Dekanlığı	İstanbul Ün. Hukuk Fak. Dekanlığı
Atatürk Ün. Hukuk Fak. Dekanlığı	İzmir Ün. Hukuk Fak. Dekanlığı
Atılım Ün. Hukuk Fak. Dekanlığı	Kadir Has Ün. Hukuk Fak. Dekanlığı

¹ 07.06.2017 tarihli Taslak diğer kanunlarda yapılan değişikliklerle birlikte elli maddeden oluşmakta iken, zaman içinde, çalışmaların devamı süresince, çeşitli aşamalarda madde sayısı değişkenlik göstermiş, nihayet bu sayı Teklif'te altmış üç ile sınırlandırılmıştır; bu altmış üç maddenin ellisi HMK'da yapılan değişikliklerden oluşmaktadır ve incelememizde, sadece, Makam Olur'uyla Komisyonumuza tevdi edilmiş olan görevin kapsamı içinde kalan bu elli madde üzerinde yoğunlaşmış, diğer kanunlarda yapılması önerilen değişiklikler ele alınmamıştır. Öte yandan, zaman içinde, alternatif uyumsuzluk çözüm yollarının hukuk yargılamasında etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve buna engel olan unsurların sistem dışına çıkarılması için çalışmalar yapmak üzere başka bir Komisyon kurulduğundan, detaya ilişkin birkaç husus dışında Bilim Komisyonu bu alanda bir faaliyet göstermemiştir.

Bahçeşehir Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Karadeniz Teknik Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Başkent Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Kırıkkale Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Beykent Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Kocaeli Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Çankaya Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Koç Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Çukurova Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	KTO Karatay Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Dicle Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Maltepe Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Doğuş Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Marmara Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Dokuz Eylül Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Ondokuz Mayıs Ünv. Ali Fuad Başgil Hukuk Fak. Dekanlığı
Erciyes Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Özyeğin Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Erzincan Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Sakarya Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Selçuk Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Galatasaray Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Süleyman Demirel Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Gazi Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Gaziantep Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Türk-Alman Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
Hacettepe Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Uludağ Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
İhsan Doğramacı Bilkent Ünv. Huk. Fak. Dekanlığı	Yalova Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
İnönü Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Yaşar Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
İstanbul Aydın Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Yeditepe Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
İstanbul Bilgi Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Yeni Yüzyıl Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı
İstanbul Kültür Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı	Yıldırım Beyazıt Ünv. Hukuk Fak. Dekanlığı

Aşağıdaki tabloda ise, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün 12.06.2017 tarihli yazısıyla “*Kanun Tasarısı Taslağı*” hakkında görüşleri istenen kamu kurum ve kuruluşları gösterilmiştir:

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği	Türkiye Belediyeler Birliği
Türkiye Barolar Birliği	Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu
Türkiye Noterler Birliği	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği	Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
Müstakil Sanayici ve İş Adamları Derneği	Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu
Uluslararası Yatırımcılar Derneği	Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu
Türkiye İhracatçılar Meclisi	Türk Mimar ve Mühendis Odaları Birliği
İstanbul Tahkim Merkezi	Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği
Türkiye Bankalar Birliği	

“*Kanun Tasarısı Taslağı*” hakkında kırk sekiz farklı kurum ve kuruluş tarafından ve beş yüz sayfayı aşkın görüş Adalet Bakanlığı'na bildirilmiştir.

Taslak ayrıca iki gün süren dar katılımlı bir toplantıda medeni usul ve icra iflas hukuku alanının duayeni Sayın Prof. Dr. Baki Kuru Hocamız ile de tartışılmıştır.

Öte yandan, 25 ve 26 Nisan 2019 tarihlerinde Adalet Bakanlığı tarafından ülkemizdeki bütün bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinin başkanları ile Ankara'da, konusu sadece bu değişiklikler olan bir toplantı düzenlenerek taslak ve özellikle taslağın istinafa ilişkin hükümleri değerlendirilmiştir.

Gelen ve üç büyük klasör hacminde olan görüşler ile toplantılarda kayıt altına alınan değerlendirmeler Bilim Komisyonunca yirmi bir tam gün toplantı yapılarak tek tek ele alınmış, eleştiriler doğrultusunda düzeltme veya değişiklikler yapılmış ve Taslağa son hali verilmiştir.

I- Bir Kanun Tasarısı Taslağı'na eleştiriler yöneltmesi kadar doğal bir uygulama olamaz. Nitekim 20.03.2020 tarihli Kanun Teklifiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılması düşünülen değişikliklere kısa bir süre önce yayınlanan bir makaleyle² bazı eleştiriler yapılmıştır.

1) Yukarıda tek tek sayılan ve istisnasız herkesin bildiği objektif verilere rağmen, ilginçtir ki bu makaledeki eleştirilerin en başında, Kanun Teklifine konu olan HMK değişikliğinin ilgili kişi ya da kurumlarla hiç tartışılmadan (!) hazırlanmış ve TBMM'ye sunulmuş olması yönündeki eleştiri gelmektedir. Nitekim, sadece bu eleştiriye, değerli yazarların makalesinin özellikle 4., 5., 6., 7., 9. ve 10. sayfalarında uzun uzadıya değinilmiş ve özetle kanun taslaklarının ilgili kişi ve kurumlarla paylaşılıp tartışılması gerektiği; bu son HMK değişikliğinin ise sadece kanun değişikliği için oluşturulan komisyon üyelerinin tercihi doğrultusunda hazırlanmış bulunduğu, bir tartışma olmadan belli kişilerin görüşleri esas alınarak bu düzenlemelerin yapıldığı; Tasarı'nın görüşe sunulmamış olduğu, en azından konunun uzmanlarının görüşünün alınmadığı, mesleki kuruluşlar, hukuk fakülteleri, yargı organları ve hukuki kurumların görüşlerinin değerlendirilmediği; uygulamacıların Tasarıyı ancak tasarı haline ("*teklif*" olacak) gelip TBMM'ye sunulduğunda öğrenilebildikleri; ilgili kişi ya da kuruluşlarla paylaşılmadan, tartışılmadan, değerlendirilmeden temel kanunlardaki değişikliklerin kabul edilmesinin fayda sağlamayacağı; avukatların ve baroların konuyla ilgili kurumsal görüşünün alınmadığı ileri sürülmüştür.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ve belirttiğimiz veriler dikkate alındığında, gerçeği asla ve kesinlikle yansıtmayan ve hem Adalet Bakanlığı'na hem de Bilim Komisyonuna karşı büyük ve vahim bir haksızlık teşkil eden böyle bir eleştirinin nasıl ileri sürülebildiğine doğrusu bir anlam verememekteyiz.

² Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi", Lexpera Blog - 30.03.2020. Her ne kadar bu makalede değişikliğin yürürlüğe konulmuş olduğundan söz edilmekte ise de Kanun Teklifi makalemizin kaleme alındığı ve baskıya verildiği tarihte henüz yürürlüğe girmemiştir.

O kadar anlam verememekteyiz ki Taslak hakkında görüş bildiren kurumlar arasında değerli yazarların görev yapmakta olduğu Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı ve Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı da bulunmaktadır; bu bağlamda Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın 05.07.2017 tarihli yazısı ekinde Sayın Prof. Dr. Muhammet Özekes, Taslak hakkında tam 64 sayfalık bir görüş bildirmiştir.

Bu çerçevede, “*Kanun Teklifi*”nin ilgili kişi ya da kurumlarla hiç tartışılmadan hazırlanmış ve TBMM’ye sunulmuş olması yönünde eleştiri yöneltten yazarlardan Sayın Prof. Dr. Muhammet Özekes’in bu 64 sayfalık görüş yazısının hemen birinci sayfasında; “*Öncelikle belirtmek gerekir ki Tasarı Taslağı’nın HMK’nın genel çerçevesini ana yapısını bozmadan özellikle geçen sürede bazı Anayasa Mahkemesi kararları ile diğer kararlar ve mevzuat değişikliklerini da dikkate alan düzeltmeler yapması, ayrıca uygulamada gelişen bazı sorunların çözümüne yönelik hükümler getirmesi bakımından yerinde ve olumludur. Aşağıda her maddenin karşısında tabloda ilgili yere değerlendirme, eleştiri ve önerilerimiz belirtilmiştir. Burada onların dışında Tasarı Taslağı’nın geneli üzerinde bazı değerlendirmelerimizi belirtmek isteriz...*” şeklinde bir giriş yapılmış ve daha sonra çeşitli eleştirilerde ve önerilerde bulunulmuştur. Değerli yazarın bu eleştiri ve önerileri Bilim Komisyonunda tek tek ele alınarak değerlendirilmiş ve bazıları kabul edilerek Taslağa geçirilmiş ya da Taslak hükümlerinde bu yönde düzeltmeler yapılmıştır. Kaldı ki Türk hukuk öğretisinde önemli bir yeri olan bu değerli yazarın olumlu bulduğu birçok değişiklik önerisi de vardır. Tahdidi olmamak kaydıyla bunlardan **sadece** birkaç tanesini şu şekilde sıralayabiliriz:

“Madde 130: ...*delillerin bildirilmesinin öne çekilmesi yerinde olmuştur...*”

Madde 145: ...*Ön incelemede delillere ilişkin yapılan sınırlandırmada da belirttiğimiz gerekçelerle, burada yapılan düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Uygulamada ortaya çıkmıştır ki çıkartılan kısım takdire açık olan ve kötüye kullanılmaya müsait bir ifadedir. Bu sebeple öneri yerindedir...*”

Madde 147: ...*yapılan düzenleme yerindedir. Bununla birlikte, ikinci fıkradaki önerinin ifade yönünden gözden geçirilmesi gerekmektedir.*”

Madde 206: Maddede miktar **düzeltilmesi yapılması doğrudur**. Ancak, bu rakamın 5.000,00 TL olarak belirlenmesi daha uygun olacaktır

Madde 310: Getirilen **düzenleme önerisi**, hükmün verilmesinden sonra feragat ve kabule ilişkin uygulamada ortaya çıkan tereddütü gidermesi bakımından **yararlıdır...**

Madde 305: 305'e eklenecek 3. fıkra:

'Taraflardan her biri, nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargulamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir'./Bu çerçevede ek karar verilmesi usulü bakımından da açıklık sağlanması çerçevesinde HMK 306. maddenin kenar bağılığı 'Tavzih ve tamamlama talebi ve usulü' şeklinde değiştirilerek, aşağıda 4. fıkra eklenmesi uygun olacaktır: /'Hükmün tavzihine ilişkin yukarıdaki fıkra hükümleri, ek hüküm hakkında da kıyasen uygulanur'.

NOT:³ KONU TARTIŞILDI. KANUNA 305/A MADDESİNİN EKLENMESİ VE 306. MADDEDE DE ÖNERİ DOĞRULTUSUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA KARAR VERİLDİ... 18.11.2017...

Madde 331: Uygulamada tereddütlü bir durumu açıklığa kavuşturması bakımından **yararlıdır**. Ancak bu hususun gerekçede **daha net belirtilmesi** gerekmektedir...

Madde 341: Özellikle geçici hukukî korumalara itirazda karşı tarafın dinlenip dinlenmemesi durumunda kanun yoluna başvuru hakkında uygulamadaki gereksiz tereddütleri kaldırması ve daha sistematik ifade edilmesi bakımından **doğru bir değişikliktir...**

Madde 391: Bu maddede 3. fıkrada yapılan **ekleme** uygulamadaki tereddüte açıklık getirmesi bakımından **yerinde** ve istinafta yapılan değişikliklerle **uyumludur...**

Madde 398: Tedbire muhalefetin cezası konusu (HMK hazırlanırken ceza hukukçularında da görüş alınmasına rağmen) HMK'nun yürürlüğe girmesinden sonra bazı eleştirilere muhatap olmuştur ve bu eleştiriler özellikle ceza hukuku noktasında haklıdır. Bu sebeple **düzenleme yapılması yerindedir...**

³ "Not" ile kastedilen, Bilim Komisyonunun görüşü ve vardığı sonuçtur.

Ek Madde 1: ...HMK ile birlikte, 1086 sayılı HUMK'daki... rakamlar konusundaki belirsizlik terkedilmişken, rakamlar konusunda tekrar eskiye dönüş hukuk adına üzüntü vericidir.

NOT: KOMİSYONUMUZUN... HAKİM VE AKADEMİSYEN ÜYELERİ YAPILAN ELEŞTİRİYE TAMAMEN KATILMAKTADIR. ANCAK BUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK KISA BİR SÜRE ÖNCE YAPILMIŞ OLDUĞUNDAN BU KONUDA İLK FIRSATTA ESKİ SİSTEME DÖNÜLEREK SABİT EŞİKLER TESPİT EDİLMESİ VE BU EŞİKLER YETERSİZ KALDIĞI TAKDİRDE BİR KANUN DEĞİŞİKLİĞİ İLE EŞİKLERİN GÜNCEL DURUMA ADAPTE EDİLMESİ GEREKTİĞİ YÖNÜNDE KOMİSYONUMUZ ÖNERİDE BULUNMAYA KARAR VERMİŞTİR. 18.11.2017".

Değerli Öğretim Üyesi'nin bazı görüş ve önerileri ise Bilim Komisyonu tarafından etraflı şekilde tartışıldıktan sonra kabul edilmemiştir. Bilim Komisyonu Tutanağının buna ilişkin pasajlarından bir örnek vermek gerekirse, 177. maddeyi gösterebiliriz. Burada yazar sadece usûlî bozmalardan sonra ıslaha izin verilmesi yönünde düzenleme yapılmasının yerinde olacağını, bu konuda önerisinin, mevcut birinci fıkraya şu cümlenin eklenmesi yönünde olduğunu ifade etmiştir:

"(1) İslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Ancak, Yargıtay tarafından usûlden bozma veya bölge adliye mahkemesi tarafından usûl yönünden hükmü kaldırma kararı verilmesi durumunda, yeniden tahkikat yapıldığında da ıslah mümkündür". Bilim Komisyonunun bu konudaki görüşü değerli yazarın görüşüyle örtüşmemiştir:

"NOT 1: GENEL KURULDA ISLAHIN YALNIZCA USULİ KONULARDA YAPILABİLECEĞİ HUSUSUNUN SAKINCALARA NEDEN OLABİLECEĞİ DEĞERLENDİRİLDİĞİNDEN ÖNERİ BENİMSENMEMİŞTİR. 13.01.2018. / NOT 2: ÖNERİNİN FIKRANIN MEVCUT METNİNE ORANLA DAHA BÜYÜK VE ÖNEMLİ KARIŞIKLIKLARA VE TARTIŞMALARA YOL AÇACAĞI SONUCUNA VARILARAK ÖNERİ REDDEDİLMİŞTİR. 19.01.2018".⁴

⁴ Aynı madde konusunda Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin görüş ve önerisi de Bilim Komisyonu tarafından benzer gerekçeyle kabul edilmemiştir: "Not: Genel kurulda ıslahın yalnızca usuli konularda yapılabileceği hususunun sakıncalara neden olabileceği değerlendirildiğinden öneri benimsenmemiştir".

Yalnızca Sayın Prof. Dr. Muhammet Özeker'in değil, **Tasarı Taslağına görüş gönderen kırk sekiz kurum ve kuruluşun öneri ve eleştirileri de bu şekilde tek tek incelenip tartışıldıktan sonra oylanmış ve varılan sonuçlar ikili tabloya işlenmiştir.**

Örneğin, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği'nin 212. maddede ikinci fıkraya olarak eklenmesi Tasarı Taslağında kabul edilen hükümdeki muğlaklığın giderilmesi yönündeki önerisi kabul edilerek Tutanağa;

"NOT: DEĞİNİLEN MUĞLAKLIK DÜZELTİLMİŞTİR. 19.01.2018"
şeklinde şerh düşünülmüştür.

Keza Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin;

"HMK'nın 28. maddesinde;

(28/2) "Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlak, kamu düzeni, milli güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticari sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilir" şeklindeki ilave değişiklik **isabetli** olacaktır. Yargılamada aleniyetin sağlanması ne kadar önemli ise, genel ahlak ve kamu güvenliği gibi, özel hayatın gizliliği ve ticari sırların gizliliği de aile hayatı ile sınırlı mülkiyetin korunması açısından bir o kadar önemlidir. Mahkemelere bu konuda re'sen harekete geçme yetkisi verilmesi de isabetli olacaktır" şeklindeki önerisi Bilim Komisyonunda tartışılmış;

"NOT: ÖNERİ ÜZERİNE 28. MADDENİN 2. FIKRASINDA DÜZENLEME YAPILARAK TASLAK METNE ALINMIŞTIR. 30.09.2017".

Aynı şekilde, Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin;

"...yargılama giderlerinin hükümde gösterilmesi zorunluluğu kaldırılıp, bu görevin mahkeme kalemine verilmesi suretiyle; yapılacak hesaplama sonucunda taraflara yüklenen harç, vekâlet ücreti ve diğer giderlerin yazıldığı bir makbuzun ilamın, eki olarak taraflara verilmesi yoluna gidilebilir" şeklindeki önerisi Bilim Komisyonunda tartışılmış;

“NOT: ÖNERİ... BİLİM KOMİSYONUNCA İLKE OLARAK GAYET YERİNDE BULUNMAKLA BİRLİKTE ÖZEL BİR DÜZENLEMeye MUHTAÇ OLDUĞU VE BU ÖZEL DÜZENLEMENİN KOMİSYONUMUZA TEVDİ EDİLEN GÖREVİN DIŞINDA KALDIĞI DÜŞÜNCESİYLE KONUNUN BAKANLIĞIN TAKDİRLERİNE SUNULARAK AYRI BİR ÇALIŞMAYLA ÖZEL BİR DÜZENLEMeye KAVUŞTURULMASININ GAYET YERİNDE OLACAĞI SONUCUNA VARILMIŞTIR. 30.09.2017”.

Keza, örneğin Samsun Bölge Adliye Mahkemesi'nin;

“Taslakta yer almayan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-a fıkrasının 6. bendindeki; 'hiçbir' ibaresinin yerine 'hükme esas alınan deliller' şeklinde kanun tasarısı taslağına eklenmesi.” yönündeki önerisi Bilim Komisyonunda şu şekilde karşılanmıştır:

“...KONU HAKKINDA GEREKLİ DEĞİŞİKLİK YAPILMIŞ OLUP BAKANLIĞIN TAKDİRLERİNE SUNULMUŞTUR. 30.09.2017”.

Buna mukabil bazı eleştiri ve öneriler ise etraflı şekilde tartışıldıktan sonra reddedilmiştir.

Örneğin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nun bir kısmı kabul gören çeşitli önerileri yanında,

“HMK'nın 'uzman görüşü' adlı hükmü (m. 293) ile hukukumuzda yeni bir müessese getirilmiştir. Uygulamada taraflarca uzman görüşünün hukuki konularda da alındığı ve Mahkemelerce bu görüşlerin davanın çözümünde dikkate alındığı görülmektedir. Aynı şekilde maddeye hukuki konularda uzman görüşüne başvurulamayacağına da eklenmesi gerektiği düşünülmektedir” şeklindeki önerisi hakkında Bilim Komisyonunca;

“NOT: MADDE AÇIK OLUP YAPILAN TARTIŞMALAR NETİCESİNDE HERHANGİ BİR... İLAVE YAPILARAK DÜZENLEME YAPILMASINA GEREK OLMADIĞI SONUCUNA VARILMIŞTIR.18.11.2017”.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nun;

“...Kamu avukatları: 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında: 'İdareleri adli ve idari yargıda, icra mercileri ve hakemler nezdinde vekil sıfatıyla doğrudan temsil yetkisi; hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri, muhakemat

müdürleri ve avukatlara aittir' denilmektedir. Bu durumda, genel ve özel bütçeli kurumlarda 657 sayılı Kanun'un 4/A ve 4/B maddelerine tabi olarak görev yapan hukuk müşavirleri ile avukatlardan temsil belgesi veya yetki belgesinin talep edilmemesi gerekmektedir. Bu sebeple, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesine: 'Davalarda temsil yetkisi bulunan Hukuk Müşavirleri ve Avukatların bir listesi Bakanlıkça ilgili Cumhuriyet başsavcılığı ve bölge idare mahkemesi başkanlıklarına verilir. Listede isimleri yer alan Hukuk Müşavirleri ve Avukatlar, temsil belgesi veya vekâletname ibraz etmeksizin temsil yetkilerini kullanırlar' şeklinde bir düzenlemenin üçüncü fıkra olarak eklenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir" şeklinde olan önerisi bakımından Bilim Komisyonunca;

"NOT: KONU 659 SAYILI KHK'NİN 6. MADDESİNDE DÜZENLENMİŞ BULUNDUĞU VE BU DÜZENLEMENİN HMK KAPSAMINDA DA GEÇERLİ OLDUĞU VE UYGULAMADA BİR SORUN DA YAŞANMADIĞI GÖRÜLDÜĞÜNDEN HERHANGİ BİR MÜDAHALEDE BULUNULMASINA GEREK GÖRÜLMEMİŞTİR. 30.09.2017".

Makale sahibi değerli yazarların; avukatların ve baroların görüşünün alınmamış olduğu yönündeki iddiası da **gerçeği yansıtmayan** bir başka iddiadır. Nitekim Bilim Komisyonunda avukatlar yer aldığı gibi, Türkiye Barolar Birliği de değişiklik önerisi hakkındaki görüşlerini uzun bir yazıyla bildirmiştir. Ayrıca değişiklik önerileri hakkında İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı Av. Necmi Şimşek, bazı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Baro mensubu avukatlar ile hâkimlerin ve akademisyenlerin iştirakiyle 21.09.2017 tarihinde (dar katılımlı bir) **HMK DEĞİŞİKLİK TASLAĞI DEĞERLENDİRMESİ ÇALIŞTAYI** düzenlenmiş ve sonuçta İstanbul Barosu HMK Değişiklik Taslağı'nın otuz sekiz maddesi hakkında olumlu veya olumsuz görüş bildirmiş ve çeşitli önerilerde bulunmuştur. Bu öneri ve eleştirilerin hepsi Bilim Komisyonunda değerlendirmeye alınmıştır.

Bütün bu veriler karşısında, değişikliklerin sadece kanun değişikliği için oluşturulan komisyon üyelerinin tercihi doğrultusunda hazırlanmış olduğu, bir tartışma olmadan, sadece belli kişilerin görüşleri esas alınarak değişiklik düzenlemesinin yapıldığı; Tasarı Taslağı'nın görüşe sunulmamış olduğu, en azından konunun uzmanlarının görüşünün alınmadığı, mesleki kuruluşlar, hukuk fakülteleri, yargı organları ve hukuki kurumların görüşlerinin değerlendirilmediğinin iddia

edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle değerli yazarların aksi yönde olan ve gerçeği asla yansıtmayan eleştirilerine bir anlam verememekte ve sonuçta ilkelere, sistematığe ve kavramlara asla dokunmadığı tartışılmayacak kadar açık olan bir kanun değişikliğinin neden hakareta-
miz ve aşağılayıcı ifadeler kullanılmasından dahi sakınılmayan ölçüde şiddetli ve zaman zaman neredeyse nefret içeren bir kızgınlığa yol açtığını doğrusu anlayamamaktayız.

2) Değerli yazarların katılmadığımız bir diğer eleştirisi de değişikliklerin “mahkeme ve hâkim merkezli” olması yönündeki eleştiridir. Hemen akabinde de “Esasen avukatların ve baroların konuyla ilgili olarak kurumsal görüşünün alınmaması da bunun bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır” denmiştir.

Baroların ve Türkiye Barolar Birliği’nin görüşlerinin alındığı ve bu görüşlerin kimi zaman değişiklikleri onaylama kimi zaman da eleştirme yönünde olduğu birkaç satır önce açıklanmıştır.

Yazarların bu eleştiri çerçevesinde kullanmış oldukları “Mahkeme ve hâkim merkezli” terimi iddialı ve efsunkâr olmakla birlikte muğlak olup, yargılamanın sevk ve idaresini asli görev olarak hâkime bırakan (HMK m.32) bir medeni usul kanununda yapılması önerilen değişikliklerin “yargının diğer bileşenlerinden çok, mahkeme odaklı” olmasıyla neyin kastedildiği (davada hâkime geniş yetki verilmesi?)⁵ pek anlaşılabilir değildir. Kaldı ki, Bilim Komisyonunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun aksayan yönlerinin tespit edilmesi ve çözüm bulunması çerçevesindeki görevi gereği, Kanun’un sistematığı, dokusu ve temel yapısına dokunulmadan uygulamada ortaya çıkan sorunlar ele alınmıştır. Nitekim Sayın Prof. Dr. Muhammet Özkes de Bakanlığa gönderdiği görüş yazısının ilk sayfasında haklı olarak bu hususa işaret etmiştir: “Öncelikle belirtmek gerekir ki, Tasarı Taslağı’nın HMK’nın genel çerçevesini ana yapısını bozmadan... düzeltmeler yapması, ... yerinde ve olumludur.”.

3) Değerli yazarların eleştiri yazısında, alelacele yapılan kanun değişikliklerinin daha sonra tekrar tekrar değiştirilmeye çalışıldığı, örneğin alelacele konkordato hükümlerinin kabul edildiği, ardından komiserlerin yetersiz olduğu görülerek eğitime tâbi tutulmaları gere-

⁵ Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1997, s.9 vd.

ğinin fark edildiği, bir yıl sonra bir değişiklik yapıldığı, ancak bununla ilgili yönetmelik de bir yıl sonra kabul edilince iki yıl eğitimsiz kişilerin konkordato komiseri olarak görev yaptığı ve eğitimin iki yıl sonra başladığı ileri sürülmüştür.

Bu eleştiride de bir yanlışlık vardır. Çünkü 28 Şubat 2018 kabul tarihli 7101 sayılı Kanun'da, 290. madde değiştirilerek "*Konkordato komiserinin nitelikleri Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir*" hükmü getirilmiştir. Diğer bir deyişle, konkordato komiserlerinin eğitime tabi tutulması gereği sonradan fark edilmemiş, daha en başta dikkate alınmıştır. Bu fıkrada 7155 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, daha ziyade bu zorunluluğu pekiştirmeye yönelik olup *Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik* de 30.01.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Şu halde, konkordato komiserlerinin eğitimi ile ilgili Yönetmelik, yazarların iddia ettiğinin aksine 2018 yılı değişikliğinden iki yıl sonra değil, sadece on bir ay sonra uygulanmaya hazır hale gelmiştir. Yazarların neden böyle "*alelacele*" değer yargısında bulduklarını da anlamak mümkün değildir.

4) Bir diğer eleştiri de madde aralarına harf eklemek suretiyle yeni madde ihdas edilmesinin yanlış bir yöntem olduğuna ilişkindir. Yazarlara göre, mevcut hükümlere fıkra eklenerek bu sorunun çözülmesi mümkündür.

Ancak, değişiklik Teklif'inde öngörülen ilâveler bu tarz bir eklemeye uygun değildir. Böyle olunca, yani yürürlükteki metne yeni madde eklenmesi ve eklenecek yeni maddenin düzenlemenin belirli bir bölümünde yer alması gerekiyorsa, 2005/9986 Karar sayılı "*Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*"in emredici 16. maddesi gereğince bu yeni maddenin ilgili bölümde "*MADDE .../A-*" şeklinde numaralandırılması gerekmektedir. Değişiklik metnindeki 183/A, 305/A maddeleri bu esaslar dâhilinde numaralandırılmıştır.

5) Hiç kuşkusuz HMK ciddi, titiz, dikkatli ve özenli ve genel olarak başarılı bir çalışmanın ürünüdür ve uygulamacılar tarafından da kısa sürede benimsenmiştir. Bu açıdan bakıldığında -her ne kadar HMK'yı hazırlayan komisyonda üye olarak görev almamız, zamanında, özellikle istenmemiş ise de- bizlere düşen görev, en kıdemsizinden en kıdemlisine kadar bütün Bilim Komisyonu üyelerini ve bu kapsamlı ve büyük emek sarf edilerek hazırlanmış olan çalışmayı hukuk ala-

nına dâhil eden, ona hayat veren değerli milletvekillerini kutlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne şükranlarımızı arz etmektir.

Yalnız, kanunlar canlı organizmalar gibidir; hükümleri zaman içinde eskiyip ihtiyaçlara cevap veremeyebileceği ya da yeni ihtiyaçları karşılayamayabileceği gibi daha baştan itibaren bazı hükümleri itibariyle tartışmalara sebebiyet verebilir. Bu nedenle, ne kadar büyük emek ve mesai sarf edilmiş olursa olsun hazırlanan bir kanuna değiştirilemez, dokunulamaz bir nitelik atfetmek, onu adeta kutsallaştırmak doğru değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu da dokuz yıla yakın bir süredir uygulanmaktadır ve bazı hükümlerinin uygulamada sorunlara sebebiyet verdiği artık anlaşılmıştır. Nitekim, HMK'yı hazırlayan komisyonun bazı değerli üyeleri HMK yürürlüğe girer girmez hemen, daha bir yıl bile dolmadan, (2012 yılında) bazı önemli ikaz ve eleştirilerde bulunmuşlardır: "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yaşandığı gibi, bu Kanunun uygulanması evresinde de, bazı tereddütler ve sorunlarla da karşı karşıya kalınmıştır. Kanun'un ortaya çıkan sorunlara cevap verebilmesi ve yeni gelişen durumlara adapte edilebilmesini temin amacıyla, bir revizyona tâbi tutulması evresinde, gözetilmesi gereken belli başlı hususları, şu şekilde sıralamak mümkündür..."⁶

6) Öte yandan, değerli yazarların sözü edilen makaledeki artık klasikleşmiş ve her hukukçunun değinmeden geçemediği, bizim de uzun yıllardan beri ileri sürdüğümüz bazı eleştirilerine bizler de aynen katılmaktayız.

Örneğin, hukuk fakültelerindeki eğitimin nitelik yönünden ele alınması ve hukuk fakültesi sayısının bazı sınırlamalar getirilerek azaltılması artık gerçekten bir zorunluluk halini almış bulunmaktadır. Bunu bizler de uzun yıllardan beri çeşitli vesilelerle dile getirmiş bulunmaktayız. Burada, bu konunun "Yargı Reformu Stratejisi"⁷ belgesi içinde etraflı şekilde ele alındığını da belirtmek isteriz (bkz. s. 40).

Keza yargı bağımsızlığının gerçekleştirilmesi konusu da katıldığımız ve yıllardan beri hararetle savunduğumuz bir diğer husustur.

⁶ Süha Tanrıver, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/99, s.15 vd., özellikle s.16.

⁷ Yargı Reformu Stratejisi, T.C. Adalet Bakanlığı, Mayıs 2019.

Bu konu da “*yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı*” başlığı altında *Yargı Reformu Stratejisi* belgesinde çeşitli yönleriyle ele alınmış (bkz. s.32-37) ve bunun sağlanmasının bir enstrümanı olarak “*coğrafi teminat*”a da yer verilmiştir.

Hâkim yardımcılığı konusu ülkemizde uzun zamandan beri gündemde olan bir konudur ve son olarak akademisyenlerin, hakimlerin, avukatların ve yabancı uzmanların katılımıyla 12-13 Şubat 2020 tarihleri arasında Ankara’da Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen geniş katılımlı “*Hakim ve Savcı Yardımcılığı Çalıştayı*”nda bütün yönleriyle tartışılmıştır. Yakın bir gelecekte bu konuda bazı önemli gelişmelerin vuku bulacağını düşünmekteyiz.

İstinaf kanun yolunun hakim sayısının oldukça azaldığı bir dönemde devreye sokulduğu yönündeki eleştiriye gelince; burada Bilim Komisyonunun olumlu ya da olumsuz bir görüş beyan etmesinin bir önemi olmadığını düşünmekteyiz -nitekim olmamıştır da!. Sonuç itibariyle bu bir siyasi tercih meselesidir ve siyasi irade tercihin bu yönde yapılmasını uygun görmüştür.

Arabuluculuğun zorunlu tutulması ve alanının her gün daha fazla genişletilmesi benimsemediğimiz ve sık sık şiddetle eleştirdiğimiz bir konudur. Anlaşılan odur ki, gelişme burada da durmayacak ve arabuluculuğun zorunlu olduğu alanların sayısı daha da artacaktır. Bu gelişmeyi tasvip etmemekteyiz. Ancak, bu da bir siyasi tercih meselesidir.

Yazarların belirttiği üzere, “*küçük talepler yargılaması*” şeklinde nitelendirilebilecek özel ve çok basit bir usulün belirlenmesinde yarar bulunduğu kuşkusuzdur. Nitekim sayın Prof. Dr. Muhammet Özkes de görüş yazısında bunu şöyle ifade etmiştir: “*Böyle bir Tasarı komisyonu kurulduğunda belki de yapılması beklenen ve HMK’nın kabulü aşamasında başarılamayan bir şeyin gerçekleştirilmesi gerekirdi. O da dünyada kabul edilen ‘küçük talepler’ olarak nitelendirilen konulara ilişkin özel hükümlere yer verilmesi...Bu yönde düzenleme HMK’da veya tercihen İİK’da yapılabilir...*”. Kanun koyucu buna ilişkin düzenlemenin **ayrı bir kanun** şeklinde yapılmasını uygun görmüş ve 06.12.2018 kabul tarihli 7155 sayılı “*Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun*”u kabul etmiştir. Bilim Komisyonumuzun hazırlanmasında görev almadığı bu Kanun, her ne kadar miktar bakımından bir sınırlama öngörmemişse de abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacakları bakımından özel bir cebrî icra usulü ihdas etmiştir.

Bu bağlamda şu hususa da işaret etmek gerekmektedir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan "şifahi usulü muhakeme" ve "seri usulü muhakeme"yi lağvederek sadece "yazılı yargılama usulü" ve "basit yargılama usulü"nü bırakmıştır. Böyle olunca, bu iki yargılama usulünün özellikle küçük miktarlı bazı uyuşmazlıklarda zaman kaybına neden olduğunu ileri sürerek bu alanda yeni bir yargılama usulüne ihtiyaç bulunduğuna işaret etmek ve değişiklik komisyonuna bu yönden bir çalışma yapmadığı için eleştiri yöneltmek doğru bir tavır değildir (aynı ihtiyaç o zaman da vardı). Ayrıca, bizzat yazarların da belirttiği üzere ("...bu tür değişiklikler için özel bir çalışma gereklidir"). Siyasi irade küçük taleplerin şimdilik icra hukuku bünyesinde ele alınmasını uygun görmüştür; küçük miktarlı uyuşmazlıklarda yeni bir yargılama usulü ihdas edilerek bu konunun HMK bünyesinde de ele alınmasına gerek duyduğu takdirde konu, hiç kuşkusuz, kurulacak bir başka bilim komisyonu tarafından enine boyuna tartışılacaktır.

7) Değişiklikler yapılırken HMK'nın ruhunu ve amacını muhafaza etmek bakımından özel bir titizlik gösterilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, değişikliğe bir eleştiri yöneltmesinin mümkün olmaması gerekir. Kaldı, "kanun tasarısı taslağı" (ya da Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki adıyla "kanun teklifi taslağı") hazırlamak kimsenin tekelinde değildir. Bu onurlu görevin ifasında bayrak elden ele geçecek, yeni bilim komisyonları kurulacak, bu komisyonlarda hiç kuşkusuz hepsi de liyakat sahibi değişik üyeler yer alacak ve döngü böylece sürüp gidecek, bayrak elden ele dolaşacaktır. İleride kurulacak bu yeni bilim komisyonlarına Sâdi Şirâzi'nin Gülistan'daki⁸ muhteşem ifadeyiyle şunu şimdiden söylemek isteriz:

"Ben iyi değilsem şayet, iyilik ediver de sen bana örnek ol".

II- Şimdi, Giriş niteliğindeki bu zorunlu açıklamalardan sonra, Teklif ile getirilmesi önerilen ve incelememizin asıl konusunu teşkil eden değişiklikler hakkındaki görüş ve değerlendirmelerimizi şu şekilde özetleyebiliriz.

⁸ İkinci Bölüm, Otuz Dokuzuncu Hikaye, Hazırlayan: Osman Koca, Beyan Yayınları, İstanbul 2005, s.98.

(TEKLİF m. 1) HMK MADDE 20: GÖREVSİZLİK veya YETKİSİZLİK KARARI ÜZERİNE YAPILACAK İŞLEMLER

Bu maddede gerçekleştirilmesi önerilen değişikliklerden ilkinin nedeni, Anayasa Mahkemesi kararıdır. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi, 10.02.2016 tarih ve 2015/96 E., 2016/09 K. sayılı kararı ile, HMK m. 20, f.1’de yer alan ve *“bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten”* şeklinde olan ibareyi iptal ettiği için birinci fıkra metni, *“Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin bu karar verildiği anda kesin ise tebliğ tarihinden, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde dava açılmamış sayılır ve mahkemece bu konuda resen karar verilir”* şeklini almıştır.

İptal edilen ibare, mahkemenin verildiği anda kesin olan görevsizlik veya yetkisizlik kararlarına karşı kanun yolu (istinaf) süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi değişiklikten önceki düzenlemeyi hak arama özgürlüğüne aykırılık sebebiyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, kuralla mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamanın, hak arama özgürlüğüne ilişkin hakkın Anayasada ifade edilen sınırlarını aşan ve bu hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıran bir durum yarattığı; dolayısıyla, hükmün ölçülülük ve hak arama özgürlüğü bakımından Anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Gerçekten de hükmün iptal edilmeden önceki halinde, verildiği anda kesin olan bir görevsizlik veya yetkisizlik kararından sonra taraflardan birinin davaya görevli veya yetkili mahkemede devam etmek istemesi durumunda süre, kararın verildiği andan itibaren başlamakta; bu da hak kayıplarına yol açabilmekteydi.

Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda düzenleme yapılmaması halinde, madde metninde yalnızca kanun yoluna başvurulması olasılığı yer aldığı için, verildiği anda kesin olan görevsizlik veya yetkisizlik kararları kapsam dışında kalıp tereddütler ortaya çıkabilecektir. Nitekim HMK m. 139 ve m. 150 uyarınca meşruhatlı davetiye ile duruşmaya davet edilen taraflara ayrıca görevsizlik kararının tebliğine

gerek olmadığı ileri sürülebilecektir. Yine görevsizlik veya yetkisizlik kararlarının dosya üzerinden verilmesi halinde de sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı önemli olup, maddeye ilişkin düzenleme ihtiyaca cevap veren, uygulamaya bırakılmaması gereken bir husustur.

Yapılması önerilen değişiklikle, verildiği anda kesin olan kararlar bakımından dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesi için işleyecek olan sürenin kararın tebliği anından itibaren işlemeye başlayacağı hükme bağlanmaktadır.

HMK m.20, f.1’de yapılması önerilen diğer değişiklik ise görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine taraflardan birinin dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini istememesi halinde ortaya çıkan duruma ilişkindir. Söz konusu değişiklikle, süresi içinde dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesi için gerekli başvurunun yapılmaması halinde, davanın Kanun gereği açılmamış sayılacağı ve görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemenin resen davanın açılmamış sayılmasına karar vereceği hususu daha açık bir şekilde düzenlenmektedir.

Uygulamada da mahkemelerce bu yönde kararlar verilmekteyse de HMK m. 331, f. 2’de yer alan düzenleme, mevcut hüküm ile birlikte değerlendirildiğinde tereddütlere sebebiyet verecek niteliktedir. Gerçekten de HMK m.331, f.2’nin “*davaya başka bir mahkemede devam edilmemiş ise talep üzerine davanın açıldığı mahkeme dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm eder*” şeklindeki hükmü gereğince talep olmadan mahkeme yargılama giderlerine hükmedemeyecektir. İlga edilmesi önerilen hükümde, resen davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği hususu açıkça düzenlenmediğinden, davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için, taraflardan birinin talebinin aranması gerektiği düşünülebilmekteydi. İşte, 20. maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile 331. maddenin ikinci fıkrası sebebiyle halen uygulamada yaşanan tereddütleri gidermek amacıyla, birinci fıkranın son cümlesinde ilgili değişikliğin yapılması önerilmektedir.

Davanın açılmamış sayılmasına görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemece hükmedileceği açıktır.

(TEKLİF m. 2) HMK MADDE 28: ALENİYET İLKESİ

Maddedeki değişiklik önerisi ile sadece tarafların değil, ilgililerin (örneğin, fer'i müdahil) talebi ile de duruşmaların kısmen ya da tamamen gizli olarak icra edilmesi mümkün olabilecektir. İlgilinin talebi ile gizlilik kararı verilebilmesi için, *bu kimselerin korunmaya değer üstün menfaatlerinin kesin olarak gerekli olması* aranmaktadır.

Maddedeki bu değişiklik önerisinin kaynağı İsviçre hukukudur (SchZPO/CPC m. 34, f. 3). Değişiklik ile gizlilik kararı talep edebileceklerin kapsamı genişletilmiş; ancak bunlar bakımından koşullar ağırlaştırılmıştır. İlgililerin korunmaya değer üstün menfaatlerinin ne zaman gerçekleşeceği tamamen mahkemenin takdirine bağlıdır. Bu kimselerin menfaatlerinin, duruşmanın aleni olarak yapılması ilkesinin getirdiği amaçtan üstün olması gerekir. Yani burada ilgilinin menfaatinin, duruşmaların aleni olarak yapılmasının sağlayacağı faydaya galebe çalması gerekir.

HMK m. 27 uyarınca kendilerine hukukî dinlenilme hakkı sağlanan ilgililerin, bu haklarını amaca uygun şekilde kullanabilmeleri, kimi hallerde "gizlilik" kararını gerektirebilir. Taraf sıfatı taşımasa da "ilgili"lerin, duruşmaların gizli yapılmasında menfaati bulunabilir. Söz konusu yenilik, bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir.

Gizlilik kararı verecek olan mahkemenin, gizlilik kararı talep eden ilgilinin üstün bir menfaatinin ihlal edildiği konusunda kesin olarak ikna olması gerekir. Mahkemenin değerlendirmeyi yaparken, ölçülülük ilkesi uyarınca, aleniyet ilkesi ile ilgilinin üstün menfaati arasındaki menfaat dengelemesini hassas bir şekilde yerine getirmesi lazımdır. Elbette ilgililerden birinin sosyal statüsü başlı başına aleniyet ilkesinin ihlal edilmesinin gerekçesi olamayacaktır.

Aleniyetin hangi hallerde kaldırılabileceği konusunda esasen adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m. 6 hükmüne bakılması gerekir. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca Türk hukukunun da bir parçası olan söz konusu hüküm, medenî yargı bakımından da uygulama alanına sahiptir. Ancak ne var ki, yine Anayasanın aleniyeti düzenleyen 141. maddesinin "*duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir*" şeklindeki hükmü, daha alt norm olan

HMK'da sınırlamanın geniş tutulacak şekilde kaleme alınmasına engel olmuştur. Buna karşılık, Anayasa hükmü pasif bir ifade ile yazıldığı için, aleniyetin kaldırılmasını talep bakımından taraflar dışında ilgili-lerin talepte bulunabilmesinin mümkün olduğu; bunun da adil yargı- lanma hakkı çerçevesinde kaldığı düşünülmüştür.

(TEKLİF m. 3) HMK MADDE 36: RET SEBEPLERİ

Değişiklik önerisiyle hâkimin reddi sebepleri arasına davaya ba- kan hâkimin *uyuşmazlıkta arabuluculuk ve uzlaştırmacılık* yapmış olması da eklenmiştir.

Maddenin ilk fıkrasının (c) bendine böyle bir ekleme yapılmasın- da, görmekte olduğu bir uyuşmazlık ile ilgili olarak daha önce arabu- lucu veya uzlaştırmacı olarak görev yapmış olan bir hâkimin, bu göre- vi sebebiyle öğrenmiş bulunduğu bilgilerin derdest davada yaratacağı etki sebebiyle davadan çekilmesinin yerinde olduğu düşüncesi etkili olmuştur. Maddeye yapılmak istenen bu eklemenin sebebi, hukuk uy- gulamamızda son yıllarda artan arabuluculuk ve uzlaştırmacılık yön- temleridir. Gerçekten de iş hukuku ve ticaret hukukundan kaynakla- nan uyuşmazlıkların pek çoğunu kapsayan arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin etki alanlarının hukukumuzda giderek genişlemesine neden olmuştur.

Meslekte belli bir kıdeme erişmiş olan avukatların hâkimlik mes- leğine geçişlerinin daha kolay gerçekleştiği son yıllarda, daha önce mevcut bir uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırmacı olarak görev yapmış olan avukatların aynı uyuşmazlıkla bu kez hâkim sıfatıyla gö- rev alması kuvvetle muhtemeldir. İşte ülkemizde son yıllarda artan bu gibi olasılıklar sebebiyle, hâkimin reddi sebepleri arasına davaya ba- kan hâkimin uyuşmazlıkta daha önce arabuluculuk ve uzlaştırmacılık yapması da eklenmiştir.

Öte yandan gerek hâkimin yasaklılığı gerekse hâkimin reddi se- beplerinin kıyasen arabuluculuk veya uzlaştırmaya uygulanmasının güçlüğü de ortadadır. Bu nedenle açık bir düzenleme yapılması tered- dütleri de ortadan kaldırmak bakımından uygun olmuştur. 1086 sa- yılı HUMK döneminden itibaren, davada tanık, bilirkişi, hakem veya hâkim sıfatıyla yer almanın açıkça hâkimin reddi sebebi olarak düzen- lendiği dikkate alınır, arabuluculuğun ve uzlaştırmacılığın da ret sebe- bi olarak Kanun'a eklenmesi yerinde bir değişikliktir.

Tarafları uzlaştırmak için çaba sarf eden ve hatta Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 15. maddesinin 7. fıkrasında yapılan değişiklikle, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerme yetkisine sahip olan arabulucunun sonradan aynı uyuşmazlığın hâkimi olduğu dosyada ret sebeplerinin oluşmadığını söylemek uygun olmayacağı gibi, bu durumun açıkça düzenlenmesi de isabetlidir. Kaldı ki, yine HUAK m. 5'te ifade edildiği gibi, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan beyan ve belgelerin gizliliği nedeniyle sonraki bir davada kullanılması da yasaktır. Tüm bu süreçlere katılmış ve hatta onu yönetmiş arabulucunun burada tarafsız olması esas ise de, ortaya çıkan uyuşmazlığın daha sonra hâkimi olarak görev almasının uygun olmayacağı kabul edilmelidir.

(TEKLİF m. 4) HMK MADDE 38: RET USULÜ

Değişiklik önerisiyle maddenin altıncı ve yedinci fıkraları hâkimin reddi talebinin incelenmesi usulüne ilişkin kurallar olduğu için 42. maddeye aktarılmıştır.

Mevcut 9. fıkarda ise hâkimin reddine ilişkin kararlar aleyhine ancak hükümle birlikte kanun yoluna başvurulacağı düzenlenmiştir. Değişiklikle dokuzuncu fıkranın kaldırılmak istenmesinin sebebi 43. maddenin ikinci fıkrasıyla birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan çelişkidir. Gerçekten de kaldırılması önerilen fıkarda merci kararlarına karşı ancak hükümle birlikte kanun yolu imkânı düzenlenmişken, 43. maddenin ikinci fıkrasında müstakil bir kanun yolu mevcuttur.

Değişiklik gerekçesinde, haklı olarak, merci kararına karşı hükümle birlikte kanun yoluna başvurulmasının merci kararının gecikmiş bir aşamada değerlendirilmesi sonucunu yaratacağı ve bu durumun yargılamayı uzatacağı hususuna vurgu yapılarak merci kararlarına karşı hükümle birlikte değil, doğrudan istinaf yoluna başvurmanın gerekli olduğu belirtilmektedir. Netice itibarıyla, 38. maddenin dokuzuncu fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıyla 43. maddenin ikinci fıkrasıyla ortaya çıkan çelişki giderilmiş ve esas hüküm bakımından istinaf yolu açık bulunan dava ve işlerde ret talebi hakkında merci kararlarına karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulabileceği tasrih edilmiştir.

Belirtelim ki, merci kararının istinaf edilmesi halinde cevap dilekçesi verilmesi mümkün olmayacağı gibi, bölge adliye mahkemesinin verdiği karar kesin bir karar teşkil edecektir (m. 43, f. 2). Elbette, müstakil olarak istinaf konusu yapılan merci kararları, bölge adliye mahkemesince öncelikle incelenecektir. Bu gibi hallerde, bölge adliye mahkemesinin öncelikle inceleme yapmasına dair bir açıklamanın kanun maddesi olmasına gerek yoktur.

Bir yandan “*ret usulü*” (m. 38) başlığını taşıyan bir maddede kanun yolu düzenlemesi yapmak, öte yandan hemen ardından m. 41, f. 3 ve m. 43-44’te yine iki farklı (birisinde hükümle, diğesinde bağımsız gidilebilen) kanun yolu öngörmek de uygulamada tereddütlere neden olmakta idi.

Öncelikle 38. madde, asıl olarak *ret usulünü* düzenlemektedir. Burada kanun yolu öngörmek teknik olarak isabetli sayılamaz.

İkinci olarak, Kanun esasen, hâkimin kendisinin merciye göndermeden karara bağladığı *ret istemleri* hakkındaki kararlarının nihaî kararlarla istinaf veya temyiz yoluna gitmesini öngörmüş (m. 41, f. 3); buna karşılık mercinin incelediği *ret istemleri* bakımından ise böyle bir koşul aramamıştır (m. 43-44). Bu halde, zaten davaya kural olarak devam edilmediği için (m. 42, f. 2), bu sonuç doğaldır. Ne var ki, m. 38’de hiç bir ayırım yapılmadan, burada verilen kararların ancak nihaî kararlarla kanun yoluna götürülebileceği yolundaki hüküm tereddüt uyandırmaktadır. Zira m. 38’deki durumlar hem hâkimin kendisinin karar vereceği hem de mercinin karar vereceği durumlara ilişkin olabilir.

(TEKLİF m.5) HMK MADDE 42: RET TALEBİNİN İNCELENMESİ

Yeni düzenleme önerisinde, daha önce 38. maddede yer alan altıncı ve yedinci fıkralar 42. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası haline gelmiştir. Madde, mercinin hâkimin reddi talebini incelemesi *usulünü* düzenlemektedir. Bu çerçevede değişiklik öncesi farklı maddelerin konusu olan *ret talebinin* incelenmesi *usulü*, yeknesak bir şekilde 42. maddenin konusu olmuştur. Hâkimin reddi talebinin incelenmesi *usulünün* iki maddede dağınık bir şekilde yer almasından ziyade tek bir maddenin konusu haline gelmesi madde değişikliğinin sebebidir ve bu yeknesaklığı sağlamak için maddede değişikliğe gidilmesi isabetli olmuştur.

(TEKLİF m. 6) HMK MADDE 94: KESİN SÜRE

Maddenin ikinci fıkrasında gerçekleştirilmesi önerilen ekleme ile hâkimin, tayin ettiği sürenin kesin süre olduğuna karar verdiği hallerde, tayin ettiği süreye konu olan işlemi hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklayacağı ve süreye uyulmamasının sonuçlarını açıkça tutanağa geçirip muhataba ihtar edeceği belirtilmektedir.

Bu düzenleme önerisinin amacı; hâkimin tayin ettiği kesin süreye ilişkin Yargıtay kararları ile yaratılan fiili durumu bir ölçüde yasalaştırarak öğretide de farklı görüşlerin bulunduğu gri bir alanın belirginleştirilmesidir. Mevcut hükümde sadece, hâkimin “kesin süre” vereceği belirtilmiş olmakla birlikte, Yargıtay, hâkimin verdiği sürenin hangi halde “kesin süre” sayılacağını kararlarında açıklığa kavuşturmuştur.

Hâkimin, tayin ettiği sürelerin niteliği konusunda açık ve net bir tutum sergilemesi gerekir. Hâkimin, tayin ettiği sürelerde belirsizlik yaratması özellikle sürenin muhatabı açısından oldukça önemli sonuçları beraberinde getirebilecek, onun hukuki dinlenilme hakkını ihlal edebilecektir. Tayin edilen sürede açık ve net bir şekilde hangi işlemin yapılacağını belirtmemesi ve işlemin süresi içinde yapılması halinde muhatabın ne ile karşılaşacağı ortaya konulmuşsa, bu halde kesin süreden söz etmek mümkün olmayacaktır. Aslında burada hâkimler için öngörülen bir düzen hükmü bulunmaktadır. Verdiği sürenin kesin süre olmasını isteyen hâkimin, 94. maddede öngörülen şekilde süreyi tayin etmesi gerekir.

Bu noktada akla şöyle bir soru gelebilir: İlk süre kesin olmadığı için ikinci kez süre veren hâkimin gerekli açıklamalar içermeyen ikinci süreyi vermesinden sonra yeni bir süre verilebilmesi mümkün olabilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap verebilmek mümkün değildir. Maddede yapılması önerilen değişiklik ile hâkimin kesin süre vermesini gerektiren her durumda gerekli açıklamaları yapması zorunlu olarak aranmaktadır. Kanunen kendisine yüklenen bir düzen hükmünü yerine getirmeyen hâkimin bu ihmalden taraflardan birinin bir sonuç elde edebilmesini beklemek mümkün olmamalıdır. 94. maddenin başlığı “kesin süre” dir. Bu maddedeki düzenleme ile hedeflenen, ilgili işlemin belli bir süre içinde sona erdirilmesidir. Şu hâlde hâkimin hatasından kaynaklanan bir sebeple üçüncü, dördüncü... kez süre verilmesini beklemek -ki mevcut Yargıtay uygulaması bu şekildedir- da-

vaların gereksiz yere uzaması sonucunu doğurabileceği gibi bir taraf aleyhine oldukça olumsuz sonuçlar yaratabilecektir. Şu hâlde, gerekli açıklamaları içermese de hâkim tarafından tesis edilen ikinci sürenin her koşulda kesin süre olduğunun kabulü gerekir.

(TEKLİF m. 7) HMK MADDE 107: BELİRSİZ ALACAK DAVASI

1 Ekim 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dikkatleri en çok çeken ve bu ölçüde soruna ve tartışmalara neden olan yenilik, "*belirsiz alacak davası*" olmuştur.

Kanunun yürürlükte olduğu yaklaşık dokuz yıl içinde en çok konuşulan ve uygulamayı meşgul eden bu dava türünde önemli değişiklikler yapılmıştır.

Teklif ile bu maddede önerilen ilk değişiklik, maddenin başlığında olmuştur. "*Belirsiz alacak ve tespit davası*" şeklinde olan başlık, "*belirsiz alacak davası*" halini almıştır.

Maddenin içeriğindeki değişiklik ise ikinci fıkradadır. Belirsiz alacak davası olarak açılan davada karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat neticesinde dava konusunun miktar ve değeri tam ve kesin olarak belirlenmişse davacı, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmadan talebini artırabilir. İki haftalık kesin süre içinde müddeabih belirlenmemişse mahkemenin, davanın açıldığı andaki miktar ve değer üzerinden karar vermesi gerekir.

Bu değişiklikte mevcut belirsizliğin giderilmesi hedeflenmektedir. Gerçekten de halen HMK'da "*alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda*" ibaresi kullanılarak, belirsiz bir "*zaman*"dan bahsedilmektedir. Öğretide de bu "*an*"ın hangi "*an*" olacağı konusunda tartışmalar bulunmakta; usul hukukunda "*an*" biçiminde bir başlangıcın bulunmadığı ifade edilmekte idi. Gerek öğreti ve gerekse uygulamada ortaya çıkan bu belirsizliğin ve hak kayıplarının giderilmesi amacıyla kesin ve net bir zaman diliminin belirlenmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

Değişiklik önerisi çerçevesinde, alacağın netleşmesiyle birlikte mahkemenin, tahkikatı sona erdirmeden, iki haftalık kesin süre içinde talebini belirlemesi için davacıya süre vermesi öngörülmektedir.

Mahkemenin buradaki sorumluluğu, aydınlatma ödevinin bir gereği olarak kabul edilmelidir (HMK m. 31). Hâkimin böyle bir görevi yerine getirmesi, tasarruf ve taleple bağlılık ilkesine aykırı veya aydınlatma ödevinin kapsamı dışında görülmemelidir. Her şeyden önce, hâkim davayı belirsiz alacak davası olarak nitelmiş ve kabul etmişse, bu davanın davacıya tanımış olduğu avantajı kullanıp kullanmayacağı konusunda onu uyarması şeklindeki düzenleme, önceki dönemde davacının yaşadığı belirsizlik ve kaygıyı sona erdirecek niteliktedir. Zira alacağın ne zaman belirli hale geldiğini, tahkikatın ne zaman sonlanacağını bilemeyen davacı, ilk bilirkişi raporu üzerine hemen artırma talebinde bulunmaya çalışmakta; bazen de tam tersine, sonraki raporu beklemekte ve kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle yüksek yargılama giderleri riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Burada mahkemenin yaptığı şey, tasarruf ilkesini ihlal etmek değil, kendi görev alanında olan yargılamanın bir aşamasını, yani tahkikatı sona erdireceğini, bunu yapmadan önce iki haftalık kesin süre içinde talebini belirlemesini davacıya bildirmekten ibarettir.

Mahkemenin bu hatırlatmayı yapmasına rağmen davacının talep sonucunu belirlememesi halinde, davaya dava dilekçesindeki talep sonucu üzerinden devam edilip hüküm tesis edilecektir.

Değişiklik gerekçesinde belirtildiği üzere, belirli hale gelen alacak, hâkimin verdiği kesin sürede artırılacaktır. İsviçre öğretisinde de kabul edilen görüş bu istikamettir, fakat maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde yapılan değişiklik İsviçre hukukundan farklı bir sonucu benimsemektedir. Nitekim İsviçre öğretisinde hâkimin verdiği süreye rağmen talep belirlenmemişse dava şartı eksikliğinden dolayı davanın reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁹ Oysa hukukumuzda yapılması önerilen kanun değişikliği ile davacının talebini artırmaması halinde dava, İsviçre hukukunda olduğu gibi dava şartı eksikliğinden dolayı usulden reddedilmeyecek, hâkim davacının talep sonucuna göre hükmünü tesis edecektir.

Belirsiz alacak davasında hâkimin davacıya alacağını belirlemesi için süre vermesi, yukarıda belirtildiği ve İsviçre hukukunda da kabul edildiği üzere hâkimin aydınlatma ödevinin gereğidir. Buradan

⁹ BSK ZPO, Karl Spühler, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Art. 85, Rdn.11.

hâkimin talep sonucundan daha fazlasına karar vereceği gibi bir anlam çıkartılamaz, zira dava geçici bir talep sonucuyla açılan belirsiz alacak davasıdır. Her iki taraf da belirsiz alacak davası olarak açılan bu davada artırılan talep sonucuna göre hâkimin nasıl hareket edeceğini çok iyi bilmektedir. Aslında burada hâkim, Kanunun kendisine yüklediği bir görevi ifa etmektedir. Ayrıca alacağın miktarının hangi anda belirlenir hale geldiğini (tahkikatın sona erdiğini) en iyi tespit edecek olan da hâkimdir. Kanunun kendisine yüklediği görevi yerine getiren hâkimin eyleminden tarafların olumlu veya olumsuz bir sonuç çıkartabilmeleri mümkün değildir. Unutulmamalıdır ki alacağın belirli hale gelmesine rağmen davanın esastan reddedilmesi her zaman mümkündür.

Maddede yapılan son değişiklik üçüncü fıkranın kaldırılmasıdır. HMK m. 107, f. 3'te belirsiz alacak davası başlığı altında yer alan ve *"ayrıca kısmî eda davasının açılabilirdiği hallerde"* tespit davası açılmasına izin veren hüküm, belirsiz alacak davası dışında kısmî davanın açılabilirdiği her durumda böyle bir dava açılabilirdiği gibi yorumlara yol açmıştır. Hükmün aynen muhafazası, kısmî dava açılması mümkün olan her durumda tespit davasının da açılabilirdiği yolundaki görüşlere dayanak teşkil edebilmektedir. Oysa kısmî dava da Kanunda düzenlenmiş olan bir eda davası türü olup, her dava için Kanunda genel dava şartı olarak öngörülmüş bulunan *"hukuki yarar"* şartı, kısmî dava bakımından da geçerlidir. Belirtmek gerekir ki, 6644 sayılı Kanunun 4. maddesiyle, kısmî davaya ilişkin m. 109, f. 2'de yer alan ve *"Talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılmaz"* şeklinde olan hükmün yürürlükten kaldırılmış olması da bu sonucu değiştirmez. Bir başka deyişle, hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın, kısmî dava açılmasının mümkün olduğu her durumda, dava dışı tutulan kesim için de aynı zamanda tespit davası açılabilirdiğinin kabul edilmesi, usul ekonomisi ilkesinin açıkça ihlâl edilmesi anlamına gelir. Ayrıca, tespit davası ve bu davanın koşulları, m. 106'da düzenlenmiş, bu maddenin ikinci fıkrasında da tespit davasında korunmaya değer güncel bir hukuki yararın bulunması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, m. 107, f. 3'te yer alan kural her ne kadar belirsiz alacak davasını öngören düzenleme içinde yer almakta ise de, belirsiz alacak davası ile değil, m. 109'da düzenlenen kısmî davayla ilişkilidir.

Bu nedenle m. 107, f. 3'te, "*kısmî eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir*" şeklinde tanımlanan kuralda yer alan "*kısmî eda davasının açılabilirdiği hallerde*" şeklindeki ifadeden hareketle, hükmün sadece belirsiz alacak davasının açılabilirdiği hallerde işlerlik kazanabileceği biçiminde anlaşılması da olanaklı değildir.

Söz konusu hükmün içeriğinin tespiti ile hangi hallerde uygulanabileceği konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüş, bazı tereddütler ortaya çıkmıştır. Örneğin bir görüşe göre, kısmî eda davasının açılabilirdiği her durumda tespit davası da açılabilir. Yani davacı kısmî eda davası ile birlikte kısmî tespit davası açabileceği gibi, kısmî eda davası yerine bütünüyle külli bir tespit davası da açabilir. Diğer bir görüşe göre ise, kısmî eda davası ile birlikte aynı zamanda kısmî tespit davası açılmaz; bu hükmü sadece kısmî eda davası açılacak hallerde, kanunda bu durumda hukuki yararın var sayılacağı açıkça öngörüldüğü için, kısmî eda davası yerine sadece alacağın tamamı için tespit davası açılabilir şeklinde anlamak gerekir. Bir başka görüşe göre ise bu hüküm, eda davası açılacak her durumda değil, ancak belirsiz alacak davasının koşulları oluşmuş ise işlerlik kazanabilir. Ancak bu olasılık da öğretilerde mantıklı bulunmamış, hükmün bu nedenle gereksiz bir düzenleme getirdiği ifade edilmiştir. Çünkü belirsiz alacak davasında alacağın tamamı dava edildiğine göre, zaten alacağın tamamının mevcut olup olmadığı da tespit edilecektir. Ayrıca belirsiz alacak davasında alacağın tamamı dava edildiği için, dava açılmasıyla birlikte alacağın tamamı için zamanaşımı kesilmiş olacaktır. Belirsiz alacak davası da bir tür eda davası olduğuna göre, alacaklının, alacağının tamamını hüküm altına aldırma olanağı mevcut iken, sadece alacağın tespitine yönelik bir dava açması makul değildir. Kaldı ki belirsiz alacak davası açma olanağı varken, bu dava yerine, bir tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Zira belirsiz alacak davası zaten eda davasının özel bir türüdür. Dolayısıyla, açılacak olan bu davada davalının alacağı ödemeye mahkûm edilebilmesi için, dava dilekçesinde dayanılan hukuki ilişkinin bir bütün halinde tespit edilmiş olması şarttır. Belirsiz alacak davasında bu tespit zaten yapılacağına göre, ayrıca tespit davası açılmasında hukuki bir yarar bulunduğundan söz edilemez. Hükmün getirilmesine gerekçe olarak gösterilen, "*dava dışı tutulan alacak kesimi bakımından zamanaşımı tehlikesinin bertaraf edilmesi*"

düşüncesinde de haklılık payı yoktur. Çünkü belirsiz alacak davasında alacağın tamamı için davanın açıldığı anda zamanaşımı kesilmektedir. Bu konuda m. 107, f.3 hükmüne gerekçe olarak, “*alınacak tespit ilamı ile genel haciz yoluna başvurulabileceğinin, ödeme emrine itiraz halinde icra inkâr tazminatı yaptırımının etkili olacağını gösterilmesini*” kabul etmek de hukuk politikası bakımından tercih edilmemesi gereken bir yol olarak tezahür etmektedir.

Diğer taraftan, kısmî dava bir eda davasıdır. Hukukumuzda, kısmî tespit davası şeklinde bir dava türü mevcut değildir. Kısmî davada mahkemenin davalıyı kısmî edaya mahkûm edebilmesi için de öncelikle, dayanılan hukuki ilişkinin bir bütün halinde varlığını tespit etmiş olması gerekir. Bir başka deyişle, açılan bir kısmî dava, her halde hukuki ilişkinin bir bütün halinde varlığının ya da yokluğunun tespitine yönelik bir incelemeyi doğası gereği zorunlu kılar. Dolayısıyla, kısmî davanın açılabilirdiği hallerde, kısmî davanın açılmasından sonra, dava dışı tutulan kesim için, her ne kadar 107. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, tespit davası açılabilirdiği ve bu durumda hukuki yararın mevcut olduğu şeklinde düzenleme yapılmış ise de mahkeme, kısmî davadan sonra açılan bu tespit davasını derdestlik nedeniyle usulden reddetmelidir. Zira derdestlik Kanunda bir dava şartı olarak öngörülmüş olup, mahkemece davanın her aşamasında resen dikkate alınmalıdır [HMK m.114, f.1 (b)-1].

Öğretide kısmî eda davasından sonra açılan tespit davasında derdestliğin söz konusu olmayacağına ilişkin görüşlere ise katılmak mümkün değildir. Zira bir eda davası olan kısmî davada, edime kısmen mahkûmiyet kararı verilse bile, hukuki ilişkinin kısmen tespitinden söz edilemez. Dolayısıyla, kısmî davadan sonra açılan tespit davasında, dava edilen alacak kesimlerinin farklı olmasından hareketle, her iki davanın dava konularının aynı olmadığı ileri sürülerek derdestliğin söz konusu olamayacağına ilişkin değerlendirme, isabetli değildir. Çünkü kısmî davada karar verilebilmesinin ön koşulu, hukuki ilişkinin bir bütün halinde varlığının ya da yokluğunun tespit edilmiş bulunmasıdır ve bu husus zaten bir eda davası olan kısmî davada mündemictir.

Öğretideki görüş farklılıkları dikkate alınıp 107. maddenin üçüncü fıkrasının yalnızca belirsiz alacak davasında uygulama bulması görü-

şünün kabul edilmesi halinde dahi, belirsiz alacak davasının davacıya sağladığı koruma ve avantajlar gözönüne alındığında, davacıya belirsiz alacak davası yerine belirsiz alacağın tespiti davası açma olanağının verilmesinde bir hukukî yarar bulunmamaktadır. Yapılan bütün bu tespitler karşısında ve hükmün uygulanma koşulları hususunda yaşanan tereddütlerin de giderilmesi amacıyla, m. 107, f. 3 hükmünün bütünüyle yürürlükten kaldırılması yoluna gidilmesi ve madde başlığının da buna uygun olarak “*Belirsiz alacak davası*” şeklinde değiştirilmesi uygun olmuştur.

(TEKLİF m. 8) HMK MADDE 116: (İLK İTİRAZLAR) KONUSU

Bu maddede yapılan düzenlemenin sebebi 6335 sayılı Kanun’la TTK’nın 5. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişikliktir.

Türk Ticaret Kanunu’nda yapılan değişiklikle asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak değiştirilmiştir. Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 1956 tarihinden itibaren iki mahkeme arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisi olarak uygulanagelmıştır; bu ilişkinin doğal sonucu olarak HMK m.116’da iş bölümü ilişkisi bir ilk itiraz olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, HMK’nun yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra TTK’da yapılan değişiklik ile iş bölümü şeklindeki ilk itiraz artık anlamını kaybetmiş; böylece zımnen ilga olmuş olan HMK m. 116, f. 1, b. (c) hükmü açıkça da yürürlükten kaldırılmıştır.

(TEKLİF m. 9) HMK MADDE 120: HARÇ VE GİDER AVANSININ ÖDENMESİ

Öğretide görüş birliği içinde delil avansı ve gider avansı ayrımının net bir şekilde kabul edilmesine rağmen, önce HMK Yönetmeliği ve Gider Avansı Tarifeleri; ardından Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik ile yine Gider Avansı Tarifeleri ve yargı kararları nedeniyle uygulamada yaklaşık dokuz yıl boyunca karmaşık bir hal arz eden fiili vaziyetin, değişik önerisiyle düzeltilmesi hedeflenmektedir.

Sözü edilen Yönetmeliğin 205. maddesi, gider avansını, dava açarken davacıdan alınması gereken “*her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif*

giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacıdan alınan meblağ” biçiminde tanımlamaktadır. Yargı kararları, gider avansı ve delil avansı ayırımını yapmakla birlikte uygulama ne yazık ki Yönetmelik hükmü doğrultusunda şekillenmiştir.

Maddede yapılması önerilen değişikliklerle gider avansı ve delil avansı kurumları birbirlerinden keskin bir şekilde ayrılmaktadır. Davanın başında dava açılırken yatırılacak olan avans; gider avansıdır. Yargılama sürecince kullanılacağı delillere ilişkin masrafın daha davanın başında davacı tarafından mahkeme veznesine depo edilmesinin gerekçesi, yargılamanın hızlandırılması olamaz. Gerçekten de İstanbul gibi yoğun iş yükünün bulunduğu adliyelerde, davanın açılmasından delilin kullanılması anına kadar geçecek zamanın bir yılı aştığı hallerde- ki, bu halde yeni tarifeye göre eksik ücretin de ikmal edilmesi gerekecektir- ilgili delile ilişkin masrafın daha davanın başında alınması yargılamanın hızlandırılması amacı ile açıklanamaz.

Davada kullanılacak delillerin masraflarının erken bir dönemde tahsil edilmesi gerekiyorsa, bu aşamanın tahkikatın başlangıcı olması daha mantıklı ve hukuka uygundur. Bu düşüncelerden hareketle 120. maddenin değişikliğe uğratılması önerilmektedir. Bu kapsamda maddenin başlığı “*Harç ve Gider Avansının Ödenmesi*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin amacı, maddenin yalnızca gider avansına ilişkin bir madde olduğunu net bir şekilde ortaya koymaya yöneliktir. Bu farklılığı belirginleştirmek için maddeye üçüncü fıkra eklemiştir.

Eklenen fıkra gereğince, taraflardan birinin ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen delil avansına ilişkin 324. madde hükümleri saklı olacaktır. Bu madde kapsamında son olarak belirtelim ki sadece Gider Avansı Tarifesinde var olan sorunların giderilmesiyle madde değişikliği ile hedeflenen amaca ulaşabilmek mümkün olmayacaktır. Zira sorunlu Tarifenin kaynağı mülga 120. madde ve özellikle de maddenin “*Harç ve avans ödenmesi*” başlığını taşıyan başlığı ile maddenin gerekçesidir.

Gerçekten de 120. maddenin (ilk) gerekçesine bakıldığında, “... yeni düzenleme yapılarak her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın, avans olarak davacı tarafından davacı tarafından dava açılırken yatırılması zorunluluğu getirilmiştir” açıklamasına yer verilmiş olduğu görülmektedir. Görüldüğü gibi

madde gerekçesinde delil avansından da söz edilmektedir. Şu hâlde mevcut karmaşa sadece madde başlığının düzeltilmesi veya Tarifenin değiştirilmesi ile çözülecek gibi değildir.

(TEKLİF m. 10) HMK MADDE 123: DAVANIN GERİ ALINMASI

Maddenin birinci fıkrasına “*Bu takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir*” ibaresi eklenmiştir.

HMK m. 123’te davanın geri alınmasının koşulları düzenlenmektedir. Buna göre davacı, hüküm kesinleşinceye kadar ancak davalının açık rızası ile davasını geri alabilir.

Davanın geri alınması, davadan feragat, davanın konusuz kalması veya davanın atıye bırakılması şeklinde ifade edilen kavramlar, uygulamada sıklıkla birbirine karıştırılan yargılama hukuku kurumlarıdır. Bu karışıklık hem mahkemenin vereceği karar türleri hem de yargılama giderlerinden kimlerin sorumlu olacağı hususları bakımından ortaya çıkmaktadır.

Davanın geri alınmasını davadan feragatten ayıran temel farklılık, geri alınan bir davanın yeniden açılabilmesi mümkün iken, feragat edilen davanın yeniden açılmasının mümkün olmaması; feragatin kesin hüküm etkisidir (m. 311).

Davadan feragat tek taraflı bir irade beyanı ile gerçekleşirken, davanın geri alınabilmesi için davalının açık rızası gerekir. Davadan feragat halinde mahkemenin, esasa ilişkin karar verilmesine yer olmadığı şeklinde bir hükümlerle, yani bir anlamda mevcut durumu ortaya koyacak bir şekilde hüküm kurması lazımdır. Oysa davanın geri alınması halinde mahkemenin davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi gerekir.

Uygulamada davanın atıye terki biçiminde ifade edilen kurumun ise Kanun’da bir karşılığı bulunmayıp, bu şekilde beyanda bulunan tarafla, mahkemenin, talebinin ne yönde olduğunu açıklattırıp buna göre karar vermesi gerekir.

Benzer nitelikteki usulî kurumların ortaya çıkarabileceği bir diğer sorun ise, az önce bahsedildiği üzere, yargılama giderlerine kimin mahkûm edileceği noktasındadır.

Davadan feragat halinde, feragat eden davacının feragat kapsamıyla sınırlı olmak üzere yargılama giderlerine mahkûm olacağı açıktır (m. 312). Feragat kapsamında sınırlı olmaktan kastedilen husus ise, kısmı feragat halinde feragat edilen kısım oranında davacının yargılama giderlerini ödeyecek olmasıdır.

Davanın geri alınmasına bağlanan sonuç ise davanın açılmamış sayılmasıdır. Yeni düzenleme ile öğretide kabul gören görüş, kanun maddesi haline getirilmiştir.

Davacı burada tek taraflı bir irade beyanıyla yargılamayı sona erdirmemekte, usulî bir sebep dışında başka bir sebeple (davacının davasını geri alması, davalının da buna muvafakat etmesi nedeniyle şimdilik) davanın konusu ortadan kalkmaktadır. İşte bu halde mahkemenin, davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığını belirterek yargılama giderleri bakımından davanın açıldığı andaki haklılık durumunu araştırması gerekir (m. 331, f. 1).

Sonuç itibariyle uygulamada ortaya çıkan ve kavram kargaşasına sebebiyet veren hususlar, önerilen değişikliklerle, davanın geri alınması bakımından netleştirilmiş ve geri alınan davada mahkemenin davanın açılmamış sayılmasına karar vererek yargılama giderlerini davacıya yükleyeceği tasrih edilmiştir (m. 331, 3).

Davanın geri alınması sebebiyle davanın zaten açılmamış sayılacağı, bu hususun, yani açılmamış sayılmanın ayrıca kararda zikredilmesinin gereksiz olduğu gibi bir düşünce akla gelebilirse de, davanın açılmamış sayılması sadece davanın geri alınması halinde değil, HMK m. 77, f.1; m. 150 veya m. 119' da öngörülen hallerde de gerçekleşebileceği için, davanın geri alınması sebebiyle açılmamış sayılmasına karar verildiğinin kararda gösterilmesi faydalı olacak, bu şekilde durum diğer açılmamış sayılma hallerinden ayırt edilebilecektir.

Ayrıca davanın açılmamış sayılması kararının diğer durumlarda olduğu gibi burada da kurucu değil, tespit edici olduğu hususunun vurgulanması bakımından da değişiklik önerisi isabetlidir.

(TEKLİF m. 11) HMK MADDE 125: DAVA KONUSUNUN DEVRİ

Dava konusunun devrini düzenleyen maddede yapılması önerilen temel değişiklik, davacının dava konusunu devretmesi ve sonrasında davanın davacı aleyhine sonuçlanması halinde yargılama giderlerinden, önceki (eski) ve yeni davacının müteselsilen sorumlu olacaklarına ilişkin üçüncü fıkraya yapılan eklemedir.

Davalının, davanın konusunu devretmesi ve sonrasında davanın davalı aleyhine sonuçlanması halinde, eski ve yeni davalının yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olacaklarına dair bir hüküm maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenmişken, davacının davanın konusunu devretmesi ve sonrasında yeni davacının aleyhine hüküm tesis edilmesi halinde eski davacının bu yargılama giderlerinden sorumlu olacağına dair bir hüküm bulunmamakta idi.

Öğretide her ne kadar davalı bakımından Kanunda öngörülen düzenlemenin kıyasen davacı için de uygulanması gerektiğine ilişkin görüşler bulunsa da bu konuda açık bir düzenlemenin olmaması tereddütlere sebebiyet vermekte idi. Gerçekten de açık bir düzenleme eksikliği karşısında, davalı bakımından öngörülen düzenlemenin kıyasen davacı bakımından da geçerli olacağını söyleyebilmek her zaman kolay olmamakta idi.

Değiştirilmesi önerilen düzenlemede böyle bir hükmün eksikliği, uygulamada da kötüye kullanılabilir sonuçlara yol açabilmekteydi. Örneğin, davayı kaybedeceğini anlayan ve ağır bir yargılama gideri ile karşı karşıya kalacağını düşünen davacının hiçbir malvarlığı değeri bulunmayan bir kimseye dava konusunu devrederek davalıyı zarara uğratması mümkün olabilmekteydi. Bu halde davalı, davayı kazansa dahi özellikle vekâlet ücretini tahsil edebileceği bir muhatap bulamamaktaydı. İşte, ortaya çıkan bu olumsuz sonucun giderilmesi amacıyla 125. maddenin ikinci fıkrasına bir hüküm getirilmiştir.

Her ne kadar, uygulamanın değişiklik kapsamında cereyan ettiği ve bu çerçevede yapılacak değişikliğin lüzumsuz olduğu ileri sürülebilse de HMK m.326, f.1 gereğince, “*Kanunda yazılı haller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir*”.

Bu hükümden hareketle, aleyhine hüküm verilen taraf, davanın konusunu devralan yeni davacıdır ve yargılama giderlerinden 326. maddenin ilk fıkrası gereğince kendisi sorumludur. Zira Kanun'da aksine bir durum da söz konusu değildir. Şu hâlde aleyhine hüküm verilmesine rağmen yargılama giderlerinden devreden davacıyı sorumlu tutabilmek için açık kanun değişikliğine ihtiyaç bulunmaktadır.

Maddede yapılması önerilen bir diğer değişiklik ise, ilk fıkranın (a) bendinde yapılan düzeltmedir. Buna göre, bu bentteki "*davacı davayı kazanırsa*" ibaresi, "*dava, davacı lehine sonuçlanırsa*" şeklinde değiştirilmiştir. Madde gerekçesinde bu değişikliğe ilişkin bir açıklama yer almamıştır. Bu değişikliğin esaslı bir sebebi bulunmamakla birlikte, kanaatimizce, fıkraya daha doğru ve teknik bir anlam yüklemek ve ikinci fıkraya eklenmesi önerilen "*...dava davacı aleyhine sonuçlanırsa*" ibaresiyle uyum sağlamak amacı güdülmüştür.

(TEKLİF m.12) HMK MADDE 127: CEVAP DİLEKÇESİNİ VERME SÜRESİ

Önerilen değişiklikle maddeye kısa bir ekleme yapılmıştır. Buna göre, ek süre talebi kabul edilen davalıya mahkeme tarafından verilen ek süre, iki haftalık cevap süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Değişikliğin gerekçesi ise hâlâ devam eden farklı uygulamalardır. Nitekim bazı mahkemeler ek süreyi, süre verilmesine ilişkin kararın tebliğinden itibaren işletmektedir. Başka bazı mahkeme kararlarında süre, kararın verildiği andan itibaren işletilmeye başlanmaktadır. Bir kısım mahkeme kararlarında ise ek sürenin, değişikliğe benzer şekilde, cevap süresinin bitmesini müteakip işlemeye başlatıldığı görülmektedir.

Yapılması önerilen değişiklikle, uygulamada ortaya çıkan farklılıkların giderilmesi hedeflenmiş ve cevap dilekçesinin iki haftalık süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda mahkemece bir defaya mahsus ve bir ayı geçmemek üzere verilen ek sürenin iki haftalık cevap süresinin bitmesini müteakip işlemeye başlayacağı açık bir kanun hükmü olarak düzenlenmiştir.

(TEKLİF m. 13) HMK MADDE 139: ÖN İNCELEME DURUŞMASINA DAVET

HMK'da yapılması önerilen elli maddeyi aşkın değişikliklerin belki de en önemlilerinden birisi 139. maddede yapılan değişikliktir. Bu değişikliği önemli kılan husus ise yargılamanın hazırlık safhası olarak kabul edebileceğimiz ön inceleme aşamasında yapılan esaslı müdahalelerdir. Söz konusu müdahalelerden ilki, ön inceleme duruşma davetiyesinde yer alan konularda yapılan düzenlemedir.

Dilekçeler aşamasının tamamlanmasından sonra mahkemece taraflara gönderilecek ön inceleme duruşma gününü gösteren davetiyede yer alacak hususların büyük bir kısmı 139. maddede yer alsa da davetiyede, ön inceleme sistemini değiştirecek önemli bir yenilik yapılmıştır.

Çıkarılacak davetiyede, duruşma davetiyesi ve sonuçlarına ilişkin hususlar, tarafların sulh için gerekli hazırlıkları yapması, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği hususları ile birlikte -ki, bu üç husus maddenin mevcut halinde de yer almaktadır-, *davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamaları yapmaları, bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi halinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarına karar verileceği* hususları yer almaktadır.

Mevcut 139. maddede yer alıp da değişiklik ile kaldırılması önerilen ibare, ön inceleme duruşmasına gelen tarafın mazeretsiz olarak duruşmaya gelmeyen tarafın yokluğunda ve gelmeyen tarafın muvafakati olmadan iddiasını veya savunmasını genişletebileceğine ya da değiştirebileceğine ilişkin ihtardır. Bu ihtar, 141. madde ile bağlantılı olan bir ihtardır.

141. maddenin mevcut halinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde; *“ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia ve savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir”* hükmü yer almaktadır. Değişikle, 141. maddenin ilk fıkrası tamamıyla ilga edilmiş ve yeni bir hüküm tesis edilmiştir.

Bu değişiklikte dikkati çeken husus, ön inceleme duruşmasına gelen tarafın mazeretsiz olarak gelmeyen tarafın yokluğunda iddiasını ve savunmasını serbestçe genişletip değiştirebilmesine dair olan hükmün kaldırılmasıdır. Görüldüğü gibi, 139, 140 ve 141. maddelerde yapılan değişikliklerin amacı ortaktır ve yapılan değişiklikler, ön inceleme duruşmasında, iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnası olabilecek ihtimali kaldırmayı hedeflemiştir.

Bu üç maddeye ilişkin değişiklikte dikkati çeken bir başka husus ise, iddianın ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi yasağının dilekçeler teatisi (değişimi) aşamasının tamamlanmasıyla başladığının tasrih edilmesidir. Tarafların ön inceleme duruşmasına katılmaları çok önemli olmakla birlikte, bunun katılmayan taraf bakımından bir ceza olmaktan çıkarılması; davanın veya savunmanın genişletilip buna karşı yeni cevapların ve delillerin sunulmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Ön inceleme duruşmasına ilişkin davetiyede yapılan bir diğer önemli değişiklik ise, tarafların dilekçelerinde belirttikleri, fakat ibraz etmedikleri belgeleri sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilmesi amacıyla gerekli açıklamaları yapmaları için davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık sürelerinin bulunduğuna yönelik ihtarattır.

Yeni düzenleme radikal bir değişikliktir. 140. maddenin değiştirilmesi önerilen 5. fıkrasında iki haftalık süre ön inceleme duruşması ile başlamaktaydı. Maddede yapılan değişiklikle süre daha öne çekilmiştir. Ayrıca bu durum 139. maddede düzenlendiği için 140. maddede tekrar yer bulmamıştır.

Gerekçede, ön inceleme duruşmasının gerekli belgelerin önceden toplanarak yapılmasının uyumsuzluğunun çözümü için gerekli olan “*yol haritasının*” daha erken bir zamanda netleşmesini sağlayacağı ve böylece ön inceleme duruşmasının bütün verilerin sunulmuş olmasıyla daha etkin bir şekilde gerçekleşmesinin önünün açıldığı vurgulanmıştır. Gerekçede ayrıca, yapılan değişiklikle zaman kaybetmeksizin bir an önce tahkikata başlanabileceğinin de altı çizilmektedir.

Bu değişiklik önerisi kapsamında son olarak belirtmek gerekir ki, delili süresinde dosyaya sunmayan taraf o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaktır.

(TEKLİF m. 14) HMK MADDE 140: ÖN İNCELEME DURUŞMASI

Teklif'in bu maddesiyle, HMK m. 140'ın ikinci ve beşinci fıkralarında değişiklik yapılması önerilmektedir.

İkinci fıkrada yapılan değişikliğin amacı, sulh ve arabuluculuk gibi dostane çözüm yöntemlerine etkin bir şekilde başvurunun önünün açılmasıdır. Bu değişiklik kapsamında ikinci fıkrada yer alan, *“sulh ve arabuluculuğa”* ibaresi, *“sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak”* şeklinde değiştirilmektedir.

Diğer değişiklik önerisi, beşinci fıkranın tamamen ilga edilip yeni fıkra ihdas edilmesine yöneliktir. Yeni fıkra gereğince, 139. madde uyarınca yapılan ihtara rağmen dilekçelerinde gösterdikleri belgeleri sunmayan veya belgelerin getirilmesi için gerekli açıklamaları yapmayan tarafın bu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılacağı hükme bağlanmaktadır. Tekrar edelim ki, bu fıkrada yapılması önerilen değişikliği, 139 ve 141. maddelerde yapılan değişikliklerle birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

(TEKLİF m. 15) HMK MADDE 141: İDDİA VE SAVUNMANIN DEĞİŞTİRİLMESİ VEYA GENİŞLETİLMESİ

Önerilen değişiklikle maddenin ilk fıkrası ilga edilip yeni bir fıkra ihdas edilmektedir. Buna göre, taraflar, iddia veya savunmalarını cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinde serbestçe genişletip değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia ve savunma kuralı olarak genişletilip değiştirilemez.

Yukarıda 139. maddede de açıklandığı üzere, mevcut düzenlemede ön inceleme duruşmasına gelen tarafın duruşmaya mazeretsiz olarak gelmeyen tarafın yokluğunda iddiasını veya savunmasını genişletip değiştirmesinin mümkün olabileceği düzenlenmişken, değiştirilmesi teklif edilen madde ile bu imkân ortadan kaldırılmaktadır.

İlga edilmesi önerilen fıkrada ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının başlayacağı belirtilmişse de öğretilerde bu yasağın dilekçeler aşamasının tamamlanmasıyla başlayacağı kabul edilmekteydi. Bu kabul, yeni düzenlemede ilk fıkranın sonuna eklenmiş ve dilekçe-

lerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Gerekçede, duruşmaya katılan tarafın katılmayan tarafın yokluğunda iddiasını genişletip değiştirmesinin silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmadığına vurgu yapılmaktadır. Sadece duruşmaya katıldığı için bir tarafın diğer tarafa nazaran daha avantajlı bir noktaya gelmesi adil yargılanma hakkına da aykırılık teşkil edebilir. Ön inceleme duruşmasına katılımı teşvik etmek de bu çözümü haklı göstermez.

Yine gerekçede genişletilen veya değiştirilen iddia veya savunma-ya karşı diğer tarafın -genel olarak- savunma hakkı kapsamında dilekçeler sunmasının yargılamayı çetrefilleştireceği, dilekçeler aşamasının sona ermesinden sonra hâlâ tarafların dilekçe verme gayretine girmelerinin yargılamayı uzatabileceği, ayrıca bu aşamada hangi kriterlere göre dilekçe verileceğinin belirli olmaması gibi sebeplerle ilgili hükümün ilga edildiği belirtilerek, ön inceleme duruşmasına gelerek, yargılamanın yol haritası niteliğindeki ön inceleme tutanağının hazırlanmasına katkı sağlayan tarafın kendisi bakımından en avantajlı sonucu elde edeceği belirtilmektedir.

(TEKLİF m. 16) HMK MADDE 147: TARAFLARIN DURUŞMAYA DAVETİ

Bu madde, tahkikat aşamasında tarafların duruşmaya çağırılması hakkındadır. Her ne kadar madde başlığı tarafların duruşmaya çağırılmasına ilişkinse de maddenin önerilen değişiklikten sonraki hali tahkikat aşamasına ilişkin önemli düzenlemeleri bünyesinde barındırmaktadır. Başka bir ifadeyle, madde, değişiklikte birlikte, sadece duruşmalara ilişkin bir hüküm olmaktan çıkarak tahkikatın hitamından sonra yargılamanın nasıl cereyan edeceğinin belirlendiği bir düzen hükmü halini alacaktır.

Değişiklik önerisine göre, maddenin ilk fıkrası uyarınca, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra gönderilecek davetiye hem tahkikat hem de sözlü yargılama aşamasındaki duruşmaları kapsayacak şekilde düzenlenecektir. Değiştirilmesi önerilen hükümde tarafların sadece tahkikat için duruşmaya davet edileceği belirtilmektedir. Aslında yeni madde ile yapısal bir değişikliğe gidildiği görülmektedir.

Bu değişiklik sonucu, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra taraflara gönderilen davetiye ile tahkikat ve müteakip süreç başlamaktadır. Davetiye ile taraflar tahkikat ve sözlü yargılama duruşmalarına davet edilmektedir. Görüldüğü gibi, tek bir davetiye ile iki yargılama safhasındaki duruşmalar için çağrı yapılmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında az önce bahsedilen yapısal değişiklik ortaya çıkmaktadır. Bu değişiklik gereğince, tahkikat aşamasının tamamlanmasından sonra, aynı duruşmada, sözlü yargılama aşamasına geçilmesi kural haline getirilmektedir. Nitekim 186. maddede bu değişikliğin esasları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Değişikliklerle birlikte kural, mevcut hükümlerden farklı olarak, sözlü yargılama için ayrı bir günde yeni bir duruşma günü verilmesi olmaktan çıkarılmış, tahkikatın hemen akabinde sözlü yargılamanın yapılmasına imkân verecek şekle dönüştürülmüştür. Yapılan bu değişiklikle yargılamanın hızlanmasının önü açılacak ve gereksiz duruşmalardan kaçınılacaktır. Sözlü yargılama için ayrı bir duruşma günü tayin edilmediği için de duruşma davetiyesi gönderilmesine gerek kalmayacaktır. Kaldı ki sözlü yargılama için ayrı bir gün belirlense dahi yeni bir davetiye gönderilmeyecektir.

Değişiklikle tahkikatın bitmesinin hemen akabinde sözlü yargılama aşamasına geçilmesi öngörülmüşse de taraflardan birinin talebi halinde sözlü yargılama yapılması için başka bir güne duruşma günü verilebilecektir. Yukarıda bahsedildiği gibi, farklı güne verilen sözlü yargılama duruşması için taraflara davetiye gönderilmeyecek, 150. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla taraflar sözlü yargılama duruşmasına gelmeseler dahi yokluklarında hüküm verilebilecektir.

Bu noktada 150. maddeye yapılan atfın nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorusu akla gelebilir. Zira tahkikatın hitamından sonra müstakil olarak yapılan sözlü yargılama duruşmasına iki taraf da gelmezse yokluklarında karar verileceği 147. maddenin 2. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Şu hâlde, 150. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen ve iki tarafın da duruşmaya gelmemesi halinde dosyanın işlemde kaldırılabacağına ilişkin olan hükmün burada uygulanması mümkün olmayacaktır.

Belki burada akla gelebilecek olan ihtimal iki tarafın da duruşmaya gelip davayı takip etmeyeceklerini bildirmiş olmalarıdır. Fakat bu durumda da değişiklikle yapılan düzenlemede 150. maddeye atıf yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira değişiklik sadece tarafların gelmemesine ilişkin bir düzenleme içermektedir. Taraflardan birinin gelip diğerinin gelmemesi faraziyesinde ise bakılacaktır. Gelen taraf gelmeyen tarafın yokluğunda davaya devam etmeyeceğini bildirirse dahi, hâkimin dosyayı işlemeyi kaldırarak hükmünü tesis etmesi gerekmektedir.

(TEKLİF m. 17) HMK MADDE 149: SES VE GÖRÜNTÜ NAKLEDİLMESİ YOLUYLA DURUŞMA İCRASI

Önerilen değişiklikle madde yeniden düzenlenmekte ve şu şekli alması öngörülmektedir:

“Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrası

MADDE 149- (1) Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine karar verebilir.

(2) Mahkeme resen veya taraflardan birinin talebi üzerine; tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine karar verebilir.

(3) Mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir.

(4) Mahkeme, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılmasına da karar verebilir.

(5) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirlenir.”

Değişikliğin gerekçesi Teklif’te şöyle açıklanmıştır: *“Maddeyle, Kanununun 149 uncu maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Hükmüyle, ses veya görüntü nakli yoluyla duruşmanın yapılması usulü yeniden düzenlenmektedir. Birinci fıkrada yapılan değişiklikle, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden*

duruşmaya katılması ve usuli işlemleri yapabilmesi düzenlenmektedir. İkinci fıkrada yapılan değişiklikle, mahkemenin resen ya da taraflardan birinin talebi üzerine tanığın, bilirkişinin veya uzmanın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla dinlenilebilmesine olanak sağlanmaktadır. Üçüncü fıkrayla, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri dava ve işlerde mahkemenin resen tüm ilgilileri aynı usulle dinleyebilmesine imkân tanınmaktadır. Dördüncü fıkrayla, fîli engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın mahkemenin bulunduğu yerde yapılamaması halinde il sınırları içinde başka bir yerde duruşmanın icrasına imkân tanınmaktadır”.

Mevcut hükümle kıyaslandığında dikkati çeken ilk fark, ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrasının gerçekleşebilmesi için artık her iki tarafın da rızasının aranmayacak olmasıdır. Yani getirilen düzenleme ile taraflardan birisinin talebi yeterli sayılacak ve bu talep üzerine talep eden tarafın ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulunduğu yerden duruşmaya katılması ve usuli işlemleri yapabilmesi mümkün olacaktır. Mahkeme bu talep üzerine tarafın veya vekilinin ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımına izin verebilir. Görüldüğü üzere, başlı başına talep yeterli değildir; gerçi değiştirilen hükme nazaran tek taraflı bir talep yeterlidir, ama neticede bu kararı mutlaka hâkim verecektir.

Bu noktada tek taraflı bir taleple duruşmaların ses ve görüntü nakli yoluyla icrasının diğer tarafın haklarına zarar verebileceği veya asıl olandan, yani fiziki ortamda duruşma yapılmasından uzaklaşılacağı gibi eleştirileri gündeme getirebileceği düşünülebilse de, neticede duruşmaların ne zaman ses ve görüntü nakli yoluyla yapılacağına karar verecek olan merci, hâkimdir. Elbette hâkim iki tarafın menfaatini, yargılamanın seyrini ve yargılama ilkelerini ve özellikle de doğrudanlık ilkesini dikkate alarak bir karar verecektir.

Hâkim, yargılamanın seyri ve yargılamaya hâkim olan ilkeler dikkate alındığında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasının beklenen sonucu ortaya çıkarmayacağı kanaatindeyse bu yönde yapılan talebi reddedecektir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, mahkeme; tanıkların, bilirkişilerin, uzmanların da buldukları yerden ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmalara katılımına izin verebilir. İlk fıkradan farklı olarak burada, taraflardan birinin bu yönde bir talebi olabileceği gibi, hâkim resen

de usuli işlemlerin ses ve görüntü nakli yoluyla icrasının mümkün olduğuna karar verebilir. Değiştirilmesi önerilen (mevcut) ikinci fıkrada hâkimin bu şekilde resen duruşma icrasına karar verme yetkisi bulunmamaktaydı.

Her iki fıkra bakımından değerlendirilmesi gereken en önemli mesele, sesi ve görüntüsüyle duruşmaya katılacak olanların buldukları yerin neresi olabileceği noktasındadır. Sesin ve görüntünün nakledileceği yer muhakkak bir duruşma salonu mu olmalıdır? Bu yönde madde metninde bir açıklık bulunmamaktadır. Benzer sorun, değiştirilmesi önerilen (yani mevcut) madde zamanında da gündeme getirilmiştir.

Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.218 ve Ceza Muhakemesine İlişkin SEGBİS Yönetmeliği'nde sesin ve görüntünün nereden nakledileceği konusunda açık ifadeler bulunmamakla birlikte, ceza yargılamasında SEGBİS sistemi başka bir mahkeme salonu veya cezaevleri SEGBİS odaları kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir.

Kanaatimizce, hukuk yargılaması bakımından sesin ve görüntünün muhakkak bir başka mahkeme salonundan veya adliyede buna ilişkin yerlerden iletilmesine gerek bulunmadığı; maddenin etkin bir şekilde kullanılabilmesini sağlamak için adliyeler dışında başkaca yerlerin de kullanılmasıyla duruşmalara katılımın sağlanmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Örneğin, avukatların yazıhanelerinden (bürolarından), bilirkişilerin çalıştıkları yerlerden ve hatta evlerinden duruşmalara katılmaları mümkün olmalıdır. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, ses ve görüntünün nitelikli bir şekilde mahkemeye aktarılmasını sağlayacak teknolojik yöntemlerin seçilmesinin gerekli olmasıdır. Ayrıca olası tehdit, şantaj şüphelerine yer vermek amacıyla, kullanılan kameranın, sesin ve görüntünün aktarıldığı odaya bütün açılardan hâkim olacak bir noktaya konuşlandırılması lazımdır. Diğer taraftan, bu usulün uygulanması halinde gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması, özellikle ses ve görüntü nakliyle elde edilen verinin delil niteliğini kazanması için resmîyetin sağlanması ve yöntemin bir mahkeme salonu kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği de savunulabilir.

Bu noktada son olarak belirtmek gerekir ki, sesin veya görüntünün münferit olarak aktarılması suretiyle duruşmanın icrası madde kapsamında mümkün değildir. Yani sadece ses aktarımı yoluyla bu madde işletilemeyecektir.

Değişiklik önerisinin üçüncü fıkrasında mahkemenin, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgilileri resen dinleyebileceği hususu düzenlenmiştir. Elbette, tarafların veya ilgililerin talebiyle de mahkemenin bu konuda karar vermesi mümkündür.

Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrası HMK ile hukuk hayatımıza girmiştir. Bu değişikliğin sebebi teknolojik gelişmelerden, elverdiği takdirde ve ölçüde hukuk alanında da yararlanılması düşüncesidir. Fakat HMK'nın yürürlüğe girdiği yaklaşık on yıla yakın bir süre bu maddenin işletilmesi mümkün olmamıştır. Hukuk yargılamalarında neredeyse hiç uygulaması olmamıştır.

Bu maddenin işletilmemesinin en önemli nedenlerinden birisi ise hükümde yer alan ve her iki tarafın da ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaların icrasına rıza göstermesine yönelik olan zorunluluktur. Uygulaması çok az olan hükmü tamamen ilga etmek yerine işlevsel hale getirerek uygulanmasını sağlamak değişikliğin temel amacı olmuştur. Yapılması önerilen değişiklikle sadece bir tarafın talebi ve mahkemenin de onayı ile duruşmalar bu şekilde icra edilebilecek, maddeden beklenen amaç hâsıl olacaktır.

Değişiklikle maddeye eklenen dördüncü fıkra yenidir. Bu fıkra gereğince, fiili engel veya güvenlik sebebiyle duruşmanın il sınırları içinde başka bir yerde yapılabilmesi mümkündür. Madde gerekçesinde neden böyle bir fıkraya ihtiyaç duyulduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bu değişiklik önerisi uygulamada bazı hukuki sıkıntılar yaratabilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu karar, dosyayı inceleyen mahkemece verilecektir. Duruşmanın başka yerde yapılmasından kast edilen, yine başka bir mahkeme salonu olmalıdır. Aksi, yani duruşmanın mahkeme salonu dışında icra edilebilmesi düşünülmemeyecektir. Ayrıca duruşmanın başka bir yerde icra edilmesinin sebebi fiili engel veya güvenlidir. Bu sebeplerin yeterince somut sebepler olmadığı da söylenebilir. Netice itibarıyla ilgili fıkranın tabii hâkim ilkesini ihlal potansiyelini de bünyesinde barındırdığı aşikârdır.

Maddenin yeni içeriğine uygun olarak başlığı da “*Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla veya başka yerde duruşma icrası*” şeklinde değiştirilmektedir.

Teklif’te maddenin değişik şeklinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanıp yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenmesi önerilmektedir. Bu yönetmelik düzenlenirken çok dikkatli davranılması gerektiği açıktır.

(TEKLİF m.1 8) HMK MADDE 151: DURUŞMA DÜZENİ

Önerilen düzenleme ile maddenin ilk fıkrası değiştirilmiştir. Değişikliğin amacı, büyük ölçüde, duruşma düzenini bozan ve fakat tarafların vekili olmayan avukatların duruşmadan çıkartılıp çıkartılmayacağı konusunda uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilmesidir. Gerçekten de değiştirilmesi önerilen hükümde, “*taraf*” avukatı ibaresi kullanılmadan genel olarak “avukat” ibaresine yer verilmiş olduğu için, tarafların vekili olmayan ve duruşma düzenini bozan avukatların da duruşmadan çıkartılmayacağı gibi bir sonuca ulaşılabilmekteydi. Değişiklikle birlikte durum netliğe kavuşturulmuş ve duruşma düzenini bozan ve fakat tarafların vekili sıfatı bulunmayan avukatın da duruşmadan çıkartılması mümkün kılınmıştır.

Fıkranın değişiklik gerekçesinde, görülmekte olan bir davada taraf vekili olmayan, ancak duruşma düzenini bozan kimselerin sadece avukat kimliği dolayısıyla duruşma salonundan çıkarılmamasının Anayasa’da hükme bağlanan yargı yetkisinin mahkemeler eliyle kullanılması ilkesine aykırılık teşkil edebileceği gibi tarafların hak arama özgürlükleriyle bağdaşmayacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce, taraf vekili sıfatını taşımayan avukatın duruşma düzenini bozması sebebiyle duruşmadan çıkartılmamasının yargı yetkisinin mahkemelerce kullanılması ilkesi ile veya hak arama özgürlüğüyle bir bağlantısı bulunmamaktadır. Taraf vekili olmayan avukatın duruşmadan çıkartılması hususu bir düzen hükmüdür ve bu düzen hükmü yargılamanın şekli anlamda sevk ve idaresini ilgilendirmektedir. Duruşma düzenini bozan avukatlar bakımından elbette HMK m. 79 gereğince işlem yapılması her zaman mümkündür. Taraf vekili olmayan avukatın duruşmadan çıkarılmasının, avukatlık mesleğinin görmezden gelinmesi olarak algılanmaması gerekir. Yine, taraf vekili olmayan avukatların

duruşmadan çıkarılmasının, taraf avukatının yalnız ve sahipsiz bırakılması anlamına geldiği düşüncesi de *Gerekçeden* anlaşılabilirdiği kadarıyla değişikliğin amaçlamadığı bir düşüncedir. Genellikle duruşmayı izlemek için duruşma salonunda bulunan avukatın gayesi kendi duruşmasını beklemektir. Bu amaçla duruşmada bulunan bir avukatın, taraf avukatı ile hâkim arasında cereyan edecek muhtemel bir tartışmada, o avukatın yanında yer alıp onun lehine davranış sergileyeceğini düşünmek tüm bu tartışmalarda hâkimin mutlaka haksız olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Oysa duruşma düzeninin bozulduğu her durumda hatanın kaynağı olarak hâkimi görmek mümkün ve doğru olmamak gerekir. Ayrıca taraf avukatının böyle bir durumda desteğe ihtiyacı olduğundan söz etmek de mesleğini savunma üzerine kuran bir kimse için en son söylenecek sözdür.

Bu madde kapsamında son olarak belirtmek gerekir ki, taraf avukatı olmayıp fer'i müdahilin avukatı olan bir vekilin duruşmadan çıkartılabilip çıkartılamayacağı konusunda maddede bir açıklık yoktur. Kanaatimizce, her ne kadar müdahil vekilleri taraf vekili olarak kabul edilmeseler de fer'i müdahilin taraf yardımcısı olduğu düşünüldüğünde müdahil vekilinin de duruşmadan çıkarılamaması gerekir.

Yukarıda sevk gerekçesi ve amacı açıklanan bu değişiklik Bilim Komisyonunda yoğun tartışmalara neden olmuştur. Hazırlık çalışmaları sırasında özellikle Barolar değişikliği tasvip etmeyerek Teklif'ten çıkarılmasını istemişlerdir. Bir değişiklik ancak bütün ilgililerin mutabakatı halinde başarılı sonuçlar verebilir; aksi takdirde, yapılan değişiklik daha sıkıntılı hukuki durumlara yol açabilir. Onun için, Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilmeyeceğini düşündüğümüz bu değişiklik önerisinin Teklif'ten çıkarılmasının uygun olacağını düşünmekteyiz.

(TEKLİF m. 19) HMK MADDE 177: ISLAHIN ZAMANI VE ŞEKLİ

Değişiklik önerisiyle, Türk hukukunda doğrudan veya dolaylı olarak üç İçtihadı Birleştirme Kararına konu olan bir mesele çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Tartışmalara neden olan mesele, kanun yolu aşamasından sonra ilk derece mahkemesinde tahkikata devam edilen uyuşmazlıklarda

ıslahın yapılabilip yapılamayacağı, şayet ıslah yapılabilecekse bunun kapsamının ne olduğu noktasındadır.

Bozma kararından sonra ilk derece yargılamasında tahkikata devam edilse dahi ıslahın mümkün olamayacağı, az önce bahsedilen İçtihadı Birleştirme Kararlarında ön plana çıkan görüştür. Bu görüşün temel gerekçesi, bozma kararıyla yargılamanın belli bir seyre sokulduğu, yapılacak ıslahla bu seyrin değiştirilerek bozmanın ve o ana kadar yapılan işlemlerin geçersiz kalacağı ve yargılamanın uzayacağı endişesidir. İşte bu endişe sebebiyle İçtihadı Birleştirme Kararlarında bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı görüşü ağırlık kazanmıştır. Oysa meselenin bu yönü yanında bir başka yönünün de dikkate alınması gerekir.

Gerek HUMK gerekse HMK hükümlerine göre tahkikat, muhakenin sonuna kadar yapılır. Islah da tahkikatın sonuna kadar yapılabilen bir usul işlemidir (HMK m. 177, f. 1).

Bozmadan veya kararın istinaf incelemesi neticesinde usuli sebeplerle kaldırılmasından sonra dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesince tahkikata devam edilmekteyse, bu tahkikatın bozma veya kaldırma sebebine göre gerçekleştirilmesi söz konusudur.

Sorun; bozmaya uyulmasının veya kaldırma kararının gereklerinin yapılması durumunda oluşan durumun ıslahla bertaraf edileceği düşüncesidir. Fakat bu düşünce özellikle usule ilişkin bozma ve kaldırma kararlarında bir anlam ifade etmemektedir. Örneğin, hiçbir tahkikat işlemi yapılmadan görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmiş ve bu karar kanun yolu aşamasında bozulmuş veya kaldırılmışsa, artık bozmadan veya kaldırmadan sonra ıslah yapılamayacağını söylemek mümkün olmayacaktır. Bu halde bozma veya kaldırmanın kapsamını değiştirecek bir husustan da söz edebilmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca, aksine bir düşünce, gereksiz davaların açılmasına sebebiyet vererek usul ekonomisi ilkesini zedeleyecektir.

Bozmanın veya kaldırmanın usule ilişkin nedenlerle değil de, esasa ilişkin nedenlerle gerçekleşmesi halinde dikkat edilmesi gereken husus, bozma kararına uyulmakla ortaya çıkan hukuki durumun ortadan kaldırılamayacak olmasıdır. Değişiklik önerisiyle getirilen birinci fıkranın son cümlesindeki bu ibare, İçtihadı Birleştirme Kararlarında var olan endişenin giderilmesi amacıyla hükme eklenmiştir. Fıkranın

son cümlesinde dikkati çeken husus sadece bozma kararına uyulmasından sonra ortaya çıkan hukuki durumla ilgilidir. Oysa istinaf incelemesi üzerine kaldırılan kararlardan sonra da dosya ilk derece mahkemesinin önüne gitmiş ve ilk derece mahkemesi tahkikata devam etmiş olabilir. Bu halde de tahkikata devam edileceği için ıslah yapılabilecektir. Kaldı ki, bu husus değişik ikinci fıkranın ilk cümlesinde açıkça belirtilmiştir.

Bu noktada sorulması gereken soru, kaldırma kararından sonra bozmaya uyma gibi bir hukuki durumun ortaya çıkıp çıkmayacağıdır. Bilindiği gibi, bölge adliye mahkemesinin HMK m. 353, f. 1 (a) bendi gereğince duruşma yapmadan dosya üzerinden vereceği kararlar kesindir. Bu fıkra gereğince karar kaldırılıp ilk derece mahkemesine gönderilmişse, bu durumda ilk derece mahkemesinin uyma veya direnme benzeri bir karar verebilmesi mümkün değildir. Bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararı üzerine ilk derece mahkemesinin kesin olan bu karar çerçevesinde işlem yapması gerekmektedir. Şu hâlde hukukumuzda, kaldırma kararı sonrasında ilk derece mahkemesince uyma kararına benzer bir karar verilemeyeceği için, değişik ikinci fıkranın son cümlesi sadece Yargıtay'ın bozma kararı sonrası verilen uyma kararları bakımından bir düzenleme getirmiştir. Hemen belirtelim ki, her ne kadar bölge adliye mahkemesinin kararı Yargıtay'ca bozulur ve bölge adliye mahkemesince bozmaya uyma kararı verilebilirse de, HMK m. 357 gereğince istinaf aşamasında ıslah yapılamayacağı için bu yönde bir değişiklik (bölge adliye mahkemesinin bozmaya uyma kararından sonra istinaf aşamasında ıslah yapılabileceğine yönelik) fıkrada yer almamıştır.

Yukarıda bahsedilen meselenin ağır basan yönü, bozma karardan sonra tahkikata devam edilmişse tahkikat tamamlanuncaya kadar ıslahın yapılabilecek olmasıdır. Bu kabul, yargılamanın amacı olan maddi gerçeğin temel alınması suretiyle sübjektif hakların tesisi ilkesinin de bir sonucudur.

Bozmaya uyma kararından sonra ıslah yapılamayacağını belirterek davacıya veya davalıya yeni dava açmasını salık vermek, hem yargılamanın az önce bahsedilen amacına hem de usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki kimi durumlarda yeni dava açılarak da olsa hak kayıplarının önüne geçebilmek mümkün olmayabilecektir. Şu hâlde yapılan değişiklik tasvip edilebilir.

Gelinen nokta bu olmakla birlikte, bozmadan sonra ıslah yapılamayacağını savunan görüşte de haklılık payı bulunan bazı hususlar vardır. Bu gerekçeler dikkate alınarak değişik ikinci fıkranın son cümlesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz”.

Fıkra gerekçesinde bu değişikliğin sebebi belirtilirken usulî kazanılmış hak ve aleyhe bozma yasağı kavramlarına atıf yapılmış; ancak Kanun metninde bu kavram tercih edilmemiştir.

Usulî kazanılmış hak açık bir kanun hükmüyle tanımlanmışsa da Yargıtay’ın 1959 ve 1960 tarihli iki ayrı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda kabul edilmiştir. Bu kabulün temelinde de esasen tasarruf ve usul ekonomisi ilkesi vardır. Zira taraflarca temyiz (kanun yolu) sebebi yapılmayan bir hususun kural olarak incelenememesi, temyiz incelemesi dışında kalan bir hususun kesinleşmesi suretiyle tekrar aynı konuya dönülmemesi, sürecin sınırlı ve amaca dönük bir şekilde sonuçlanmasına ve daha fazla zaman kaybedilmemesine yöneliktir.

Bozmaya uyma ile birlikte bir taraf lehine usulî kazanılmış hak doğduğu genel olarak kabul görmektedir. Değişiklik ile hedeflenen, kazanılmış bu hakkın ıslah bahanesiyle ortadan kaldırılamayacak olmasıdır. Gerekçede bu hususa ilişkin bir örnek verilmiştir. Buna göre, anapara ve faiz alacağına ilişkin davanın kabulü üzerine istinaf edilen kararın bölge adliye mahkemesince doğru bulunması ve fakat bölge adliye mahkemesi kararının Yargıtay tarafından sadece faiz bakımından bozulması halinde, bozmaya uyan ilk derece mahkemesi sadece faiz bakımından inceleme yapacak ve davacı taraf anapara miktarını artırmak amacıyla ıslah yapamayacaktır.

Usulî kazanılmış hak kavramının kendisinin ve pek çok istisnasının da tartışmalı olması nedeniyle, değişiklik önerisinde, bu kavramları da kapsayan, ancak daha genel ve geniş bir ifade olarak “bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz” denilmiştir. Bu bakımdan bozmanın usulden mi, yoksa esastan mı olduğu konusu bir ölçüt olarak kabul edilmemiştir. Örneğin maddi tazminat talebine ilişkin bir davada verilen hükmü istinaf yoluna götüren davacının talebi, bölge adliye mahkemesi tarafından reddedilmiş; Yargıtay ise davacı tarafın temyizi üzerine zararın bilirkişi incelemesi yaptırıla-

rak tespit edilmesi yönünden kararı bozmuş ve ilk derece mahkemesi bozma kararına uyarak bozma ilâmı doğrultusunda bilirkişi incelemesi yaptırmışsa, daha önce ıslah yoluna başvurmayan davacı, dava değerini, bozma kararı üzerine mahkemece tahkikata devam edildiğine, bir başka deyişle tahkikat henüz sonuçlanmadığına göre artırabilir. Bu bozmaya uyma halinde ilk derece mahkemesinin bilirkişi incelemesi yaptırmaması söz konusu olup, bilirkişi incelemesi bozmanın kapsamı içindedir.

Buna karşılık, örneğin mahkemenin görevsizliğine ilişkin kararın bozulmasından sonra davacının davasını tamamen ıslah etmesi halinde, ıslah dikkate alındığında mahkeme bu kez görevli olmayabilir. İlk kararın, görev yönünden bozulmuş olması taraflar açısından usuli kazanılmış bir hak ortaya çıkarmaz.¹⁰ Bu nedenle de davacının ıslahı kabul edilmeli denirse, bu halde davalının temyizi üzerine mahkemenin görevli olduğu şeklinde bozma kararı verilmişse, davalının bozma ile elde ettiği hukuki sonuç ıslahla ortadan kaldırılmış olur. O halde her durumda usulî kazanılmış hak ile bozma kararı sonucunda ortaya çıkan hukuki durum örtüşmez.

Bölge adliye mahkemesinin başvuruyu esastan reddetmesi ve bunun üzerine Yargıtay'ın kararı bozması halinde, dosya kararı veren ilk derece mahkemesine gelir (HMK m.373, f.1). Dosyanın ilk derece mahkemesine tekrar döndüğü durumlardan birisi de HMK m.353, f.1, b. (a)'da belirtilen ve usule ilişkin olarak kesin şekilde verilen gönderme kararlarıdır. Bu halde ilk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesinin kaldırıp gönderme kararı doğrultusunda işlem yapması zorunludur. Dolayısıyla burada teknik anlamda bir "uyma" söz konusu değildir. O nedenle söz konusu değişikliğin sınırlı bir uygulama alanı olacağını belirtmek gerekir.

Bu noktada son olarak belirtelim ki, bozmadan veya kaldırmadan önce ıslah hakkını kullanmış bir tarafın koşulları oluşsa dahi bozmadan sonra yeniden ıslah yapabilmesi mümkün değildir. Zira taraf, ıslahı bir kez yapmakla bu hakkını tüketmiştir.

¹⁰ Örnek, 06.05.2016 tarih ve E. 2015/1, K. 2016/1 sayılı İBK'ndaki karşı oy görüşünden alınmıştır.

(TEKLİF m. 20) HMK MADDE 183/A: TOPLU MAHKEMELERDE TAHKİKAT

Değişiklik önerisiyle, toplu mahkemelerde geçerli olmak üzere “*Toplu mahkemelerde tahkikat*” başlıklı yeni bir madde ihdas edilmiştir. Hukukumuzda ilk derece yargılamasında heyet olarak çalışan mahkeme 5235 sayılı Kanun’da belirtilen bazı dava ve işlerde asliye ticaret mahkemesi, ikinci derece yargılamasında ise bölge adliye mahkemesidir. Şu hâlde düzenleme asliye ticaret mahkemelerini ve bölge adliye mahkemelerini ilgilendirmektedir. HMK m. 354’e ilişkin Gerekçe’de bölge adliye mahkemeleri bakımından “*inceleme*” sözcüğü ile kastedilenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu anlamında “*tahkikat*” olduğu açıklamasına yer verildiğini bu bağlamda gözden kaçırmamak gerekir. Madde hükmünün HMK m. 360 atfıyla bölge adliye mahkemelerinde de uygulanması yönünden bir sıkıntı olmayacağı düşünülmeyle beraber, açıklık getirmek için, madde başlığının “*toplu mahkemelerde tahkikat ve inceleme*” olarak düzenlenmesi ve bölge adliye mahkemelerinin de bu maddenin kapsamına girdiğini anlatmak üzere açık bir fıkranın maddeye eklenmesi yerinde olurdu.

Heyet olarak çalışan mahkemelerde başkanın ve üye hâkimlerin görev alanları, yetkileri ve sorumlulukları uygulamada kimi zaman sorunlara sebebiyet vermektedir. Nitelikleri itibariyle bu sorunların yargı kararlarına veya öğretiyeye yansımaları da pek mümkün değildir.

Ayrıca, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, heyet olarak çalışan mahkemelerin işleyişinin nasıl olacağına ilişkin açık bir düzenleme HMK’da bulunmasa da kimi maddelerde heyet olarak çalışan mahkemelerin işleyişine dair münferit hükümler mevcuttur (m. 152, ilgililere soru sorulması; m. 298, hükmün yazılması; m. 299, hükmün imza edilememesi gibi). Getirilmesi önerilen düzenleme ile heyet olarak çalışan mahkemelerin düzenli, verimli ve uyum içinde çalışmalarını hedeflenmektedir.

Maddenin ilk fıkrasında, davadan önce talep edilen geçici hukuki koruma tedbirleri de dâhil olmak üzere heyetin görev alanına giren tüm kararların heyetçe alınacağı belirtilmektedir. Yine tüm yargılama faaliyetleri ve işler heyetçe yerine getirilecektir.

İkinci fıkrada, üye hâkimlerden birisi tarafından tahkikat işlemlerinin yürütülebileceğinin heyet tarafından kararlaştırılabileceği dü-

zenlenmektedir. Maddenin açık yazımının görevlendirme yetkisini heyete verdiği anlaşılmaktadır. Bu halde görevlendirmeyi tek başına başkan değil, heyet yapacaktır ve görevlendirilen hâkim tahkikat hâkimi olarak adlandırılacaktır. Yani heyet üyelerinin alacağı kararla görevlendirme yapılacaktır. Fakat madde gerekçesinde görevlendirilenin başkan tarafından yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Kanaatimizce, görevlendirmenin heyet tarafından yapılması zorlukları bünyesinde barındırır da maddenin açık hükmü karşısında aksini kabul etmek, yani görevlendirmenin mahkeme başkanınca yapılacağını kabul etmek pek mümkün değildir.

Maddede dikkati çeken bir diğer husus ise tahkikat hâkimi olarak sadece üyelerden birinin görevlendirilebileceği, başkanın tahkikat hâkimi olamayacağıdır. Ayrıca sadece bir üye görevlendirilebilecek, birden fazla üyenin aynı dosyada tahkikat hâkimi olabilmesi mümkün olmayacaktır.

Görevlendirilen tahkikat hâkimi, tahkikat sürecinde HMK kapsamında yapılacak tüm işlemleri yapma yetkisine sahiptir. Kısaca delillere ilişkin işlemleri yapabileceği gibi duruşmaları da tahkikat hâkimi sevk ve idare edecektir. Tahkikat hâkimi her ne kadar tahkikata dair tüm işlemleri yapma yetkisini haizse de, bu süreçte tesis edilmesi gereken ihtiyati tedbir veya haciz kararlarını müstakil olarak alamayacak, bu halde olumlu veya olumsuz bir karar için dosyayı heyete sevk edecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, tahkikatın heyetçe yürütüldüğü dava ve işlerde başkanın görevlendirmesi ile üyelerden birinin naip hâkim olarak çalışabileceği hususu düzenlenmektedir.

Görevlendirilen naip hâkim, tahkikat içinde yapılabilecek bazı işleri bizzat yerine getirecektir. Örneğin; naip hâkim, keşif yapabilecek, bilirkişi ile yerinde inceleme gerçekleştirebilecek veya tanıdığı bulunduğu yerde dinleyebilecektir. Bir önceki fıkrada tahkikat hâkimini görevlendirme konusunda yetki heyette iken, bu fıkrada açıkça naip hâkimin görevlendirmesinde yetkinin başkanda olduğu belirtilmektedir. Dava açılmadan önce talep edilen delil tespitleri de naip hâkim tarafından yapılabilecektir. Naip hâkim sadece görevlendirme kapsamında yetkiye sahiptir. Yani başkanın belirlediği işleri yapacak, bunun dışında başkaca bir işlem yapamayacaktır. Görevlendirildiği işlemi tamamlayan naip hâkim dosyayı yeniden heyete teslim edecektir.

Maddenin son fıkrasında mahkeme başkanının mahkemenin uyumlu, verimli ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlayacağı ve bu kapsamda uygun göreceği gerekli önlemleri alacağı hükme bağlanmaktadır. Benzer bir hüküm 5235 sayılı Kanun'un 38. maddesinde düzenlenmiş olsa da heyet olarak çalışacak mahkemelerin işleyişine ilişkin bir düzenlemenin yargılama kanununda da bulunması uygun olacaktır. Mahkeme başkanının uygun göreceği önlemlerden anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda ne maddede ne de gerekçesinde bir açıklama bulunmaktadır. Bu noktada tahkikat hâkimi olarak görevlendirilen üye hâkimin başkan tarafından dosyadan el çektilirip başka bir üyeye dosyanın verilip verilemeyeceği sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce, gerekli önlemlerin alınmasının kapsamına bu durum girmemelidir. Zira üye hâkimin bir dosyada tahkikat hâkimi olarak görevlendirilmesi ile birlikte dosyaya devam edip karar aşamasına kadar dosyanın kendisi tarafından yürütülmesi gerekmektedir. Devam ettiği bir dosyadan mahkeme başkanı tarafından görevden alınması, o hâkime olan bir güven eksikliği veya hâkimin liyakatsizliği neticesinde dosyaya devam edemediği intibahı yaratacaktır ki böyle bir sonuçla hâkimi karşı karşıya bırakmak gibi bir ihtimale Teklif'in izin verdiğini düşünmek mümkün olmamalıdır.

(TEKLİF m. 21) HMK MADDE 186: SÖZLÜ YARGILAMA

Maddenin ilk fıkrasının değiştirilmesi önerilmektedir. Yukarıda 147. maddede açıklandığı üzere, tahkikatın hitamını müteakip hemen sözlü yargılamaya geçilmesi Teklif'te asıl usul haline gelmiştir. Bu durum zaten ön incelemenin tamamlanmasından sonra taraflara gönderilecek davetiyede belirtilecektir. Taraflardan birisi sözlü yargılama için ayrı bir günde duruşma yapılması talebinde bulunmuşsa mahkeme, artık duruşmayı iki haftadan az bir süre olmayacak şekilde erteleyecek ve yeni bir duruşma günü verecektir. Bu duruşma günü taraflara ayrıca tebliğ edilmeyecektir.

Sözlü yargılama için ayrı bir duruşma günü belirlenmesine rağmen bu duruşma gününün taraflara tebliğ edilmemesinin pratik yararları bulunmakla birlikte bu durum meseleyi hukuki dinlenilme hakkını ihlal eden bir boyuta taşıyabilir. Özellikle, taraflardan birinin sözlü yargılama duruşmasından önceki son tahkikat duruşmasına katılmamış olması, duruşmaya katılmayan taraf bakımından sorunlara

sebebiyet verebilecektir. Fakat duruşmaya katılmasa da yargılamayı o aşamaya kadar takip etmiş olan tarafın katılmadığı duruşmanın akıbetini merak edip son duruşmada yapılanlardan haberdar olabileceği ve bu kapsamda sözlü yargılama duruşmasının zamanı konusunda bilgi sahibi olabileceği kabul edilmelidir.

HMK m. 147'ye ilişkin değişiklik önerisinde yer verildiği (bkz. Teklif m.16) için, burada HMK m. 150 hakkında bir kere daha açıklama yapılmasına gerek görülmemiştir.

(TEKLİF m. 22) HMK MADDE 206: İMZA ATAMAYANLARIN DURUMU

Madde, imza atamayanların düzenleyecekleri senetlere ilişkindir. Teklif'te, mevcut hükümlerden farklı olarak, ikili bir ayrıma gidilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında okuma yazma bilmediği için imza atamayanların hukuki durumu ele alınmışken, ikinci fıkrasında okuma yazma bilmesine rağmen imza atamayanların hukuki durumları düzenlenmiştir.

Maddenin ilk fıkrasında okuma yazma bilmediği için imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi için ilgili belgelerin noter tarafından düzenleme biçiminde hazırlanması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise okuma yazma bildiği halde imza atamayanların mühür, bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesinin, belgenin noter tarafından düzenleme veya onaylama biçiminde hazırlanmasına bağlı olduğu belirtilmiştir.

HMK m. 206 ile getirilen şekil, ispat şartı olup; işlemin geçerliliği ile ilgili değildir. Ancak senetle (kesin delille) ispat sınırını aşan (m. 200) hukuki işlemlerin ispatı bakımından delil sağlamak amacıyla imza atamayanların işlemleri için notere başvurma zorunluluğu, bir güvence teşkil etmekle birlikte, uygulamada bazı zorluklar da yaratmaktadır.

Teklif bu anlamda yeni bir düzenleme yoluna gitmiş ve bir ayrım yapmıştır. Önceki (mevcut) hükümde sadece imza atamayanlardan

söz edildiği halde, Teklif'te imza atamayanların okuma yazma bilip bilmemesine göre farklı düzenleme öngörülmüştür.

Buna göre okuma-yazma bilmeyen ve imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi için, ilgili belgelerin noter tarafından **düzenleme** biçiminde hazırlanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık, okuma yazma bildiği halde imza atamayanların mühür, bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi için, belgenin noter tarafından **düzenleme veya onaylama** biçiminde yapılabilmesi mümkündür.

Noterlerin düzenleme biçiminde yaptıkları işlemler bakımından, noterlik mevzuatı gereği iki tanık bulundurulması zorunlu olduğu ve imza atamayanlar için bu durum kimi kez zorluk oluşturduğu, kimi zaman da ilgililer işlemin gizli kalmasını arzu ettikleri için bunu istemediklerinden, HMK m. 206 hükmü yakınmalara sebep olmakta idi. Noterler, ister onaylama isterse düzenleme biçiminde işlem yapsınlar, kanunlardaki emredici hükümlere uymak zorundadırlar (Noterlik Kanunu m. 53). Bu anlamda Noterlik Kanunu m. 87'ye göre, "*ilgili okuma ve yazma imkânına sahip değilse, hazır bulundurulacak iki tanık huzurunda maksadını notere*" beyan etmek zorundadır. Bu nedenle değişiklik önerisinin ilk fıkrasında "*düzenleme*" biçimi kabul edilmişken; okuma yazma bilen ancak imza atamayanlar bakımından dilerlerse onaylama biçiminde işlem yapmaları da mümkün hale getirilmiştir.

Son fıkrada yapılan değişiklikte de yukarıdaki kapsamda hazırlanan düzenleme ve onaylama biçimindeki belgelerin ilgisinden harç, vergi ve değerli kâğıt bedeli alınmayacağı ifade edilmiştir.

(TEKLİF m. 23) HMK MADDE 215: BELGELERİN HALEFLER ALEYHİNE KULLANILMASI

Öğretide, HMK'da yer almaması eleştirilen ve hatta HMK hazırlanırken unutulduğu iddia edilen ve adi senetlerin üçüncü kişiler için hüküm ifade etmesine ilişkin olan HUMK m. 299 hükmünün büyük ölçüde benzeri, değişiklik önerisinde 215. maddenin ikinci fıkrası olarak Kanun'a dâhil edilmektedir. Bu maddenin düzenlenme sebebi, adi senetteki tarihin üçüncü kişiler açısından hangi an itibarıyla bağlayıcı

olduğunun belirlenmesidir. Özellikle muvazaa iddialarının ispatı bakımından senetteki tarih üçüncü kişiler açısından önem arz edebilir. Maddeye eklenen ikinci fıkra ile birlikte madde başlığı da değişmiş ve “Belgelerin halefler aleyhine kullanılması ve adi senetlerin üçüncü kişiler için hüküm ifade etmesi” halini almıştır.

Eklenmesi önerilen 2. fıkraya göre, adi senet notere veya yetkili memura ibraz edilerek noter ya da yetkili memur tarafından usulüne uygun olarak onaylanmışsa ibraz tarihinde; resmi bir işleme konu olmuşsa işlem tarihinde; imza edenlerden biri ölmüşse ölüm tarihinde; imza edenlerden birinin yeniden imza atmasına fiilen imkân kalmamışsa, bu imkânsızlığın gerçekleştiği tarihte, üçüncü kişiler bakımından hüküm ifade eder.

Adi senet içeriğinde bahsedilen başka senetlerin tarihleri de ancak son senet tarihinin onaylanmış sayıldığı tarihte üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edecektir.

Madde başlığı ve eklenen fıkrada adi senetten bahsedilmesine rağmen, HMK m. 199’da hükme bağlanan belgeler bakımından da bu değişikliğin geçerli olması kabul edilmelidir. Zira senet niteliğine sahip olmasa da özellikle delil başlangıcı olabilecek belgelerin tarihi üçüncü kişiler bakımından önem arz edebilir ve bu halde delil başlangıcındaki tarih, 215. madde çerçevesinde üçüncü kişiler bakımından da hüküm ifade eder.

(TEKLİF m. 24) HMK MADDE 222: TİCARİ DEFTERLERİN İBRAZ VE DELİL OLMASI

Ticari defterlerin delil değeri konusunda HMK’nın yürürlüğe girdiği andan itibaren yapılan tartışmalara son vermek amacıyla madde değişikliği yapılması önerilmektedir.

Değişiklikle, eleştirilere konu olan “ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi” ibaresi kaldırılmaktadır. Kaldırılan bu ibarenin tartışmalara neden olmasının sebebi, diğer tarafın ticari defterlerinde dava konusu ticari ilişkiye dair hiçbir kayıt olmamasına rağmen ticari defterlere dayanan tarafın kendi kayıtlarından lehine sonuç çıkartacak olmasıdır. Yani, ticari defterlere dayanan tarafla hiçbir ticari ilişkisi bulunmaması sebebiyle olağan olarak kendi defterlerine uyuşmazlık konusu alacağı

ilişkin kayıt düşmeyen taraf, defterlere dayanan tarafın bizzat kendisinin hazırladığı ticari defterlerinden lehine sonuç çıkarmasına engel olamayacaktır. Bu durumun hakkaniyete uygun olmadığı açıktır.

Yapılması önerilen değişikliklerle birlikte, karşı tarafın usulüne uygun olarak tuttuğu defterleri ibraz etmesi ve bu defterlerde ileri sürülen husus hakkında hiçbir kayıt bulunmaması halinde ticari defterlere dayanan tarafın kendi lehine hak çıkartabilmesi mümkün olmayacaktır.

Maddeye eklenen cümlede dikkat çeken nokta, kendi defterlerinde iddia edilen hususa ilişkin hiçbir kayıt içermeyen tarafın, iddia edenin ticari defterlerinden lehine sonuç çıkarmasına mâni olabilmesi için kendi defterlerini, ikinci fıkrada sayılan hususlara uygun olarak tutmuş olmasının gerekmesidir.

Maddenin mevcut üçüncü fıkrasından çıkarılan “*ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi*” ibaresi yerine, “*diğer tarafın ticari defterlerini ibraz etmemesi*” ibaresi eklenmiştir. Bu değişikliklerle birlikte, karşı tarafın ticari defterlerini ibraz etmemesi ve diğer koşulların da bulunması halinde, ticari defterlere dayanan tarafın kendi lehine bir sonuç çıkarması mümkün olacaktır. Gerekçede bu durumun hakkaniyete uygun olduğu belirtilerek, ticari defterlerini ibraz ederek hasmını hedef alan kayıtlardan kendi lehine hak çıkartacağını bildiren tarafa karşı hasmın sessiz kalması ve kendi defterlerini ibrazdan imtina etmesinin, aleyhine doğacak hukuki sonucu haklı göstereceği ifade edilmiştir. Yine gerekçede, defterlerini sunmayan tarafın ileri sürülen delili hükümden düşürecek başkaca herhangi bir kayda sahip olmadığı sonucunun da kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Elbette, sorumlu olmadığını kendi ticari defterleriyle kanıtlayamayan tarafın, karşı tarafın ticari defterlerindeki kayıtların aksini senet veya diğer kesin delillerle ispat edebilmesi mümkündür.

(TEKLİF m. 25) HMK MADDE 281: BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ

Teklif’le, bilirkişi raporlarına itirazı düzenleyen maddede itiraz süresi konusunda değişiklik yapılması önerilmektedir.

Maddenin ilk fıkrasına eklenen cümle ile taraflardan birinin iki haftalık rapora itiraz süresi içinde bilirkişi raporuna itiraz dilekçesini hazırlamasının çok zor veya imkânsız olması ya da özel yahut teknik

bir çalışmayı gerektirmesi halinde, iki haftalık itiraz süresi içinde mahkemeye başvurarak bir defaya mahsus olmak ve iki haftayı geçmemek üzere ek süre isteyebileceği düzenlenmiştir.

Mahkemenin ek süre talebini kabul etmesi üzerine vereceği süre, iki haftalık itiraz süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlayacaktır. Değişiklik gerekçesinde, değişikliğin sebeplerinden birisi olarak bilirkişi raporuna itiraz süresinin kısa olduğu yönünde uygulamadan kaynaklanan şikâyetler gösterilmiştir.

Değişiklik çerçevesinde dikkat edilmesi gereken husus, her bilirkişi raporundan (bilhassa ek rapordan) sonra rapora itiraz için uzatma talep eden tarafın bu talebinin mahkemece kabul edilmeyecek olmasıdır. Özellikle yargılamayı geciktirmek amacıyla yapılan uzatma taleplerinin mahkemece kabul edilmeyeceği muhakkaktır.

(TEKLİF m. 26) HMK MADDE 290: KEŞFİN YAPILMASI

HMK m. 290'a ilişkin değişiklik önerisinde, keşfin yapılması başlığını taşıyan maddenin ilk fıkrasına bir sözcük eklenmektedir. Buna göre, "Keşfin yeri" ibaresinden sonra "kapsamı" ibaresi fıkraya dâhil edilmektedir. Bu eklemenin sebebi olarak, gerekçede, keşfin kapsamının da mahkeme tarafından belirleneceğine vurgu yapılmak istenmesi hususu gösterilmiştir. Keşfe gitmeden önce mahkemenin keşfin kapsamını belirlemesiyle sadece belirlenen kapsam içerisinde keşfin yapılacağı, uyuşmazlığın gerektirmediği konuların keşfin dışında kalacağı ve yine kapsam içinde kalan bilgilerin dosyaya gireceği hususlarının altı gerekçede çizilmektedir.

İkinci fıkraya eklenen cümlenin amacı, hâkimin keşifle ilgili gözlemlerini keşif tutanağına aktarmasının sağlanmasıdır.

Hâkimin keşif konusuna ve mahalline ilişkin gözlemlerini keşif tutanağına aktarması, keşfi yapan ve dosyayı aradan zaman geçtikten sonra tekrar ele alan hâkimin veya dosyayı daha sonra inceleyecek başka bir hâkimin yahut keşif tutanağında inceleme yapması gerekebilecek bilirkişinin işini kolaylaştıracaktır.

Keşif tutanağına hâkimin gözlemlerinin aktarılması, heyet olarak uyuşmazlığı çözecek mahkemelerde keşfe katılmayan hâkimlerin keşif konusu hakkında daha detaylı bilgiler edinmesine de vesile olabilecektir.

Benzer şekilde, kanun yolu aşamasında dosyayı inceleyen mahkemenin keşif konusu hakkında daha detaylı bilgi sahibi olması bu değişiklikte mümkün olabilecektir. Yapılması önerilen değişiklikte dikkate çeken husus, “yazılır” ibaresi kullanılarak hâkimin keşif sonucunda gözlemlerini yazması gerektiğinin zorunlu olduğuna ayrıca işaret edilmesidir.

(TEKLİF m. 27 ve m. 28) HMK MADDE 305/A: HÜKMÜN TAMAMLANMASI

Teklif’in 28. maddesiyle yeni bir hüküm ihdas edilmektedir.

Yeni maddenin başlığı “*Hükümün tamamlanmasıdır*”. Önerilen düzenleme ile hedeflenen, talep edilmesine ve yargılama konusu yapılmasına rağmen hakkında hüküm verilmeyen veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hükme alınmayan hususların ek karara konu olabilmesidir.

Uygulamada “ek karar” biçiminde verilen kararların da yasal dayanağı bulunmadığından bunun çerçevesi ve sınırlarının çizilmesi açısından da değişiklik önerisi uygun ve isabetli bir öneri olarak kabul edilebilir.

Gerçekten, tarafların talebine rağmen bazı hallerde bu taleplerin hükme yansması mümkün olmamaktadır. Bu durum genellikle mahkemenin ihmalinden kaynaklanmaktadır. Keza, geçici hukuki korumalar bakımından da bu tür eksiklikler mümkün olabilmektedir. Benzer şekilde, yargılama giderleri ve bu kapsamda özellikle vekâlet ücretleri konusunda da hükümde eksiklikler bulunabilmektedir. Bu eksikliklerin veya hükme geçmesi gereken hususların hükme eklenmesi, tavzih veya tashih kurumuyla da mümkün olamamaktadır.

Hükümün tamamlanması, hukukumuza yabancı bir kavram da değildir. HMK m. 437, f. 4 gereğince; “*taraflardan her biri, hakem kararlarının kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu, talebi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını bir ay içinde verir*”. Hükümden de anlaşılacağı üzere, tahkim yargılama sırasında karara bağlanmamış konularda sonradan karar verilebilmesi

talep üzerine mümkündür. Teklifin 28. maddesiyle HMK'ya eklenmesi önerilen 305/A maddesinde, 437. maddeden farklı olarak, karşı tarafa bilgi verme kaydı bulunmamaktadır. Kanaatimizce, mahkeme kararının tamamlanmasının talep edildiği durumda karşı tarafa bu konuda bilgi verilmelidir. Yine 437. maddenin 5. fıkrasında, tamamlanan kararın hakem kararının bir parçası olduğu belirtilmektedir. Kanaatimizce, tamamlanan mahkeme kararlarının da asıl kararın bir parçası olduğunu kabul etmek gerekir.

Maddede sorun teşkil edebilecek bir diğer husus ise, tamamlayıcı karara karşı müstakil olarak kanun yoluna başvurulacak olmasıdır. Bu durumda sorun, asıl hükme karşı kanun yoluna başvurulmuş olması halinde, hangi esas numarasıyla tamamlayıcı karara karşı kanun yoluna başvurulacağıdır.

Tamamlayıcı karar ile asıl kararın kanun yolu aşamasında incelenmesi açısından zamansal bir sorun olacağı düşünülmesi de tamamlayıcı karara en geç hükmün tebliğinden itibaren bir ay içinde başvurulacağından, her iki kararın da aynı anda incelenmesi kuvvetle muhtemeldir- tamamlayıcı kararın esas numarasının asıl kararın esas numarası ile aynı olması gerektiği söylenebilecektir. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere, tamamlayıcı karar asıl kararın bir parçasıdır. Bu aşamada özellikle yargılamada ileri sürülmesine rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda tamamlayıcı karar talep edilmişse, mahkemenin bu talebi duruşma yaparak karara bağlayabilmesi gerekir (HMK m. 306).

Tamamlama talebi, uyuşmazlığın esasına ilişkin önemli noktalar üzerinde değil de vekâlet ücreti veya yargılama gideri gibi mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gereken hususlardaki eksikliklerden kaynaklanıyorsa, bu durumda mahkemenin duruşma yapmadan dosya üzerinden tamamlayıcı karar verebilmesi mümkündür.

Tamamlayıcı kararı, taraflardan biri nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde mahkemeden isteyebilir.

Teklif'in 27. maddesinde, bu değişikliğe paralel olarak Kanunun Beşinci Kısımının İkinci Bölümünün başlığı "*Hükmün Tashihi, Tavzihi ve Tamamlanması*" olarak değiştirilmiştir.

(TEKLİF m. 29) HMK MADDE 306: TAVZİH TALEBİ VE USULÜ

Maddede, tamamlayıcı kararla uyum sağlayacak değişiklikler yapılmıştır. Değişiklikle birlikte tavzih talebi üzerine gerçekleşecek usul işlemleri, tamamlama talebi üzerine de gerçekleşecektir. Maddenin başlığı "*Tavzih ve tamamlama talebi ile usulü*" olarak değiştirilmiştir.

(TEKLİF m. 30) HMK MADDE 310: FERAGAT VE KABULÜN ZAMANI

Önerilen yeni düzenlemede, feragat ve kabulün yapılma zamanı ve verilecek hükme ilişkin değişiklikler yapılmıştır.

Bu çerçevede, maddeye eklenen ikinci fıkraya göre, feragat ve kabul hükmün verilmesinden ve fakat dosyanın kanun yolu incelemesine gönderilmesinden önce yapılmışsa, mahkemenin dosyayı kanun yolu incelemesine göndermeyeceği, feragat veya kabule göre ek karar vereceği hükme bağlanmaktadır. Bu şekilde dosyanın kanun yoluna taşınmadan sonuçlandırılmasının önü açılmaktadır. Gerçekten de kabul veya feragate rağmen dosyanın üst derece mahkemesine gönderilmesini beklemek ve derece mahkemesinin kararı üzerine işlem yapmak emek ve zaman kaybına sebebiyet verecektir. Nihai karardan sonra feragat ve kabul hem ilk derece yargılamasında hem de istinaf yargılamasında mümkün olabilmektedir. Şayet, bölge adliye mahkemesinin nihai kararından sonra feragat ve kabul gerçekleşmiş ve bu durum temyiz aşamasına dosyanın gönderilmesinden önce vuku bulmuşsa, bölge adliye mahkemesi ek karar ile feragat ve kabulün niteliğine göre hüküm tesis edecektir. Madde ile "*ek karar*" kavramı HMK'da ilk defa yer bulmaktadır. Bu itibarla, maddedeki değişikliğin gereksiz, bilineni ortaya koyan bir değişiklik olduğunu söylemek mümkün değildir. Esasında uygulama da açık bir yasal dayanak bulunmadığı halde bu şekilde gelişmiştir. Bunun nedeni ise Yönetmeliğin, dayanağını Kanundan almayan, m.215 hükmüdür. Değişiklikle bu hata düzeltilmiş ve konu, açık bir yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Maddenin üçüncü fıkrasına yapılan ekleme ile dosyanın temyiz incelemesine gönderilmesinden sonra feragat ve kabul gerçekleşmişse, Yargıtay'ın dosyayı incelemeksizin feragat ve kabul hususunda ek karar verilmek üzere hükmü veren mahkemeye göndereceği hükme bağlanmıştır. As-

ında değişiklik ile, mevcut uygulama kanun maddesi haline gelmiştir. Maddenin değiştirilmesi önerilen 3. Fıkrasında yer alan ve “*Yargıtay temyiz incelemesi yapmaksızın*” şeklinde olan ibareden anlaşılması gereken, kabul ve feragat beyanında bulunan taraflar açısından Yargıtay’ın feragat veya kabul hususunda ek karar vermesi için dosyayı hükmü tesis eden mahkemeye göndermesidir. Dikkat edilmelidir ki, burada Yargıtay- bugüne kadarki uygulamanın aksine- bozma kararı vermektedir. Bu şekilde usul ekonomisi açısından da uygun olan pratik bir yöntem tercih edilmiştir.

İhtiyari dava arkadaşlığında bir veya birkaç dava arkadaşı kabul veya feragatte bulunup diğerlerinin bu yönde bir beyanları mevcut değilse elbette Yargıtay’ın kabul veya feragat beyanında bulunmayan dava arkadaşları bakımından inceleme yapması ve gerekli kararı vermesi gerekmektedir.

(TEKLİF m. 31) HMK MADDE 314: SULHÜN ZAMANI

Teklif ile 310. maddede yapılan değişikliklerle uyumlu olacak ve benzer hususları kapsayacak şekilde maddeye ikinci ve üçüncü fıkralar eklenmektedir.

(TEKLİF m. 32) HMK MADDE 317: DİLEKÇELERİN VERİLMESİ

Maddede yapılması önerilen değişiklik, yazılı yargılama usulünde cevap dilekçesi verme süresinin uzatılmasına ilişkin değişikliğe paralel bir değişikliktir.

Basit yargılama usulünde de ek cevap süresi, cevap süresinin bitiminden itibaren başlayacak şekilde değiştirilmektedir.

(TEKLİF m. 33) HMK MADDE 323: YARGILAMA GİDERLERİNİN KAPSAMI

Maddede yapılması önerilen değişiklikle, celse harcı yargılama giderleri arasından çıkarılmaktadır. Gerçekten de celse harcı, bir yargılama gideri değil, duruşmanın gereksiz yere ertelenmesine sebebiyet veren taraf ve vekiline yüklenen bir yükümlülüktür.

Değişiklikle maddenin ilk fıkrasının (a) bendine başvuru harcı eklenmektedir. Aslında yargılama giderleri arasında kabul edilen başvuru harcı, açık bir şekilde maddede sayılarak uygulamada yaşanan tereddütler giderilmektedir.

(TEKLİF m. 34) HMK MADDE 331: ESASTAN SONUÇLANMAYAN DAVADA YARGILAMA GİDERİ

Değişiklik önerisiyle, maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "*veya gönderme*" ibaresi kaldırılmıştır. Değişikliğin sebebi, ilk itiraz olarak kabul edilen iş bölümü itirazının 116. maddeden kaldırılmış olmasıdır. Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğunun kabulüyle birlikte, iş bölümü ve bu ilişkinin doğal bir sonucu olan gönderme kararı hukuk hayatımızdan çıktığı için, maddede gerekli düzenleme yapılmakta ve gönderme kararına atıf yapan ibare kaldırılmaktadır.

(TEKLİF m. 35) HMK MADDE 341: İSTİNAF YOLUNA BAŞVURULABİLEN KARARLAR

Maddede yapılması önerilen değişiklikle, istinaf yoluna başvurulabilecek ilk derece mahkemesi kararlarının kapsamı genişletilmektedir.

Değişikliğin ana hedefi, yüzüne karşı aleyhine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kimsenin bu karara karşı doğrudan istinaf yoluna başvurabilmesinin önünü açmaktır.

Gerçekten de mevcut HMK düzenlemesine göre, yüzüne karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kimsenin, bu karara karşı -öğretide bazı yazarların aksi yöndeki görüşlerine rağmen- kanun yoluna başvurabilmesi mümkün olmamaktaydı. Oysa hak arama özgürlüğünün yargılamanın her aşamasında ilgililerce etkin ve eşit bir şekilde kullanılması son derece önemlidir.

Yokluğunda ihtiyati tedbir veya haciz kararı verilen kimsenin, bu karara itiraz etmesi ve sonrasında itiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurması mümkünken, yüzüne karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kimsenin bu haktan mahrum bırakılması düşünülemez. Aksinin kabulü hak arama özgürlüğünün gereksiz yere kısıtlanması sonucu doğurur.

Yüzüne karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen kim-
senin, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz duruşmasında bu karara itiraz
etme hakkının bulunması, onun istinaf hakkının elinden alınmasının
haklı gerekçesi olamaz.

Önerilen değişiklikle HMK'da yaratılan eşitsizlik giderilmekte ve
yüzüne karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen tarafın da
tıpkı yokluğunda ihtiyati tedbir kararı verilen taraf gibi istinaf yoluna
başvurmasının -bu karara karşı doğrudan doğruya- önu açılmaktadır.

(TEKLİF m. 36) HMK MADDE 353: DURUŞMA YAPILMADAN VERİLECEK KARARLAR

Uygulamada büyük tartışmalara sebebiyet veren maddenin ilk
fıkrasının (a) bendinin 6.alt bendi Teklif'te önemli bir değişikliğe uğ-
ramaktadır. Söz konusu düzenlemede SchZPO/CPC m.318 dikkate
alınmıştır.

Böylece HMK'da istinaf kanun yolu bakımından büyük tartışma-
lara sebebiyet veren 6. alt bent tamamen değişmektedir. Yeni düzen-
lemeye göre, *"mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde
önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin
önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması"* halinde, bölge adliye
mahkemesi dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine duruş-
ma yapmadan kesin olarak karar verebilecektir.

HMK'da mevcut düzenlemede ise, delillerin hiç toplanmamasın-
dan veya gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesinden söz edil-
mektedir. Getirilen düzenleme ile bölge adliye mahkemesince dosya-
nın ilk derece mahkemesine kesin olarak gönderilmesinin kapsamının
bir ölçüde netleştirilmesi hedeflenmektedir. Her türlü delilin eksikliği
veya dosyada önem arz etmeyen bir delilin ilk derece mahkemesince
değerlendirilmemiş olması, dosyanın kesin olarak ilk derece mahke-
mesine gönderilmesinin bir gerekçesi olmamalıdır.

Sınırlı (dar) istinaf modelinin kabul edildiği HMK sistematüğinde
yargılamanın ağırlığı ilk derece mahkemesindedir. İstinaf inceleme-
sinde değerlendirme, ilk derece yargılamasındaki deliller, vakıalar ve
usul işlemleri üzerine kurulmuştur. Bu sebeple yeni vakıa ve delil ge-
tirilmesi yasağı istinaf yargılamasının en önemli kurallarından biridir.

İlk derecedeki yargılamanın niteliği ve kalitesi istinaf incelemesinin niteliğini ve kalitesini belirleyecektir. Kısaca, ilk derece yargılamasında vakıalar ne kadar iyi netleşmiş, deliller ne kadar iyi somutlaşmış ve neticesinde deliller ne kadar iyi değerlendirilip hüküm gerekçeli ve mantıklı bir şekilde kurulmuşsa, bölge adliye mahkemesinin işi de o kadar kolay olacak ve bölge adliye mahkemesinden beklenen fayda o kadar fazla hâsıl olacaktır. Şu hâlde, ilk derece mahkemesi, davanın esasına etki eden ve uyuşmazlığın çözümüne tesir edecek olan “önemli” bir delili toplamadan veya “önemli” bir delili değerlendirmeden kararını vermişse, sistemde kayda değer bir açık ortaya çıkacaktır. Bir anlamda sistemin temelini oluşturan parça eksik olduğundan, üzerine inşa edilecek yapının da sağlıklı olması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda bölge adliye mahkemesinin de kendisinden beklenen yargısal faaliyeti gerçekleştirebilmesi mümkün olmayacaktır. Zira bu takdirde bölge adliye mahkemesinin inceleyeceği alanda önemli bir boşluk bulunacaktır. Bu ihtimalde bireyin dereceli yargılanma hakkının da zarar gördüğü aşikârdır. Zira dereceli yargılanma hakkının bir gereği de ilk derece yargılamasının eksiksiz bir şekilde gerçekleşmesidir.

Uyuşmazlığın çözümüne etkili olan delillerin toplanmaması veya bu nitelikteki delillerin değerlendirilmemesi, ilk derece yargılamasında ciddi bir sorunun bulunduğunu ortaya koymaktadır. İlk derece yargılamasında meydana gelen bu boşluğun bölge adliye mahkemesince tamamlanıp hüküm tesis edilmesini beklemek de mümkün değildir. Netice itibarıyla, ilk derece mahkemesinde uyuşmazlığın çözümünde etkili olan delilin toplanmaması veya bu nitelikteki bir delilin değerlendirilmemesi dosyanın bölge adliye mahkemesince kesin olarak ilk derece mahkemesine gönderilmesi sebebidir. Elbette bir uyuşmazlıkta hangi delilin bu nitelikte olduğunu belirleme yetkisi derece mahkemesi olan bölge adliye mahkemesindedir.

Bölge adliye mahkemesi, uyuşmazlığın niteliğine, vakıalara, talep sonuçlarına bakarak bu konuda bir karar verecek ve ilk derece mahkemesinden, belirttiği delilleri topladıktan veya değerlendirdikten sonra karar vermesini kesin olarak isteyecektir.

Bu noktada son olarak belirtelim ki, gerek mevcut alt bentte yer alan “hiç” ibaresi gerekse de değişiklikte yer alan “önemli” ibaresi sorunu tam olarak çözen teknik terimler değildir. Aslında mevcut isti-

naf uygulamamızın bu aşamadaki sorununu çözebilecek bir sözcük de mevcut değildir. Sorunu çözecek olanlar; sözcüklerle bağlı kalmaksızın ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleridir.

Bölge adliye mahkemesi, istinaf incelemesinin kapsamının ne olduğunu ve hangi koşullarda dosyanın ilk derece mahkemesine tekrar inceleme için gönderilmesi gerektiğini bilebilecek durumdadır. Aslında, ilk derece mahkemesine göndermemesi ve esas hakkında inceleme yapması gereken bir dosyayı, bir an önce bu dosyadan kurtulma düşüncesinde olan bir mahkemenin bu anlayışını ortadan kaldıracak bir sözcük henüz bulunmamıştır. Kısaca, sözcükler üzerinde saplanıp kalmadan her derecenin kendi sorumluluğunun bilincinde olduğu bir sistemde, 353. maddenin ilk fıkrasının (a) bendinin 6. alt bendi sebebiyle yaşadığımız sorunlar yaşanmayacaktır. Maddenin son fıkrasında yapılması önerilen değişikliğin sebebi ise Kanun'da bulunmayan bir karar verme imkânının bölge adliye mahkemesine sağlanmasıdır.

Mevcut sistemde, bölge adliye mahkemesinin dosya üzerinden eksiklikleri tamamlayıp esastan ret kararı vermesi mümkün değildir. Böyle bir durumda mahkemenin muhakkak duruşma yapması, eksiklikleri tamamlaması ve sonrasında esastan ret kararı vermesi gerekir. Değişiklik önerisiyle, yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmadan tamamlanabilecek nitelikte ise bölge adliye mahkemesi dosya üzerinden istinaf talebinin esastan reddine karar verebilecektir. Böylece, HMK m.353, f.1, b.(b)-3'ün şu şekli alması önerilmektedir: "*Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra **başvurunun esastan reddine veya yeniden esas hakkında, ...duruşma yapılmadan karar verilir.***"

(TEKLİF m. 37) HMK MADDE 356: DURUŞMA YAPILMASI VE KARAR VERİLMESİ

Maddede önerilen değişiklik ile duruşma yaptıktan sonra bölge adliye mahkemesinin vereceği karar türlerinin neler olabileceği daha açık bir şekilde düzenlenmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasına yapılan ekleme ile bölge adliye mahkemesi duruşma sonrasında başvurunun esastan reddine karar verebileceği gibi, gerekirse ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın kabulüne veya reddine hükmedilebilecektir.

Bu madde kapsamında değişiklikten önce uygulamada tereddütler yaşanmasının sebebi, istinafta ön incelemeye dair 352. madde ve duruşma yapılmadan verilecek kararları düzenleyen 353. maddedir. Söz konusu maddeler gereğince, istinaf incelemesi duruşmasız olarak yapılacaktır. Bu maddeler haricinde istinaf incelemesinin- uygulama aksi yönde cereyan etse de- duruşmalı olarak yapılması asıdır. Sorun, bölge adliye mahkemesinin duruşmalı inceleme yapılmasına karar vermesinden sonra 352 ve 353. maddelerdeki (ki bu maddelerde kanun gereği asıl olan dosya üzerinden inceleme yapılmasıdır) eksiklikleri tespit etmesi halinde nasıl karar vereceği noktasındadır.

Mevcut hüküm bu konuda bölge adliye mahkemelerinin farklı kararlar vermelerine neden olmuştur. Değişiklikle birlikte, bölge adliye mahkemesi incelemenin duruşmalı olarak yapılmasına karar vermiş olsa da başvurunun esastan reddine karar verebileceği gibi, dosyanın kesin olarak ilk derece mahkemesine gönderilmesine de karar verebilecektir. Elbette, bölge adliye mahkemesi duruşmadan sonra ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp, davanın kabulüne veya reddine de hükmedebilecektir.

Ayrıca maddenin başlığının da “*Duruşma yapılması ve karar verilmesi*” şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir.

(TEKLİF m. 38) HMK MADDE 358: DURUŞMAYA GELİNMEMESİ VE GİDERLERİN ÖDENMEMESİ

Maddenin ilk fıkrasında yapılması önerilen değişiklikte, tahkikatla ilgili giderlerin iki haftadan az olmamak üzere bölge adliye mahkemesince verilecek kesin süre içinde yatırılması gerektiği hükme bağlanmaktadır.

Mevcut düzenlemede bu giderleri yatırma süresinin duruşma gününe kadar olduğu ifade edilmiştir. Giderlerin duruşma gününe kadar yatırılıp yatırılmayacağı bilinmediğinden kimi zaman duruşmaya kadar hiçbir işlem yapılamamakta ve bu durum yargılamanın gecikmesine sebebiyet vermektedir. Değişiklikle birlikte bölge adliye mahkemesinin verdiği süre iki haftadan fazla olamayacak ve bu süre kesin süre olduğundan artık duruşmaya kadar beklenilmesi de gerekmeyecektir. Bu şekilde tahkikatta yapılacak işlemlerle ilgili giderler duruşmadan önce tamamlanmış olduğundan, tahkikat işlemleri duruşmadan önce

tamamlanacağı için duruşmaya hazırlıklı bir şekilde çıkılacaktır. Böylelikle giderlerin yatırılmamasından kaynaklanan zaman kaybının önüne geçilmiş olunacaktır.

Maddede yapılması önerilen diğer değişiklikle üçüncü fıkranın yeni bir hal alması hedeflenmektedir. Maddenin ilk fıkrası ile uyumlu olarak, yapılan ihtarat üzerine gider avansını yatıran taraf mazeretsiz olarak duruşmaya katılmamışsa, duruşma yokluğunda yapılarak karar verilecektir. Yani gider avansı yatırılmışsa, taraf gelmese dahi yokluğunda tahkikat işlemleri yapıp karar verilecektir.

Halen uygulanmakta olan hükümden ise, bu ihtimalde gelmeyen tarafın yokluğunda tahkikat yapılamayacağı ve dosyanın mevcut haline göre bir karar verileceği şeklinde bir sonuç çıkarılabilmektedir. Şayet belirlenen süre içinde tahkikatın yapılabilmesi için avans yatırılması talep edilmiş ve buna rağmen avans yatırılmamışsa, bu takdirde dosyanın mevcut durumuna göre karar verilecektir. Dosyanın mevcut durumu ise, dosyanın o ana kadar tekemmül etmiş halidir. Şayet, bölge adliye mahkemesince gerçekleştirilmesine karar verilen tahkikat (inceleme) işlemi yapılmadan karar verilemeyecekse ve buna ilişkin giderler de yatırılmamışsa, artık istinaf başvurusu reddedilecektir.

(TEKLİF m. 39) HMK MADDE 359: KARAR VE TEBLİĞİ

Maddede yapılması önerilen ilk değişiklik, ikinci fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir fıkranın eklenmesidir.

Eklenen fıkra ile amaçlanan, bölge adliye mahkemesinin esastan ret kararı verdiği hallerde daha kısa bir istinaf kararının yazılabilmesidir. Buna göre, bölge adliye mahkemesi, kararında, ileri sürülen istinaf sebeplerini özetlemek ve ret sebeplerini açıklamak kaydıyla, kararın hukuk kurallarına uygunluk gerekçesini göstermekle yetinebilir. Esastan ret kararlarında böyle bir yöntem belirlenmesinin sebebi, ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun olmasıdır. Dolayısıyla, bölge adliye mahkemesinin, kararının gerekçesinde, istinaf sebeplerini ve ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygunluk gerekçesini göstermesi yeterlidir. Yapılan bu değişiklik, bölge adliye mahkemelerinin esastan ret kararlarında gerekçe göstermeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Tekrar etmek gerekir ki, bölge adliye mahkemesi bu tür kararlarında da ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun olan gerekçesini

göstermek zorundadır. Önerilen değişiklik son derece önemli olup, ağır iş yükü altında ezilmeye başlayan bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerini bir nebze rahatlatabilecektir. Ancak, bu imkânın öneride belirlenen şartlara uygun olarak kullanılması gerekmektedir.

Dördüncü fıkrada yapılması önerilen değişiklikle de bölge adliye mahkemesinin verildiği anda kesin olan kararlarının ilk derece mahkemesince, temyizi kabil kararlarının ise bölge adliye mahkemesince resen tebliğe çıkartılacağı hükme bağlanmıştır. Fıkranın mevcut halinde mahkemelerin kararlarının resen tebliğe çıkartacağına ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Böylece, yapılması önerilen değişiklikle, bu konuda uygulamada yaşanan tereddütler giderilmeye çalışılmıştır.

(TEKLİF m. 40) HMK MADDE 362: TEMYİZ EDİLEMİYEN KARARLAR

Maddenin ilk fıkrasının (c) bendinde yapılması önerilen değişiklikle, “*merci tayini*” ibaresi yerine “*yargı yeri belirlenmesi*” ibaresi kullanılmıştır. Bu değişikliğin sebebi Kanundaki terim birliğini sağlamaktır. İlgili bentteki diğer bir değişiklik ise, alt derece mahkemelerinin görev ve yetkiye ilişkin kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olduğunun daha net bir şekilde ortaya konulmasıdır. Gerçekten de bölge adliye mahkemelerinin görev ve yetkiye ilişkin kararlarının daha sonra tekrar temyiz denetimine tâbi olması yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet vermektedir.

Ayrıca, değişiklik metninde, maddenin ilk fıkrasına (g) bendi eklenmiştir. Bu ekleme ile aslında atıf yapılan maddedeki durumun açıklığa kavuşturulması hedeflenmektedir.

353. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, bölge adliye mahkemesinin usule ilişkin sebeplerle dosya üzerinden kesin olarak karar verdiği haller düzenlenmiştir. İşte bu sebeplere dayanarak bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesi kararını kaldıracak ve dosyayı kesin olarak ilk derece mahkemesine gönderecektir. Bölge adliye mahkemesinin bu tür kararları aleyhine temyiz yoluna gidilemeyeceği, eklenmesi önerilen bent ile tasrih edilmiştir.

(TEKLİF m. 41) HMK MADDE 390: İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ

Maddenin ilk fıkrasına eklenmesi önerilen cümle ile esas hakkında yabancı devlet mahkemesinin, hakemin veya hakem kurulunun

görevli veya yetkili olduğu hallerde ihtiyati tedbir talebinin, talebin konusu olan hak veya şeyin bulunduğu yer Türk mahkemesinden istenebileceği belirtilmektedir.

Yabancılik unsuru taşıyan ve Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunmadığı uyuşmazlıklarda tarafları Türk mahkemelerinden alacakları ihtiyati tedbir kararlarından mahrûm bırakmak, bu kimseler bakımından etkin hukuki himayenin sağlanamaması anlamına gelecektir. Getirilen düzenleme ile her ne kadar Türk mahkemeleri davanın esası bakımından yetkili olmasalar da, ilgililer dava konusu hak veya şeyin bulunduğu yer mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilebileceklerdir. Değişikliğin önemini artıran bir diğer husus ise yabancı devlet mahkemelerinden veya hakem kurulundan yahut hakemden alınan ihtiyati tedbir kararlarının ülkemizde tanıma ve tenfize konu olamayacağıdır. Bu kararlar için tanıma veya tenfiz kararı verilemeyeceğinden, ilgilinin elinde kalan tek enstrüman ihtiyati tedbir kararını Türk mahkemeleri nezdinde talepte bulunarak elde etmeleridir.

(TEKLİF m. 42) HMK MADDE 391: İHTİYATİ TEDBİR KARARI

Teklif ile maddenin üçüncü fıkrası değiştirilmektedir.

Değişiklikte, ilk olarak, ihtiyati tedbir talebinin reddi kararının gerekçeli olması gerektiği belirtilmiştir. Gerçekten de Kanunda tedbir talebinin kabulü kararlarının gerekçeli olması hükme bağlanmışken, ret kararlarının gerekçeli olacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Değişiklikle birlikte, ihtiyati tedbir talebini reddeden mahkemenin, bu talebi neden reddettiğine dair doyurucu bir gerekçe yazması gerekecektir. Bu husus, esasen hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkının da gereğidir.

Değişik fıkra ile getirilen bir diğer yenilik ise, yüze karşı verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın doğrudan doğruya istinaf yoluna başvurabilecek olmasıdır. Maddede yapılması önerilen bu değişiklik 341. madde değişikliği ile de uyumludur.

(TEKLİF m. 43) HMK MADDE 393: İHTİYATİ TEDBİR KARARININ UYGULANMASI

Maddenin ilk fıkrasında yapılması önerilen değişiklikle, ihtiyati tedbirin “verildiği tarihten” ibaresi, “bu kararın, tedbir isteyen tarafa tefhim veya tebliğinden itibaren” ibaresiyle değiştirilmiştir.

Değişikliğin sebebi, mevcut hükümde yer alan “*verildiği*” ibaresine yüklenen farklı anlamlardır. Gerçekten de mevcut hüküm farklı anlamlara sebebiyet verecek niteliktedir. Ayrıca, *verildiği* andan itibaren işleyecek bir haftalık sürenin kısalığı bu madde sebebiyle yaşanan tereddütleri daha da artırmıştır. “*Verildiği*” anın, mahkemenin karar verdiği an olarak anlaşılıp değerlendirildiği durumlarda, bu karardan haberdar olamayan ilgili bakımından ciddi kayıplar söz konusu olabilecektir. Zira mahkemenin tedbir kararının kendisine tebliğ edileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut hükümde bulunmamaktadır. Oluşan bu sorunun giderilmesi amacıyla, öğretide “*verildiği*” anın mahkeme kalemince kararın yazılıp tedbir talep edene *verildiği* an olarak anlaşılması gerektiğini söyleyen görüşler de bulunmaktadır.

Değişiklik önerisiyle, var olan karmaşa giderilmek istenmiş ve ihtiyati tedbirin icrasını talep için kanunda öngörülen sürenin ihtiyati tedbir kararının tefhimi veya tebliği ile başlayacağı hüküm altına alınmıştır.

Maddede geçen tefhim anının kısa kararın tefhimi anıyla karıştırılmaması gerektiği açıktır. Hukukumuzda tefhim, sadece kısa karar verilmesi ile ilişkilendirilen bir kavram değildir. Ayrıca sürelerin tefhimle başlayabileceği hususu m. 91’de açıkça hükme bağlandığından, tedbir kararının tefhimiyle sürelerin başlatılacak olmasında bir beis bulunmamaktadır. Ancak bunun için, kısa kararın gerekçeli kararın unsurlarını taşıması gerektiği hususu, özellikle Anayasa Mahkemesinin bu konuda verdiği hak ihlali kararları dikkate alındığında her türlü kuşkudan uzaktır.

(TEKLİF m. 44) HMK MADDE 394: İHTİYATİ TEDBİR KARARINA KARŞI İTİRAZ

Maddenin ikinci fıkrasına eklenmesi önerilen cümle ile esas hakkında dava açıldıktan sonra ihtiyati tedbire yönelik itirazlar hakkında davaya bakan mahkemenin karar vereceği belirtilmektedir. Bu eklemenin sebebi, dava açılmadan önce esas hakkında işi ele alan mahkemenin başka bir mahkemede ihtiyati tedbir kararı verilmiş ve itiraz sırasında işin esasını incelenmeye başlanmışsa, tedbir kararına itirazın, tedbir kararını veren mahkemeye değil, işin esasını inceleyen mahkemeye yapılacağı hususunun açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu şekilde,

kararı veren mahkeme mi, yoksa işin esasını inceleyen mahkeme mi sorusunun cevabı netliğe kavuşmuştur.

(TEKLİF m. 45) HMK MADDE 397: İHTİYATİ TEDBİRİ TAMAMLAYAN İŞLEMLER

Maddeye eklenmesi önerilen ikinci fıkranın amacı, dava açılmadan ve tahkim sürecine başlamadan önce yetkili yabancı devlet mahkemesinden veya hakem yahut hakem kurulundan alınan tedbir kararlarını tamamlayan merasime ilişkin usuli işlemleri açıklığa kavuşturmadır.

Eklenmesi önerilen fıkrayla, dava açılmadan veya tahkim sürecine başlamadan önce tedbir kararının alınması halinde bu kararın etkilerinin devam edebilmesi için, tedbir talep edenin bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren bir ay içinde yabancı mahkemede veya hakem yahut hakem kurulunda davasını açması ve davayı açtığına ilişkin evrakı kararı uygulayan memura ibraz ederek dosyaya koydurması ve bu işlemleri yaptığına dair bir belge alması gerektiği hususu düzenlenmektedir. Tedbir talep edenin bu işlemi yapmaması halinde tedbirin kendiliğinden kalkacağı da fıkraya eklenen bir diğer husustur.

(TEKLİF m. 46) HMK MADDE 398: TEDBİRE MUHALEFETİN CEZASI

İhtiyati tedbire muhalefetin cezasını düzenleyen hükmün, Anayasa Mahkemesi'nin 11.07.2018 tarih ve 2018/1 E. ve 2018/83 K. sayılı kararıyla iptal edilmesi üzerine oluşan boşluğun giderilmesi amacıyla yeni bir madde kaleme alınmıştır.

Değişik madde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında belirtilen gerekçeler dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, tedbire muhalefetin cezasına ilişkin yargılama usulü, şikâyet olunanın hakları, yargılama sonucunda verilecek karar türleri, karara karşı yapılacak itirazın süresi ve itiraz mercii, kararın kesinleşmesi halinde infazı gerçekleştirecek merci ve cezanın ortadan kalkacağı hallerle ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı bir şekilde (değiştirilmesi önerilen) maddede hükme bağlanmaktadır.

(TEKLİF m. 47) HMK MADDE 402: DELİL TESPİTİ TALEBİ VE KARAR

Önerilen değişiklikle, maddeye dördüncü fıkra eklenmiştir.

Eklenen fıkrada, tespitin yapılmasından sonra tespit tutanağının ve varsa bilirkişi raporunun bir örneğinin mahkeme tarafından karşı tarafa resen tebliğ edileceği belirtilmektedir. Bu değişiklikle, delil tespiti talebinin mahkemece kabulü ve gereğinin yerine getirilmesi durumunda ortaya çıkan tespit tutanağının veya varsa bilirkişi raporunun karşı tarafa resen tebliğe çıkartılacağı hususu açıkça kanun maddesi haline getirilmiş olmaktadır.

Değişikliğin amacı, ilgiliyi dava öncesi işlemler hakkında zamanında bilgilendirmektir. İleride kendisine karşı dava açılması kuvvetle muhtemel olan bir kimse bu bilgilendirme ile birlikte gerekli hazırlık yapmak için zaman kazanacaktır. Mahkemece yapılacak resen tebliğ, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan bilgilendirme hakkının da bir gereğidir. Ayrıca, uygulamada bu konuda Kanunda açık bir hüküm bulunmamasından kaynaklanan sorunlar da böylece giderilmektedir.

(TEKLİF m. 48) HMK MADDE 436: HAKEM KARARININ ŞEKLİ, İÇERİĞİ VE SAKLANMASI

Üçüncü fıkrada yapılması önerilen değişiklikle, sadece hakemin veya hakem kurulunun değil, tahkim kurulu bünyesinde yapılan tahkim yargılamalarında hakem tarafından verilen kararın da ilgili tahkim kurulu tarafından taraflara bildirileceği ve kararın aslının dosya ile birlikte mahkemeye gönderileceği, mahkemenin de bu dosyayı saklayacağı hükme bağlanmıştır.

(TEKLİF m. 49) HMK MADDE 440: HAKEM ÜCRETİ

Maddede yapılması önerilen değişiklikle, taraflarca kararlaştırılması durumunda hakem kararının düzeltilmesi, yorumlanması veya tamamlanması halinde de hakemlere ücret ödenebilecektir. HMK'nın mevcut düzenlemesine göre ise, hakem kararının düzeltilmesi, yorumlanması veya tamamlanması halinde hakemlerin ücret talep edebilmeleri mümkün olamamaktaydı.

(TEKLİF m. 50) HMK GEÇİCİ MADDE 3

Geçici 3.madde ile düzenlenen husus, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu sistemine ilişkindir.

Maddede, bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı 20.07.2016 tarihinden önce verilen ilk derece mahkemesi kararlarının, HUMK'un 5236 sayılı Kanun'la değiştirilmesinden önceki hükümlerine tâbi olduğu açıklanmıştır. Bu bağlamda, 20.07.2016 tarihinden önce verilen ilk derece mahkemesi kararlarının olağan kanun yolu aşaması temyiz ve karar düzeltmedir. İlk derece mahkemesinin 20.07.2016 tarihinden önce yargılamanın yenilenmesi sonucu verdiği kararların kanun yolu incelemesi de benzer şekilde gerçekleşecektir. Yani ilk derece mahkemesinin yargılamanın yenilenmesi sonucunda verdiği karar 20.07.2016 tarihinden önce verilmiş ise, bu karara karşı HUMK'un 5236 sayılı Kanun'la değişiklikten önceki hükümlerine göre temyiz ve karar düzeltme yoluna başvurulabilecek; yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen karar 20.07.2016 tarihinden sonra ise bu karara karşı HMK hükümlerine göre kanun yolu incelemesi gerçekleşecektir.

Geçici 3.maddenin mevcut 2. fıkrasında, 20.07.2016 tarihinden önce verilen kararların kanun yolu incelemesinin HUMK'un 5236 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki 427 ilâ 454. maddelerine göre gerçekleşeceği hükme bağlanmış ve bu madde gereğince HMK sonrası başlatılan yargılamanın yenilenmesi usulünün HUMK hükümlerine tâbi olacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmıştır. Bu yorum, öğretilerde çoğunlukla kabul görmemiş ve HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte HMK'daki yargılamanın yenilenmesi usulünün, HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra talep edilen yargılamanın yenilenmesi hallerinde de uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.

Yapılması önerilen değişiklik ile öğretilerdeki hâkim görüş kanun maddesi haline getirilmekte ve HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı 20.07.2016 tarihine kadarki dönemde başvurulmuş yargılamanın yenilenmesi yollarında, HMK'daki yargılamanın yenilenmesi usulünün uygulanacağı açıklığa kavuşturulmaktadır.

Yukarıda kısaca özetlenen bütün bu değişikliklerle yargının süratlendirilmesi amaçlanmakta ise de yargının hızlandırılması çok boyutlu (çok yönlü) bir hedeftir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılacak değişiklikler bu boyutlardan sadece biridir. Hakkında yıllardır kapsamlı araştırmalar yapılmış, etraflı şekilde incelenmiş olan diğer boyutların neler olduğunu burada uzun uzadıya açıklamaya gerek bulunmamaktadır. Bütün bunlardan hareketle Adalet Bakanlığı'nın ve Cumhurbaşkanlığı'nın bu konuda önemli adımlar atacağına inanmaktayız.

Kaynakça

Kitaplar

Koca Osman, İkinci Bölüm, Otuz Dokuzuncu Hikaye, Beyan Yayınları, İstanbul 2005.
Schweizerische Zivilprozessordnung Basler Kommentar, 2. Auflage. (Kısaca BSK ZPO).

Code de procédure civile (CPC), Chancellerie fédérale, Berne 2017.

Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 6.Bası, İstanbul 1997.

Makale

Tanrıver Süha, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/99.

İnternet Kaynakları

Pekcanıtez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi, Lexpera Blog, 30.03.2020.

YARGITAY KARARLARI IŐIŐINDA MEDENİ MUHAKEME HUKUKUNDA TANIK LİSTESİ

WITNESS LIST IN CIVIL PROCEDURE LAW IN THE LIGHT OF THE COURT OF CASSATION'S DECISIONS

Cenk AKİL*

Özet: Medeni muhakeme hukukunda tanık dinletmek isteyen taraflar mahkemeye tanıkların adlarını ve adreslerini içerir bir tanık listesi sunarlar. Hukukumuzda tarafların prensip olarak bir kez tanık listesi verebilecekleri kabul edilmiştir. Bununla birlikte gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında bu prensibe bir takım istisnalar tanınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Medeni Muhakeme Hukuku, Tanık, Tanık Listesi

Abstract: In civil procedure law, the parties wishing to hear witnesses present to the court a list of witnesses with the names and addresses of the witnesses. It is accepted as a rule only in our law that the parties can submit witness lists as a rule once. However, in both the doctrine and the judicial decisions, there are some exceptions to this principle. In this review, the principle and the exceptions of this principle will be discussed.

Keywords: Law of Civil Procedure, Witness, Witness List

* Doç. Dr., akilcenk@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3662-0124, Makalenin Gönderim Tarihi: 27.09.2019, Kabul Tarihi: 27.09.2019

GİRİŞ

Bilindiği üzere hukuk davalarında en sık başvurulacak delillerden biri de tanık¹ delilidir.^{2,3} Tanık delili HMK m. 240 vd.'de düzenlenmiştir. Tanık deliline dayanılabilmesinin ön koşulu ortada takdiri delille ispatlanacak bir vakianın bulunmasıdır.

HMK m. 119, f. 2, b. (f) uyarınca davacı dava dilekçesinde her bir vakıayı hangi delille ispat edeceğini göstermek zorundadır. Davalı bakımından buna paralel bir hüküm ise HMK m. 129, f. 1, b. (e)'de yer almaktadır. Buna göre, davalının da cevap dilekçesinde savunmasının dayanağı olarak ileri sürdüğü her bir vakianın hangi delille ispatlanacağını göstermesi gerekir. Keza, her iki taraf bakımından da geçerli olan somutlaştırma yükü (HMK m. 194, f. 2) uyarınca da taraflar dayandıkları delilleri ve hangi vakıaların hangi delillerle ispat edebileceklerini açıkça ortaya koymak zorundadırlar.

Şüphesiz anılan hükümlerde geçen "delil" ibaresine tanık delili de dâhildir. Bu itibarla iddiasını yahut savunmasını tanık deliline dayandıran taraf bunu dilekçesinde dile getirmek zorundadır.

Tarafların dilekçelerin teati aşamasında tanık deliline dayandıklarını bildirmeleri yeterli olup daha sonra kendilerine verilen süre içinde dinletmek istedikleri tanıkların ad ve adreslerini bir liste halinde mahkemeye sunmaları mümkündür. Tanık listesi olarak bilinen bu liste kural olarak ancak bir kez verilebilir (HMK m. 240, f. 2. c. 2).

¹ Tanık, doktrinde, davanın tarafları dışındaki üçüncü bir kişinin, davayla ilgili çekişmeli ve uyumsuzluğun çözümü bakımından önemli bir vakıaya ilişkin olarak, dava dışında, duyu organları aracılığıyla bizzat edinmiş olduğu bilgi ve algılarını mahkemeye aktaran kişi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Mesut Ertanhan, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 48. Karş. Oğuz Atalay, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2018, s. 1887; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2018, s. 438; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C. I, 2. B., Ankara 2018, s. 887; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2019, Şanal Görgün/Levent Börü/Barış Toraman/Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2017, s. 554. Tanımdan da anlaşılacağı üzere sadece gerçek kişiler tanık olabilir (Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, ZPO, 16. B., München 2019, § 373 kn. 2).

² Alman hukuku bakımından aynı yönde: Musielak/Voit/Huber, § 373 kn. 1; Ingo Saenger, Zivilprozessordnung, 8. B., 2019, § 373 kn. 1.

³ Aslında delil olan "tanık" değil, "tanık beyanı"dır. Bununla birlikte, biz de alışıldığı üzere "tanık delili" ibaresini kullanacağız.

Aşağıda önce tanık listesi genel olarak ele alınacak; daha sonra yeni (ikinci) bir tanık listesinin verilebileceği ve verilemeyeceği hâller doktrindeki görüşlere ve yargı kararlarına yer verilmek suretiyle açıklanmaya çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK TANIK LİSTESİ

Yukarıda da belirtildiği üzere, tarafların, dilekçelerin teatisi aşamasında tanık deliline dayandıklarını dile getirmeleri yeterli olup ayrıca tanıkların ad ve adreslerini de bildirmeleri zorunlu değildir.⁴ ⁵ Zira henüz o aşamada taraflar arasında hangi vakıaların çekişmeli olduğu prensip olarak tespit edilmiş olmadığı⁶ gibi tanık listesi, dava ve cevap dilekçesine eklenecek belge niteliğinde de değildir.⁷

Bununla birlikte, mahkemenin, tanıkları davet edebilmesi için tanık gösteren tarafın, tanıkların ad ve adreslerini liste halinde mahkemeye sunması gerekir. Bu sebeple gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında taraflara tanık listesi sunabilmeleri için ön inceleme⁸ ya-

⁴ Muhammet Özkes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayı 2014 (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), s. 263 vd.

⁵ Nitekim Yargıtay da tarafın dava (veya cevap) dilekçesinde tanıkların ad ve adreslerini bildirmediği gerekçesiyle tanık dinletme talebini reddeden alt derece mahkemesi kararı bozmuştur. Bkz. 2. HD 21.01.2014, 2013/19835, 2014/1007 (Fatih Karamercan, "Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık", *ABD*, 2018/3, s. 161).

⁶ Zira taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde farklı iddia ve savunmalar ileri sürebilirler. Dolayısıyla mahkeme taraflar arasında hangi vakıaların çekişmeli olduğunu ve söz konusu vakıaların ispatı için tanık dinletilmesinin caiz olup olmadığını bütün iddia ve savunmalar ortaya konulduktan sonra tespit edebilir. Bu ise kural olarak en erken ön inceleme aşamasında gerçekleşir (Güray Erdönmez, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", *İBD*, 2013/5, s. 25). Uygulamada zaman zaman derece mahkemelerinin tensip kararıyla birlikte taraflara tanıkların bildirmeleri konusunda kesin süre verildiği görülmektedir. Yargıtay haklı olarak bu uygulamanın yanlışlığa işaret etmekte ve mahkemenin ön inceleme yaparak öncelikle uyumsuzluk konularını belirlemesini ve ondan sonra çekişmeli konularla ilgili olarak delillerin bildirilebilmesi için taraflara süre verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Örneğin bkz. 22. HD 23.01.2018, 2015/20384, 2018/1043 (legalbank).

⁷ Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 3. B., Ankara 2017, s. 1839; Erdönmez, *Delillerin Gösterilmesi*, s. 25; Karamercan, s. 162.

⁸ Bu yönde: Yılmaz, *Şerh*, s. 2668; Arslan/Yılmaz/Taşpınar *Ayvaz/Hanağası*, s. 409.

hut tahkikat⁹ aşamasında kesin süre verilmesi¹⁰ gerektiği kabul edilmektedir.

Tanık listesinde gösterilmemiş kimseler, kural olarak, tanık sıfatıyla dinlenemeyeceği gibi, yeni bir tanık listesi de verilemez. Tanık listesi verilmiş olmakla birlikte bu listede tanıkların adresleri gösterilmemiş yahut tanık, gösterilen adreste bulunamamışsa, tarafa adres göstermesi için, işin niteliğine uygun kesin süre verilir. Bu süre içinde adres gösterilmez veya gösterilen yeni adres de doğru değilse, bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılır.¹¹ Kuşkusuz bu durum, tanık listesini bütünüyle geçersiz hâle getirmemekte ve adresleri doğru olarak bildirilen tanıkların dinlenilmesine engel teşkil etmemektedir.¹²

Öte yandan, belirtmek gerekir ki, taraflar, tanıklarının mahkemeye muhakkak ayrı bir liste hâlinde sunmak zorunda değildir; dava ya da cevap dilekçesinde yahut cevaba cevap veya ikinci cevap dilekçelerinde de tanıklarının ad ve adreslerini bildirebilirler. Eğer bu yapıl-

⁹ Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*, İstanbul 2014, s. 406-407; Atalay, *Pekcanitez Usul*, s. 1892.

¹⁰ Belirtelim ki, süre verilmesi sadece yazılı yargılama usulüne tâbi davalar değil, aynı zamanda basit yargılama usulüne tâbi davalar bakımından da geçerlidir. Diğer bir deyişle, basit yargılama usulüne tâbi davalarda da tarafların dilekçelerin teatisi aşamasında tanık deliline dayandıklarını belirtmeleri yeterli olup hâkim, taraflara tanık listesini sunmaları için ayrıca süre verecektir. Örneğin: "Davalı vekili kendisine verilen 2 haftalık kesin süre içinde davaya karşı cevaplarını bildirmiş, savunma yapmış, aynı dilekçede deliller bölümünde tanık deliline dayanmış, tanıkların hangi konuda bilgisine başvurulacağını bildirmiş, tanıklarının isimlerini daha sonra vereceğini beyan etmiştir. Taraflar sulh olmadıklarından davalı vekili tanıklarının isimlerini bildirmesi için süre istemiş, mahkeme HMK'nın 318. maddesini gerekçe göstererek talebi reddetmiş, tanık dinlemeden davayı sürdürüp bitirmiştir. Davalı vekili iki haftalık kesin süre içinde sunduğu dilekçede tanık deliline dayandığına göre davalı tarafa tanıklarının isimlerini, adreslerini bildirmesi için usulüne uygun süre verilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile savunma hakkını kısıtlar biçimde talebin reddi doğru olmamıştır" 7. HD 27.12.2013, 15634/23731 (Altay, *Pekcanitez Usul*, s. 2098).

¹¹ Bkz. HMK m. 240, f. 2 ve 3. Belirtmek gerekir ki, HMK m. 240, f. 3, c. 1'de yer alan "kesin süre" ibaresi ile c. 2'nin anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, Yüksek Mahkeme yaptığı değerlendirme neticesinde bahsi geçen hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır. Kanaatimizce mesele Yüksek Mahkeme'nin kabul ettiği kadar basit değildir. Gerçekten de bilhassa avukatla temsil mecburiyetinin bulunmadığı hukukumuzda tarafların tanıkların adreslerini hatasız olarak bulmakta güçlük çekebilecekleri söylenebilir. Bu konudaki sorumluluğun tümüyle tarafların omzuna yüklenmesi hak arama özgürlüğünü (AY m. 36, f. 1) zedeleyebilir.

¹² Evrim Erişir, "Medeni Usul Hukukunda Tanık Listesi", *İzBD*, 2007/1, s. 217.

mamışsa bahsi geçen dilekçelerde bildirilen tanıkların ayrı bir liste ile mahkemeye tekrar bildirilmesine gerek yoktur.

Yeni tanık listesi verme yasağı gerek doktrinde¹³ gerekse yargı kararlarında¹⁴ kamu düzeninden sayılmakta ve bu yasak ile yargılamanın sürüncemede bırakılması, mahkemelerin iş yüklerinin artması¹⁵ ve yalan tanıklık önlenmeye çalışılmaktadır.¹⁶ Yeni tanık listesi verme yasağı listenin mahkemeye sunulmasıyla birlikte başlamaktadır.¹⁷

Tanık listesi belli bir vakıanın ispatı amacıyla verilir. Bu nedenle, aşağıda da görüleceği üzere, farklı vakıaların ispatı sadedinde ayrı tanık listesi verilebilir. Kuşkusuz, tanıklarla vakıalar arasındaki ilişki açıklanmak suretiyle tek tanık listesinin verilmesi de mümkündür.¹⁸

Tanık listesi dava veya cevap dilekçesinin içinde değil de ayrı bir dilekçe şeklinde verilecekse listenin hâkim (onun yokluğunda mahkeme yazı işleri müdürü) tarafından havale edilmiş olması gerekir.¹⁹

Tanık listesi mahkemeye sunulduktan sonra hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27) gereğince listenin mahkeme tarafından karşı tarafa tebliği gerekir.

Şüphesiz tanık listesi davacı tarafından verilebileceği gibi, davalı tarafından da verilebilir. Davaya cevap vermemiş olan davalı davayı inkâr etmiş sayılacağından (HMK m. 128) ön inceleme duruşmasında

¹³ Ertanhan, s. 194-195; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2019, s. 301; Yılmaz, Şerh, s. 2676; Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1889; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 439; Erişir, s. 192; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 519.

¹⁴ Yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtay da yeni tanık listesi verme yasağını kamu düzeninden saymakla beraber bu kuralın ihlali durumunda kararı doğrudan bozmamakta; yeni tanık listesinde yer alan tanıkların beyanlarının karara esas alınıp alınmadığına göre bir ayırımı gitmekte ve söz konusu beyanlar karara esas alınmamışsa bunu bozma sebebi saymamaktadır: "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle ikinci tanık listesinde bildirilen ve dinlenen tanık N. T.'in beyanlarının sonuca etkili olmadığına anlaşılmamasına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına..."2. HD 28.3.2014, 2013/23981, 2014/7313 (legalbank). O hâlde Yargıtay'ın yeni tanık listesi verme yasağına aykırılığı nisbi bozma sebebi saydığı söylenebilir. Bu yönde: Erişir, s. 196.

¹⁵ İlhan Postacıoğlu, "Şahit Listesi", İÜHFİM, 1971, C. 37, S. 1-4, s. 357.

¹⁶ Yılmaz, Şerh, s. 2675.

¹⁷ Ertanhan, s. 192.

¹⁸ Ertanhan, s. 192.

¹⁹ Yılmaz, Şerh, s. 2670.

hâkimin vereceği kesin süre içinde (inkâr çerçevesinde) tanık listesi sunabilecektir.²⁰

Tarafların hangi hallerde yeni tanık listesi verebilecekleri 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) döneminde gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında tartışmalı idi. Hemen belirteyim ki, benzer tartışmalar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) yürürlüğe girdikten sonra da devam etmiştir. Aşağıda yeni tanık listesi verme yasağına dâhil sayılan haller ile bunların istisnaları gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında ileri sürülen (farklı yönde-ki) görüşlere de yer verilmek suretiyle ortaya konulmaya çalışılacaktır.

II. Yargı Kararları ve Doktrindeki Görüşler Işığında Yeni Tanık Listesi Verilebilen ve Verilemeyen Hâller

A. Farklı vakıalar için yeni tanık listesi verilip verilemeyeceği

Yukarıda tanık listesinin “belli bir vakıanın” ispatı amacıyla verilmesine değinmiştik. Bu husus Kanun’da (m. 240, f. 2, c. 1) tanık göstermek isteyen tarafın, “*tanık dinletmek istediği vakıayı*” içeren listeyi mahkemeye sunacağı belirtilmek suretiyle (dolaylı olarak) ifade edilmiştir. Bu nedenle, doktrinde, farklı bir vakıanın ispatı için ayrı bir tanık listesi verilebileceği ifade edilmiştir.²¹ Yargıtay da eski tarihli bir kararında bu hususa şu sözlerle dikkat çekmiştir:

²⁰ Yılmaz, Şerh, s. 2668.

²¹ İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku, 6. B., İstanbul 1975, s. 649; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014, s. 762; Üstündağ, s. 737, dn. 4; Şanal/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 559. Yargıtay’ın konuya ilişkin bir kararında şu sözlere yer verilmiştir: “Davalı-davacı koca tarafından açılan boşanma davası 11.03.2010 tarihinde davacı-davalı kadın tarafından açılan ilk dava dosyası ile birleştirilmiş; birleşen dava dosyası için taraflara delillerini sunmaları için 11.03.2010 tarihinde süre verilmesi üzerine davalı-davacı koca 29.03.2010 tarihli dilekçesiyle kendi açtığı boşanma davası için tanık bildirmiştir. Mahkemece ikinci tanık listesi verilemeyeceği gerekçesiyle tanıkların dinlenmesi talebi reddedilmiştir. Davalı-davacı kocanın kendi davasının ispatı için vermiş olduğu 29.03.2010 tarihli tanık listesi ikinci tanık listesi yasağına (1086 s. HUMK. md. 274, 6100 s. HMK. md. 240) tabi değildir. Birleştirilmiş bile olsa, tarafların her dava için ayrı ayrı delil ve tanık listesi vermesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, davalı-davacı kocanın kendi açtığı dava için gösterdiği tanıkları dinlenmeden karar verilmesi adil yargılanma hakkı (TC. Anayasası md. 36) kapsamındaki “hukuki dinlenilme hakkı”nın (HMK. md.27) kısıtlanması sonucunu doğuran eksik incelemeyle verilmiş karar niteliğinde olup; bozmayı gerektirmiştir...” 2. HD 25.10.2011, 2010/11672, 2011/16946 (legalbank). Doktrinde, haklı olarak, karara konu karşı davaya benzer şekilde davaların birleştirilmesi, davaların yığılması gibi durumlarda dava konusuna değil de vakıaya bakılarak yeni tanık listesinin verilip verilemeyeceğinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Atalay, Pekcantez Usul, s. 1893.

*“Davalı sadece fazla çalışma iddiası hakkında şahit göstermiş ve o şahitler dinlendikten sonra, onları, hafta tatili günlerinde dahi çalışmış olduğu yollu iddiası için dahi dinletmek istemiştir. Usulün 274’üncü maddesi hükmünce, davadaki vakıalardan birisi hakkındaki şahit dilendikten sonra aynı vakıa hakkında yeniden şahit dilenmesi yasak edilmiş ise de tatil günleri çalışmış olmak vakıası ile diğer günler 8 saatten fazla çalışmış olmak vakıası birbirinin aynı olmadığından tatil günlerine ait iddia hakkında şahit dinletme isteğinin reddi usule aykırıdır”.*²²

Kanımızca bu ihtimalde şeklen yeni tanık listesinden bahsetmek daha doğru olur. Zira tanık listesi zaten “belli bir vakıanın” ispatı için verilir. Dolayısıyla farklı bir vakıanın ispatı için verilen liste aslında görünüşte yeni bir tanık listesi olup gerçekte o vakıa bakımından ilk (birinci) tanık listesidir.

Farklı vakıalar bağlamında yeni tanık listesi sunulması bilhassa bir vakıanın sonradan ileri sürülmesine karşı tarafın muvafakat etmesi, ıslah yoluna başvurulması ya da yargılama sırasında bir vakıanın ortaya çıkması gibi hâllerde gündeme gelecektir.²³

Doktrinde tarafın iddia veya savunmasını dayandırdığı bütün vakıalar için tanık listesi vermiş veya tanık listesinin belli bir vakıaya ilişkin olduğunu bildirmemiş olduğu hâllerde bahsi geçen vakıalardan bazıları için sonradan yeni bir tanık listesi sunamayacağı ifade edilmiştir.²⁴ 1086 sayılı mülga HUMK döneminde savunulan bu görüşün bugün evleviyetle geçerli olduğu söylenebilir. Zira HMK m. 194, f. 2 uyarınca tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur. Kuşkusuz bu zorunluluk tanık listesinde isimlerine yer verilen tanıklar bakımından da geçerlidir.

B. Listede gösterilen tanık ya da tanıkların hukuki ve fiili bir sebeple tanıklık yapamamaları durumunda yeni tanık listesi verilip verilemeyeceği

Tanık listesinde yer alan kişilerin tanık olarak dinlenmelerinin caiz olmaması durumunda tanık listesinin geçersiz olduğu ve bu neden-

²² 4. HD 18.6.1958, 11326/4259 (AD 1959/2, s. 240).

²³ Kuru, Usul III, s. 2592; Ertanhan, s. 201-202; Yılmaz, Şerh, s. 2675; Atalay, Pekcanıtez Usul, s. 1889; Erişir, s. 195.

²⁴ Kuru, Usul III, s. 2592.

le yeni bir tanık listesinin verilebileceği kabul edilmektedir.²⁵ Meselâ mecburi (zorunlu) dava arkadaşlığının söz konusu olduğu bir davada taraf sıfatına sahip olan dava arkadaşlarından biri tanık olarak dinlenemez:

*“Mahkemece 10.11.2011 tarihli oturumda davalı tarafça bildirilen tanıkların kat maliki bu bağlamda davada taraf sıfatı bulunması sebebiyle dinlenmelerinden sarfınazar edilmesine, ... karar verilmiştir. Bu tespitlere göre mahkeme tarafından davalı tarafça verilen ilk tanık listesi kabul edilmemekle, verilecek yeni tanık listesi ikinci tanık listesi olarak algılanamaz. Bu yeni liste bizzat ilk tanık listesi yerine ikame edilen tanık listesi olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda davalı tarafa tanık listesi sunma imkânı tanınmaksızın, savunma hakkı kısıtlanarak karar verilmiş olması hatalıdır”.*²⁶

Yine, tanıkların kişisel nedenlerle (HMK m. 248), sır nedeniyle (HMK m. 249), menfaat ihlali tehlikesi (HMK m. 250) gibi nedenlerle tanıklara tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Şayet tanık böyle bir sebepten ötürü dinlenemeyecek olursa onun yerine başka bir tanığın gösterilebileceği kabul edilmektedir.²⁷ Aynı şey, tanığın ölmesi²⁸ ya da ağır bir hastalığa yakalanması gibi fiili sebeplerle tanıklık yapamaması durumunda da geçerlidir.²⁹

“Davalı, savunmasını ispat amacı ile süresi içinde delil ve tanık listesi vererek dinletmek istediği tanıkları bildirmiştir. Mahkemece davalı tarafa tanıklarının dinlenmesi hususunda masraf yatırması için kesin süre verilmiş ve davalı tarafça verilen süre içerisinde masrafları yatırılmamış ise de takip eden 13.11.2007 tarihli duruşmada tanıklardan M. Ö.’nün vefat ettiğini, yerine hazır ettiği başka tanığı dinletmek istediğini beyan etmiştir. Kural ola-

²⁵ Kuru, Ders Kitabı, s. 301; Erişir, s. 203.

²⁶ 22. HD 21.1.2013, 2012/9948, 2013/43 (legalbank).

²⁷ Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. B., İstanbul 2000, s. 737, dn. 4; Ertanhan, s. 198-199; Hasan Basri Bilgiç, Medeni Usul Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2018, s. 134.

²⁸ “Davacı, tanıklarını 9.6.1989 günlü liste ile mahkemeye sunduğu halde daha sonra her iki tanığın öldüğünden bahisle yeni liste vermiştir. HUMK’un 274. maddesi hükmü uyarınca bir dava nedeni ile birden ziyade tanık listesi verilmez. Ancak, ilk listedeki tanıkların ölmesi veya herhangi bir nedenle dinlenilmelerinin mümkün olamayacağı belgelendirilmesi halinde ancak ikinci tanık listesi verilebilir” 8. HD 9.5.2000, 3243/3945 (Karamercan, s. 170, dn. 53).

²⁹ Umar, Şerh, s. 763. Benzer yönde: Kuru, Ders Kitabı, s. 301; Erişir, s. 204-205; Şanal/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 559.

*rak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 274. maddesi uyarınca tanık listesinde bildirilen kişilerin dışındakiler tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir. İkinci tanık listesi verme yasağı kamu düzenine ilişkin bir husustur. Ancak **tanıklarından birinin dinlenmeden önce ölmesi bu yasağın istisnasıdır**. Bu durumda, davalının vefat ettiğini bildirdiği tanığının öldüğüne ilişkin deliller araştırılarak, gerçekten öldüğünün anlaşılması durumunda yerine dinletmek istediği tanığın dinlenmeden yargılama sonuçlandırılarak adil yargılanma hakkına riayet edilmemiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".³⁰*

Doktrinde yukarıdaki hâllere tarafın gösterdiği tanıkların uyumsuzluk konusu hakkında bilgi sahibi olmaması da eklenmektedir.³¹ Kanımızca böyle bir gerekçe ile tarafın yeni tanık listesi vermesi caiz değildir. Aksi fikrin kabul edilmesi durumunda ise mahkemenin yeni tanık listesinin kabulüne karar vermeden önce uyumsuzluk hakkında bilgi sahibi olmayan kişileri tanık olarak gösteren tarafın yargılamayı sürüncemede bırakma niyetiyle hareket edip etmediğini göz önünde bulundurması gerekir.³²

C. Vaktinden evvel tanık listesi sunan tarafların yeni tanık listesi verip veremeyeceği

Taraflar kendilerine hâkim tarafından süre verilmesini beklemeksizin (erkenden) tanık listesi sunmuş olabilirler. Acaba böyle bir durumda taraflara tanık bildirmeleri için ayrıca süre verilecek midir? Konu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, tanık listesini erkenden sunan tarafa ayrıca süre verilemez.³³ Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise tanık listesini sunma süresi hâkimin taraflara bu konuda vereceği süre ile başlayacağından tarafın salt vaktinden evvel tanık listesi sunmuş olması onun daha sonra ek liste sunmasına engel değildir. Zira aksi düşüncenin kabulü ispat hakkının ihlâli anlamına gelecektir.³⁴

³⁰ 9. HD 4.3.2010, 2008/20799, 2010/5950 (legalbank).

³¹ Ertanhan, s. 198; Bilge/Önen, s. 533; Kuru, Usul III, s. 2590-2591.

³² Benzer yönde: Bilgiç, s. 134-135.

³³ Atalay, Pekcanıtez Usul, s. 1893. Benzer yönde: Ertanhan, s. 186; Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi, s. 38; Bilgiç, s. 132.

³⁴ Bolayır, s. 409; Yılmaz, Şerh, s. 2668.

Yargıtay'ın da ikinci görüşü benimsediği anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay'a göre; "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanıkların ne zaman gösterileceği belirtilmemiştir. Ön inceleme duruşmasında taraflar arasındaki uyumsuzluk konusu belirlendikten sonra taraflara delillerini bildirmeleri için süre verilir. Davacı dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış bir tanık ismi bildirmiştir. Ön inceleme duruşmasından önce de 27.04.2012 tarihli delil listesiyle diğer tanıklarının isimlerini bildirdiğinden bu liste ikinci tanık listesi olarak kabul edilemez. Davacı açıkça tanıklarının dinlenmesinden de vazgeçmemiştir. Mahkemece davacı tanıklarının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 243 ve devamı maddeleri gereğince usulen celp edilip dinlenmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir".³⁵

"... Tahkikat, ön incelemede saptanan çekişmeli hususlar üzerinden yürütüleceğine (HMK m. 140/3) göre, bu tespit yapılmadan tarafların herhangi bir delile dayanmaları ve dayandıkları delilleri sunmaları beklenemez. Bu nedenle **davalı-davacı (kadın)'ın mahkemece uyumsuzluk konularının tespitinden sonra verilen süre içinde bildirdiği tanıkları, ikinci tanık listesi sayılamaz ve bu tanıkların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 260-265. maddelerinde gösterilen usul çerçevesinde dinlenilmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekir**".³⁶

D. İstinaf aşamasında tanık listesi verilip verilemeyeceği

Bilindiği üzere hukukumuzda dar anlamda istinaf modeli kabul edilmiştir³⁷. Bu nedenle kural olarak ilk derece aşamasında dayanılmayan iddia ve savunmalar istinaf aşamasında ileri sürülemeyecektir (HMK m. 357/1). Aynı şey kural olarak deliller bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, deliller bakımından HMK m. 357/3 üzerinde durmak gerekir. Bahsi geçen hükme göre, ilk derece mahkemesinde dayanılmayan delillere istinaf aşamasında da dayanılmaz. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak ileri sü-

³⁵ 2. HD 21.01.2014, E. 2013/19835, K. 2014/1007 (Bilgiç, s. 131, dn. 633).

³⁶ 2. HD, 15.12.2014, 14212/25777 (Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1893).

³⁷ Ejder Yılmaz, İstinaf, 2. B., Ankara 2005, s. 22; Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 105; Muhammet Özekes, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2018, s. 2244.

rülmesine rağmen incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesi mümkün olmayan deliller, bölge adliye mahkemesinde gösterilebilir.

İstinaf aşamasında yeni vakıa ileri sürülmesi mümkün olan hâller ile elden olmayan sebeplerle ilk derece yargılamasında delil ileri sürülmesinin mümkün olmadığı hâllerde istinaf aşamasında tanık deliline de başvurabilecektir.³⁸

E. Daha önce tanık listesi vermemiş tarafın bozma kararından sonra yapılacak yargılamada tanık listesi verip veremeyeceği

Yargıtay temyiz başvurusu üzerine alt derece mahkemesi kararını bozmuş ve bozmadan önce tanık listesi verilmiş idi ise listede yer alan tanıkların bozmadan sonra icra edilecek yargılamada dinlenebilmesi için tekrar tanık listesi verilmesine gerek yoktur. Bozma kararından önce tanık listesi vermemiş olan taraf ise bu hâlde ilk defa tanık listesi sunabilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen eski tarihli bir kararda bu hususa şu sözlerle değinilmiştir:

*“... Usulün 274’üncü maddesindeki emredici hükme göre, bir davada geçen olaylardan birisi hakkında gösterilen tanıklardan başka tanık gösterilmesi yasak edildiği gibi taraflardan birisinin başka delili olmadığını söyleyerek diğer delilleri göstermekten vaz geçmiş bulunması ve nihayet mahkemece verilen kesin mehilini geçirilmiş olması durumlarında yeni delil gösterilmesi yasağı söz konusu olur ki burada böyle bir durum yoktur. **Başlangıçta dinlenmemiş olan tanıkların bozmadan sonra dinlenmesi usule aykırı değildir**”.*³⁹

Yargıtay daha yakın tarihli başka bir kararında da aynı sonuca varmıştır:

“Mahkemece bozmaya uyulmuş, yeniden keşif yapılmış, ancak, keşifte dinlenen taraf tanıkları usul hükmüne aykırı olarak davacılar yönünden eski tanıklar dinlenmek suretiyle araştırma yapılmamış davacı taraftan yeniden tanık listesi istenmiştir. Yeniden tanık listesi istenme olayı davalılar yönün-

³⁸ İstinaf aşamasında delil ileri sürülebilecek hâller hakkında etraflı bilgi için bkz. Deniz Meraklı Yayla, Medeni Usul Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s. 120 vd.

³⁹ YHGK 24.4.1963, 2/6, K. 37 (Rifat Ersoy, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1976, s. 578).

den usule aykırı değildir. Zira; davalılar, bozmadan önce herhangi bir şekilde tanık listesi vermemişlerdir. Mahkemece de davalı tarafa tanık listesi verilmesi yönünde mehil veya kesin mehil verilmemiş ve davalılar yönünden delilleri hasrettirilmemiştir. Bu bakımdan bozmadan sonra davalı tarafın tanık listesi vermiş olmasında ve bu tanıkların dinlenmesinde usule aykırı bir husus yoktur...".⁴⁰

F. Sonradan delil gösterilebilen hâllerde yeni tanık listesi verilip verilemeyeceği

Bilindiği üzere, taraflar, prensip olarak, Kanun'da belirtilen sürelerden sonra delil gösteremezler. Bununla birlikte, HMK m. 145 uyarınca, bir delilin ileri sürülmesinin yargılamayı geciktirme amacı taşıyor veya süresinde ileri sürülememesinin ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa mahkeme söz konusu delilin sonradan gösterilmesine izin verebilmektedir. Söz konusu hükmün "tanık delili" bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, yeni tanık dilekçesi verme yasağı bahsi geçen hüküm ile aşılamaz; HMK m. 145 uyarınca tanık delili ileri sürülebilmesi, ancak daha önce tanık deliline dayanılmamış olması halinde mümkündür. Buna karşılık, bir kez usulüne uygun biçimde tanık listesi sunulduktan sonra, taraflar tanık listesini düzenlerken ellerinden gelen tüm çabayı göstermiş olsalar dahi, daha sonra başka bir tanığın varlığından haberdar olmaları onlara yeni bir tanık listesi sunma hakkı bahşetmez. Öte yandan, kanun koyucu şayet bu konuda bir istisna getirmek isteseydi, bunu açıkça düzenleme yoluna giderdi.⁴¹ Bu görüşe göre, özetle, HMK m. 240 hükmü HMK m. 145'e bir istisna teşkil etmektedir.⁴²

Diğer bir görüşe göre ise HMK m. 145 her türlü delil bakımından uygulama alanı bulabilir. Bu nedenle yargılamayı geciktirme amacı yoksa veya tanığın daha önce gösterilmemesi tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa yeni tanık listesi sunulabilmelidir.⁴³ Bu görüşün temsilcilerinden Erdönmez'e göre, HMK m. 145 yeni tanık listesi verme yasağının (HMK m. 240, f. 2, c. 2) bir istisnası olarak kabul edilmelidir.

⁴⁰ 8. HD 07.03.2000, 8231/1962 (legalbank).

⁴¹ Bolayır, s. 425-426.

⁴² Bilge/Önen, s. 509.

⁴³ Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi, s. 42; Yılmaz, Şerh, s. 1995.

Söz gelimi, taraf, sonradan tanık olarak dinletmek istediği kişi hakkında, tanık listesini verdiği tarihte gerçekten bilgi sahibi değilse ve o kişinin zamanında tanık olarak gösterilememesinde kusuru olmadığını inandırıcı biçimde ortaya koyabiliyorsa hâkim bu tanığı HMK m. 145 uyarınca dinleyebilmelidir. Gerçekten de taraf nasıl ki, sonradan edildiği bir belgeyi mahkemeye delil olarak sunabiliyorsa yurt dışında yaşadığı için varlığından haberdar olmadığı ve tanık listesinde yer veremediği bir kişiyi de sonradan tanık olarak da dinletebilmelidir.⁴⁴

Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise taraflar prensip olarak HMK m. 145 hükmünden yararlanabilmeli ve daha önce gösterememekte kusuru yoksa sonradan da tanık gösterebilmelidir. Buna karşılık, tanık listesini daha önce sunabilecek durumda olmasına karşın salt yargılamayı uzatma amacı taşımadığı gerekçesiyle taraflara ek liste sunma hakkı tanınmalıdır.⁴⁵

*Ertanhan'*ın da haklı olarak belirttiği üzere, taraf, tanık listesini düzenlerken elinden gelen bütün çabayı göstermesine ve gerekli araştırmaları yapmış olmasına rağmen dava konusu uyuşmazlık hakkında başka bir tanığın bulunduğunu öğrenebilir. Böyle bir durumda tanık gösterilmesine müsaade edilmelidir. Sonradan gösterilen tanığın dinlenilmesi adaletin tecellisi ve gerçeğin ortaya çıkması bakımından gerekli olabilir.⁴⁶

Bu noktada şu hususa da dikkat çekmek gerekir. Tarafın, mahkemenin verdiği kesin süre içinde tanık gösterememiş olması durumunda muhakkak HMK m. 145 hükmünden yararlanmaya çalışmasına gerek olmadığı, zira HMK m. 243 uyarınca tanıklarının duruşmada hazır etmek suretiyle dinletebileceği akla gelebilir. Bununla birlikte, bu imkân ile tanıkların bizzat mahkeme tarafından çağrılması eş değer görülemez. Zira mahkemenin dinlemek üzere davet ettiği tanıkların davete icabet etmemeleri durumunda zorla getirilmesi (HMK m. 245) mümkündür. Buna karşılık, aynı şey, tarafın, duruşmada hazır olacağını düşündüğü tanıkların duruşmaya gelmemeleri için söylenemez.

⁴⁴ Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi, s. 42.

⁴⁵ Bilgiç, s. 136.

⁴⁶ Ertanhan, s. 203.

G. Karşı tarafın rızası ile yeni tanık listesi sunulup sunulamayacağı

Yukarıda tanık listesinin kural olarak mahkeme tarafından belirlenen kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiğini belirtmiştik. Acaba taraflardan biri yargılamanın ilerleyen aşamalarında karşı tarafın rızası ile yeni bir tanık listesi sunabilir mi? Belirtmek gerekir ki, bu konu doktrinde ve yargı kararlarında özellikle delil sözleşmeleri (HMK m. 193, f. 1) bağlamında ele alınmıştır.

Nitekim, bir görüşe göre, karşı tarafın tanık dinletilmesi konusundaki rızasının HMK m. 193, f. 1 uyarınca tutanağa geçirilerek altının taraflarca imzalanması durumunda taraflar arasında bir delil sözleşmesi akdedilmiş olur ve tanık dinlenebilir.⁴⁷

Buna karşılık, egemen görüşe göre yeni tanık listesi verilmesi yasağının delil sözleşmesi vasıtasıyla aşılması mümkün değildir.⁴⁸ Bu görüşün temsilcilerinden *Yılmaz* yeni tanık listesi verme yasağının kamu düzenine ilişkin olduğunu ve bu nedenle söz konusu yasağın delil sözleşmesine de konu olamayacağını vurgulamıştır.⁴⁹ *Kuru* ise yeni tanık listesi verme yasağının delil sözleşmesi ile bir ilgisi bulunmadığını, delil sözleşmelerinin taraflara; yeni tanık listesi verme yasağının ise mahkemeye hitap ettiğini dile getirmiştir.⁵⁰

Yargıtay'ın karşı tarafın muvafakatiyle tanık dinletilip dinletilemeyeceği konusundaki görüşü ise zamanla değişiklik göstermiştir. Nitekim, Yargıtay eski tarihli bir kararında⁵¹ şu sözlere yer vermiştir:

“Davada davacı zilyetliğe dayanmaktadır. Dava konusu taşınmazın keşfi 3.4.1974 tarihinde yapılmış ve mahalli bilirkişiden ayrı iki şahit dinlenmiştir. Bu keşifte bilirkişi dava konusu taşınmazda 35 seneye varan zilyetlik bu-

⁴⁷ Bilge Umar, “Delil Anlaşmaları”, İÜHF 1963, 18/3-4, s. 857-859; Umar, Şerh, s. 763. Taşpınar'a göre ise karşı tarafın tanık dinlenmesine rıza göstermesi aslında hâkimin katılmadan gerçekleşmediği, bu konudaki beyanın mahkemeye yöneltilmesi gerektiği ve onun bir kararını gerektirdiği için (delil) sözleşmesi sayılamaz. Bu rıza “muvafakat beyanı” olarak nitelenebilir. Bkz. Sema Taşpınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 195.

⁴⁸ Postacıoğlu, Şahit Listesi, s. 1085; Postacıoğlu, Usul, s. 648-649; Kuru, Usul III, s. 2590; Kuru, Ders Kitabı, s. 301; Yılmaz, Şerh, s. 1196; Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1889.

⁴⁹ Kuru, Usul III, s. 2588; Yılmaz, Şerh, s. 2676; Erişir, s. 214.

⁵⁰ Kuru, Usul III, s. 2590.

⁵¹ YHGK, 24.9.1980, E. 1978/1031, K. 1980/2154 (hukukturk).

*lunduğunu haber vermiş, şahitler 2530 yıllık zilyetliği belirtmişlerdir. Mahkemece 7.11.1974 tarihinde resen keşif icrasına karar verilmiş ve davacıya bilirkişi ve şahit hazırlaması yönünde mehil ve imkân bahşedilmiş fakat gerekçesi açıklanmamıştır. Bu keşifte **davalı Hazine ve Belediye vekili yeniden şahit dinlenmesini kabul etmeyeceklerini bildirmiştir. HUMK'un 274. maddesi (şimdi: HMK m. 240) uyarınca ikinci bir şahit listesi verilmesi ve yeniden şahit dinlenmesi olanağı bulunmadığı gibi davalı tarafın sükkûla karşılaması ve zimni muvafakatin varlığı söz konusu değildir**".⁵²*

Kararın mefhumu muhalifinden karşı tarafın muvafakatinin olması durumunda yeni tanık göstermenin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Buna karşılık, Yargıtay daha yakın tarihli bir kararında karşı tarafın muvafakatiyle dahi yeni tanık listesi verme yasağının aşılamayacağını kabul etmiştir:

*"İkinci tanık listesi verme yasağı kamu düzeni ile ilgilidir. Çünkü, bu yasağın uygulanmasının sürüncemede bırakılmasını önlemek ve mahkemelerin işini azaltmak amacı ile konulmuştur. Bu nedenle; karşı taraf, **ikinci bir tanık listesi verilmesine muvafakat etse dahi mahkeme ikinci tanık listesini dinleyemez**..."⁵³*

Bu noktada delil sözleşmesi kapsamına girip girmediği tartışmalı olan HMK m. 200, f. 2 hükmü üzerinde de kısaca durmak gerekir. Bahsi geçen hükme göre, senetle ispatı gereken bir konuda tanık dinletme talebine karşı taraf açıkça muvafakat gösterirse tanık dinlenebilir. Hemen belirtelim ki, doktrinde bahsi geçen hüküm bir delil sözleşmesi çeşidi olarak nitelendirenler olduğu gibi aksi kanaatte olanlar da vardır.⁵⁴

Kamu düzenine ilişkin hâllerde delil sözleşmesi yapılamayacağından ve yeni tanık listesi verme yasağı da kamu düzenine ilişkin olduğundan bu konuda bir delil sözleşmesi de yapılamayacaktır. HMK m. 200,

⁵² 8. HD 01.06.1976, 8388/4625 (lexpera).

⁵³ 8. HD 10.04.2001, 498/2852 (legalbank).

⁵⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Kuru, Usul III, s. 2924 vd.; Kuru, Ders Kitabı, s. 328. Söz konusu hükmün bir delil sözleşmesi sayılamayacağı hakkında bkz. Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1746; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 466; Tanrıver, s. 822; Erişir, s. 214.

f. 2'de düzenlenen durumda delil sözleşmesinin akdedilmemiş olduğu kabul edilse dahi yeni tanık listesi verildiğinden bahsedilemez. Bize göre söz konusu hüküm sadece süresi içinde verilen tanık listesinde senetle ispatı gereken bir hususun tanıkla ispatlanmak istenmesi durumunda gündeme gelecektir. Daha açık ifadeyle burada yeni bir tanık listesi verilmemekte; mevcut tanık listesinde gösterilen tanık(lar) vasıtasıyla aslında senetle ispatı gereken bir husus ispatlanmak istenmektedir.

H. Hiç tanık listesi vermeksizin tanık dinletilip dinletilemeyeceği

Tanıklar prensip olarak davetiye ile çağrılıp dinlenir (HMK m. 243). Bununla birlikte, Kanun'da gerek davetiye gönderilmeden gerekse verilen kesin süre içerisinde mahkemeye bildirilmeyen tanıkların dahi duruşmada hazır bulundurulmak suretiyle dinletilmesine de olanak tanınmıştır.⁵⁵

Hemen belirtelim ki, Tasarı'da yer almayan bu hüküm bir önergeyle kabul edilerek kanunlaşmıştır. Anılan düzenleme doktrinde haklı olarak çeşitli bakımlardan eleştirilmiştir. Buna göre, her şeyden önce Kanun'un genel sistematüğünü bozan bu düzenleme kötüye kullanılmaya müsaittir. Şöyle ki, tanık listesinin tanıklar henüz dinlenmeden mahkemeye sunulması sayesinde karşı taraf da tanıkların kimler olduğunu ve hangi vakıalar hakkında dinleneceklerini öğrenebilme imkânı elde etmektedirler. Buna karşılık, tanıkların önceden mahkemeye ve karşı tarafa haber vermeksizin duruşmada hazır bulundurulmaları durumunda karşı taraf, tanıkların güvenilirliği hakkında bilgi edinebilmek ve onlara duruşmada sorulacak soruları hazırlayabilmek için ihtiyaç duyduğu zamanı bulamayacaktır. Bu nedenle, mevcut düzenleme karşısında mahkemenin duruşmada hazır bulunan tanıkların kimliklerini ve hangi vakıa hakkında dinleneceklerini tutanağa geçirdikten sonra karşı tarafın talebi hâlinde onları bir sonraki celsede dinlemesi uygun olacaktır.⁵⁶ Diğer yandan bahsi geçen düzenlemenin başka bir olumsuz yanı da kesin süreyi kaçırmakta kusurlu olup olmadıkları dikkate alınmaksızın tarafa duruşmada hazır bulunan tanıkları dinletme imkânı tanınması ve kesin sürenin yargılama hukuku bakımından disipline edici etkisini ortadan kaldırmasıdır.

⁵⁵ Bkz. HMK m. 240, f. 1.

⁵⁶ Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi, s. 37.

Olması gereken hukuk bakımından; Tasarı'da yer almayan ve bir önerge ile kanunlaşan bu hükmün Kanun'dan çıkartılması ya da İsviçre hukukunda olduğu gibi bu konuda mahkemeye daha geniş takdir yetkisi tanınması uygun olacaktır. Nitekim İsviçre hukukunda da tarafların hazır bulundurdukları tanıkların dinlenebileceği ve fakat bunun mahkemenin iznine bağlı olduğu kabul edilmiştir.⁵⁷ İsviçre doktrininde de tarafların -bilhassa karışı tarafı hazırlıksız yakalamak gibi- taktiksel amaçlarla tanığı önceden davet ettirmeden duruşmada hazır bulundurmak isteyebileceklerine dikkat çekilmiştir.⁵⁸

Nihayet belirtelim ki, söz konusu düzenleme kanımızca mevcut haliyle yeni tanık listesi verme yasağının bir istisnası olarak da nitelendirilemez. Zira burada önceden tanık listesi ile bildirilen tanıklara ilaveten duruşmada hazır bulundurulan başka tanıkların dinlenilmesi söz konusu değildir. Bu hükümden yararlanılabilmesi için önceden hiç tanık listesi verilmemiş olması gerekir. Başka bir deyişle, taraf, mahkemenin hem tanık listesinde yer verdiği hem de duruşmada hazır bulundurduğu tanıkların dinlenilmesini isteyemez. Keza daha önce hiç tanık listesi vermeden duruşmada hazır bulundurmak suretiyle tanık dinleten taraf da daha sonra yeni bir tanık listesi veremez.⁵⁹

I. Tanık listesi verilirken ek liste hakkı mahfuz tutulmak suretiyle yeni tanık listesi verilip verilemeyeceği

Yargıtay 1086 sayılı mülga HUMK döneminde verdiği çeşitli kararlarda ek tanık listesi sunma hakkının mahfuz tutulabileceğini kabul etmiştir:

“Davalı, cevap layihasında tanıklardan ikisinin adını açıklamış, adreslerini tespit edeceği diğer tanıkların listesini sonradan vereceğini bildirmiş ve sözünü ettiği listeyi de düzenleyip mahkemeye vermiştir. Verilen listede cevap layihasında bahsedilen tanıkların adlarının yazılmamış olması, bunların dinlenmesine engel değildir”.⁶⁰

⁵⁷ Bkz. İsvMUK m. 170

⁵⁸ Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. B., 2016, Art. 170 kn. 4.

⁵⁹ Kuru, Usul III, s. 2590.

⁶⁰ 2. HD 4.11.1971, E. 6462, K. 6367 (Kuru, Usul III, s. 2585); “Olayda davacı vekili tanık listesini vermiş ve bu listenin alt kısmında (sonradan adresini tespit edeceği tanıkları da bildireceğini) ilave etmiştir. Böyle bir ihtirazi kayıt geçerlidir” 2. HD

Hemen belirtelim ki, o dönemde dahi bu görüş doktrinde eleştirilmiş ve tarafın, tanık listesinde ek tanık listesi verme hakkını açıkça saklı tutmasının dahi ona bu hakkı bahsetmeyeceği haklı olarak ifade edilmiştir.⁶¹

Kuşkusuz bu görüş 6100 sayılı HMK bakımından da geçerlidir. Nitekim, HMK m. 240, f. 2’de tanık listesinde gösterilmemiş olan kimselerin tanık olarak dinlemeyeceği gibi yeni bir tanık listesinin de verilemeyeceği son derece açık bir şekilde hükme bağlanmıştır. Diğer yandan, dikkat edilmelidir ki, Kanun’da tanıkların “adlarının” bildirilmesiyle “adreslerinin” bildirilmesi arasında bir ayırım yapılmıştır. Şöyle ki, Kanun’a göre, her ne kadar hem tanık adlarına hem de adreslerine yer verilmek gerekli ise de tanık adreslerinin eksik bulunması durumunda bunun belli bir süre içinde telafi edilebileceği belirtilmiştir. Başka bir deyişle, hukukumuzda tanıkların “adları” değil ve fakat “adresleri” daha sonra bildirilebilecektir.⁶² Sonuç itibarıyla mahkemeye sunulan tanık listesinde tanık adlarının bildirilmesi zorunludur ve daha sonra başka tanık adlarının bildirileceğine ilişkin kaydın hukuki bir değeri bulunmamaktadır.⁶³

İ. Tanık listesinde yer almayan ve fakat dava dosyasından varlığı anlaşılan tanıkların hâkim tarafından kendiliğinden çağırılıp dinlenip dinlenemeyeceği

Bir görüşe göre taraflarca getirilme ilkesinin (HMK m. 25) geçerli olduğu davalarda hâkimin kendiliğinden tanık çağırıp dinlemesi caiz değildir.⁶⁴

Buna karşılık, diğer bir görüşe göre ise dava dosyasına usulüne uygun olarak giren belgelerden varlığı anlaşılan ve fakat adlarına tanık listesinde yer verilmemiş olan kimseler hâkimin davayı aydınlatma

16.10.1979, 7087/7346 (Kuru, Usul III, s. 2586).

⁶¹ Kuru, Usul III, s. 2586-2587. Karş. Ertanhan, s. 190; Erişir, s. 210.

⁶² Alman hukuku bakımından benzer yönde: Leo Rosenberg/Karl Heinz-Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. B., München 2004, s. 831.

⁶³ Alman hukuku bakımından karşı. BeckOK ZPO, Vorwerk/Wolf, 33. B., 2019, § 373 kn. 1; Münchener Kommentar zur ZPO, 5. B., München 2016, § 373 kn. 1; Saenger, § 373 kn. 4.

⁶⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 439. Alman hukuku bakımından aynı yönde: Saenger, § 373 kn. 1; Musielak/Voit/Huber, ZPO § 373 kn. 1.

ödevi (HMK m. 31) kapsamında mahkeme tarafından kendiliğinden tanık olarak dinlenebilir.⁶⁵ Buna göre, söz gelimi, mahkeme, dava dosyasındaki faturada adı geçen bir kişiyi ya da bir senedin sahteliğinin iddia edilmesi halinde senette tanık olarak imzası bulunan kişiyi kendiliğinden tanık olarak dinleyebilecektir.⁶⁶ Zira yeni tanık listesi verme yasağının (HMK m. 240, f. 2, c. 2) muhatabı hâkim değil, taraflardır.⁶⁷

Bu görüşe göre, hâkimin kendiliğinden tanık çağırıp dinlemesi durumunda tanık listesinden bahsedilemeyeceğinden bu faraziyede tarafların ayrıca tanık listesi sunmaları yeni tanık listesi verme yasağının ihlâli sayılmayacaktır.⁶⁸ Yargıtay da bu görüştedir:

*“Akit sırasında hazır bulunan şahitler davacının verdiği liste üzerine değil mahkemenin tensip kararı ile duruşmaya çağrılıp dinlenmişlerdir. Bu itibarla davacı iki değil bir tanık listesi vermiştir... (D)avacı tarafından verilen listede adları yazılı olan kimselerin tanık olarak çağrılıp dinlenmeleri gerekli olduğu düşünülmeden...”*⁶⁹

Kanaatimizce taraflarca getirilme ilkesine tâbi davalar bakımından prensip olarak hâkim kendiliğinden delil toplayamayacağından (HMK m. 25, f. 2) tarafların görüşüne hiç başvurulmaksızın salt dava dosyasında adının geçmesinden hareketle bir kişi hâkim tarafından kendiliğinden tanık olarak çağırılmamalıdır. Bununla birlikte, böyle bir durumda hâkim taraflara bu hususu hatırlatabilir ve onların talebi üzerine tanık dinleme yoluna gidebilir. Kısacası, tanık dinleme talebi her halükârda taraflardan gelmelidir.⁷⁰ Başka bir deyişle, hâkimin, taraflardan delil göstermelerini istemesi ile bizzat delil toplaması farklı şeylerdir. Bu çerçevede, hâkim, taraflara belli bir vakıya ilişkin olarak tanıkları olup olmadığını sorabilmeli ve fakat onlardan hiç talep gelmeden (doğrudan) tanığı çağırıp dinleyememelidir.

⁶⁵ Kuru, Usul III, s. 2577; Kuru, Ders Kitabı, s. 301; Alangoya, s. 175; Ertanhan, s. 172. Karş. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 439; Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1888.

⁶⁶ Kuru, Usul III, s. 2577.

⁶⁷ Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıalar ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 162 vd.

⁶⁸ Kuru, Usul III, s. 2585.

⁶⁹ 1. HD, 15.5.1975, 5009/4949 (Kuru, Usul III, s. 2585)

⁷⁰ Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2. B., Ankara 2019, s. 198-199.

J. Yetkisiz (veya görevsiz) mahkemede tanık listesi verildikten sonra yetkili (veya görevli) mahkemede ikinci tanık listesi verilip verilemeyeceği

Yetkisiz (veya görevsiz) mahkemede bir kez tanık listesi verildikten sonra dosyanın yetkili (veya görevli) mahkemeye intikalinden sonra yeniden tanık listesi verilemeyeceği sonucuna varmak gerekir. Zira yetkisiz (veya görevsiz) mahkemede açılıp da daha sonra yetkili (veya görevli) mahkemede devam edilen davalar bağımsız birer dava olmayıp eski (ilk açılan) davanın devamı niteliğindedir.⁷¹ Bu nedenle, yetkisiz (veya görevsiz) mahkemede verilmiş olan tanık listesi yetkili (veya görevli) mahkemede de geçerliliğini koruyacaktır.

K. Tanık listesinin sunulması için verilen sürenin kesin olduğu belirtilmemişse bu süreden sonra tanık listesi verilip verilemeyeceği

Yukarıda belirtildiği üzere, taraflara, ön inceleme veya tahkikat aşamasında tanık listesi sunabilmeleri için kesin süre verilir (HMK m. 243, f. 1, c. 3). Süre verilmiş olmakla birlikte mahkeme bunun kesin olduğunu belirtmemişse sürenin bitiminden sonra da tarafların tanık listesi sunabileceği kabul edilmektedir. Şu hâlde, tarafların kendilerine tanık listesi sunmaları için verilen kesin süreyi kaçırdıklarından bahsedilebilmesi için mahkemenin verdiği sürenin kesin olduğunu ve ayrıca bu süreye uyulmamasının hukuki sonuçlarının ne olacağını kararında belirtmesi gerekmektedir. Örneğin: *“Tanıkların dinlenmesi konusunda verilen ara kararlarının ve kesin sürenin taraflarda duraksamaya neden olmayacak açıklıkta olması gerekir. Mahkemenin davacı tarafa tanıklar için verdiği sürede sonuçları hatırlatılmamıştır...”*⁷²

Öte yandan, tanık listesi bakımından mahkemenin mücerret süre vermesi yeterli değildir; mahkeme ara kararında sürenin “tanık listesi” için verildiği açıkça belirtmelidir.⁷³

Belirtelim ki, mahkeme, ilk sürenin kesin olmaması nedeniyle ikinci kez süre vermişse bu süre Kanun’dan dolayı kesindir (HMK m. 94, f. 2, c. 3). Bu nedenle mahkemenin bunu ayrıca belirtmiş olup ol-

⁷¹ Görevsizlik bakımından bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 203. Yetkisizlik bakımından bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 232.

⁷² 2. HD 12.11.2018, 6270/12790 (legalbank).

⁷³ Kuru, Usul III, s. 2583.

mamasının önemi yoktur: “*HUMK m. 163. madde (şimdi: HMK m. 94)* hükmüne göre davacı vekiline tanık listesini ibraz etmesi için verilen 2. mehil kesindir. Bu mehil içerisinde tanık listesi verilmediğine göre davacının yeniden tanık listesi verme, tanık dinletme hakkı düşmüştür...”⁷⁴

Yargıtay’ın bir kararında tarafa delil sunması için ön inceleme duruşmasında verilen kesin sürenin sadece belge delili için geçerli olduğu; buna karşılık, tanık delili bakımından geçerli olmadığı ifade edilmiştir:

“Ön inceleme duruşmasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 140/5. maddesi uyarınca davalı-karşı davacıya verilen kesin mehil, tanık delili dışında, belge niteliğindeki delillerle ilgilidir. Bu mehil, tanık bildirme hakkını düşürmez. Davacı-karşı davalı erkek, tahkikat aşamasında verdiği 16.07.2013 tarihli dilekçesinde tanıklarının isim ve adreslerini mahkemeye bildirmiştir. Mahkemece, davalı-karşı davacının gösterdiği tanıkların dinlenmesi için gerekli avansın usulünce istenmesi (HMK m. 324) avans yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, gösterdiği tanıkların usulünce çağrılıp dinlenmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hâsıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir”⁷⁵

Kanımızca mahkeme delillerin sunulması için kesin süre verirken tanık listesini de anmışsa bu, geçerlidir; böyle bir durumda taraflar sadece belge niteliğindeki delilleri değil, tanık listesini de sunmak zorundadırlar.

L. Kesin süre kaçırılmış olmakla birlikte celse talikine sebep olunmayan hâllerde tanık listesi verilip verilemeyeceği

Bir önceki başlık altında tarafların tanık listesi sunmaları için kendilerine verilen kesin süreyi kaçırdıklarının kabul edilebilmesi için sürenin kesin olduğunun ve bu süreye uyulmaması durumunda ne gibi hukuki sonuçlarla karşılaşacaklarının mahkeme kararında açıkça ortaya konması gerektiğine değinmiştik.

⁷⁴ 6. HD 27.9.1995, 8503/8891 (Mehmet Akif Tutumlu, Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, 4. B., Ankara 2007, s. 643).

⁷⁵ 2. HD 16.12.2015, 23725/24134 (KİBB).

Bu başlık altındaki durum farklıdır. Burada tanık listesi sunması için süre verilirken tarafa sürenin kesin olduğu ve süreyi kaçırmaması durumunda ortaya çıkacak sonuçlar hatırlatılmıştır. Buna rağmen ilgili taraf süreyi kaçırmış ve fakat duruşmadan önce tanık listesini mahkemeye sunmuştur.

Yargıtay, tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hâllerde, liste vermeyen tarafın da duruşmada hazır ettiği tanıkları dinletebileceğine ilişkin hükümden (HMK m. 243, f. 1, c. 2) tanıkların dinlenebileceğini içtihat etmiştir:

*“Mahkemece, davalı vekiline 27.04.2011 tarihli oturumda delillerini bildirmek, tanık göstermesi halinde hangi hususta dinlenecekleri hususunda açıklamada bulunmak üzere otuz gün kesin mehil verilmiş, duruşma 27.06.2011 gününe bırakılmıştır. Davalı vekili, tanınan kesin süre dışında 27.06.2011 günü oturum sırasında delil listesini sunmuş ve aynı gün, gösterdikleri tanıkların hazır bulunduğunu da ifade etmiştir. Bu durumda celse talikine sebep olunmamıştır. O hâlde, davalı vekili tanıkların hazır ettiğini bildirdiğine göre bildirilen bu tanıklar dinlenilerek, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye hüküm tesisi doğru bulunmamıştır”.*⁷⁶

Hemen belirtelim ki, Yargıtay tarafından temsil edilen bu görüş doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve usuli kuralların pratik düşüncelerle yok sayılmasının, kural ihlallerinin meşru görülmesine yol açacağına dikkat çekilerek kesin süre verilmesinin yegâne sebebinin duruşmaların ertelenmesinin önlenmesi olmadığı, kesin sürelerin davaların belli bir düzen içinde görülmesi bakımından da önem taşıdığı ifade edilmiştir.⁷⁷

Yargıtay bir kararında ise bir adım daha ileri gitmiş kesin süreye uymadığı gibi müteakip duruşmada da tanıkların hazır etmeyen ve fakat bir sonraki celsede duruşmalarını hazır edeceğini belirten tarafın bu talebinin dikkate alınabileceği sonucuna ulaşmıştır.

“Somut olayda, mahkemece ön inceleme duruşmasında tanık listesini sunmak ve masraf yatırmak üzere davalıya iki hafta kesin süre verilmiş olup, davalının verilen süreye uymadığı anlaşılmaktadır.

⁷⁶ 2. HD 10.9.2012, 3724/20653 (legalbank).

⁷⁷ Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1892; Bilgiç, s. 133.

Bununla birlikte bir sonraki celsede, davalı vekilinin "tanıkların bir dahaki duruşmada hazır etmek" yönündeki talebi mahkemece kabul edilmiştir. Davalı ara karar doğrultusunda tanıkların hazır etmiştir. Mahkemece, anılan celsede davalı tanığının hazır olduğu tespit edilmesine rağmen, daha önceki celse ara kararının kesin süre içinde yerine getirilmediği gerekçesiyle, tanıkların hazır edilmesi öniündeki ara karardan dönülerek davalının tanık dinletme talebinin reddine karar verilmiştir. Ne var ki kesin süreye uymayan davalının tanıkların hazır etme yönündeki talebi aynı celsede reddedilmemiş, bunun yerine davalıya yeniden süre verilerek (bir önceki) kesin sürenin etkisi ortadan kaldırılmıştır. Bir sonraki celsede, davalının tanıkların hazır ettiği tespit edildiğine göre; mahkemece önceki ara karardan dönülmesi isabetli olmamıştır. Böylece davalı tarafın savunmasının sübutuna, davalı delilleri toplanmadan karar verilerek, dava reddedilmiştir. Mahkemece yapılması gereken, davalının tanık listesinde bildirdiği tanıklar çağrılarak dinlendikten sonra, tüm deliller birlikte değerlendirilerek davanın esası hakkında karar verilmesidir".⁷⁸

Her ne kadar karara konu olan olayda alt derece mahkemesinin de kesin süreye uyulmamasına ve tanıkların duruşmada hazır edilmemesine rağmen tarafın tanıkları bir sonraki celsede hazır edeceğine ilişkin talebi kabul etmesi hatalı ise de Yargıtay'ın da böyle bir durumda verilen kesin sürenin hukuki etkisini ortadan kaldıran içtihadı kanımızca doğru olmamıştır.

M. İslahla yeni tanık listesi verilip verilemeyeceği

İslah yoluna (HMK m. 176 vd.) başvurmak suretiyle yeni bir tanık listesi verilip verilemeyeceği konusunda doktrinde farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür.

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, tanık listesinin mahkemeye sunulması bir taraf usul işlemi olduğundan ve ıslah ile taraf usul işlemlerindeki hata ve eksiklikler giderilebildiğinden bu yola başvuru olarak yeni tanık listesi de verilebilmelidir.⁷⁹

⁷⁸ 22. HD 12.12.2017, 44356/28467 (kararara.com).

⁷⁹ Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda İslah, 4. B., Ankara 2013, s. 413.

Buna karşılık, egemen görüşe göre, taraf, tanık listesi sunarken hata yaptığından bahisle ıslah yoluyla yeni bir tanık listesi veremez,⁸⁰ bu yasak, ilk tanık listesinde gösterilen tanıkların henüz dinlenmemiş olması durumunda dahi geçerlidir.⁸¹

Hemen belirtelim ki, Yargıtay da istikrar kazanan içtihatlarında egemen görüşü benimsemiştir.⁸²

*“Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 274. maddesi tanık listesinde gösterilmemiş olan kimselerin tanık olarak dinlenemeyeceğini ve ikinci bir tanık listesi verilemeyeceğini hükme bağlamıştır. **Islah yolu ile bile olsa ikinci bir tanık listesi verilemez.** (HUMK m. 83) İkinci tanık listesi verme yasağı kamu düzeni ile ilgilidir. Bu yasak yargılamanın süratli bitirilmesini amaçlamaktadır”.*⁸³

Netice itibarıyla gerek doktrindeki egemen görüş gerekse Yargıtay’ın istikrar kazanan içtihatları karşısında ıslah ile yeni bir tanık listesi verilemeyeceği söylenebilir. Bununla birlikte, şayet ıslahla doğrudan yeni bir tanık listesi verilmiyor, yargılamaya yeni birtakım vakıalar getiriliyorsa söz konusu vakıalara ilişkin olarak yeni bir tanık listesi sunulabilecektir. Bu faraziyede ikinci kez sunulan tanık listesi daha önce yargılamaya dâhil edilmemiş vakıalara ilişkin olduğundan aslında burada da ilk tanık listesinden bahsetmek daha doğru olacaktır.⁸⁴

N. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı dava ve işlerde yeni tanık listesi verilebilir.

Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalar ve çekişmesiz yargı işleri⁸⁵ (HMK m. 385, f. 2) kamu düzeninden olduğundan söz konusu dava ve işlere ilişkin yargılamalarda yeni bir tanık listesi verilmesi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁸⁶

⁸⁰ Ertanhan, s. 196; Kuru, Ders Kitabı, s. 301; Erişir, s. 211; Karamercan, s. 168.

⁸¹ Kuru, Ders Kitabı, s. 301; Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1888.

⁸² Kuru, Usul III, s. 2588; Yılmaz, Şerh, s. 1194; Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1888.

⁸³ 2. HD, 9.5.1996, 4273/4886 (legalbank).

⁸⁴ Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1889.

⁸⁵ Bu noktada çekişmesiz yargıya tâbi işin takibinin talebe bağlı ya da resen olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır (Ertanhan, s. 174).

⁸⁶ Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 142 vd.; Necip Bilge/Ergun Önen, Me-

Söz gelimi, velayetin kaldırılması, boşanma⁸⁷ yahut babalık davalarında yeni tanık listesi verilebilir:

“Olayda kamu düzeni, diğer bir ifadeyle (mesela babalık davasında olduğu gibi) mahkemece re’sen tahkikat imkânı bulunmadığına göre (şahit listesinde ismi bulunmayan) Hacı’nın dinlenmesi Usulün 274. maddesine aykırıdır”.⁸⁸

O. Karşı tarafın dinlenilmesinden vazgeçtiği tanığın dinletilip dinletilemeyeceği

Doktrinde tarafın, tanık listesinde göstermiş olduğu tanıkların bir kısmının veya tamamının dinlenmesinden vazgeçebileceği ve bunun için karşı tarafın rızasına ihtiyaç olmadığı ileri sürülmüştür.⁸⁹

Kanımızca tarafın göstermiş olduğu tanığın dinlenmesinden vazgeçip vazgeçemeyeceğini belirlemek için ikili bir ayırım yapmak gerekir. Şayet taraf tanığı usulüne uygun bir şekilde göstermiş ve gerekli giderleri de yatırmışsa o tanığın dinlenmesinden vazgeçmesi ancak karşı tarafın rızası göstermesine bağlıdır (bkz. HMK m. 196). Buna karşılık, tanık gösteren taraf, tanık gider avansını süresi içinde yatırmazsa tanık dinletmekten (zımnen) vazgeçmiş sayılır (HMK m. 324, f. 2).

deni Yargılama Hukuku, 3. B., Ankara 1978, s. 533; Ertanhan, s. 173, 196-197; Kuru, Usul III, s. 2593; Kuru, Ders Kitabı, s. 301; İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 717; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 440; Tanrıver, s. 891; Şanal/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 559.

⁸⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 440. Aksi yönde: Erdönmez, Pekcanıtez Usul, s. 808. Yargıtay da boşanma davalarında taraflarca hazırlama ilkesinin cari olduğunu, bu nedenle, mahkemenin taraflarca bildirilmeyen delilleri kendiliğinden göz önünde tutması ya da gösterilmeyen tanıkların çağrılarak dinlenmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir. Örneğin: “Boşanma davalarında, hâkim res’en delil toplayamayacağı gibi (HUMK. md.74); taraflarca yeni bir tanık listesi sunulması da mümkün değildir (HUMK. md.274). “İkinci tanık listesi sunulmuş olsa dahi, bu tanıkların beyanları hükme esas alınamaz. Mahkemece taraf delilleri toplanıp tanıklar dinlendikten sonra, davalı tarafından verilen ikinci tanık listesinde gösterilen tanık dinlenip bu tanığın beyanı esas alınarak davanın reddine karar verilmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillerden, davalı kocanın, eşine sürekli fiziksel şiddet uyguladığı, ona hakaret ettiği, evden kovduğu, evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmediği ve boşanmaya neden olan olaylarda tamamen kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında, davacının boşanma davasının kabulü gerekirken, davalının ikinci tanık listesinde bildirdiği tanık beyanlarına itibar edilerek davanın, davalının kusurlu davranışlarını affettiğinden bahisle davanın reddi doğru görülmemiştir”. 2. HD 7.6.2012, 2011/18569, 2012/15524 (legalbank).

⁸⁸ 2. HD 26.2.1971, 650/302 (Kuru, Usul III, s. 2593).

⁸⁹ Bkz. Kuru, Ders Kitabı, s. 302; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 440.

Kanımızca işte bu son ihtimalde karşı tarafın rızasına ihtiyaç duyulmaksızın tanık dinletmekten vazgeçilebilmektedir. Ancak bu durumda dahi söz konusu tanığın dinlenilmemesi karşı tarafın gerekli giderleri bizzat karşılayarak o tanığın dinlenmesini talep etmemesine bağlıdır.⁹⁰

Yargıtay da aynı görüştedir:

*“Her ne kadar davacı-davalı kadın tanık C’i dinletmekten vazgeçmiş ise de bu tanığın dinlenmesini davalı-davacı koca talep etmiştir... Bu nedenle belirtilen tanıkların dinlenmeleri için gerekli giderlerin davalı-davacı (koca) tarafından karşılanması suretiyle HMK’nın 240 ve devamı maddeleri uyarınca dinlenmeleri için davalı-davacı kocaya imkân tanınarak...”*⁹¹

Tarafın tanığın dinlenmesinden vazgeçmesinin sonuç doğurmasının bu şekilde karşı tarafın rızası göstermesine bağlanmasının sebeplerinden biri de karşı tarafın, o tanığın adını tanık listesinde gördüğü için onu bizzat tanık göstermeye ihtiyaç duymamış olabileceğidir:

*“... (B)ir taraf karşı tarafın muvafakati aranmaksızın tanık dinletmekten vazgeçebilirse de karşı taraf diğer tarafın vazgeçtiği tanıkların dinlenmesini kendisi isteyebilir. Öyle ki, daha önceden tanık listesi vermiş olsa ve bu listede karşı tarafın listesinde yer almasına karşılık daha sonra vazgeçtiği tanığın ismi yazılı bulunmasa bile, diğer tarafın dinlenmesinden vazgeçtiği tanıkların dinlenmesini isteyebilir. Bu halde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 274. maddesindeki ikinci tanık listesi verme yasağı uygulanmaz. Çünkü karşı taraf, o tanıkları diğer tarafın delil listesinde bulunması nedeniyle kendi tanık listesine yazmamış olabilir...”*⁹²

Buraya kadar söylenenler tanığın henüz dinlenmemiş olması bakımından geçerlidir. Buna karşılık, tanığı gösteren taraf, *tanık dinlendikten sonra*, karşı taraf rıza göstermedikçe o tanığın beyanının dikkate alınmamasını isteyemez.⁹³

⁹⁰ Kuru, Usul III, s. 2594-2595; Kuru, Ders Kitabı, s. 302; Karş. Umar, Şerh, s. 599.

⁹¹ 2. HD 14.6.2013, 14568/16571 (Yılmaz, Şerh, s. 2411).

⁹² 9. HD, 13.01.2014, 50340/184 (hukukmedeniyeti).

⁹³ Kuru, Ders Kitabı, s. 302; Erişir, s. 189.

Ö. Tanığın doğrudan doğruya mahkemeye başvurusu durumunda dinlenip dinlemeyeceği

Bilindiği üzere hukukumuzda yargılamaya yön verecek vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi gerekmektedir.⁹⁴ Bu itibarla bir kimsenin bizzat mahkemeye başvurusu neticesinde tanık olarak dinlenmesi kural olarak caiz değildir. Bununla birlikte, şayet taraflar bu durumu öğrenmişler ve bu arada tanık listesi sunmaları için kendilerine tanınan süre de dolmamışsa bahsi geçen tanığı da tanık listesine ekleyebilecekleri gibi, duruşmada hazır ederek dinlenilmesini de talep edebilirler. Esasen böyle bir durumda sonuç olarak yine “taraflarca” gösterilen bir tanığın dinlenmesi söz konusu olacaktır.

Buna karşılık, kendiliğinden araştırma ilkesine tâbi dava ve işlerde mahkeme bizzat tanık deliline başvurabileceğine göre, tanıklık etmek amacıyla mahkemeye başvurmuş bir kişinin bu sıfatla dinlenebileceği de aşikârdır.⁹⁵

P. Hâkim tanık listesinde yer verilmemiş kişileri kendiliğinden tanık olarak dinleyebilir mi?

Hâkimin tanık listesinde yer verilmemiş kişileri bizzat çağırarak tanık olarak dinleyip dinlemeyeceği özellikle hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tartışılmaktadır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, mahkemenin, tarafların tanık olarak göstermediği kişileri bu sıfatla dinlemesi caiz değildir.⁹⁶ Diğer bir görüşe göre ise davayı aydınlatma ödevi gereğince hâkim dava dosyasına usulüne uygun olarak girmiş olan belgelerde adları geçen kişileri kendiliğinden tanık olarak dinleyebilir.⁹⁷ Yargıtay da bu görüştedir. Örneğin:

*“... Kaza tespit tutanağındaki tutanak mümzileri (polis memurları M. G. ve N. A.) ile karşı araçtaki Y ile D'nin tanık sıfatıyla dinlenerek tutanak ve hazırlık ifadeleri de okunmak suretiyle sigortalı araç sürücüsünün Ç. Olup olmadığı hususundaki çelişkinin giderilerek sonucuna göre karar vermek gerekirken...”*⁹⁸

⁹⁴ Bkz. HMK m. 25.

⁹⁵ Ertanhan, s. 175; Erişir, s. 199.

⁹⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 439; Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1888; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2019, s. 259.

⁹⁷ Kuru, Ders Kitabı, s. 301-302.

⁹⁸ YHGK, 22.6.2016, 2014/17-1186, 2016/844 (Karamercan, s. 163, dn. 37).

Kanaatimizce hâkim bizzat tanık çağırıp dinlemesi HMK m. 25, f. 2'nin ihlâli anlamına gelir. Yukarıda anılan hâllerde hâkim taraflara söz konusu tanıkların dinlenmesini isteyip istemediklerini sormalı ve şayet onlar, bunu isterse tanıkları dinlemelidir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflardan tanık göstermelerini isteyip istemeyeceği ispat yükü bağlamında da tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, davaya bakan hâkim bir olgunun ispatlanamaması durumunda ispat yükünü taşıyan tarafa başka delili olup olmadığını sormalı ve varsa bu delilleri dava dosyasına sunmasını istemelidir.⁹⁹ Kuşkusuz burada geçen "delil" kavramına tanık da dâhildir.¹⁰⁰

Diğer bir görüşe göre ise ispat meselesinin belirsiz kalması durumunda hâkimin davayı aydınlatma ödevinden hareketle taraflara başka delillerinin olup olmadığını sorması caiz değildir. Zira bu, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamına girmediği gibi, taraflarca getirilme ilkesi ile de bağdaşmaz. Öte yandan, Kanun'da delillerin gösterilmesi ve dava dosyasına sunulması için öngörülen süreler (bkz. HMK m. 119; 129) bellidir. Keza, tarafların delillerini gösterdikten sonra istisnaen hangi hâllerde ek delil gösterebilecekleri de HMK m. 145'te düzenlenmiştir. Şayet bu süreler içerisinde deliller gösterilmiş veya gösterilen delillere rağmen ispat meselesi belirsiz kalmışsa hâkimin ispat yükü kurallarını dikkate alarak bir karar vermesi gerekir. Yoksa o, böyle bir durumda ispat yükünü taşıyan tarafa ayrıca delilinin olup olmadığını sormak mecburiyetinde değildir. Hâkimin bunun aksine davranarak ispat yükünü taşıyan ve fakat bunu yerine getiremeyen tarafa Kanun'da öngörülen süre geçtikten sonra yeni delillerini gösterebilmesi için tekrar süre vermesi ve onları dikkate alarak davayı karara bağlaması ne hâkimin davayı aydınlatma ödeviyle ne de taraflarca hazırlama ilkesiyle bağdaşır.¹⁰¹

Hemen belirtelim ki, Yargıtay'a göre de ispat meselesinin belirsiz kalması durumunda hâkim davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) uyarınca taraflara başka delilleri olup olmadığını sorabilecektir:

⁹⁹ Yılmaz, Şerh, s. 362-363; Karaaslan, s. 188.

¹⁰⁰ Yılmaz, Şerh, s. 884.

¹⁰¹ Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi, s. 23-24.

*“Davacı... taşınmazın bir kısmını 16.12.1993 tarihli senetle satın aldığı iddiasına dayanarak tapu iptal ve adına tescil istemiyle dava açmıştır... (Tanık beyanlarının da yetersiz olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla zilyetlik hususu yeterince açıklığa kavuşturulamamıştır. Doğru sonuca varabilmek için yerel bilirkişiler ve HMK 31. maddesi uyarınca davayı aydınlatma görevi kapsamında hâkimin taraflara gerektiğinde yeni tanık bildirme hakkının hatırlatılması suretiyle...”*¹⁰²

*“(Tanık sıfatıyla dinlenen davacının oğlunun beyanları olayı aydınlatmaya yeterli bulunmamaktadır... HMK’nın 31. maddesi uyarınca; “Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kaldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir”. Bu amaçla; taraflardan bu uyuşmazlığın çözümünü için yeniden tanık ve delil bildirmeleri istenmeli...”*¹⁰³

Taraflarca bir vakianın ispatı sadedinde mahkemeye sunulan deliller mahkeme tarafından o vakianın ispatı bakımından yeterli görülmemeyebilir. Başka bir deyişle, taraflar, gösterdikleri deliller ile bir vakianın hâkim tarafından ispatlanmış sayılıp sayılmayacağını önceden bilemeyebilirler. Bu nedenle, böyle bir durumda, hâkimin, davayı aydınlatma ödevi uyarınca taraflara başka delillerinin olup olmadığını sorabilmesi gerekir.¹⁰⁴ Bunun üzerine taraflar yeni bir tanık dinletmek isterse hâkimin o tanığın neden daha önce gösterilmediğini sorması ve ilgili tarafın yargılamayı geciktirme amacıyla hareket ettiğini tespit etmesi hâlinde tanık dinletme talebini reddetmesi gerekir. Kanaatimizce burada HMK m. 145 hükmünden kıyasen yararlanabilir.

SONUÇ

Tanık listesinin dilekçelerin teatisi aşamasında verilmesine gerek yoktur. Zira henüz o aşamada hangi vakıaların çekişmeli olduğu, dolayısıyla ispat edilmesi gerektiği, kural olarak, saptanmış değildir. Bu nedenle taraflara tanık listesi sunabilmeleri için ön inceleme yahut tahkikat aşamasında süre verilir.

¹⁰² 16. HD 08.02.2016, 1503/860 (Yılmaz, Şerh, s. 884).

¹⁰³ 16. HD 04.06.2013, 3151/6206 (Yılmaz, Şerh, s. 887).

¹⁰⁴ Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, 2. B., Ankara 2019, s. 194-195. Karş. Cemil Simil, “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1367.

Kanun'un açık hükmü gereğince (HMK m. 240, f. 2, c. 2) taraflar prensip olarak yeni bir tanık listesi veremez. Bununla birlikte gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında tanıkların tanıklık yapmalarının caiz olmaması, ölmesi, tanıklıktan çekinme hakkını kullanmaları gibi hâllerde yeni tanık listesi verilmesi kabul edilmektedir.

Tarafın ıslah yoluyla doğrudan yeni bir tanık listesi sunması kabul edilmemektedir. Buna karşılık, ıslah başvurusu neticesinde yargılamaya yeni vakıalar getirilirse söz konusu vakıaların ispatı sadedinde yeni bir tanık listesinin de verilebileceği kabul edilmektedir.

Yeni tanık listesi verme yasağı kamu düzenine ilişkin olduğundan bu yasağın karşı tarafın rızasıyla yahut delil sözleşmesi ile aşılması caiz değildir.

Taraf -karşı taraf da buna yanaşmamak koşuluyla- gerekli giderleri yatırmamak suretiyle gösterdiği tanığın dinlenmesinden vazgeçebilir. Buna karşılık, söz konusu tanık dinlendikten sonra karşı tarafın rızası olmaksızın o tanığın beyanının dikkate alınmamasını isteyemez.

Hukukumuzda taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25) cari olduğundan kanaatimizce tanık münhasıran taraflarca gösterilir. Bu nedenle hâkim dava dosyasından anlaşılrsa dahi tanığı bizzat çağırıp dinleyemez. Bununla birlikte, böyle bir durumda hâkim, taraflara, dosyadan tanık olduğu anlaşılan kişileri tanık olarak dinletmek isteyip istetmediklerini sorabilmelidir.

Taraflar tanık da dâhil olmak üzere delillerini göstermişler ve yapılan yargılama neticesinde hâkim belli vakıaların gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği konusunda tam bir kanaat edinmemişse davayı aydınlatma ödevi gereğince taraflara başka delilleri olup olmadığını sorabilir. Böyle bir durumda taraflar yeni bir tanık gösterirlerse hâkim daha önce o tanığa delil listesinde neden yer verilmediğini ilgili tarafa sormalı ve şayet tarafın yargılamayı sürünceme amacıyla hareket ettiğini saptarsa tanık dinletme talebini reddetmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

Akkaya Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

Atalay Oğuz, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017.

- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. B., Ankara 2019.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 4. B., Ankara 2018.
- Bilgiç Hasan Basri, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 2018.
- Bolayır Nur, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü*, İstanbul 2014.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, *Medeni Usul Hukuku*, 3. B., Ankara 2019.
- Erdönmez Güray, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. B., İstanbul 2017.
- Ersoy Rifat, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, Ankara 1976.
- Ertanhan Mesut, *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Ankara 2005.
- Görgün Şanal/Börü Levent/Toraman Barış/Kodakoğlu Mehmet, *Medenî Usul Hukuku*, 6. B., Ankara 2017.
- Karaaslan Varol, *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 2. B., Ankara 2019.
- Kuru Baki, *Nizasız Kaza*, Ankara 1961.
- Kuru Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, 6. B., İstanbul 2001, (Kuru, Usul III).
- Kuru Baki, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 3. B., Ankara 2019.
- Meraklı Yayla Deniz, *Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*, Ankara 2014.
- Musielak Hans Joachim/Voit Wolfgang, *ZPO Kommentar*, 16. B, 2019.
- Münchener Kommentar zur ZPO, 5. B, München 2016, (MüKoZPO/Damrau).
- Özekes Muhammet, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. B., İstanbul 2017.
- Postacioğlu İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. B., İstanbul 1975.
- Postacioğlu İlhan/Altay Sümer, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 2015.
- Rosenberg Leo/Schwab Karl-Heinz/Gottwald Peter, *Zivilprozessrecht*, 16. B., München 2004.
- Saenger Ingo, *Zivilprozessordnung*, 8. B., 2019.
- Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. B., 2016.
- Tanrıver Süha, *Medeni Usul Hukuku*, C. I, 2. B., Ankara 2017.
- Taşpınar Sema, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara 2001.
- Üstündağ Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. B., İstanbul 2000.
- Umar Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. B., Ankara 2014.

Yardımcı Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017.
Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. B., Ankara 2017, (Yılmaz, Şerh).
Yılmaz Ejder, İstinaf, 2. B., Ankara 2005.

Makaleler

Erdönmez Güray, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", İBD, C. 87, Y: 2013, S. 5, s. vd., (Erdönmez, Delillerin Gösterilmesi).
Erişir Evrim, "Medeni Usul Hukukunda Tanık Listesi", İzBD, 2007/1, s. 173 vd.
Karamercan Fatih, Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık, ABD 2018/3, s. 151 vd.

Umar Bilge, "Delil Anlaşmaları", İÜHF 1963, 18/3-4, s. 857 vd.

İnternet Kaynakları

<https://beck-online.beck.de>

www.hukukturk.com.tr

www.legalbank.com.tr

www.lexpera.com.tr

www.kazanci.com.tr

www.kararara.com.tr

Mahkeme Kararları

YHGK 28.5.1969, E. 1966/8-1273, K. 1969/588

YHGK 22.6.2016, 2014/17-1186, 2016/844

YHGK 24.4.1963, 2/6, K. 37

YHGK 24.9.1980, E. 1978/1031, K. 1980/2154

2. HD 21.01.2014, 2013/19835, 2014/1007

22. HD 23.01.2018, 2015/20384, 2018/1043

7. HD 27.12.2013, 15634/23731

2. HD 28.3.2014, 2013/23981, 2014/7313

2. HD 25.10.2011, 2010/11672, 2011/16946

4. HD 18.6.1958, 11326/4259

22. HD 21.1.2013, 2012/9948, 2013/43

8. HD 9.5.2000, 3243/3945

2. HD 21.01.2014, E. 2013/19835, K. 2014/1007

2. HD 15.12.2014, 14212/25777

8. HD 01.06.1976, 8388/4625
8. HD 10.04.2001, 498/2852
8. HD 07.03.2000, 8231/1962
2. HD 4.11.1971, E. 6462, K. 6367
2. HD 16.10.1979, 7087/7346
1. HD 15.5.1975, 5009/4949
2. HD 12.11.2018, 6270/12790
6. HD 27.9.1995, 8503/8891
2. HD 16.12.2015, 23725/24134
2. HD 10.9.2012, 3724/20653
22. HD 12.12.2017, 44356/28467
2. HD 9.5.1996, 4273/4886
2. HD 7.6.2012, 2011/18569, 2012/15524
2. HD 26.2.1971, 650/302
2. HD 14.6.2013, 14568/16571
9. HD 13.01.2014, 50340/184
16. HD 08.02.2016, 1503/860
16. HD 04.06.2013, 3151/620

AVUKATLARIN AYDINLATILMIŞ ONAMA İLİŞKİN GÖRÜŞ VE FARKINDALIKLARI

ATTORNEYS' OPINIONS AND AWARENESS OF INFORMED CONSENT

Deniz ÇELİK*

Işıl PAKİŞ**

Özet: Tüm tıbbi uygulamalar öncesinde kişilerin hastalıkları ile ilgili olarak sosyo-kültürel seviyelerine uygun şekilde aydınlatılması ve onamlarının alınması, kişi özerkliğine saygı ilkesine dayanan temel hasta haklarıdır. Çalışmada amaç, avukatların “aydınlatılmış onam” uygulamalarına yönelik farkındalık, bilgi, deneyimlerini araştırarak, bu alanla ilgili yaşanan sorunlara çözüm önerileri sunmaktır.

Çalışma, İstanbul Barosu'nun 13.10.2018 ve 3.11.2018 tarihlerinde düzenlediği eğitim programlarına katılan avukatlara yönelik uygulanmıştır. Çalışma hakkında bilgi verildikten sonra anket formları gönüllülük esasına göre dağıtılmıştır. Verilerin analizi SPSS 18.00 programı kullanılarak yapılmıştır. Anlamlılık düzeyi $p < 0.05$ kabul edilmiştir. Çalışmaya 175 avukat katılmıştır.

Çalışmamıza katılım gösteren avukatların %86,3'ü ($n=151$) 20-30, %11,4'ü ($n=20$) 30-40, %1,7'si ($n=3$) 40-50, %0,6'sı ($n=1$) 50-60 yaş aralığındadır. Katılımcıların %69,1'i ($n=121$) kadın, %30,9'u ($n=54$) erkektir. Katılımcıların %78,3'ü ($n=137$) hastadan ameliyat öncesinde yazılı ve sözlü onamın birlikte alınması gerektiğini düşünmektedir. Katılımcıların %93,1'i ($n=163$) Türkiye'de sağlık çalışanları tarafından aydınlatılmış onam prosedürünün doğru uygulanmadığını düşünmektedir.

Çalışmada avukatların %93,1'i Türkiye'de sağlık çalışanları tarafından aydınlatılmış onam prosedürünün doğru uygulanmadığını düşünmektedir. Ülkemizdeki mevcut duruma bakıldığında aydınlatılmış onam süreci henüz olması gereken düzeyde değildir ve avukatlar da prosedürün yanlış ve eksik uygulandığını düşünmektedirler.

Anahtar Kelimeler: Aydınlatılmış Onam, Hasta Hakları, Farkındalık, Avukat

* Avukat, İstanbul Barosu, Acıbadem Mehmet Ali Aydınlar Üniversitesi, Adli Tıp ve Etik Yüksek Lisans Programı mezunu, denizcelik@outlook.com.tr, ORCID: 0000-0002-4000-5135

** Prof. Dr., Acıbadem Mehmet Ali Aydınlar Üniversitesi Tıp Fakültesi, isilpakis@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-8313-5028

Makalenin Gönderim Tarihi: 11.12.2019, Kabul Tarihi: 11.12.2019

Bu çalışma, Acıbadem Mehmet Ali Aydınlar Üniversitesi, Adli Tıp ve Etik Yüksek Lisans Programı bitirme projesinin (2019) makale olarak düzenlenmiş halidir.

Abstract: Prior to all medical practices “informed consent” is a basic patient right based on the principle of person autonomy. Patients must be informed by physicians about their health problems and these informations must be appropriate for their socio-cultural level. Aim of this study is to research the awareness, knowledge and experiences of attorneys about informed consent and to represent solutions for problems related to informed consent.

This study implemented on attorneys who participated the training programs organised by Istanbul Bar Association on 13.10.2018 and 3.11.2018. After giving information about the study, questionnaire forms distributed to voluntary attorneys. Data analysis was performed by using SPSS 18.00 program. The value of $p < 0.05$ was statistical significance of this study. 175 attorneys participated this questionnaire.

86,3% of attorneys who participated our questionnaire, they were between ages of 20-30 years ($n=151$), 11,4% of them were between ages of 30-40 years ($n=20$), 0,6% of them were between ages of 50-60 years ($n=1$). 69,1% of participants were women ($n=121$) and 30,9% of participants were men ($n=54$). 78,3% of our participants ($n=137$) considered that verbal and written consent must be taken together from patient before the surgery operation.

93,1% of our participants ($n=163$) considered that informed consent procedure were not implementing correctly by health professionals. When we look at the current situation in our country, the informed consent process is not at the required level yet and attorneys think that the procedure is wrong and incomplete.

Keywords: Informed Consent, Patient Rights, Awareness, Attorney

I. GİRİŞ VE AMAÇ

Aydınlatma ve onam alma, çağdaş tıp uygulamaları çerçevesinde hem hukuki hem de etik bir zorunluluktur. Tüm tıbbi uygulamalar öncesinde kişilerin kendilerine uygulanacak tıbbi müdahaleler ile ilgili olarak sosyo-kültürel seviyelerine uygun şekilde aydınlatılması ve onamlarının alınması temel hasta haklarıdır. Bu süreç kişi özerkliğine saygı ilkesi ve hekimin sorumluluğu gereği olarak yasal ve etik açıdan güncel tıp yaklaşımının önemli bir unsurudur.¹

Ülkemizde 1 Ağustos 1998’de yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği’nin üçüncü bölümünde hastanın sağlık durumuyla ilgili bilgi alma hakkı düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre hasta, hastalığının

¹ Oya Ögenler, Nursel Bilgin, Selim Kadioğlu, Tamer Akça, “Uzmanlık Eğitimi Alan Bir Grup Hekimin Aydınlatma ve Onam Alma Hakkındaki Görüşleri”, *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 2015 (2), s.128-129.

olası sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nasıl ve ne kadar sürede yapılacağı, alternatif tedavi yöntemleri, tedavinin getireceği fayda ve riskler, olası komplikasyonlar, tedavinin reddi durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar gibi konularda sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir.²

Aydınlatılmış onam sürecinde hekim ve hastanın sürece aktif katılımı, tüm süreçte hastanın özgür iradesi ile karar vermesi sağlanmalıdır. Bu süreç doğru yönetilmediğinde hasta haklarının ihlali söz konusu olacağından yargı sürecine gidilecektir. Günümüzde de aydınlatılmış onamın alınmamış olması ya da eksik alınması ile ilgili davalar giderek artan sayılarda görülmektedir. Bu nedenle hukukçuların da bu alanla ilgili farkındalıkları ve bilgilerinin olması çok önemlidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 4'e göre tıbbi müdahale;

"Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi ifade eder" olarak tanımlanmaktadır.³

Tıbbî müdahale kavramı: *"kişilerin bedensel, fiziksel ya da ruhsal (psikolojik) bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ya da bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek ya da onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir"* şeklinde detaylı olarak da tanımlanabilir.⁴

Doktrinde tıbbî müdahale kavramı *"tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet"* olarak⁵ ve *"insan üzerinde tıp biliminin*

² Hasta Hakları Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 01.08.1998, Resmi Gazete Sayısı: 23420.

³ Hasta Hakları Yönetmeliği.

⁴ Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul-2003, s.24; Berna Özpınar, Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2007, s.17-18; Mine Kaya, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, 2012(100), s.47.

⁵ Mehmet Ayan, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara-1991, s.5; Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Ankara-2006, s.22; Kaya, s.46.

uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale"⁶ olarak da tanımlanmaktadır.

Tıbbi müdahalenin 4 tane hukuka uygunluk şartı bulunmaktadır.⁷ Bunlar;

- Tıbbi müdahalenin yetkili kişilerce yapılması

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 1'de bu kişiler hekim, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, hastabakıcı hemşireler, sünnetçiler ve diş protez teknisyenleri olarak yer almaktadır.⁸

- Tıbbi müdahalenin tıp bilimine kabul görmüş kurallara uygun olarak yapılması
- Tıbbi müdahalenin hukuken öngörülmüş amaçlara uygun olarak yapılması
- Hastanın aydınlatılarak rızasının (onam) alınması

Aydınlatılmış onam terimi birbiriyle bağlantılı olan ve birbirini destekleyen iki kavramdan meydana gelmektedir. Bunlardan biri dahi olmazsa, tıbbi müdahale hukuka aykırı hale gelecektir. Hasta aydınlatılmadan onam alınır ya da aydınlatılır ve onamı alınmazsa uygulamada bazı problemler meydana gelecektir. Aydınlatılmış onam sadece hastaya imzalatılan bir formdan ibaret değildir. Aynı zamanda hasta haklarını korumaya yarayan ve hukuki sonuçlar doğuran bir süreçtir.⁹

Aydınlatılmış onam, biyoetik terimler sözlüğünde şu şekilde yer almıştır:

*"karar verme yeterliliğine sahip bir hasta bireyin, kendisine uygulanacak tanı ve tedavi yöntemleri ile öteki uygulamaları ve bunlara seçenek oluşturabilecek uygulamalarla tüm bu yöntemlerin olası olumlu ve olumsuz sonuçlarına ilişkin bilgilendikten sonra bu bilgileri açıkça ve anlayarak kabul etmesidir."*¹⁰

⁶ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara-2010, s.21; Kaya, s.47.

⁷ Hakeri (2010).

⁸ Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Resmi Gazete Tarihi:14.4.1928, Resmi Gazete Sayısı: 863.

⁹ Elif Akyüz, Mevlüde Karadağ, Hülya Deniz Bulut, "Aydınlatılmış Onamda Hemşirenin Rolü ve Sorumlulukları", *Türkiye Klinikleri Dergisi*, 2016;8(4), s.349.

¹⁰ Yasemin N. Oğuz, Harun Tepe, Nüket Örnek Büken, Deniz Kırımsoy Kucur, Biyoetik Terimleri Sözlüğü. 1. Baskı, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu; 2005. s.19-21.

Aydınlatılmış onam öğretisine önceleri sadece yasal boyutuyla yaklaşmakta iken, daha sonra etik ve ahlaksal boyutu da değerlendirmeye alınmıştır. Bu gelişmeler ışığında yasal mevzuatlar yenilenmiş ve etik kodlar ortaya çıkmıştır. Yani ilk bakışta yasal bir gelişme gibi görünse de, dayandığı gerekçeler itibariyle ayrıca etik bir değerdir ve amacı insan onurunu korumak ve bireye saygı ilkesini hayata geçirmektir.¹¹

Aydınlatılmış onam, bireylere kendi bedenleri üzerinde kontrol hakkı verir ve kişinin kendi bedenine uygulanacak her türlü tıbbi müdahaleyi belirleme ve bilme hakkı olduğu fikrine dayanır. Aydınlatılmış onamda amaç hastanın bilgilenmesini sağlamak ve hastanın bu bilgileri anladığından emin olmaktır. Bu yüzden hasta sosyokültürel seviyesine göre aydınlatılmalıdır. Bununla birlikte hastanın bu bilgileri anlayıp anlamadığı da denetlenmelidir.¹²

Aydınlatılmış onamın temel bileşenlerini; bilginin hastaya açıklanması, bilginin hasta tarafından anlaşılması, onamın gönüllü olması, hastanın onam vermeye yeterli olması, anladığının bilgilendirmeyi yapan tarafından denetlenmesi ve yetkilendirme olarak özetleyebiliriz.¹³

1. Aydınlatma

Aydınlatılmış onamın ilk aşaması hastayı aydınlatmaktır. Yani hastaya tıbbi müdahalenin yararları, olası tehlikeleri, alternatif tedaviler, tıbbi müdahalenin hastanın yaşantısını nasıl etkileyeceği gibi hususlar anlatılmalıdır.¹⁴

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 26'ya göre;

"Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın

Akyüz ve ark, s.349.

¹¹ Nermin Ersoy, "Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi (The Development of The Informed Consent Doctrine)", *Türkiye Klinikleri Dergisi*, 1995; 3 (1), s.1.

¹² Zeynep Karaman Özlü, Münevver Kılıç, Ayşegül Yayla, "Cerrahi Aydınlatılmış Onam Hakkında Hastaların Bilgi Düzeyinin İncelenmesi", *Sağlık Bilimleri ve Meslekleri Dergisi*, 2015 Jul 6;2, s.319; Aydınlatılmış Onam Kılavuzu, TTB UDEK Etik Çalışma Grubu, Ankara, 2013.

¹³ Aydınlatılmış Onam Kılavuzu.

¹⁴ Ögenler ve ark, s.129; Nermin Ersoy, Klinik Etiğin Önemli Bir Sorunu: Aydınlatılmış Onam. *Türkiye Klinikleri J Med Ethics* 1994; 2 (3): 131-136.

*önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.”*¹⁵ ifadesiyle hekimin hangi hususlarda aydınlatma yapması gerektiği belirtilmiştir.

1.a. Aydınlatma ile Yükümlü Olan Kişi

Aydınlatma yükümlüsü kural olarak hastaya tıbbi müdahalede bulunacak olan hekimdir. Teşhis aşaması ve tıbbi müdahale aşaması farklı hekimlerce gerçekleştirilecekse ya da tıbbi müdahale ekip halinde yürütülecekse bu durumda ekipte yer alan tüm hekimlerin hastayı aydınlatma yükümlülüğü vardır. Her hekim kendi branşı doğrultusunda hastayı aydınlatmalıdır. Ancak hekimler anlaşarak aralarından bir kişiyi aydınlatma hususunda tayin edebilirler.¹⁶

1.b. Aydınlatılacak Kişi ya da Kişiler

Aydınlatma kural olarak hastanın kendisine yapılmalıdır. Ancak hasta ayırt etme gücüne sahip değilse bu durumda veli ya da vasi aydınlatılmalıdır. Hasta küçük ya da kısıtlı ise hasta da mümkün olduğu kadar sürece dahil edilmeli ve hem veli-vasi hem de küçük ya da kısıtlı olan hasta aydınlatılmalıdır. Hasta aydınlatma hususunda kendisine vekil de atayabilir. Bu durumda vekil aydınlatılır.¹⁷

1.c. Aydınlatma Zamanı

Aydınlatma, tıbbi müdahale gerçekleşmeden önce yapılmalıdır. Ancak aydınlatma yapıldıktan sonra hastaya düşünmesi için makul bir süre verilmelidir. Bu makul süre uygulanacak tıbbi müdahaleye göre farklılık gösterebilir. Basit tıbbi müdahalelerde verilen düşünme süresi daha kısa olabilirken, ağır ve hayati tehlike riski yüksek bir ameliyatta hastaya düşünmesi için daha uzun bir zaman verilmelidir. Hastaya acil olarak müdahalede bulunulması gerekiyorsa ve müdahalenin gecikmesi hayati riski artırırsa aydınlatma tıbbi müdahaleden hemen önce yapılabilir.¹⁸

¹⁵ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Yayın Tarihi: 01.02.1999.

¹⁶ Ayan, s.81-82; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarının Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, Sayı:3, Ankara-2003, s.72; Zarife Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara-1998, s.58-59; Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, Ankara-1993, s.39,81; Hakeri (2010), s.128; Kaya, s. 62.

¹⁷ Ayan, s.82-83; Aşçıoğlu, s.40; Hakeri (2010), s.127; Ozanoğlu, s.72; Kaya, s.63.

¹⁸ Ayan, s.83; Ozanoğlu, s.73; Cahid Doğan. “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının

1.d. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatmada şekil serbestisinin varlığı kabul edilmektedir. Yani aydınlatma yazılı ya da sözlü olabileceği gibi hem yazılı hem sözlü olarak da yapılabilir. Yazılı olarak yapılan aydınlatma ispat açısından hekime kolaylık sağlasa da hekim ve hasta arasındaki güven ilişkisinin sağlam bir temele oturabilmesi açısından aydınlatmanın sözlü olarak yapılması ve daha sonra sözlü aydınlatmanın yazılı belgelere geçirilmesi şeklinde yapılması önerilmektedir.¹⁹

1.e. Aydınlatmanın Zorunlu Olmadığı Durumlar

Hastanın aydınlatma yapılmasından vazgeçmesi, hastanın yapılacak tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olması, hastaya daha önce yapılan tıbbi müdahalenin tekrar yapılması durumunda, aydınlatmanın tedaviyi veya hastayı olumsuz etkileyecek olması durumunda, acil olarak gerçekleştirilmesi gereken tıbbi müdahalelerde hekim aydınlatma yapmak zorunda değildir.²⁰

2. Rıza

Hekimin hastasına uyguladığı tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren husus hastanın rızası yani onamıdır. Yukarıda anlatılmış olan aydınlatma ise onamın ön şartı niteliğindedir. Hekimin müdahalesini yaralama eyleminden çıkarıp hukuka uygun tıbbi bir müdahale özelliği kazandıran da hastanın rızasıdır.²¹

Usulüne uygun bir aydınlatma neticesinde verilen onamdan sonra, tıbbi müdahale kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilmişse,

Alınması", Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart Girne, Ankara-2010, s.151; Şenocak (1998), s.59-60; Hakeri (2010), s.129; Kaya, s.64.

¹⁹ Ayan, s.84-85; Hakeri(2010), s.132; Şenocak(1998), s.60; Ozanoğlu, s.72-73; Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, "Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Ankara-2007, C.10, S.1, s.61; Kaya, s.65.

²⁰ Cüneyt Çilingiroğlu (1993), *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 67-69; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2012, s. 314-315,317,320; Abdurrahim Altun, "Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018(1); s.43.

²¹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara- 2017, s.240-241.

meydana gelecek olumsuz neticeden hekim sorumlu olmayacaktır. Bununla birlikte aydınlatma neticesinde hastanın tıbbi müdahaleye onam vermemesi ve dolayısıyla müdahalenin yapılamaması durumunda meydana gelecek olumsuz neticelerden de hekim sorumlu olmayacaktır.²²

2.a. Rızanın Bulunması İçin Gerekli Şartlar

2.a.1. Hastanın Rıza Ehliyetine Sahip Olması Gerekmemektedir

Rıza, niteliği itibariyle hukuki bir işlem olduğundan dolayı sadece rıza göstermeye ehil kişiler tarafından bu işlem gerçekleştirilebilir. Tıbbi müdahale uygulanacak kişinin rıza ehliyetinin olabilmesi için hastanın karar verme, kavrama ve anlama yeteneğinin olup olmadığına bakılır.²³

Rıza noktasında tam ehliyetli bireyler açısından herhangi bir problemle karşılaşmayacaktır. Küçük ve kısıtlı bireyler açısından ise bazı problemler ortaya çıkabilmektedir.²⁴

Ayırt etme gücü dolayısıyla rıza ehliyeti olmayan küçük üzerinde (tam ehliyetsiz küçük hastalar) tıbbi bir müdahale uygulanacağı zaman velinin rızası alınacaktır. Ayırt etme gücü olan küçükler üzerinde tıbbi müdahale gerçekleştirilirken kimin rızasının alınacağı noktasında ise öğretilerde 3 farklı görüş bulunmaktadır.²⁵

İlk görüş, yasal temsilcinin rızasını şart olarak koyar bununla birlikte ayırt etme gücü bulunan küçüğün de görüşünün alınması gerektiğini savunur. İkinci görüş, hem yasal temsilcinin hem de küçüğün rızasının alınması gerektiğini savunur. Üçüncü görüş ise ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını tek başına yeterli bulur.²⁶

Çocuklarda onamın nasıl alınması gerektiği noktasında genellikle-

²² Hakeri (2017), s.241-242.

²³ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005, s. 500; Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s.130; Tuğçe Oral, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümlü", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011(2); s.196.

²⁴ Oral, s.196.

²⁵ Oral, s.196-197; Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2001, Cilt: 50, Sayı: 4, s.74.

²⁶ Şenocak (2001), s. 76; Oral, s.197-198.

le kabul edilen görüş şu şekildedir. Çocuklarda onam alınırken kesin bir yaş sınırı belirlenmemeli ve somut olaydaki duruma göre çocuğun ruhsal gelişimine bakılmalıdır. Çocuğun, tıbbi müdahaleye karar verme anındaki yaşı, kabiliyetleri, deneyimleri, eğitim düzeyi, olgunluğu ve muhakeme yeteneğine göre tıbbi müdahaleye onam verip veremeyeceğine bakılmalıdır. Bununla birlikte somut olaydaki tıbbi müdahalenin sonuçlarını ve tıbbi müdahaleye ilişkin diğer hususları anlayıp anlamadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Yine genellikle kabul gören görüşe göre 15 yaşından küçük çocuklar açısından rıza yeteneği kabul edilmez ve tıbbi müdahaleye onam yasal temsilcisi aracılığıyla yapılır.²⁷

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24' de;

"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır." denilerek mümkün olduğu kadar çocukların da bu sürece dâhil edilmesi gerektiği yer almaktadır.²⁸

Ayırt etme gücü olmayan büyükler söz konusu olduğunda hastanın veli ya da vasinin tıbbi müdahaleye verdiği onam yeterli olacaktır.²⁹

2.a.2. Rızanın Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişilere Yöneltilmiş Olması Gerekmemektedir

Rıza, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekime yöneltilmelidir.³⁰

²⁷ Hakeri (2017), s.249.

²⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği.

²⁹ Oral, s.198; Ebru Atıcı Sevindik, Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006, s.14.

³⁰ Oral, s.198.

2.a.3. İradeyi Sakatlayan Nedenlerin Bulunmaması Gerekmemektedir

Hastanın rıza gösterirken herhangi bir hataya düşmemesi, aldatılmaması ve rıza göstermesi konusunda tehdit edilmemiş olmaması gerekmektedir. Tüm bunlarla birlikte hastanın onamının hekimin yaptığı aydınlatmaya dayanması gerekmektedir.³¹

2.b. Rızanın Zamanı

Hastanın rızasının tedavinin başlangıcından sona ermesine kadar varlığını sürdürmesi gerekmektedir. Bununla birlikte hastanın vermiş olduğu rızayı geri alması da mümkündür.³²

2.c. Rızanın Konusu

Rızanın konusu, hekimin teşhisi sonucunda hasta için uygun bulunduğu ve hastayı aydınlattığı tedavidir.³³

2.d. Rızanın Şekli

Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. Dolayısıyla hastanın rızası açık, örtülü, yazılı ya da sözlü olabilir.³⁴

2.e. Rızanın Kapsamı

Hasta genel ve soyut bir rıza veremez. Bu nedenledir ki hastane girişlerinde imzalatılan genel ve matbu formlar hukuken kabul edilemez. Çünkü bu noktada hastanın rızası genel olacaktır ve üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleyi bilmeyecektir.³⁵

Kan alma, enjeksiyon gibi rutin işlemlerde de eğer hasta için risk içeren bir durum söz konusu ise bu risk ya da riskler hakkında hasta aydınlatılmalı ve hastadan onam alınmalıdır.³⁶

³¹ Oral, s.198.

³² Oral, s.199.

³³ Oral, s.199.

³⁴ Hakeri (2017), s.243-244.

³⁵ Hakeri (2017), s.260.

³⁶ Hakeri (2017), s.260-261.

2.f. Rızanın Aranmayacağı Haller

Kamu sağlığının korunması durumlarında ve ceza hukuku kaynaklı müdahaleler söz konusu olduğunda hekim, hastanın rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunabilir.³⁷

2.e. Varsayılan Rıza

Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 24'e göre;

*"Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayatı organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz."*³⁸

Varsayılan rızanın söz konusu olabilmesi için ilk olarak tıbbi müdahaleden önce hastanın rızasının alınamıyor olması gereklidir. İkinci olarak hastaya müdahale edilmediği takdirde ölüm ya da telafisi güç sonuçların ortaya çıkacak olması gereklidir. Eğer zorunlu bir tıbbi müdahale uygulanacak ise hastanın bilincinin açık olmaması gibi durumlarda hekim hastadan rıza alamasa dahi müdahalede bulunacaktır. Aynı durum acil olarak uygulanması gereken tıbbi müdahaleler için de geçerlidir.³⁹

Tıbbi zorunluluk, bilinci yerinde olmayan bir hastaya acil olarak müdahale edilmesi şeklinde ya da hastanın rızası alınarak başlayan bir müdahalede hastanın rızası kapsamı dışında kalan yeni bir müdahalenin uygulanması şeklinde ortaya çıkabilir.⁴⁰

Ülkemizdeki mevcut duruma bakıldığında aydınlatılmış onam sürecinde hala bazı sorunlar yaşanmaktadır. Dünyada insan hakları gelişim sürecinde olduğundan ve bu konuda yapılan çalışmalarla aydınlatılmış onam ve daha birçok hasta hakkı önem kazanacağından aydınlatılmış onam konusunda hekim ve hastaların bilgilendirilmesi ve bu hususun doktorlar tarafından bir davranış modeli haline getirilmesi için eğitim ve çalışmalara ihtiyaç duyulmaktadır.⁴¹

³⁷ Oral, s.204.

³⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği.

³⁹ Oral, s.203; Özcan,Özel, s.69; Çilingiroğlu, s.48-49; Altun, s.47.

⁴⁰ Çilingiroğlu, s.47; Ergun Özsunay, "Alman ve Türk hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve istisnaları", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 1982, s. 102; Altun, s.47.

⁴¹ Ahmet Turla, Bekir Karaarslan, Mehmet Kocakaya, Yıldız Pekşen, "Hastalara Ye-

Hastanın hakkı ihlal edildiğinde ya da hekime bir kusur atfedildiğinde yargılama aşamasında avukatların aydınlatılmış onam, hak ve yükümlülük anlamında sahip oldukları bilgiler adil bir yargılama için büyük önem göstermektedir. Çalışmada, aydınlatılmış onama ilişkin olarak avukatların bilgi düzeyi ve farkındalıklarını araştırarak uygulamada yaşanan sorunlara çözüm önerileri sunmak amaçlanmıştır.

II. GEREÇ VE YÖNTEM

Çalışmaya, İstanbul Barosu'nun 13.10.2018 ve 03.11.2018 tarihlerinde düzenlediği eğitim programlarına katılan avukatlar dahil edilmiştir. Katılımcılara araştırma amacı ve yöntem hakkında bilgi verildikten sonra onamları alınmış ve anket formları verilerek doldurmaları istenmiştir. Çalışmaya 175 avukat katılmıştır. Eğitime katılan toplam avukat sayısı 363'dür.

Anket formu, üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm yaş, cinsiyet, meslekte çalışma süresine ilişkin sorulardan oluşmaktayken, ikinci bölümde aydınlatılmış onam prosedürüne ilişkin sorular yer almaktadır. Üçüncü bölüm ise aydınlatılmış onam prosedürü ile ilgili 21 adet önermeden oluşmaktadır. Katılımcılara önermelere ne ölçüde katıldığını, 1: katılıyorum, 2:katılmıyorum, 3:fikrim yok, şıklarından birini işaretleyerek yanıtlaması istenmiştir. Önermelerin oluşturulmasında konu ile ilgili yapılmış çalışmalardan ve derlemelerden yararlanılmıştır.

Verilerin analizi SPSS 18.00 programı kullanılarak yapılmıştır. Anlamlılık düzeyi $p < 0.05$ kabul edilmiştir.

Bu çalışma, Helsinki Deklarasyonu Prensipleri'ne uygun olarak yapılmıştır.

III. BULGULAR

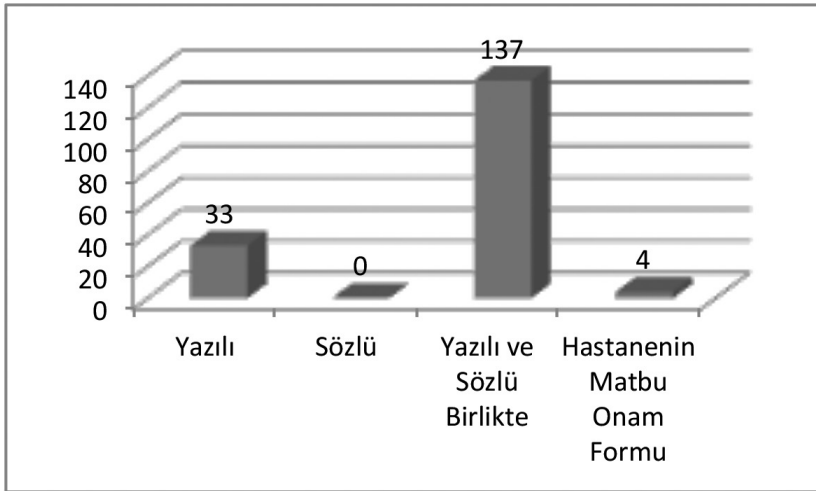
Çalışmaya 175 avukat katılmıştır. Çalışmamıza katılan avukatların %86,3'ü ($n=151$) 20-30, %11,4'ü ($n=20$) 30-40, %1,7'si ($n=3$) 40-50, %0,6'sı ($n=1$) 50-60 yaş aralığındadır. Katılımcıların %69,1'i ($n=121$) kadın, %30,9'u ($n=54$) erkektir.

Katılımcıların meslekte geçirdikleri süre Tablo 1’dedir.

Tablo 1. Katılımcıların meslekte çalışma sürelerine göre dağılımı

	N	%
0-1 yıl	39	22,3
1-5 yıl	116	66,3
6-10 yıl	16	9,1
11-15 yıl	1	0,6
16-20 yıl	1	0,6
21- üzeri	1	0,6

Katılımcılara aydınlatılmış onam prosedürü ve bu konu ile ilgili herhangi bir uyuşmazlıkta taraf vekili olup olmadığı ile ilgili 8 soru sorulmuştur. Hastalardan ameliyat öncesi ne tür bir onam alınmalı sorusuna katılımcıların %78,3’ü (n=137) yazılı ve sözlü onamın birlikte alınması gerektiğini ifade etmiştir. Katılımcıların hastalardan ne tür bir onam alınmalı sorusuna verdikleri yanıtlar Grafik 1’dedir.



Grafik 1. Katılımcıların “Hastadan ne tür bir onam alınmalıdır?” sorusuna verdikleri yanıtlar

Katılımcıların %93,1'i (n=163) Türkiye'de sağlık çalışanları tarafından aydınlatılmış onam prosedürünün doğru uygulanmadığını düşünmektedir. Bunun nedenlerine ilişkin görüşleri Tablo 2'dedir.

Tablo 2. Katılımcıların aydınlatılmış onam prosedürünün neden doğru uygulanmadığı ile ilgili görüşleri

	N	%
Sağlık çalışanlarının bu alana yeterince önem vermemeleri	102	62,6
Mevcut personel sayısının yetersiz oluşu	43	26,4
Olumsuz çalışma koşulları	54	33,1
Aydınlatmaya ayıracak zamanın yetersiz oluşu	83	50,9
Sağlık çalışanlarının gerekli özeni göstermemesi	115	70,6
Sağlık çalışanlarının konu hakkında yeterince bilgi sahibi olmaması	90	55,2
Hastanın yeteri kadar ilgili olmaması	65	39,9
Diğer	10	6,2

Katılımcıların %96'sı (n=168), hastadan yapılacak işlemle ilgili aydınlatılmış onam alınmış olmasının tıbbi uygulama hatalarına yönelik hukuki ve cezai sorumluluğu ortadan kaldırmadığını düşünmektedir.

Katılımcıların %56,6'sı (n=99) hastadan yapılacak işlemle ilgili aydınlatılmış onam alınmasının her türlü önlemin alınmasına rağmen ortaya çıkan yan etkilere karşı sağlık çalışanının sorumluluğunu ortadan kaldırdığını düşünmektedir.

Katılımcılara hasta küçük veya mahcur ise aydınlatılmış onama ait uygulanması gereken prosedür sorulduğunda katılımcıların %71,4'ü bu soruya "Kanuni temsilcisinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecek ölçüde küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır" diyerek doğru cevap vermiştir.

Tıbbi uygulama hatası ile ilgili bir uyuşmazlıkta taraf olan katılımcı sayısı %22,3 dür (n=39) dosyada aydınlatılmış onam formunu değerlendirenler ise bu oranın %82,05' dir.

Katılımcıların %86,3' ü (n=151) hekim tıbbi uygulama hatası yapmasa dahi aydınlatılmış onam ile ilgili eksik ve hatalı işlemlerin hukuki sorumluluk doğuracağını düşünmektedir.

Katılımcıların aydınlatılmış onam ile ilgili önermelere ilişkin katılma durumları Tablo 3' dedir.

Tablo 3. Katılımcıların aydınlatılmış onam ile ilgili önermelere ilişkin katılma durumları

Önermeler	Katılıyorum	Katılmıyorum	Fikrim yok
Hekimin hastaya uyguladığı tıbbi işlemleri hukuka uygun hale getiren ana unsur aydınlatılmış onamdır.	%52 (n=91)	%41,1 (n=72)	%5,7 (n=10)
Aydınlatılmış onam almanın amacı hekimi tıbbi uygulama hatalarına yönelik sorumluluktan korumaktır.	%28 (n=49)	%68,6 (n=120)	%2,3 (n=4)
Aydınlatılmış onam hastada komplikasyon oluşması durumunda komplikasyon sürecini doğru yönettiği takdirde hekimi sorumluluktan korur.	%78,9 (n=138)	%14,3 (n=25)	%5,7 (n=10)
Hekim, hastaları cerrahi müdahaleden önce kendisi bizzat bilgilendirmelidir.	%92,6 (n=162)	%4 (n=7)	%2,9 (n=5)
Hekim, bizzat bilgilendirme yapmak zorunda değildir. Hemşireye bu konuda talimat verebilir.	%4,6 (n=8)	%90,9 (n=159)	%4 (n=7)
Hekim bizzat hastayı bilgilendirmelidir.	%92,6 (n=162)	%3,4 (n=6)	%2,9 (n=5)
Hekim hasta yakınlarını bilgilendirse de olur.	%10,3 (n=18)	%82,9 (n=145)	%4,6 (n=8)
Hekim her ne olursa olsun hastayı ameliyat öncesinde aydınlatmak zorundadır.	%81,1 (n=142)	%15,4 (n=27)	%2,3 (n=4)
Hastadan talep ya da soru gelmediği sürece hekim bilgilendirme yapmak zorunda değildir.	%1,1 (n=2)	%97,7 (n=171)	0

Önermeler	Katılıyorum	Katılmıyorum	Fikrim yok
Hasta bilgilendirilmek istemezse, cerrahi müdahale hakkında bilgi sahibiyse veya acil bir durum söz konusuysa, hekim bilgilendirme yapmak zorunda değildir.	%37,7 (n=66)	%54,9 (n=96)	%6,9 (n=12)
Hastayı aydınlatırken hastanın sosyo-kültürel durumu göz önüne alınarak uygun bir dille aydınlatma yapılmalıdır.	%98,3 (n=172)	%1,1 (n=2)	0
Aydınlatma sırasında tıbbi terminoloji kullanılmalıdır.	%4,6 (n=8)	%86,9 (n=152)	%8 (n=14)
Hekim, hastayı ameliyat sırasında oluşabilecek en küçük risk hakkında dahi bilgilendirmelidir.	%85,1 (n=149)	%9,1 (n=16)	%4,6 (n=8)
Hekim klinik tecrübesi ve hastanın içinde bulunduğu koşulları göz önüne alarak hastayı kendi uygun gördüğü şekilde bilgilendirmelidir.	%64 (n=112)	%30,3 (n=53)	%4,6 (n=8)
Hastanın hastaneye geldiği anda vermiş olduğu onam, o hastaya uygulanacak tüm tıbbi müdahaleler için geçerliliğini korur.	%6,9 (n=12)	%88,6 (n=155)	%1,1 (n=2)
Hasta tıbbi işlemin her aşamasında verdiği onamı geri çekebilir.	%62,9 (n=110)	%21,1 (n=37)	%12,6 (n=22)
Hastalardan tüm işlemlere yönelik genel olarak hazırlanmış aydınlatılmış onam alınması hastanenin ve sağlık personelinin hukuki sorumluluğu açısından yeterlidir.	%6,9 (n=12)	%86,9 (n=152)	%2,9 (n=5)
Yapılacak her tıbbi işleme yönelik o işlemin özelliklerini ve yan etkilerini açıklayan aydınlatılmış onam formları hazırlanmalı ve uygulanacak her işlem için aydınlatılmış onam alınmalıdır.	%93,1 (n=163)	%1,7 (n=3)	%2,3 (n=4)
Aydınlatılmış onam tıbbi işlemde makul bir süre önce alınmalıdır.	%93,1 (n=163)	%1,7 (n=3)	%2,9 (n=5)
Aydınlatılmış onam girişimin hemen öncesinde alınmalıdır.	%11,4 (n=20)	%76 (n=133)	%9,1 (n=16)

IV. TARTIŞMA VE SONUÇ

Hastaların sosyo-kültürel düzeylerine göre aydınlatılması ve sonrasında ise tıbbi müdahalenin gerçekleşmesine ilişkin onamlarının alınması ulusal ve uluslararası mevzuatlarda yer edinen bir hasta hakkıdır. Aydınlatılmış onam hasta hakkı olmasının yanı sıra aynı zamanda temelini kişi özerkliğinden alan bir ilkedir.⁴²

Aydınlatılmış onam hasta-hekim ilişkisinin temelini oluşturmakla birlikte aralarındaki güven ilişkisini de etkileyen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sürece hekimin tek başına katılımı yeterli değildir. Hasta da hekim kadar aktif bir şekilde aydınlatılmış onam sürecine katılım göstermelidir. Bu sayede hasta uygulanacak müdahale ve sağlık durumu hakkında anlayabileceği bilgilere sahip olacak ve tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelecektir.⁴³ Aksi bir durumda hasta özgür iradesiyle tıbbi müdahaleyi kabul etmiş olmayacağından dolayı süreç doğru yönetilmemiş olacağından, hasta haklarının ihlali söz konusu olacak ve hekimin sorumluluğu doğabilecektir. Dolayısıyla olay yargıya taşınmış olacaktır.

Günümüzde aydınlatılmış onamın alınmamış olması ya da eksik alınması ile ilgili davalar gittikçe artmaktadır. Özellikle hastalar, maddi ve manevi zararlarının giderilmesi amacıyla tazminat davaları açmaktadırlar.

Çalışmada avukatların büyük bir çoğunluğu (%78,3) hekimlerin hastalardan hem yazılı hem de sözlü onam almaları gerektiğini düşünmektedirler. Bununla birlikte avukatlardan hiçbiri yalnızca sözlü onam alınmasını desteklememektedir. Uygulamaya bakıldığı zaman da hasta hekim ilişkisinin güçlenebilmesi için müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin bizzat hastası ile iletişim kurması çok önemlidir. Ancak sadece sözlü onam yeterli değildir. İspat aracı olması bakımından yazılı onam da büyük bir öneme sahiptir. Her ikisinin birlikte uygulanması hasta için de hekim için de daha avantajlıdır.

Çalışmada katılımcıların %93,1'i Türkiye'de sağlık çalışanları tarafından aydınlatılmış onam prosedürünün doğru uygulanmadığını düşünmektedir. Prosedürün doğru uygulanmama nedeni sorulduğu

⁴² Ögenler ve ark, s.128-129.

⁴³ Özlü ve ark, s.319.

zaman da avukatların %70,6'sı sağlık çalışanlarının gerekli özeni göstermemesi olarak görüş bildirmişken, %62,6'sı sağlık çalışanlarının bu alana yeterince önem vermemeleri olarak görüş bildirmişlerdir.

Sağlık profesyonellerinin katıldığı bir çalışmada katılımcıların %47,6'sının onamın doğru uygulandığına kısmen katıldığı tespit edilmiştir ve katılımcıların %56,6'sı onamı ispat güvencesi olarak değerlendirmiştir. Sağlık profesyonellerinin çalışılan kurumda onamın istendik düzeyde alınamama nedenlerine ilişkin görüşleri sorulduğunda katılımcıların %57,4'ünün olumsuz iş koşulları ve personel sayısının azlığı nedeniyle olduğunu ifade etmişlerdir. Yine aynı çalışmada katılımcıların %77,6'sı hastane yönetimi ve yasal zorunluluk nedeniyle onam alındığını ifade etmişlerdir.⁴⁴

Sağlık çalışanları da avukatlar da ülkemizde aydınlatılmış onam prosedürünün doğru uygulanmadığını düşünmektedir. Ancak bu durumun nedenleri konusunda her iki meslek grubu farklı düşünmektedir.

Çalışmamızda katılımcıların %96'sı, hastadan yapılacak işlemle ilgili aydınlatılmış onam alınmış olmasının tıbbi uygulama hatalarına yönelik hukuki ve cezai sorumluluğu ortadan kaldırmadığını düşünmektedir. Hastalar üzerinde gerçekleştirilen bir çalışmada hastaların %41,9'u "*hastadan aydınlatılmış onam alınması, sağlık personeli yapacağı tıbbi uygulama hatalarından korur*" önermesine katılıyorum cevabını vermişlerdir.⁴⁵

Hukukçuların bu şekilde düşünmelerindeki temel neden, meslekleri gereği yasal prosedür konusunda daha fazla bilgi sahibi olmalarıdır. Bu nedenle bu konuya yaklaşımları daha kesindir. Aynı şekilde hastalar da haklarına ve yasal prosedüre yönelik yeterli bilgiye sahip olmadıklarından bu önermeye çoğunlukla katılıyorum şeklinde cevap vermişlerdir.

⁴⁴ Gülay Yıldırım, İlnur Bilgin, Hacer Tokgöz, "Cerrahi Kliniklerdeki Sağlık Çalışanlarının Aydınlatılmış Onam Hakkındaki Görüşleriyle Uygulamaları Örtüşüyor Mu?", *Cumhuriyet Tıp Dergisi* 2014; 36, s.454.

⁴⁵ Deniz Çelik, Işıl Pakiç, Figen Demir, Gülfer Bektaş, Deniz Aslan, Simge Onatır, Berat Akif Kaya, Hastaların Aydınlatılmış Onamla İlgili Görüşlerinin Saptanmasına Yönelik Bir Araştırma, 5. Tıp Hukuku ve Tıbbi Bilirkişilik Kongresi Poster Sunumu, Kuşadası, 2018.

Katılımcıların %56,6'sı hastadan yapılacak işlemle ilgili aydınlatılmış onam alınmasının her türlü önlemin alınmasına rağmen ortaya çıkan yan etkilere karşı sağlık çalışanının sorumluluğunu ortadan kaldırdığını düşünmektedir. Hastalar üzerinde gerçekleştirilen bir çalışmada *"hastadan aydınlatılmış onam alınması yapılacak işlemler sırasında oluşabilecek komplikasyonlar (beklenmeyen yan etkiler) hakkında hastayı bilgilendirme amaçlıdır"* önermesine hastaların katılım oranı %82,9'dur.⁴⁶

Bu noktada avukatların ve hastaların aynı doğrultuda düşündüğünü görmekteyiz. Hekim gerekli özeni gösterdiği takdirde elinde olmadan gerçekleşen olumsuz sonuçlardan sorumlu olmayacaktır.

"Hekim, hastayı ameliyat sırasında oluşabilecek en küçük risk hakkında dahi bilgilendirmelidir" önermesine avukatlar %85,1 oranında katılım demişlerdir. Yine hastalar üzerinde yapılan çalışmada *"doktor, hastasının moralini bozup korkutacak küçük riskleri hastasına anlatmamalıdır"* önermesine hastaların %47'si katılmıyorum demiştir.⁴⁷

Bu önermelere verilen cevaplardan görüleceği üzere hem avukatlar hem de hastalar hekimlerin her konu hakkında müdahalenin olumsuz sonuçlanma ihtimali olsa dahi hastaları detaylı bir şekilde bilgilendirmeleri gerektiğini düşünmektedir.

Hastayı aydınlatırken hastanın sosyo-kültürel durumu göz önüne alınarak uygun bir dille aydınlatma yapılmalıdır önermesine avukatların %98,3'ü katılım demiştir. Hastalar üzerinde gerçekleştirilen bir başka çalışmada hastaların aydınlatılmış onam formunu okuma oranının %54,5 olduğu ve bu formun %70 oranında anlaşılması tespit edilmiştir.⁴⁸ Bu da aydınlatılmış onam formunu okuyan hastaların formu anlamadığını ve bu formu formalite olarak gördükleri için imzaladıklarını göstermektedir.

İncesu'nun yapmış olduğu çalışmada hekimlerin aydınlatılmış onam sürecine yeteri kadar aktif bir şekilde katılmadıkları gözlenmiştir. Ayrıca aydınlatılmış onamı çoğunlukla hekim dışındaki sağlık personelinin aldığı tespit edilmiştir. Bunun yanı sıra hastaya formu

⁴⁶ Çelik ve ark.

⁴⁷ Çelik ve ark.

⁴⁸ Özlü ve ark, s.321.

okuması için gerekli ortam sağlanmamış ve hasta aklına takılan soruları sorma fırsatı bulamamıştır. Hastaların %42,9'u hekimin onamın içeriğinin ne hakkında olduğu konusunda açıklamada bulunduğunu söylemişlerse de hastalar formları okumadan hemşireler aracılığıyla imzalamışlardır.⁴⁹

Ertem ve arkadaşlarının yaptığı çalışmada da hastaların onamlarının %76,1 oranında hemşireler tarafından alındığı tespit edilmiştir. Yine bu çalışmada hastaların yalnızca %60,9'unun kendisine anlatılanları anladığı, bununla birlikte %92,4'ünün formda yazılı olan her noktayı kabul ettiği gözlenmiştir.⁵⁰

Yaptığımız çalışmada '*avukatlar, hekim, hastaları cerrahi müdahaleden önce kendisi bizzat bilgilendirmelidir*' önermesine %92,6 oranında, '*hekim bizzat hastayı bilgilendirmelidir*' önermesine ise yine %92,6 oranında katıldıklarını ifade etmişlerdir. Avukatlar uygulamada hekimlerin bilgilendirme yapmalarını ve bizzat hastaları bilgilendirmelerini istemektedirler.

Sağlık çalışanları üzerinde yapılan bir çalışmada hastanın kliniğe ilk geldiğinde verdiği onamın tüm işlemler için geçerli olamayacağını ifade eden önermeye sağlık çalışanlarının %34,3'ü katılmadığı, genel onamın yasal geçerliliğinin olmadığına ilişkin önermeye %32,2'sinin katıldığı tespit edilmiştir.⁵¹

Bu çalışmada avukatların hastalardan tüm işlemlere yönelik genel olarak hazırlanmış aydınlatılmış onam alınması hastanenin ve sağlık personelinin hukuki sorumluluğu açısından yeterlidir önermesine %86,9 oranında katılmadıkları tespit edilmiştir. *Hastanın hastaneye geldiği anda vermiş olduğu onam, o hastaya uygulanacak tüm tıbbi müdahaleler için geçerliliğini korur* önermesine avukatlar %88,6 oranında katılmadıklarını belirtmişlerdir. Genel hazırlanmış aydınlatılmış onam formları hakkında avukatlar hukuki bilgiye sahip olmaları nedeni ile bu formların hukuki geçerliliğinin olmadığı yönünde görüş bildirmişlerdir.

⁴⁹ Emrullah İncesu, Konya Seydişehir Devlet Hastanesinde Yatan Hastaların, Bilgilendirilme ve Aydınlatılmış Onam Alma Süreçlerinin Değerlendirilmesi, Adli Bilimciler Derneği 1. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Marmaris, 1- 4 Mayıs 2014.

⁵⁰ Aysel Ertem, Ayla Yava, Ufuk Demirkılıç. "Kardiyak Cerrahi Yapılan Hastaların Ameliyat Öncesi Verilen Aydınlatılmış Onam Hakkındaki Görüş ve Önerilerinin Belirlenmesi", *Türk Göğüs Kalp Damar Cerrahisi Dergisi*, 2013; 21(2), s.382.

⁵¹ Yıldırım ve ark, s.455.

Ülkemizdeki mevcut duruma bakıldığında aydınlatılmış onam süreci henüz olması gereken düzeyde değildir ve avukatlar da prosedürün yanlış ve eksik uygulandığını düşünmektedirler. Dünyada insan hakları gelişim sürecinde olduğundan ve bu konuda yapılan çalışmalarla aydınlatılmış onam ve daha birçok hasta hakkı önem kazanacağından dolayı aydınlatılmış onam konusunda hekimlerin, hastaların ve hukukçuların bilgilendirilmesi ve bu hususun doktorlar tarafından bir davranış modeli haline getirilmesi için eğitim ve çalışmalar artırılmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Aşçıoğlu Çetin, Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara-1993.
 Ayan Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara-1991.
 Bayraktar Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul-1972.
 Çakmut Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul-2003.
 Çilingiroğlu Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul-1993.
 Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2010.
 Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2012.
 Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara- 2017.
 İpekyüz Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Ankara-2006.
 Oğuz Yasemin, Tepe Harun, Büken Nüket Örnek, Kucur Deniz Kırımsoy, Biyoetik Terimleri Sözlüğü. 1. Baskı, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu; 2005.
 Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul-2005.
 Özpınar Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara-2007.
 Özsunay Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1979.
 Şenocak Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara-1998.

Makaleler

- Akyüz Elif, Karadağ Mevlüde, Bulut Hülya Deniz, "Aydınlatılmış Onamda Hemşirenin Rolü ve Sorumlulukları", *Türkiye Klinikleri Dergisi*, 2016;8(4): 348-53.
 Altun Abdurrahim, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018(1); 37-52.
 Ersoy Nermin, "Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi (The Development of The Informed Consent Doctrine)", *Türkiye Klinikleri Dergisi* 1995; 3 (1): 1-5.
 Ersoy Nermin, Klinik Etiğin Önemli Bir Sorunu: Aydınlatılmış Onam. *Türkiye Klinikleri J Med Ethics* 1994; 2 (3): 131-136.
 Ertem Aysel, Yava Ayla, Demirkılıç Ufuk, "Kardiyak Cerrahi Yapılan Hastaların Ameliyat Öncesi Verilen Aydınlatılmış Onam Hakkındaki Görüş ve Önerilerinin Belirlenmesi", *Türk Göğüs Kalp Damar Cerrahisi Dergisi*, 2013; 21(2): 378- 391.

- Kaya Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, 2012(100); 45-82.
- Oral Tuğçe, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011(2); 185-209.
- Ozanoglu Hasan Seçkin, "Hekimlerin Hastalarının Aydınlatma Yükümlülüğü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, Sayı:3, Ankara-2003.
- Ögenler Oya, Bilgin Nursel, Kadioğlu Selim, Akça Tamer, "Uzmanlık Eğitimi Alan Bir Grup Hekimin Aydınlatma ve Onam Alma Hakkındaki Görüşleri", *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 2015 (2); 127-36.
- Özcan Burcu, G/Özel Çağlar, "Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Ankara-2007, C.10, S.1.
- Özlü Zeynep Karaman, Kılıç Münevver, Yayla Ayşegül, "Cerrahi Aydınlatılmış Onam Hakkında Hastaların Bilgi Düzeyinin İncelenmesi", *Sağlık Bilimleri ve Meslekleri Dergisi*, 2015 Jul 6;2: 318-28.
- Şenocak Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara,-2001, Cilt: 50, Sayı: 4, s.66-80.
- Turla Ahmet, Karaarslan Bekir, Kocakaya Mehmet, Pekşen Yıldız, "Hastalara Yeterince Aydınlatma Yapılıp-Yapılmadığı ve Onam Alınması Durumunun Saptanması", *Türkiye Klinikleri Dergisi*, 2005;2(2): 33-8.
- Yıldırım Gülay, Bilgin İlknur, Tokgöz Hacer, "Cerrahi Kliniklerdeki Sağlık Çalışanlarının Aydınlatılmış Onam Hakkındaki Görüşleriyle Uygulamaları Örtüşüyor Mu?", *Cumhuriyet Tıp Dergisi* 2014; 36: 451-458.

Diğer Kaynaklar

- Aydınlatılmış Onam Kılavuzu, TTB UDEK Etik Çalışma Grubu, Ankara, 2013.
- Çelik Deniz, Pakiş Işıl, Demir Fiğen, Bektaş Gülfer, Aslan Deniz, Onatır Simge, Kaya Berat Akif, Hastaların Aydınlatılmış Onamla İlgili Görüşlerinin Saptanmasına Yönelik Bir Araştırma, 5. Tıp Hukuku ve Tıbbi Bilirkişilik Kongresi Poster Sunumu, Kuşadası, 2018.
- Doğan Cahid, "Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne- Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart Girne, Ankara-2010.
- Hasta Hakları Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 01.08.1998, Resmi Gazete Sayısı: 23420.
- Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Yayın Tarihi: 01.02.1999.
- İncesu Emrullah, Konya Seydişehir Devlet Hastanesinde Yatan Hastaların, Bilgilendirilme ve Aydınlatılmış Onam Alma Süreçlerinin Değerlendirilmesi, Adli Bilimciler Derneği 1. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Marmaris, 1- 4 Mayıs 2014.
- Sevindik Ebru Atıcı, Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006.
- Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Resmi Gazete Tarihi:14.4.1928, Resmi Gazete Sayısı: 863.

ANONİM ŐIRKET YÖNETİM KURULU KARARLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

THE NULLITY OF DECISIONS OF JOINT STOCK COMPANY BOARD OF DIRECTORS

Hakan ŞEKER*

Özet: Türk Hukukunda her ne kadar tek bir başlık altında toplanmamış olsa da hükümsüzlük halleri doktrinde yokluk, kesin geçersizlik (butlan) ve “iptal olarak kategorize edilmektedir. Yokluk, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının ve zorunlu şekil şartlarının yokluğu nedeniyle her zaman ve herkes tarafından ileri sürülebilen bir yaptırımdır ve yönetim kurulu kararlarının yokluğunun tespiti, kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen yokluk hali dava yolu ile ileri sürülebilir. Yönetim kurulu kararlarının kesin geçersizliği (butlan) halleri ise kanunda açık olarak örnekleme yoluyla düzenlenmiştir. Tartışma konusu olan husus, yönetim kurulu kararlarının iptal yaptırımına tabi olup olmadığıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun istisnai haller dışında genel olarak yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin bir düzenlemeye yer vermediği görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kurulu Kararları, Yokluk, Hükümsüzlük, Geçersizlik, İptal

Abstract: Although it is not gathered under a single title in Turkish Law, invalidity cases are categorized as doctrine, absence, absolute invalidity (nullity) and cancellation. Nonexistence is a sanction that can be asserted at any time and by anyone due to the nonexistence of the constituent elements and mandatory form requirements of a legal transaction and the nonexistence of board of directors decisions may be put forward by case, even though there is no explicit provision in the law. The absolute invalidity of the decisions of the board of directors is regulated by explicit sampling in the law. The subject of discussion is whether the decisions of the board of directors are subject to cancellation sanctions. It is seen that the Turkish Commercial Code No. 6102 does not include any regulation regarding the cancellation of the resolutions of the board of directors in general, except in exceptional cases.

Keywords: Board of Managers Resolution, Nonexistence, Invalidity, Nullity, Rescission

*
Erzurum Uzundere Kaymakamı, Dicle Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, hukukseker@gmail.com, ORCID:0000-0001-9070-1836, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.11.2019, Kabul Tarihi: 06.11.2019

GİRİŞ

Ticaret hayatının en önemli aktörlerinden biri olan anonim şirketler, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan ve borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirketlerdir. Anonim şirketlerin kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulmaları mümkündür (TTK m. 331).¹ Yönetim kurulu, anonim şirketin yönetim ve temsil organıdır (TTK m. 365). Yönetim kurulu, şirket adına iş ve işlemlerde bulunarak şirketi hak ve borç sahibi yapar.² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 359'uncu maddesine göre; anonim şirkette, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş gerçek ya da tüzel kişiliğe sahip bir ya da daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur.³

Hukuk düzeni belirli şartları gerçekleştirmiş olan işlemlerin geçerli olduğunu kabul eder. Bir yönetim kurulu kararının var olabilmesi için, yönetim kurulunun toplantı yapması ve karar alması gerekir. Yönetim kurulunun aldığı kararlar, şirket adına yapılacak hukuki iş ve işlemlerin dayanağını oluşturmaktadır.⁴

Anonim şirketlerin zorunlu yönetim kurulunun aldığı kararların hükümsüzlüğü konusu, öğretilerde tartışılmakta ve değişik görüşler ortaya çıkmaktadır.

Bir hukuki işlem, yöneldiği hukuki sonuçları meydana getirebilme gücünden yoksun olduğu veya bırakılabildiği takdirde ortaya çıkan sonuç hükümsüzlüktür.⁵ Hükümsüzlük kavramı, üç farklı yaptırımı

¹ 6762 sayılı Mülga Ticaret Kanunu (ETK) m. 271'de şirket mevzusunun sınırlarının, ana sözleşmede açıkça gösterilmiş olması şartı aranmıştır. Bu hüküm 6102 sayılı TTK'ya aktarılmamıştır. Çünkü ETK'nin kabul ettiği "Ultra Vires" teorisine (ETK m. 137, 321) TTK'da yer verilmemiştir. Ultra vires teorisine göre tüzel kişinin ehliyeti; statüsünde (tüzel, şirket sözleşmesi) gösterilen amaçla sınırlıdır. Kural olarak, bu amaç içinde yapılan işlemler tüzel kişiyi bağlar. Ancak amaç dışında yapılan, yani amacı aşan işlemler ultra vires sayılır ve tüzel kişiyi bağlamaz. Ultra vires teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Teoman Akunal, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, 2.b., Beta, İstanbul, 1995.

² Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 7.b., Beta, İstanbul, 2012.

³ Yasa profesyonel olarak yöneticiliği gaye edinmiş, paydaş olmayan tüzel kişiliklerin de yönetim kurulunda görev almasını amaçlamıştır (Ender Dedeoğaç, & Oğuzhan Sapan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Başkanlığı, 2013, s.10).

⁴ Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, 4. baskı, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s. 214.

⁵ Nevzat Koç, "Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük

içermektedir. Bunlar sırasıyla; yokluk, geçersizlik (butlan) ve iptal edilebilirlik olarak sayılabilir. Ancak hükümsüzlük kavramın içeriği tartışmalıdır. Şöyle ki: hukukumuzda hükümsüzlük halleri tek bir başlık altında toplanmamış sadece belirli maddelerde hükümsüzlük hallerinden bahsedilmiştir (Ör. MK m. 23, 119; TBK m. 12, 17, 27, 28, 30, 36, 37, 39, 46; TTK m. 391, 447).⁶ Ayrıca hem kanun koyucu hem de bazı yazarlar, yokluk halini ayrı bir başlık altında ele almakta, geçersizlik (butlan) kavramlarını ise hükümsüzlük kavramı ile eşanlamlı olarak kullanmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise hükümsüzlük hallerini yokluk ve butlan olarak iki alt başlık altında incelenmektedir.⁷

Bu makalede yönetim kurulunun almış olduğu kararlarının hükümsüzlüğü konusu; yokluk, geçersizlik (butlan) ve iptal başlıkları altında güncel mevzuat çerçevesinde, doktrin ve yargı kararları incelenecektir.

I. YOK HÜKMÜNDE YÖNETİM KURULU KARARLARI

Yokluk, bir hukuki işlemin kurucu nitelikteki unsurlarının bulunmaması sebebiyle işlemin hiç kurulmamış olması olarak tanımlanabilir.⁸ Diğer bir ifade ile yokluk hukuki işlemin kurucu unsurlarının olmaması halinde işlemin hiç doğmamış sayılmasıdır.⁹ Şu hâlde bir hukuki işlemin varlığından söz edilebilmesi için işlemin kurucu unsurlarının mevcut olması gerekir. Kurucu unsurlardaki eksiklik işlemi yoklukla malul kılar.¹⁰

Yönetim kurulu kararının oluşabilmesi için iki kurucu unsura ihtiyaç vardır. Bunlar; yönetim kurulu toplantısının yapılması ve yönetim kurulu üyelerinin bu toplantıda karar almasıdır.¹¹ TTK'da yönetim

(=Butlan)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C2/S2 (1981), s. 128.

⁶ M. Kemal Oğuzman, & Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2017, s. 174.

⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/11-1048, K. 2014/430, T. 2.4.2014, <http://www.kazanci.com>

⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2013, s. 331.

⁹ Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. bası, Mimoza Basım, Konya, 2012, s. 94.

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/1-1281, K. 2018/35, T. 17.1.2018. Bkz: <http://www.kazanci.com>

¹¹ Korkut Özkorkut, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın no:41, Ankara, 1996, s. 36.

kurulu toplantıları; klasik usulde fiziki ortamda yeter sayıda üyenin bir araya gelmesi şeklinde yapılması mümkün olduğu gibi, yönetim kurulunun toplantı yapmaksızın karar alması (m. 390/4) veya elektronik ortamda sanal toplantı (m. 1527/1) şeklinde yapılması da mümkündür. Buna göre anonim ortaklık yönetim kurulu için üç tür toplantı şekli öngörülmüştür.

Bu iki kurucu unsurdaki bir eksiklik olması halinde yönetim kurulu kararını yok hükmünde olacaktır. Yok hükmünde kararlara örnek olarak;

- Yetkili olmayan kişi tarafından çağrı yapılması,¹²
 - ◊ Yönetim kurulunu toplantıya başkan, yokluğunda ise vekili çağırır. Üyelerden herhangi biri de başkandan yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak talep edebilir.¹³
- Çağrıda toplantı yer ve/veya saatinin yazılmamış olması hali,¹⁴
 - ◊ Yönetim kurulunun toplanma yer ve zamanı veya toplanma aralığına ilişkin olarak kanunda bir düzenleme yapılmamıştır.
- Yönetim kurulu üyesi olmayan kişiler tarafından karar alınması,
- Kanunda öngörülen asgari toplantı ve karar yeter sayılarına aykırı karar alınması,¹⁵
 - ◊ Kanun ana sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulunun üye tamsayısının çoğunluğuyla toplanabileceğini açıkça hükme bağlamıştır (TTK m. 390/1). Ana sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde yönetim kurulu kararları toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğuyla alınır (TTK m. 390/1).

Yönetim kurulu toplantılarında her üyenin bir oy hakkı bulunmaktadır. Toplantıda çekimser oy kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir.

¹² Zafer Saka, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 230.

¹³ Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 147.

¹⁴ Saka, s. 230.

¹⁵ Hasan Pulaşlı, "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi" *GÜHFD*, C. 17. S. 1-2, 2013, s. 892.

Öğretide kanuni bir yasak söz konusu olmadığı için çekimser oy kullanılabilmesi, ancak bu oyların karar nisabı açısından olumsuz sayılması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁶ Yönetim kurulu üyelerinin karar alma bakımından birbirlerine karşı üstünlükleri yoktur. Dolayısıyla oylar eşit olduğu takdirde o konu gelecek toplantıya bırakılır. İkinci toplantıda da eşitlik olursa söz konusu öneri reddedilmiş sayılır (TTK m. 390/1).

Yokluk durumunda işlemin baştan itibaren hiç varlık göstermediği ifade edilmekle birlikte, yokluk halinin bir dava yoluyla mı tespit edilmesi yoksa zaten yok olması nedeniyle ayrıca bir davaya gerek olmadığı yönünde öğretide tartışmalar süregelmektedir. 6102 sayılı TTK'da Genel Kurul Kararlarının butlanı ve iptali düzenlenmiştir ancak yokluk konusunda özel bir hüküm getirilmediğinden yokluk yaptırımına ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır.¹⁷

Bazı yazarlar, yok sayılan bir işlem için dava açmaya gerek olmadığını ileri sürmekte,¹⁸ bazı yazarlar ise yokluk halinin bir tespit davası ile hükme bağlanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre; yok sayılan işlem, şeklen dahi meydana gelmediğinden bunu ileri sürme konusunda hukuki menfaati bulunan herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir ve tespit ettirilebilir, hâkim tarafından da re'sen tespit edileceği ifade edilmiştir.²⁰ Yine Yargıtay kararlarında ise kararın yürütülmesinin geri bırakılması kenar başlıklı TTK m. 449 hükmünü göz önüne alarak yokluk durumlarına karşı da yürütmenin durdurulması kararının istenebileceği ayrıca belirtilmiştir.²¹ Diğer bir ifade ile yargı yokluk durumunun davaya konu olabileceğini ifade etmektedir.

¹⁶ Orhan Nuri Çevik, Uygulamada Şirketler Hukuku, 3. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 504.

¹⁷ Korkut, s. 35.

¹⁸ Ayan, s. 94.

¹⁹ Mustafa Çeker, 6012 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Adana, 2011, s. 466.

²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/11-1048, K.2014/430, T. 2.4. 2014. Bkz: <http://www.kazanci.com>

²¹ Yargıtay 11. HD, E. 2013/12418, K. 2013/16148, T. 19.9.2013 sayılı kararında; genel kurul kararının yokluğunun tespitine ilişkin davada yürütmenin geriye bırakılacağına ilişkin karar verilebileceğine hükmetmiştir. Bkz: <http://www.kazanci.com>

II. GEÇERSİZ (BATIL) YÖNETİM KURULU KARARLARI

Butlanı tanımlayacak olursak; bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının tam olmasına karşın, geçerlilik unsurlarının olmaması veya eksik olması halinde, söz konusu hukuki işlem ya ölü doğmuştur ya da sakat bir hukuki işlemdir.²² Butlan, yapılan hukuki işlemlerin hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlilik şartlarını taşımamasından dolayı başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasını ve söz konusu işlemlerin yeniden canlandırılmasındaki imkânsızlığı ifade eder. Kısaca butlana sebep olan haller işlemin kurucu şartlarına ilişkin olmayıp sadece geçerlilik şartlarıyla ilgilidir.

Genel hükümlere baktığımızda; yönetim kurulu kararlarının şeklen mevcut olmasına karşın içerik bakımından imkânsız, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması, bu kararların butlanına yol açar (TBK m. 27/1).²³

Genel hükümlerin yanı sıra ayrıca TTK m. 391’de butlan sebepleri örnekleme yoluyla şu şekilde ifade edilmiştir:

- Eşit işlem ilkesine aykırı olan,
 - ◊ Doktrinde temel hukuk ilkesi olarak kabul edilen eşit işlem ilkesi, Ticaret Kanunu’nun 391. maddesinde açık olarak kabul edilmiştir. Eşit işlem ilkesine göre; eşit şartlar altında bulunan pay sahipleri eşit işleme tabi tutulacaktır (TTK m. 357). Kanunun gerekçesinde eşit işlem ilkesine aykırı olan yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunun tespitinin mahkmeden istenebileceği açıkça belirtilmiştir.

İsviçre ve Almanya’nın ilgili kanunlarında eşit işlem ilkesine

²² Burcu Kalkan, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004, s. 137.

²³ Yargıtay 11. HD, E. 2017/495, K. 2019/56, T. 07.01.2019 sayılı kararında; “Murisin alzheimer hastalığına yakalandığı ve anılan hastalığın murisin fiil ehliyetini ortadan kaldırdığı, murisin hastalığı ile ilgili ceza soruşturması kapsamında Adli Tıp Kurumu raporu istenildiği ve anılan raporun sonucunun beklenmesi talep edilmiştir. Ancak Bölge Adliye Mahkemesi bu kararı beklemeden sadece dosyada mevcut rapor ve reçetelerden de murisin fiil ehliyetinin bulunmadığı sonucuna varılamayacağını vurgulayarak, bu husustaki davacı delilleri toplanmaksızın dosyada mevcut reçete ve raporların dikkate alınması suretiyle karar vermesi ile anılan hastalık nedeniyle yönetim kurulu karar tarihinde hak ve fiil ehliyetini kaybettiğinin tespiti, dava konusu yönetim kurulu kararlarının geçersizliği sonucunu doğuracağından Bölge Adliye Mahkemesinin verdiği karar doğru görülmemiş”, bozmayı gerektirdiğine hükmetmiştir. Bkz: <http://www.kazanci.com>

aykırı bir yönetim kurulu kararının batıl olacağına yönelik bir hüküm bulunmaktadır.²⁴

Kanun koyucunun aynı ihlal sebebiyle, genel kurul kararları için eşit işlem ilkesine aykırılığın yaptırımını iptal edilebilirlik olarak kabul ederken, yönetim kurulu tarafından pay sahiplerine karşı eşit işlem ilkesine aykırı davranılmasının hukuki sonucunun butlan olarak kabul etmesini doktrin hukuk güvenliği açısından sakıncalı bulunmaktadır.²⁵

- Anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen,
 - ◊ Anonim şirketin tanımına, pay sahiplerinin hakları ve borçları düzenine ve organsal yapısına aykırı olan kararlar temel yapıya aykırı kabul edilmektedir.²⁶ Temel yapı ile kastedilen, anonim şirketi taşıyan ana kolonlardır.

Bütün pay sahipleri için bilânço açıklarını kapatmak amacıyla 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 31'inci maddesinde olduğu gibi ek ödeme yükümü getiren bir yönetim kurulu kararı anonim şirketin temel yapısının bir tanımlayıcı ögesi olan pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu ilkesine aykırıdır (TTK m. 391'in gerekçesi). Bir üçüncü kişinin meselâ büyük kredi veren bir bankanın pay sahibine eş (temettü, tasfiye payı, ge-

²⁴ Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul: XII Levha, 2012. s. 279.

²⁵ Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümüstüzlüğü, 5. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 187.

²⁶ Yargıtay 11. HD, E. 2015/15026, K. 2017/2343, T. 24.4.2017 sayılı kararında; "Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davaya konu yönetim kurulu kararının mali ve hukuki dayanağının olmadığı, söz konusu kararların hayatın olağan akışına aykırı olduğu, gerçek bir borç ilişkisine dayanmayan, pay sahibi şirketlerin davalı Şirkete olan borcunu sıfırlamaya yönelik ve aynı zamanda söz konusu pay sahibi şirketler lehine eşit işlem ilkesine aykırı kararlar olduğu, bu bakımdan söz konusu kararların, dürüstlük kuralı ve eşit işlem ilkesine aykırı bulunduğu, yönetim kurulu kararında ticari defterlere işlenmesine karar verilen zararların ödenmesi halinde şirket öz kaynağının yarısına yakınıni yitirmiş olacağına tespit edildiği, bu durumda anılan kararların sermayenin korunması ilkesine de aykırı görüldüğü gerekçesiyle davanın kabulüyle davalı şirketin yönetim kurulunun 24.09.2013 tarih ve 2013/11 numaralı kararının (1. 2. ve 3. bentlerden oluşan) TTK'nın 391. maddesi uyarınca batıl yönetim kurulu kararı niteliğinde olduğunun tespitine ve yönetim kurulu kararının uygulanmasının kararın kesinleşmesine kadar tedbiren durdurulmasına" karar vermiştir. Bkz: <http://www.kazanci.com>

nel kurula katılma gibi) haklarla donatılması veya yönetim kurulu kararlarında ona veto hakkı tanınması temel haklar düzenine; üye olmayan bir kişinin yönetim kurulunda üye haklarına sahip kılınması, organsal yapıya aykırıdır ve neticede hükümsüzdür.²⁷

- Pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren,
 - ◊ Pay sahibinin genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan doğan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran yönetim kurulu kararları geçersizdir.
- Diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararlar batıldır.²⁸

Yönetim kurulu kararlarının butlanla sakat olduğunun tespit edilmesi, yönetim kurulu kararının alındığı tarihten itibaren geçersiz sayılması ve bu karara dayanılarak yapılan işlem ve uygulamaların da kural olarak geriye etkili olarak geçersiz olması sonucunu doğurur.²⁹ Böyle bir yönetim kurulu kararı, ne ortaklığa ne pay sahiplerine ne de

²⁷ Yargıtay 11. HD, E. 2015/3129, K. 2016/804, T. 26.1.2016 sayılı kararında; “anonim şirketlerde yönetim kurulunu toplantıya davet yetkisinin açıkça yönetim kurulu başkanına verildiği, bu yetkinin emredici nitelikte olduğu, somut olayda butlanla sakat olduğu belirtilen kararların alındığı yönetim kurulu toplantılarının ise yönetim kurulu başkanının daveti üzerine değil, toplantıya davet yetkisi olmayan üyelerin daveti üzerine yapıldığı, bu hususun anonim şirketin temel yapısına uymadığı ve TTK’nın 391/1-b maddesi uyarınca alınan bu yönetim kurulu kararlarının butlanı sonucunu doğurduğu, iptali istenilen genel kurul toplantısının da butlanla sakat yönetim kurulu kararına dayalı olarak yapıldığı, ayrıca bu toplantıda alınan şirketin tasfiyesine dair kararın sermayenin en az %75’ini oluşturan pay sahiplerinin onayı ile alınmadığı, karar nisabının sağlanmadığı, dolayısıyla genel kurul toplantısında alınan kararın da yoklukla malul bulunduğu gerekçesiyle asıl ve birleşen davaların kabulüne, davalı şirketin 11.4.2013, 7.5.2013, 4.6.2013 ve 29.8.2013 tarihli yönetim kurulunda alınan kararlar ile 24.9.2013 tarihli genel kurulda alınan şirketin tasfiyesine kararın yok hükmünde olduklarının tespitine” karar verilmiştir. Bkz: <http://www.kazanci.com>

²⁸ Yargıtay 11. HD, E. 2016/6239, K. 2016/9154, T. 28.11.2016 sayılı kararında; “Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davalı şirketin, genel kurulun devredilerek yetkileri kapsamında olan konularda yönetim kurulundan karar alındığı gerekçesiyle davanın kabulüyle... yönetim kurulu kararının butlanının tespitine” karar verilmiştir. Bkz: <http://www.kazanci.com>

²⁹ H. Güzin Üçışık, Türk Hukuku’nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Sakatlığı Konusunda Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, C.3, S.5, 2011, s. 57.

alacaklılara karşı hüküm ifade eder. Belli bir süreye tabi olmaksızın her zaman geçersizliği ileri sürülebilir.³⁰

Yokluk ve butlan durumlarının ortak özelliklerine değinecek olursak; yoklukla veya kesin hükümsüzlükle sakat olan yönetim kurulu kararı aleyhine tespit davası açılabilir veya bu hususlar def'i yoluyla ileri sürülebilir.³¹ Bu davayı her ilgilinin açabileceği savunulmaktadır.^{32,33} Yokluk ve butlan mahkeme tarafından re'sen göz önünde bulundurulacaktır.³⁴

Doktrinde bazı yazarlar tarafından yokluk ile butlanın sonuçları değil, sebepleri bakımından farklılık bulunduğu ifade edilmektedir.³⁵ Butlanın ileri sürülmesi bazı durumlarda MK m. 2 hükmüne aykırılık oluşturabilir. Oysa yokluk durumunun ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle engellenemez.^{36,37}

3. İPTAL EDİLEBİLİR YÖNETİM KURULU KARARLARI

İptal edilebilir kararlar, mahkeme kararı ile geçersizlikleri tespit edilene kadar hukuk dünyasında sonuç doğurmaya devam ederler.³⁸ Ancak, mahkeme kararı ile ilgili karar iptal edildiği anda karar geçmişe etkili olarak ortadan kalkar.³⁹

³⁰ Üçışık, s. 57.

³¹ Ersin Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 83.

³² Moroğlu, 2009, s. 182.

³³ Anonim ortaklık yönetim kurulunun verdiği kararların yok veya batıl olduğunun tespiti için dava açılabilir; Yargıtay 11. HD, E. 1988/3414, K. 1989/2605, T. 26.01.1989 sayılı karar. Bkz: <http://www.kazanci.com>

³⁴ Yargıtay'ın 1998 tarihinde vermiş olduğu bir kararında belirttiği gibi "dava konusu yönetim kurulu kararının alınmasında toplantı ve karar nisabının oluşup oluşmadığı bu yönden geçerli bir karar bulunup bulunmadığı re'sen araştırılmalı ve sonucu çerçevesinde bir karar verilmelidir". Yargıtay 11. HD, E. 1997/8425, K. 1998/980, T. 19.02.1998. Bkz: <http://www.kazanci.com>

³⁵ Fatih Bilgili, & Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 2. bası, 2012, s.190.

³⁶ Üçışık, s. 58.

³⁷ "Yasa ve ana sözleşmenin öngördüğü yetersayılar sağlanmadan toplantı şeklen yapılmış olsa dahi toplantıda alınan kararlar yoklukla maluldür. Davacıların kötü niyetli olmaları ve toplantılara katılmamaları bu kararlara geçerlilik kazandırmaz", Yargıtay 11. HD, 15.10.1993, 4885/6526; Eriş, 1995, s. 271. Ancak İmregün ise üyelerin sırf toplantı yetersayısı oluşmaması amacıyla toplantıya katılmaması gibi durumlarda MK m. 2 hükmünün dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır; İmregün, 2001, s. 289.

³⁸ Korkut, s. 44.

³⁹ Güzin Üçışık, Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku I cilt, Ankara 2013, s. 362.

Yönetim kurulu kararlarının iptali konusu öğretilerde en çok tartışılan konuların başında gelmektedir.⁴⁰

Eski TTK döneminde, yönetim kurulu kararlarının iptali konusunda öğretilerde genel olarak kabul gören yaklaşım yönetim kurulu kararlarının iptalinin mümkün olmadığı şeklindeydi.⁴¹ Ancak; 2499 sayılı mülga SPK m.12/VI hükmü uyarınca belirli koşullarda yönetim kurulu kararlarının iptali öngörülmüştü.⁴² Ayrıca 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 16 hükmüne göre; yönetim kurulunun ortaklıktan çıkarma kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde itiraz davası açılması mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte her iki hükmün de istisnai nitelikli olduğu savunulmuştur.⁴³ Bazı yazarlar ise; yönetim kurulu kararlarını da iptal müessesesine tabi olması gerektiği ve bu konuda yasal boşluk olduğu yönünde düşünceler öne sürmüştür. Örneğin, Çamoğlu, bu konuda bir yasal boşluk olduğunu ve ilk imkânda bunun doldurulması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁴

6102 sayılı TTK yönetim kurulu kararlarını düzenleyen m. 390-391. maddelerinde yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin açık bir hükme yer vermemiştir.⁴⁵ Esasen TTK m. 391 gerekçesinde yer alan ilk ifade “*yönetim kurulu kararları iptal edilemez*” şeklindedir.⁴⁶ Dolayısıyla kanun koyucu yönetim kurulu kararlarının iptale tabi olmadığını ilke olarak kabul etmiştir.

Ancak, TTK iki farklı hüküm ile yönetim kurulu kararlarının iptaline imkân tanıyan düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeler, TTK m. 192/II ve m. 460/V hükümleridir. Bunları sıra ile inceleyecek olursak;

⁴⁰ Moroğlu, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6. baskı, İstanbul, 2012, s. 180-181.

⁴¹ Moroğlu, 2012, s. 180-181.

⁴² Eski SPK m.12/VI: “Yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, Türk Ticaret Kanununun 381 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan hallerde yönetim kurulu üyeleri, denetçiler veya hakları ihlal edilen pay sahipleri, kararın ilanından itibaren otuz gün içinde anonim ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler”.

⁴³ Moroğlu, 2012, s. 189.

⁴⁴ Reha Poroy, & Ünal Tekinalp, & Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, 12. baskı, İstanbul, 2010, s. 271.

⁴⁵ Pulaşlı, s. 611.

⁴⁶ “Anonim şirket ortaklarına yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası yöneltilme hakkı bahsedilmediğini de ifade etmek gerekir” (Hediye Bahar Sayın, Pay Sahiplerinin Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 155 vd).

- TTK m. 192/2'de "birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararına olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş bulunan katılımcı şirket ortaklarının, kararın TTSG'de ilanından itibaren iki ay içinde iptal davası açabilecekleri" hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, TTK birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabileceği açıkça öngörülmüştür.
 - ◇ Ancak mezkûr maddenin lafzına bakıldığında açıkça görülebileceği gibi, sadece yapısal değişikliğe ilişkin kararlar iptal davasına konu edilebilir. Yani yapısal değişikliğin yapılması için gerekli olan birleşme raporu bölünme raporu ile tür değiştirme planı gibi hukuki işlemlerin tek başına iptali istenemez.⁴⁷
 - ◇ Birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararları TTK m. 1524/I'e göre şirketlerin internet sitelerinde ilan edilmesi gerekir. Aksi takdirde söz konusu kararlar iptale tabi olacak ve yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorunluluğu doğacaktır (TTK m. 1524/II).⁴⁸
- TTK kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim şirketlerde sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımına gidilmesi durumunda, yönetim kurulu kararları aleyhine, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, TTK m. 445 öngörülen sebeplerin varlığı hâlinde kararın ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açabilirler (TTK m. 460/V). Kanun Koyucu yönetim kurulu kararlarının iptalini genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen 445. maddeye atıf yaparak kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini düzenlenmiştir.⁴⁹

Görüldüğü gibi istisnai nitelikli de olsa yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin iki düzenleme mevcuttur. Kısaca, yönetim kurulu kararlarını düzenleyen hükümlerde iptal müessesesinin öngörülmemiş olması nedeniyle öğretide genel olarak yönetim kurulu kararlarının iptalinin istenemeyeceği görüşü egemendir. Aslında Yargıtay

⁴⁷ Şafak Narbay, & Buğra Kesici, Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine "Karşılaştırmalı Bir İnceleme" Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu, s. 114.

⁴⁸ Kendigelen, s. 596.

⁴⁹ Ayhan Rıza, & Çağlar Hayrettin, & Özdamar, Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 333-334.

da aynı görüşü savunmaktadır. Yargıtay kararlarında genel olarak yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmayacağını kabul etmektedir.⁵⁰ Buna karşılık, “*pay sahiplerinin kişisel haklarını ihlal eden yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabileceği*” doğrultusunda kararları da mevcuttur.⁵¹

Yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin düzenlemelere, 6362 Sayılı SPK m. 18/VI hükmü ile Eski SPK m. 12/VI’deki düzenlemeye benzer biçimde, kayıtlı sermaye sistemini seçen halka açık anonim ortaklıklarda “*Yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, 6102 sayılı Kanun’un genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri veya hakları ihlal edilen pay sahipleri, kararın ilanından itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler*” hükmü getirilmiştir. Ayrıca kar payı avansının dağıtılmasına ilişkin yönetim kurulu kararlarının ilanından itibaren otuz gün içinde, 18’inci maddenin altıncı fıkrasına göre iptal davası açılabileceği düzenlenmiştir.

TTK m. 460/V hükmünde iptal davası açma süresi bir ay iken SPK m.18/VI hükümlerine karşı iptal davası açma sürelerinin otuz gündür.

SONUÇ

Bir hukuki işlemin geçersiz veya yok hükmünde olması, işlemin ve doğurduğu sonuçların baştan itibaren geçersiz olması sonucuna yol açacaktır. İptal ise, hukuki işlemin, mahkeme ilamının kesinleşmesi anına kadar geçerliliğini koruması ve kararın kesinleşme anından itibaren geçmişe etkili olacağı anlamına gelmektedir.

Makalemizde, 6102 sayılı TTK çerçevesinde yönetim kurulu kararlarının hükümsüzlüğü konusundaki son gelişmeleri ele almaya çalıştık. Hükümsüzlük hallerinden yokluk ve kesin geçersizlik yaptırımla-

⁵⁰ Yargıtay 11. HD, E. 1988/3414, K. 1989/2605, T. 26.01.1989. Bkz: <http://www.kazanci.com>

⁵¹ Yargıtay. 11. HD, E.1379/K.1295, T. 05.04.1993. “Kural olarak YK kararları aleyhine iptal davası açılmaz. Ancak, pay sahiplerinin haklarını doğrudan doğruya ilgilendiren kararların iptali davası açılabilir”. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin başka bir kararına göre: “...dava konusu olayda yapılan işlem davacının şahsi hukukunu ilgilendirdiğinden, bu tür Yönetim Kurulu kararının iptalini mahkemeden isteyebilir”. Yargıtay 11. HD, E. 1998-8236, K. 1999-201, T. 28.01.1999 sayılı karar. Bkz: <http://www.kazanci.com>

rına ilişkin olarak öğretide genel olarak bir görüş birliği olduğu, TTK m. 391 hükmü ile kesin geçersizlik hallerinin örnekleme yoluyla daha ayrıntılı biçimde düzenlendiği sonucuna ulaŐılmıŐtır. TartıŐmanın ana konusu yönetim kurulu kararlarının iptali meselesi oluŐurmaktadır.

6102 sayılı TTK'da genel kurul kararlarının butlanı ve iptali düzenlenmekle birlikte, yokluk konusunda özel bir hüküm bulunmadığından yokluk yaptırımına ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Ticaret Kanunu yönetim kurulu kararlarının butlanını geniş bir Şekilde düzenlemiŐ ve yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunun tespitinin mahkemeden istenebileceği ve geçersizliğinin hüküm ve sonuçlarının genel hükümlere göre saptanacağını belirtmiştir. Yönetim kurulu kararlarının butlanla sakat olduğunun tespit edilmesi halinde ise yönetim kurulu kararının alındığı tarihten itibaren geçersiz sayılacağını ve bu karara dayanılarak yapılan işlem ve uygulamaların da kural olarak geriye etkili olarak geçersiz olması sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir.

TTK m. 192/II ve m. 460/V hükümleri ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 16 ve 6362 sayılı SPK m. 18/VI hükümlerine karşı doğrudan doğruya pay sahiplerinin haklarının ihlali durumunda iptal davası açılabileceği durumlar istisna tutulursa yönetim kurulu kararlarının iptalinin istenemeyeceği görüşü doktrine egemendir.

Kaynakça

Kitaplar

- Aknal Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, 2. bası, Beta, İstanbul, 1995.
- Ayan Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bası, Mimoza Basım, Konya, 2012.
- Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 7. bası, Beta, İstanbul, 2012.
- BaŐınar Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998.
- Bilgili Fatih, &, Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku, 2. bası, 2012.
- Burcu Kalkan, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004.
- eker Mustafa, 6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticaret Hukuku, Adana, 2011.
- Çevik, Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku, 3. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. baskı, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989.
- Kalkan Burcu, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004.
- Kendigelen Abuzer, Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul: XII Levha, 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel hükümler, Genişletilmiş 16. bası, Ankara, 2012.
- Korkut, Ömer, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, 1. bası, Adana: Karahan Kitapevi, 2012.
- Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 5. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Moroğlu, Erdoğan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6. baskı, İstanbul, 2012.
- Oğuzman M. Kemal, & Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2017.
- Özkorkut, Korkut, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın no:41, Ankara, 1996.
- Poroy Reha, & Tekinalp Ünal, & Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, 12.Baskı, İstanbul, 2010.
- Pulaşlı Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Rıza Ayhan, & Hayrettin Çağlar, & Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Saka Zafer, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Sayın Hediye Bahar, Pay Sahiplerinin Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Tekinalp Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Makaleler

- Dedeğaç Ender, & Sapan Oğuzhan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Başkanlığı, 2013.
- Koç Nevzat, "Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C2/S2 (1981).
- Narbay Şafak, & Kesici Buğra, Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine "Karşılaştırmalı Bir İnceleme" Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu.
- Pulaşlı Hasan, "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi", *GÜHFD*, C. 17. S. 1-2. 2013.

Üçışık, H. Güzin: "Türk Hukuku'nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Sakatlığı Konusunda Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, C.3,S.5, 2011.

Mahkeme Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/11-1048, K. 2014/430, T. 2.4.2014.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/1-1281, K. 2018/35,T. 17.1.2018

Yargıtay 11. HD E. 1988/3414, K. 1989/2605, T. 26.01.1989.

Yargıtay 11. HD E. 1997/8425, K. 1998/980, T. 19.02.1998.

Yargıtay 11. HD E. 1998-8236, K. 1999-201, T. 28.01.1999.

Yargıtay 11. HD E. 2013/12418, K. 2013/161481, T. 9.9.2013.

Yargıtay 11. HD E. 2015/15026, K. 2017/2343, T. 24.4.2017.

Yargıtay 11. HD E. 2015/3129, K. 2016/804, T. 26.1.2016.

Yargıtay 11. HD E. 2016/6239, K. 2016/9154, T. 28.11.2016.

Yargıtay 11. HD E. 2017/495, K. 2019/56, T. 07.01.2019.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE BAŞKANLIĞIN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

REGULATORY PROCEDURES OF THE PRESIDENCY OF THE UNITED STATES

Merve ÜNAL AÇIKGÖZ*
Hasan Tahsin FENDOĞLU**
Abdul Samet GÜLLER***

Özet: ABD'nin siyasal yapısı sadece Başkanlık sistemi üzerine kurulu değildir. Sistemin dört önemli ayağının olduğu belirtilebilir; bunlar başkanlık, kongre, yargı ve federalizmdir. ABD Başkanlık sistemi diğer demokrasiler için de önemli olan iki sütun üzerinde durur, güçler ayrılığı ile kontrol ve denge. ABD Başkanlık sistemi 17 inci ve 18 inci yüzyıllarda ortaya çıkan ve uygulama alanı bulan kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanmaktadır. ABD'de milletvekili seçim sistemi dar bölge iki turlu seçim sistemidir; bir oy fazla alan parti, o bölgeden milletvekili çıkarır.

Anayasa'da açıkça yer almasa da, ABD Başkanlarının yasama fonksiyonu niteliğinde, genel ve kişilik dışı, tek taraflı düzenleme yapma yetkileri vardır. ABD'de 3 çeşit Başkanlık kararnamesi vardır. *Birincisi*, doğrudan Anayasa esas alınarak çıkarılır ki bunlar genellikle dış ilişkiler, milli savunma gibi konular için yapılır. İkincisi, Kongre Başkana kanunla düzenleme yetkisi verebilir. Üçüncüsü, kanuna dayanılarak yapılan düzenleyici idari işlemlerdir (yönetmelik, genelge gibi). ABD Başkanlarının tek taraflı olarak çıkarttıkları düzenlemeler, hepsi olmasa da genellikle, kanun gücünde olan kararnamelerdir. Bu itibarla Başkanlık kararnameleri yasama işlevi niteliğindedir; yani yürütmenin dolaylı yasama işlevidir. Belirtildiği gibi Başkanlık kararnamelerinin hepsi kanun gücünde değildir; şayet Başkanlık kararnamesi, Anayasa ve kanundan kaynaklanıyorsa kanun gücündedir ve Resmi Gazete ile yayımı şarttır. Executive orders dışındakilerin yayımı Başkanın rızası ile olur.

* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, merveunal4334@hotmail.com, ORCID: 0000.0002.3576.7573

** Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, fendoglu.hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1211-6989

*** Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuk Anabilim Dalı, abdulamet.guller@gmail.com, ORCID: 0000.0003.0744.3528, Makalenin Gönderim Tarihi: 17. 05. 2020, Kabul Tarihi: 17.05.2020

Anahtar Kelimeler: ABD, Başkan, Kongre, Güçler Ayrılığı, Federal Yüksek Mahkeme (FYM şeklinde kısaltılacaktır).

Abstract: The political structure of the USA is not only based on the Presidential system. The system has four important pillars, which are presidency, congress, judiciary and federalism. The US Presidential system emphasizes two pillars that are important to other democracies, the separation of powers and control and balance. The US Presidential system is based on the principle of separation of powers that emerged in the 17th and 18th centuries and found application. In the USA, the parliamentary election system is a narrow-zone two-round election system; The party, which gets only one more vote than the other, has the deputy from that region.

Even though it is not explicitly included in the Constitution, the Presidents of the USA have the power to make unilateral, general and non-personal arrangements, as a legislative function. There are three types of Presidential decree in the USA. First, it is drawn directly on the basis of the constitution, which is usually done for issues such as foreign affairs and national defense. Second, Congress can authorize the President to regulate by law. The third is regulatory administrative procedures (such as regulations, circulars) that are based on the law. The regulations unilaterally issued by the US presidents are, if not all, decrees that generally have the force of law. As such, Presidential decrees have legislative functions; that is, the executive's indirect legislative function. As noted, not all Presidential decrees have the force of law. If a Presidential decree stems from the Constitution and the law, it is lawful and must be published in the Official Gazette. The publication of those other than executive orders will be with the consent of the President.

Keywords: USA, President, Congre, Separation of Powers, Supreme Court

GİRİŞ

Bu çalışmada 2017 Anayasa değişikliği ile kabul edilen ve 9 Temmuz 2018 tarihinde tamamıyla yürürlüğe giren yeni sistemin ve yürütmenin düzenleyici işlemlerinin menşei olabildiği tartışılan ABD modeli üzerinde durulacaktır. Burada ABD modelinin sadece Başkanlık kararnameleleri konumuz kapsamında olacaktır.

Aslında Türkiye’de sistem tartışmaları epey bir zamandır devam etmiş olup, bu anlamda, yürütmenin daha hızlı ve etkin karar alabilmesi konusunda, tüm anayasalarımızda ve uygulamada gereken değişimler yaşanmıştır; 1876 Anayasası döneminde kabul edilen Kanunu Muvakkat; 1921 Anayasası döneminde Anayasa’da olmadığı halde

çıkarılan tüzükler,¹ 144 sayılı Başkumandanlık Kanunu ile Atatürk'e belli süre için verilen kanun gücünde işlem yapma yetkisi, 249 sayılı İstiklal Mahakimi Kanunu ile Bakanlar Kurulu'na verilen İstiklal Mahkemesi kurma yetkisi gibi.

1924, 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde bazen hukuken bazen de fiilen yasama organından yürütme organına yetki devri yaşanmıştır. 1924 Anayasası döneminde, yönetmelik kavramının Anayasa'da olmadığı halde kabulü, yasama yetkisinin kanunlarla yürütmeye yaptığı yetki devri, Bakanlar Kurulunun kimi zaman özerk düzenleme yetkisi kullanması, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu'na göre Türk Lirası konusunda Bakanlar Kurulu'nun yetkili kılınması² anımsanmalıdır. 1971 senesinde yapılan Anayasa değişikliği ile kanun hükmünde kararname kavramının, 1982 Anayasası döneminde olağanüstü hal kanun hükmünde kararname kavramının ve nihayet olağan ve olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin (CBK) kabulü ile yürütme güçlendirilmiştir. Yürütmenin güçlendirilmesinin nedenleri arasında, Ülkenin bulunduğu konum itibariyle sürekli terörle mücadele etmek zorunda kalması, yapısal ve konjonktürel sorunların çözülememesi, sorun çözmek için gereken kanun yapımının yavaş işlemesi, TBMM'nin halkın isteklerine acilen cevap verememesi ve ülkedeki bunalımı çözememesi yer almaktadır. Buna mukabil yasama karşısında yürütme organının yeterli usul ve teknikle donanmışlığı, bütçesinin ve yeterli uzmanın bulunması gibi avantajları bulunmaktadır.

ABD Başkanlarının çıkarmış olduğu executive order, Başkanlık kararnamesi olarak tercüme edilebilir ki bu, ABD Anayasasında açıkça yer almadığı halde anayasal gelenek olarak vardır. ABD Anayasasının ikinci maddesi yürütme organının yetkilerini anlatırken, Başkana, Başkomutanlık, Devlet başkanlığı, kanunları yürürlüğe koymak ve yürütmenin başı olmak yetkilerini vermiştir. ABD'de Kongre, FYM gibi, siyasi partilerin gücü ve kutuplaşma gibi nedenlerle Başkanlık kararnamelerine, genel olarak, müdahale etmemektedir. ABD'de Başkan, Kongre'nin onayına ve yürürlüğe koymasına ihtiyacı olmadan, kanun gücünde kararname çıkarabilmektedir.

¹ Tüzük kavramı, 1876, 1924, 1961 ve 1982 anayasaları tarafından kabul edilmiş, 16 Nisan 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile Anayasadan çıkarılmıştır.

² Resmi Gazete, tarih: 25.2.1930, sayı: 1433.

ABD’de Kongre’nin iptal ettiği Başkanlık kararnamelerinin oranı % 3.8 civarındadır. ABD’de FYM de Kongre gibi, başkanlık kararnamelerini “siyasi sorun” olarak karşılamakta, nadiren müdahale etmektedir. Aynı durumun ABD gibi Türkiye için de yaşanabileceğini ve Anayasa metni yanında siyasal etkinin de olabileceğini söylemek mümkündür.

ABD’de Başkanlar göreve gelir gelmez, Anayasaya, kanuna veya Kongre’nin rızasına dayanarak, politikalarını gerçekleştirmek için genel olarak Başkanlık kararnamesi çıkarırlar. Başkanlık kararnamelerinin konusu çok geniştir. ABD’de temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmak, silahlı kuvvetleri birleştirmek, ırk ayrımını önlemek, kiralama ve sözleşmelerde ırk ayrımını kaldırmak, yabancı liderleri korumak, olağanüstü hal ilan etmek ve bu konuda gereken tedbirleri almak, terörle mücadelenin tedbirlerini oluşturmak, savaşta ABD’nin tarafsız olduğunu açıklamak, kürtaj konusunu belirlemek, köleleri özgürlüğe kavuşturmak, Müslüman 7 ülkenin vatandaşına vize koymak, kamu kurumları ihdas etmek, gizli askeri mahkeme oluşturmak, konut yapmak, belediyelerden düzenleme yapmalarını istemek, danışma komiteleri kurmak, telefon ve telgrafa sansür oluşturmak gibi alanlarda Başkanlık kararnamesi çıkarılmıştır.

A. ABD SİSTEMİ:

ABD’nin siyasal yapısı dört önemli ayak üzerine durmaktadır, bunlar başkanlık, kongre, yargı ve federalizmdir. ABD Başkanlık sistemi iki sütun üzerinde durmaktadır, güçler ayrılığı (*separation of powers*) ile kontrol ve denge (*check and balance*). Başkanlıkta yürütme tek kişiden ibarettir ki o da Başkandır. Başkanlık sistemi, yasama ve yürütmenin biri diğerinin hukuki varlığına son veremediği, her iki organın da belli süreler için halk tarafından seçildiği bir hükümet modelidir. Başkanlık sisteminin ABD’de mucidi “Kurucu Babalar” (*Founding Fathers*) olan John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay, Thomas Jefferson, James Madison ve George Washington’dır. Bu liderler Amerika Bağımsızlık Savaşını yürütmüşler, Bağımsızlık Bildirisine imza atmışlar, ABD Anayasası’nı 1787’de yapmış, 1789 da yürürlüğe koymuş ve ABD’yi kurmuşlardır. Kurucu Babaların katkısı ile Kurucu Meclis tarafından yapılan Anayasanın onaylanması kolay olmamıştır.³

³ Norman Redlich/John Attanasio/Joel K. Goldstein, Understanding Constituti-

ABD Anayasası, çerçeve anayasası mahiyetinde olup, üç önemli konuyu düzenlememiştir; beraberliğin nasıl bir beraberlik olduğu, siyasi partilerin mahiyeti ve FYM dışında yargı.⁴

Başkanlık sistemi, *insan aklından* doğmuş bir sistem olarak kabul edilmiş olup, "*westminster modeli*" demokrasinin XVIII inci yüzyıl sonundaki koşullarına tepki olarak verilen bağımsızlık savaşı sonucunda üretilmiştir. Sistem, Başkan ve Kongrenin ayrı ayrı seçildiği, meclisin çift olduğu, Başkanın ikinci seçmenlerce (*electoral college*) seçildiği, federal yapılı bir devlet modelidir.⁵ Sistem yasama-yürütme-yargı uzlaşınca işlemekte, aksi halde sorun çıkabilmektedir.

ABD sistemi 17'inci ve 18'inci yüzyıllarda ortaya çıkan ve uygulama alanı bulan kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanmakta olup,⁶ yasama ve yürütme organlarının görev süreleri sabittir, bu nedenle ABD sisteminde *erken seçim* kavramı yoktur.⁷ ABD'de milletvekili seçim sistemi dar bölge iki turlu seçim sistemidir; bir oy fazla alan parti, o bölgeden milletvekili çıkarır.⁸ İstikrar getiren bu unsur, impeachment⁹ (suçlama) dışında, halkın beğenmediği bir yürütme için halkta hayal kırıklığı oluşturabilir. Sistemin bir başka özelliği, yürütmenin tek kişiden oluşmasıdır. Başbakan ve Cumhurbaşkanı makamları tek kişide toplanır. Başkan, bakanları istediği zaman tayin eder ve görevden alabilir; bakanlar sadece Başkana karşı sorumludur. ABD'de temel hak ve

onal Law, New York, 2004, s. 2. ABD 1787 Anayasasını yapan Kurucu Meclise Philadelphia Konvansiyonu denir. ABD Anayasasının onaylanma süreci için bkz. Redlich/Attanasi/Goldstein, s. 2-3. Anayasa konvansiyonuna 55 delege katılmış, bunların sadece 39 tanesi bugünkü Anayasa metnini kabul etmiştir.

⁴ Devlet Personel Başkanlığı, ABD Kamu Yönetimi, s. 20. ABD'de yargı şeması ve ayrılığı için bkz. a.g.e., s. 30-31.

⁵ Morlan, s. 155.

⁶ Kuvvetler ayrılığı, yasama-yürütme-yargının anayasal çerçevede net olarak tanımlanması ve ayrışmasıdır; Pınar Akçalı, "Genel Özellikleri, Yararları ve Sakıncaları Işığında Başkanlık Sistemleri", *Yeni Türkiye Dergisi*, Yıl 9, Sayı 51, 2013, s. 406.

⁷ İngiltere, erken seçimi seven ülkelerden biridir. "İngiltere'de şimdiye kadar parlamentoların hemen hepsi vaktinden önce feshedilmiş ve pek nadir olarak bazıları miadını doldurabilmiştir". İngiliz hükümeti, kamuoyu anketlerine bakıp da kendisini güçlü görünce erken seçime gidebilmiştir; Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, 1960, s. 393 ve aynı sayfa dn 1.

⁸ Devlet Personel Başkanlığı: ABD Kamu Yönetimi, s. 20; ABD'de partilerin teşkilatı yoktur; seçim öncesi toplanırlar, seçimden sonra faaliyetleri yoktur. s. 20.

⁹ Impeachment için bkz. Chemerinsky, s. 356, 392-397. Latince "impetere" itham etmek, suçlamak demektir.

özgürlükler güvence altına alınmıştır; ABD Anayasası'nın 5'inci değişikliğine göre kimse, yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarından kanun dışında mahrum bırakılamaz.¹⁰

Başkanlık sisteminin uygulandığı ABD'de Başkanın cezai sorumluluğu (*impeachment*) için, Temsilciler Meclisinin suçlandırması ve Senato'nun yargılayıp 2/3 çoğunluk ile mahkûm etmesi gerekir. Kongre ABD Başkanını, Başkan Vekilini (*vice president*), kabine üyelerini, federal hâkimleri ve benzeri görevde olanları vatana ihanet, rüşvet gibi ağır suçlarla suçlayabilir. Bu tür suçlamaya her iki meclis de katılmaktadır.¹¹ Şayet Temsilciler Meclisi oy çokluğu ile ilgili hakkında olumsuz yönde karar verirse, ilgilisi yargılanmaktadır. Suçlamaların ciddi olması şart olup, yargılama, FYM'nin (*Supreme Court*) Başkanı vasıtasıyla Senato'da yapılmaktadır. Senato, yargılama sonucunda ancak 2/3 çoğunlukla mahkûmiyet kararı verilebilir.¹²

ABD siyasi hayatında, 1948-2000 yıllarının sadece 1/3'ünde Başkan ve Kongre aynı siyasi çizgiden olabilmıştır.¹³

İlk ABD Başkanı George Washington, 30 Nisan 1789'da görevine başlamış, ilk Başkanlık kararnamesini de 22.04.1793 tarihinde çıkarmıştır.¹⁴

B. BAŞKANLIK KARARNAMESİ

Anayasa'da açıkça yer almasa da, ABD Başkanlarının yasama fonksiyonu niteliğinde, genel ve kişilik dışı, tek taraflı düzenleme yap-

¹⁰ Gary Lawson, "Due Process Clause", *The Heritage Guide to the Constitution*, s. 337-341. Bu ilke aynı zamanda Magna Carta ilkesidir. Due Process (uygun hukuki usul), FYM tarafından da çok kullanılan muğlak bir tabii hukuk anlamına gelmektedir. Bunun kaynağı 1215 Magna Carta olup, sanıklar için bazı güvenceler demektir. Mahkeme bu ilke ile yürütmeyi sınırlamaktadır. Hâkimler bu kavramı tanımlamaktan çekinmişlerdir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin, büyük çapta bu ilkenin etkisinde bulunduğu belirtilebilir.

¹¹ Temsilciler Meclisi (House of Representatives) ve Senato (Senate).

¹² Michael J. Gerhardt, "Trial of Impeachment", ve Stephen B. Presser, *Standards for Impeachment*, (Art. II, Sect. 4), *The Heritage Guide to the Constitution*, s. 68-69 ve 225. Bu konudaki önemli bir dava olarak bkz. *Nixon v. US*, 506 U. S. 224 (1993).

¹³ ABD'de birleşik hükümet dönemlerinde daha çok kararname çıkarılmıştır; Neil, Benjamin A., "Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation", *Journal of Criminal Justice Research*, s. 3.

¹⁴ Contrubis, s. 3 ve 23.

ma yetkileri vardır.¹⁵ ABD’de 3 çeşit Başkanlık kararnamesi vardır. *Birincisi*, doğrudan anayasa esas alınarak çıkarılır ki bunlar genellikle dış ilişkiler, milli savunma gibi konular için yapılır. İkincisi, Kongre Başkanına, çıkaracağı bir kanunla düzenleme yetkisi verebilir. Üçüncüsü, kanuna dayanılarak yapılan düzenleyici idari işlemlerdir (yönetmelik, genelge gibi).

ABD’de Başkanlık kararnamesi, Kongre onayına sunulmaz ama Başkan, destek için Kongre turları yapabilir. ABD Başkanının yasa- ma üzerindeki bazı yetkileri nedeniyle Başkan, genellikle “yasamanın başı” olarak da nitelendirilebilir. ABD’de Başkanın af yetkisi (*pardon power*), Türkiye gibi olmayıp,¹⁶ çok geniş ve geneldir.¹⁷ ABD Başkanı, impeachment hariç, bunun dışındaki tüm suçları affedebilir.

ABD’de tüm Başkanlar, yürütme yetkisini kullanırken özellikle düzenleyici işlem yaparken Anayasa’nın 2. maddesinin (*article*) 2. bölümünün (*section*) birinci cümlesindeki (*clause*) “yürütme gücü”nü referans olarak göstermişler¹⁸ ve federal hükümetin başı olarak anayasal yetkilerini kullanmışlardır.¹⁹

ABD Başkanlarının çıkardıkları Başkanlık kararnamelerinin sayısı Başkana göre değişebilmektedir.²⁰ Bugüne kadar sadece Başkan William Henry Harrison 31 gün görev yapmış ve kararname yayımlamamıştır.²¹ Başkan Wilson 1803, II. Dünya Savaşı’nda ABD’de yaşayan 100 bin kadar Japon’u konsantrasyon kamplarına alan ve mallarına el koyan²² Başkan Roosevelt 3.728,²³ Başkan Reagan 381, Başkan Baba Bush 166, Başkan Clinton 364,²⁴ Başkan Oğul Bush 291, Başkan Oba-

¹⁵ Chu/Garvey, s. 1.

¹⁶ Bkz. 1982/104-16.

¹⁷ Başkanın af yetkisi için bkz. ABD Anayasası, Art.II, Sec.2, Cl.I; Neil, s. 6; US v. Klein (60 US 128).

¹⁸ Bu konudaki FYM kararı için bkz. Mississippi v. Johnson, 71 US 475 (1866).

¹⁹ Neil, s. 1.

²⁰ ABD Başkanlarının 1789-1995 yılları arasındaki Başkanlık kararnameleri için bkz. Contrubis, s. 24. ABD Başkanlarının görev yılları ve çıkardıkları kararname listesi için bkz. Neil, s. 8-9.

²¹ Çolak, s. 62.

²² Başkanlık Kararnamesi, 19.02. 1942; Neil, s. 4. Bu, büyük bir haksızlıktır; Chu-Garvey, s. 3. FYM kararı için bkz. Korematsu v. USA, 323 US 214 (1944).

²³ Büyük Ekonomik Buhran Dönemi (The Great Economic Depression Term) nedeniyle.

²⁴ Covington’a göre Clinton, 1994’de çoğunluğu kaybedince, bölünmüş hükümet vuku buldu ve ABD’yi Başkanlık kararnamesi ile yönetti; bunun yanında memo-

ma 276,²⁵ Başkan Trump 20 Ocak 2017 ile 20 Eylül 2017 ye kadar dokuz ayda 86 adet kararname yayımlamıştır.²⁶ Başkan Wilson I. Dünya Savaşı'nda 1800 kararname, Başkan Roosevelt ise II. Dünya Savaşında Başkan Wilson'dan daha çok kararname çıkarmıştır. Görüldüğü gibi ABD'de savaş ve ekonomik kriz durumlarında kararname sayısı artmaktadır. 1980-2010 arasında yıllık ortalama 40 ile 70 arasında Başkanlık kararnamesi yayımlanmıştır.

Belirtildiği gibi, *Başkanın elindeki yetkilerin bir kısmı ona Kongre tarafından verilmiştir.*²⁷

C. BAŞKANLIK KARARNAMESİ VE KANUN

ABD Başkanlarının çıkarmış olduğu executive order, Türkçeye, Başkanlık kararnamesi, yürütme emri veya Başkanlık emirnamesi olarak tercüme edilebilir.²⁸ ABD Anayasasında açıkça yer almadığı halde bu yetki anayasal gelenek olarak vardır.²⁹ ABD Anayasası'nın ikinci maddesi yürütme organının yetkilerini anlatırken, Başkana, Başkomutanlık, Devlet başkanlığı, kanunları yürürlüğe koymak ve yürütmenin başı olmak yetkilerini vermiştir.³⁰

ABD başkanlarının tek taraflı olarak çıkarttıkları düzenlemeler, hepsi olmasa da genellikle, kanun gücünde olan kararnamelerdir. Bu itibarla bu Başkanlık kararnameleri *yasama işlevi* niteliğindedir; yani yürütmenin *dolaylı yasama işlevi*dir. Ancak *Başkanlık kararnamelerinin*

randayı da (genelge) çok kullandı; sadece bir başkanlık kararnamesi FYM tarafından iptal edildi: Chamber of Commerce v. Reich (1995); Covington, s. 3. Bölünmüş hükümette, hükümetin kapanması ve kutuplaşmada Başkanlar daha çok yetki kullanıyorlar; Covington, s. 8.

²⁵ Başkan Obama, teröre karşı (war on terrorism) anti-terör hukuku ve strateji kararnamesini (Counterterrorism Law and Strategy) çıkardı. Obama dönemi, Guantanamo, Küba, CIA'in secret prison camps and torture konuları ile geçti; Neil, s. 7-8. Obama, Bush'un yaptığı hataları sürdürdü ama şeffaflığı getirdi, Guantanamo'yu kapattı ve yapmayacağını söylediği halde 18 adet Signing Statement (yazılı beyanname) imzaladı; Covington, s. 4.

²⁶ Trump'ın kararnamelerinin tarihi-sayısı-içeriği için şu tabloya bkz. Donald John Trump, "Executive Orders". ABD Başkanlarının görev yılları ve çıkardıkları kararname listesi için ayrıca bkz. Neil, s. 8-9.

²⁷ Neil, s. 8.

²⁸ Biz, burada, daha fazla kullanıldığı için "Başkanlık kararnamesi" kavramını tercih edeceğiz.

²⁹ Chu-Garvey, s. 1.

³⁰ Neil, s. 1.

hepsi kanun gücünde değildir. Şayet Başkanlık kararnamesi, Anayasa ve kanundan kaynaklanıyorsa kanun gücündedir ve Resmi Gazete ile yayımı şarttır. ABD’de yürütmenin düzenleyici işlemlerinden olan executive orders dışındakilerin Resmi Gazete ile yayımı Başkanın rızası ile olur.³¹

ABD Anayasası’nda Başkanın, sadece, kanunların düzgün işlemlerinden sorumlu olduğu belirtilir ama buna rağmen bütün Başkanlar emirnameler veya kararnameler yayımlamışlardır.

ABD Anayasası, Başkan ile Kongre arasında hem işbirliği ve hem de zıtlık istemektedir. Başkanın yasaması denilen Başkanlık kararnameleri de bu amaca hizmet etmektedir. Başkan, Kongre’den bağımsız olarak ama anayasal ilkelere bağlı kaldığında hem yasama organı ve hem de yürütme organı rahat etmektedir.³²

Başkanlık kararnamesi, ABD kurulduğundan beri mevcut olup, 1789’dan bugüne on üç binden fazla Başkanlık kararnamesi çıkarılmıştır.³³ Kararnameler, bireyleri doğrudan veya dolaylı olarak etkiler.³⁴

Başkanlık kararnamelerinin bir kısmı *siyasi sorun* (political question) olduğu için FYM’ye gitmez, çünkü FYM bunları, *hukuki sorun* olmadığı için reddetmektedir.

Başkanların Kongreyi kanun yapmaya zorlamak için kararname yayımladıkları da görülmüştür.³⁵ Muhalefet, Başkanın çıkardığı düzenleyici idari işlemlere karşı itiraz ettiği zaman Başkanlar, genellikle, “kanun çıkarın” şeklinde cevap vermişlerdir.³⁶

1907 öncesine kadar Başkanlık kararnameleri numaralandırılmamış, bu tarihte (1907) numaralama sistemi ihtiyari (seçimlik) olarak başlamış;³⁷ 1935 senesinde yayımlanan *Federal Register Act (1935)* sonrasında sayı verilmesi zorunlu hale getirilmiştir.

ABD’de Başkanların, kendilerinden önceki bir Başkanın kararnamesine uyacağı konusunda bir kabul yoktur. Reagan, 12291 nolu

³¹ Chu-Garvey, s. 1.

³² Fleishman/Aufses, s. 45.

³³ Neil, s. 3; Başkan Lincoln’dan önceyi de nazara alırsak toplam rakam 15.500’dür; Çolak, s. 59.

³⁴ Contrubis, s. 3, 23.

³⁵ Neil, s. 3.

³⁶ Çolak, s. 61.

³⁷ Neil, s. 2.

kararname ile Carter'ın kararnamesini, Clinton, 12866 nolu kararname ile Reagan'ın kararnamesini, Obama, 13497 nolu kararname ile Clinton'ın Başkanlık kararnamesini değiştirmiştir.³⁸ Başkan Ford, Başkan Nixon'u af ederken, Başkan Kennedy'nin af kararnamesine uymamıştır. Başkanlar, daha önce çıkarılmış bir benzeri var iken de kararname çıkarabilmiştir.³⁹

ABD' de Başkanlık kararnamesinin özerkliğine gelince; ABD Anayasası Başkana yetki vermişse, Başkanlık kararnamesi özerk sayılabilir çünkü Kongre ve FYM bu durumda yürütmenin düzenleyici işlemlerine müdahale etmemektedir. Anayasanın yasamadan söz eden birinci maddesi, "burada belirtilen" kavramını kullandığı halde, yürütmeden bahseden ikinci maddede böyle bir sınır koymamıştır. Bu nedenle bazı hukukçulara göre, yürütme yetkisi yasamadan daha geniştir çünkü Anayasanın 2'inci maddesi yürütmeye genel yetki vermektedir.

Şayet bir Başkanlık kararnamesi Anayasaya dayanıyor ise Kongre bu düzenlemeye müdahale etmemektedir. *Presidential Records Act* (1978)'e rağmen, Başkan Reagan'ın, bu kanuna aykırı olduğu iddia edilen 13.323 sayılı Başkanlık kararnamesi, Kongre veya FYM tarafından iptal edilmemiştir.⁴⁰

ABD Başkanının dış ilişkiler (*foreign affairs*), ulusal güvenlik (*national security*) ve terörle mücadele (*war against terror*)⁴¹ konularında özerk düzenleme alanı vardır.

İdarenin teşkilatlanması ve görevlerinde esas olarak ABD Kongresi yetkilidir. Kongre, bu konuda da uygun bulmadığı Başkanlık kararnamelerini iptal etmek güç ve imkânına sahiptir.⁴²

Olağanüstü hallerde ABD Başkanı, temel hak ve özgürlükleri askıya alabilir.

Ortalama bir ABD vatandaşı, *siyasi konulara* ilgisiz olduğu için, Başkanlık kararnameleri oldukça rahat bir ortamda çıkarılabilmektedir.

³⁸ Chu-Garvey, s. 7-8; Contrubis, s. 19. Başkan, Senato ile anlaşarak da kararnamesini değiştirebilir. Örneğin 10713 ve 11618 ve kararnameler antlaşma sonucunda iptal edilmiştir. Kararname süreli ise süresi sona erince ilga olur; Contrubis, s. 19.

³⁹ Neil, s. 3.

⁴⁰ ABD Başkanı, kendi dönemine ait belgeleri açıklamak zorunda değildir.

⁴¹ Neil, s. 3; Contrubis, s. 15.

⁴² Çolak, s. 61.

ABD’de Başkanın yetkileri konusunda geliştirilmiş *iki farklı görüş* vardır.

Başkanın yetkileri konusundaki birinci görüş, “şüphe duysan da onu yap” teorisidir. Bu görüş, ABD Başkanı T. Roosevelt’in geliştirdiği *Stewardship Theory (Hizmetkârlık veya Hizmet Teorisi)* dir. Buna göre, Anayasa ve kanunlar yasaklamamışsa Amerika’nın selameti için gereken her şey yapılabilir. T. Roosevelt’e göre, yürütme gücü sadece Anayasada açıkça belirtilen hallerde sınırlandırılmalıdır. Bu görüşe göre Başkan, kendisini, *bebek bezine sarılı gibi hissetmemeli, cesaret ve dürüstlikle halka hizmet etmelidir*. T. Roosevelt, olağanüstü dönemdeki yetkilerini olağan döneme de taşıyan kişidir. Bu teori, Başkanın doğrudan halkı etkileyerek halkı yanına alma teorisidir.

T. Roosevelt’ten sonra Başkan olan uzak kuzeni Franklin Delano Roosevelt⁴³ ile ABD’de *Modern Başkanlık Sistemi* doğmuş, Başkanların yetkileri istisna olmaktan çıkmış ve kural haline gelmiştir. ABD Kongresine liderlik yapan F.D. Roosevelt, II. Dünya Savaşını şekillendirmiş, II. Dünya Savaşında, *Kongre’nin aldığı tarafsızlık kararını yok sayarak müttefiklerine destek önermiştir*.

Başkan Woodrow’ un teorisi de Roosevelt’i takip etmiştir. Başkan Woodrow’ a göre, *“Anayasa ve kanunlar, Başkana danışmanlık yapar”, “şüphe duysan da onu yap”*. O’na göre ABD Başkanı geniş yetkilerle donatılmıştır.

Başkan Wilson ve Başkan Roosevelt geniş Başkanlık yetkilerini kullanmışlar; Başkan Roosevelt, birinci yılında 654 kararname yayımlamış, örneğin yeni finans programı için tüm bankaları 4 gün kapatmıştır.⁴⁴

Başkanın yetkileri konusundaki ikinci görüş, birinci görüşün aksine, “şüphe duyarsan yapma” görüşüdür. Önceleri FYM hâkimliği yapıp daha sonra ABD Başkanı olan *Howard Taft* tarafından geliştirilmiş olan bu görüşe, lafzi teori de denilebilir. Bu teoriye göre Başkan’ın yetkisi çok dardır. Başkan, Anayasa veya kanunlar açıkça yetki vermişse ancak bu durumda yetkilidir. Birinci teoriyi “*evrensel ilah*” diyerek eleştiren Başkan Taft, “lafzi yorum teorisi” ni geliştirmiştir. Başkan

⁴³ 1933’de Başkan oldu.

⁴⁴ Contrubis, s. 4.

Taft, “en az hükümet eden en iyi hükümettir” şeklindeki *negatif hükümet modelini* savunmuş, teorisini, “şüphe duyarsan yapma” şeklinde özetlemiştir. Başkan Taft tarafından geliştirilen bu teoriye *literalist theory, constitutional teori veya whig theory* de denilmektedir.⁴⁵

D. BAŞKANLIK KARARNAMELERİ VE FYM:

ABD’de Başkanlık kararnamesini kurumsallaştıran FYM’dir. ABD Anayasasında Başkanlık kararnamesi, açıkça yazılmamakta ama Anayasanın 2’nci maddesindeki yetkilerden bu yetkinin var olduğu hükümü çıkarılmaktadır. Yorum yoluyla çıkarıldığı için kapsam ve alanı, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 104 üncü maddesinin 17’nci fıkrasında yazılı CBK kadar net değildir.

FYM, ABD Anayasasında hüküm olmadığı halde Başkanlık kararnamelerini, genel olarak kabul etmektedir. Anayasa ve Kongre’nin tanımını yapmadığı ama bunlardan kaynaklanan ABD Başkanlık kararnameleri kanunları etkileyen önemli bir güçtür.⁴⁶

ABD’de Başkan bir kanunu onaylarken kamuoyunu etkilemek için açıklama yapabilir (*signing statement, yazılı beyanname*). Bu da Başkan için, kamuoyunu etkilemekte iyi bir araç sayılabilir.⁴⁷

ABD’de Başkanlık kararnamelerini 1962’den beri *Director of the Office of Management and Budget* (Bütçe ve Yönetim Ofisi Direktörlüğü) hazırlar; daha önce Adalet Bakanlığı veya Başsavcılık hazırlıyordu.⁴⁸

ABD’de Başkanlık Kararnamelerinin yargısal denetimi konusunda anayasal çerçeveyi *Youngstown Sheet and Tube Co. V. Sawyer Davası* (1952) kararı çizmektedir.⁴⁹ Bu FYM kararına göre Başkan, ya Anayasadan aldığı bir yetkiyi kullanabilir veya Kongre, Başkana bir kanunla düzenleme yetkisi verebilir. Bu kararda FYM, Başkan Truman’ın 1952 yılında çelik fabrikalarına el koyması nedeni ile açılan davada “yetki

⁴⁵ Contrubis, s. 4.

⁴⁶ Contrubis, s. 1, 20. Bkz. *Armstrong v. US*, 80 USA 154 (1871).

⁴⁷ Covington, s. 2; Covington’a göre, ABD başkanları bu yetkiyi kullanırken Anayasa ihlal edilebiliyor, yetkisini aşabiliyor; aynı yer.

⁴⁸ Neil, s. 6.

⁴⁹ *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer Davası* (1952), 343 US 579 (1952); ayrıntı için bkz. *Chu-Garvey*, s. 1. *Dames and Moore v. Regan* davasında FYM, *Youngstown* kararına atıfta bulundu. Ayrıca bkz. *Medellin v. Texas*, 552 US 491 (2008). *Chu-Garvey*, s. 6; *Contrubis*, s. 2.

aşımı” ve “mülkiyet hakkının ihlali” gerekçeleriyle Başkanı haksız bulmuş ve çelik şirketleri davayı kazanmış, Başkan Truman’ın Başkanlık Kararnamesi iptal etmiştir.⁵⁰ Bu kararın gerekçesinde Hâkîm Jackson, Başkanlık kararnamelerinin, sabit-donuk bir yetki olmadığını belirtmiş ve Başkanın yetkisini, üç kategoriye ayırmıştır.

Hâkîm Jackson’a göre Başkanlık kararnameleri üçe ayrılır. *Birincisi*, şayet Kongrenin rızası varsa Başkanın yetkisi maksimumdur. ABD Anayasasının veya Kongre’nin yetki vermesi halinde Başkan tam yetkilidir. *İkincisi*, Kongre ne inkâr etmiş ne de Başkana garanti vermemişse durum muğlaktır. *Üçüncüsü*, şayet Kongre ret etmişse, Başkanın şansı çok düşüktür.⁵¹ *Kısaca FYM Başkan’dan, kararnamesine, Anayasa veya kanundan dayanak bulmasını istemektedir.*

FYM, Başkanlık kararnamelerinin, *eşitlik*⁵² ve *hukuk devleti* gibi önemli anayasal ilkelere⁵³ uygun olup-olmadığına dikkat etmektedir. Bununla birlikte FYM, şayet Başkan, anayasal yetkisini aşmadığı ve yasamaya müdahale etmiyorsa, bu süreçte Başkanlık kararnamelerini etkin şekilde denetlememektedir.⁵⁴ FYM, 1789-1956 arasında *sadece 16 Başkanlık kararnamesini* Anayasaya aykırı bulmuştur.⁵⁵ 1943-1997 arasında ABD Başkanına karşı açılan 83 davadan sadece 14 ünü kişiler kazanmıştır.⁵⁶

ABD’de zaman zaman Başkan ile FYM arasında anlaşmazlıklar çıkabilmektedir. Örneğin FYM’nin dünya ekonomik krizinden (1929) sonra, *sosyal içerikli kanunlara* karşı çıkması, sendikaların tepkisine yol açmış ve FYM’nin kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemesi pek sevimli görülmemeye başlanmıştı. Başkan F. Roosevelt’in “yeni düzen” (*new deal*) politikasına karşı çıkan FYM’nin görüş farkı krize yol açmıştı.

⁵⁰ Neil, s. 5; Chu-Garvey, s. 4. Bu kararda 6 FYM hâkimi Başkanı haksız bulmuş, 4 FYM hâkimi ise Başkanı haksız bulmakla birlikte farklı gerekçeye dayanmıştır; Contrubis, s. 6.

⁵¹ Chu-Garvey, s. 5; Contrubis, s. 7.

⁵² Equal protection claus; 1982/10 gibi (eşitlik).

⁵³ Due Process Clause. Hukuk devleti kavramı modern anlamda Almanya’da ortaya çıkmış oradan Fransa’ya geçmiş bir kıta Avrupası kavramıdır. Mülk devleti ve hukuk tanımaz polis devletine karşı geliştirilmiştir; Atay, İdare Hukuku, Seçkin, 2018, s. 68-69.

⁵⁴ Neil, s. 3.

⁵⁵ Bkz. Youngstown Steel and Tube v. Sawyer davası; 343 US 579, 1951; Neil, s. 5; önemi için bkz. Chu/Garvey, s. 1.

⁵⁶ Yasin Söyler, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Ankara, 2018, s. 254.

ABD’de on dokuzuncu yüzyılın başlarından itibaren anayasacılığın merkezine oturtulan, yeni bir siyasal rejim türü doğmuştu, jüristokrasi. Siyasal sistem ne kadar zayıf, karar alamaz, çözüm üretmez bir durumda ise jüristokrasi o oranda genişliyordu. Karl Doehring’e göre, siyasal karar veren ama seçilmemiş olan yargı, diktatör veya mutlak hükümdarı çağrıştırmaktadır.⁵⁷ Parlamentoların anayasaya uygun olarak çıkardıkları tasarruflara karşı yargının müdahale etmemesi gerektiği konusunda ABD’de “*political question*” ve Almanya’da “*auto limitation (judicial self restraint)*” doktrinleri gelişmişti.⁵⁸ FYM’nin başlattığı yargısal aktivizm doktrini giderek yaygınlaşmıştı. Hâkimler devleti kavramı ilk kez, Amerika Birleşik Devletlerinde, 1803 yılında ortaya çıkmıştır. Daha sonra yine Amerika Birleşik Devletleri’nde FYM’nin kararları, bir tür “*hâkimler yönetimine*” yol açmıştı.

FYM, yargısal aktivizm endişesiyle Başkanlık kararnamelerine fazla müdahale etmemiştir. Yargısal aktivizm (*judicial activism*) kavramı, özellikle 1940’lı yılların başından itibaren ABD anayasa hukukunda işlenmektedir.⁵⁹ Yargısal aktivizm kavramını ilk kez *Arthur M. Schlesinger Jr* 1947 senesinde yazdığı bir makalede kullanmış, hâkimleri orta yolcular, yargısal aktivistler (*judicial activists*) ve kendisini sınırlama şampiyonları (*champions of self restraint*) olarak üçe ayırmıştı.⁶⁰ Robert H. Jackson’a göre, “Mahkemeler mahkeme olarak hareket etmeyi bırakıp *politikayı kontrol eden organlar* haline geldiklerinde, *hukuk devleti* emin ellerde değil demektir”.⁶¹ Anayasa mahkemelerinin, anayasaya uygun olan işlemleri iptal etmelerine (doğruluktan ayrılmalara) geniş anlamda *yargısal aktivizm* denilmektedir.⁶²

⁵⁷ Karl Doehring, “Genel Devlet Kuramı”, çev. Ahmet Mumcu, 2. Baskı, İstanbul, 2002, s. 234; yargının tarafsız ve bağımsızlığını sağlamak yürütmenin görevidir; Meltem Dikmen Caniklioğlu, “Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu ve İlişkileri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2008, s. 9-58, s. 57.

⁵⁸ Bkz. Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *Anayasa Yargısı* 2, Ankara, 1985, s. 192

⁵⁹ Judicial minimalism ve judicial empathy kavramları için bkz. Zengin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Yargısal Aktivizm Doktrini*, Ankara, 2014, s. 45, 46.

⁶⁰ Zengin, s. 45.

⁶¹ Metin Yüksel, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesi’nin Konumu”, *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2012, s. 91.

⁶² Baker v. Carr davası için bkz. 369 U. S. 186 (1962).

Supreme Court'un *Baker v. Carr* kararında savunulan siyasal sorun doktrinine (*political question doctrine*⁶³) göre, hâkimler, siyasal sorunları çözmemeli, bunu siyasal organlara havale etmelidirler. Bunun için de, öncelikle, görevli siyasal kurumlar olmalı, *ikincisi*, mahkemeye yönelik bir hukuk normu olmamalı, üçüncüsü, konu bir siyasal tercih sorunu olmalı, *dördüncüsü*, diğer kuvvetlerin yetkisine müdahale olmamalıdır. Şayet aynı konuda *yetkili bir siyasal makam* varsa hâkim o işe el atmamalıdır. Hâkimin o işi *yapmaması konusunda bir norm* varsa yargı o konuda görevsiz olduğunu kabul etmelidir. Konu *politik bir tercih* meselesi ise hâkim kendisini geri çekmelidir. Şayet hâkimin yaptığı iş, yasama veya yürütmenin görevi ise hâkim aktif olmamalıdır. Aksi halde hâkim, *kanunun ağızı değil*, siyasal ve toplumsal yaşamı etkileyen *kanun koyucu benzeri* olmaktadır.

Doktrinde *hâkimler hükümeti* veya yargı iktidarı (*juristocracy*⁶⁴) denilen şey, yargının siyasal kurumlar üzerindeki vesayetidir; halka karşı yargının iktidarındır. Alexander Hamilton, kuvvetler arasında en az tehlikeli organ olarak yargıyı gösteriyordu ama yargı, bazı koşullarda ülkeyi yönetmeye talip olduğunu kanıtlamaya çalışıyordu. Koşullar gereği İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'da anayasa yargısı oldukça güçlenmişti.⁶⁵

Yargısal aktivizm, mahkemelerin hukuk dışına çıkarak kendi kişisel politik görüşlerine dayanarak siyaset yapmalarınıdır.⁶⁶ Yargısal aktivizmin *hâkimler hükümetine* yol açabileceği endişesi vardır.⁶⁷ Montesquieu'nün deyimiyile "*elinde kuvvet bulunduran kimse, onu kötüye kullanmaya meyleder*". Yargısal aktivizm, *yargının yasaması*, yani yargının yasama organı görevini üstlenmesi demektir. Oysa anayasa

⁶³ http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine, 1.12.2014;
<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>.

⁶⁴ Jüristokrasi konusunda ayrıntı için bkz. <http://www.hup.harvard.edu/catalog>, (1.12.2014).

⁶⁵ Bkz. Michel Rosenfeld/Andras Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, s. 859. Bilindiği gibi, anayasa yargısı ve mahkemelerinin fikir babası sayılan Hans Kelsen, AYM kararlarının doğası gereği siyasal olduğunu belirtmiştir. Anayasa mahkemelerinin, Doğu Blokunun yıkılmasından sonra, yasama ve yürütmeye karşı oluşan güvensizlik nedeniyle, özgürlükleri korumadaki fonksiyonunun arttığını görmekteyiz.

⁶⁶ Bkz. Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Yabancı Memleketlerde-Türkiye'de*, Ankara, 1951, s. 343-344.

⁶⁷ Yüksel, s. 88.

mahkemelerinin meşruiyeti insan hakları ile sınırlıdır.⁶⁸ Temsililiği yeterince olmayan anayasa yargısı organı, *yargısal yorum* adı altında kanun yapabilir ve bu da *hukuki güvenliği* tehdit edebilir.⁶⁹

Zaman içerisinde aktivist tutumları da olan FYM, *siyasi sorunlarda* Başkanlık kararnamelelerine fazla *müdahale etmemektedir*.

E. BAŞKANLIK KARARNAMELERİ VE KONGRE:

ABD’de tüm üst kademe kamu yöneticileri, büyükelçiler ve hâkimlerin atanması (bakanlar değil) ve bütçenin kabulü Senato onayı ile mümkündür. Ama ABD’de Başkan, Kongre’nin onayına ve yürürlüğe koymasına ihtiyacı olmadan kanun gücünde Başkanlık kararnamesi çıkarabilir.⁷⁰ ABD’de Başkanlar göreve gelir gelmez, ya Anayasa’ya, ya kanuna veya Kongre’nin rızasına dayanarak, politikalarını gerçekleştirmek için genel olarak Başkanlık kararnamesi çıkarmaktadırlar.⁷¹

ABD’de Kongre’nin, Başkanlık kararnamesini ilga gücü vardır ama Kongre, *yargısal aktivizm* düşüncesi nedeniyle bu durumdan genellikle kaçınmakta ve kararnameye fazla müdahale etmemektedir.¹⁴¹ Kongre şu ana kadar Başkanlık Kararnamesinin ancak %4’den daha azını (3.8) kaldırmış veya değiştirmiştir.⁷² Kongre, *siyasi partilerin gücü ve kutuplaşma* nedeniyle ABD’de Başkanlık kararnameleri ile fazla ilgilenememektedir. Bu durumda medyanın Başkanı eleştirdiği görülmektedir. Bir görüşe göre, ABD’de Başkanın yetkilerini kısmak çözüm değildir ama Başkan da yetkilerini aşmamalıdır.⁷³ Genelde, ABD’de Başkan, Kongreyi kolay kolay karşısına alamaz; Kongre’ye rağmen iş yapması hayli zordur.

Bir görüşe göre, son yıllarda ABD’de *idarenin yasama yetkisini* kullanması çok artmıştır. Karşı görüşe göre ise, Kongre ve FYM müdahale etmediği için kararnameler artmakta, genişlemekte ve demokrasi-

⁶⁸ Bkz. Özbudun (2017), s. 458.

⁶⁹ Metin Kıratlı, “Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler”, AYM, 55 Yıl 55 Makale, 1982, s. 459 vd. “Kürtaj”, “Kara daire” ve “Kızıl daire” için bkz., s. 459.

⁷⁰ Neil, s. 2.

⁷¹ Chu/Garvey, s. 1.

⁷² Chu/Garvey s. 9; Covington, s. 6; Burada “cooling-off periods” (serinleme süreleri) kavramı da geçmektedir.

⁷³ Covington, s. 7.

yi tehdit etmektedir.⁷⁴ ABD’de bu tür tartışmalar çoğu zaman vardır. Sayının çok olmamasının bir nedeni de Başkanın veto etmesi ve veto üzerine Temsilciler Meclisi ve Senato’da gereken 2/3 sayısının bulunmasının çok zor olmasıdır.⁷⁵ ABD’de Senato’nun 2 yılda bir üçte biri yenilenir; Temsilciler Meclisi seçimi de 2 yılda bir ama Başkanlık seçimi 4 yılda bir yapılmaktadır.

Başkanın bir eylem veya işlemi bazen Kongre tarafından sessizlikle karşılanarak *zımnen onay* verilmektedir. Uygulamada Kongre’nin Başkanın vetosunu geçersiz kılması çok nadirdir.

ABD’de çelik işçileri, Kore savaşı devam ederken greve gitmiş, grev önlenememiş, Başkan Truman, Kongre’ye bilgi verdiği halde, Kongre sessiz kalmıştı; bunun üzerine Truman kararname çıkarmıştı.⁷⁶ Youngstown kararından sonra da Carter’in İran’daki rehinelere ilgili 12170 sayılı (14 Kasım 1979 tarihli) ve 12279 sayılı (19.01.1981 tarihli) kararnameyi çıkardığını görmekteyiz. İran’la ilgili *Dames and Moore v. Regan* kararına göre FYM, ulusal güvenlikte ve uluslararası ilişkilerde Başkanın yetkili olduğunu belirtmiştir.⁷⁷

Görüldüğü gibi Kongre, *siyasi sorunlarda*, kural olarak, kararname-leri incelememek yanlısıdır.⁷⁸

1793’de Başkan George Washington, Fransa-İngiltere Savaşı için, *proclamation* (tebliğ, bildiri) ilan etmiş, Kongre daha sonra *Neutrality Act* (1794) ile Başkanın bu bildirisine destek vermiştir.⁷⁹ Başka bir örnekte Başkan, kanuna dayanmadan kararname çıkarmış, Kongre sessiz kalarak zımni destek vermiştir. Savaş konusunda Başkanlar, Kongrenin savaş açma kararı olmadan orduyu çatışmalara göndermişler, can kayıpları olmuş, Kurucu Babaların *fren-denge mekanizmaları* bu alanda verimli işlememiştir.⁸⁰

⁷⁴ Covington, s. 1. Kongre, Başkanlık kararnamesini belirli bir süre ile sınırlayabilir. Kongre, 11399 sayılı Kararnameyi 5 yıllık süre ile sınırlamıştır; Contrubis, s. 16.

⁷⁵ Chu/Garvey, s. 9.

⁷⁶ Contrubis, s. 5. Türkiye’de ise CBK için sadece Anayasaya uyulması ve dayanak bulunması talep edilmektedir. Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ve Cumhurbaşkanlığı yönergesi için ise kanuna uyulması istenmektedir.

⁷⁷ *Dames and More v. Regan* 453 US 657 (1981) ayrıntı için bkz. Contrubis, s. 8.

⁷⁸ Neil, s. 4.

⁷⁹ Neil, s. 3; Contrubis, s. 3.

⁸⁰ ABD’de yürütme, Kurucu Babalar döneminden daha güçlüdür; Neil, s. 6. Kurucu Babalar, Kongre’nin kanun yapmasını, yürütmenin ise Başkanda olmasını istediler. Covington’a göre, günümüzde ABD Başkanları fazla yetki kullanıyor; Covington, s. 6.

ABD’de Bush-el-Gore çekişmesini FYM çözmüştü.

Görüldüğü gibi ABD Başkanının idari düzenleyici işlemlerinden Başkanlık kararnamesi genel olarak kanun gücündedir. Başkanlık kararnameleri dayanağını anayasadan veya kanundan alabilir, temel hak-özgürlükleri sınırlandırabilir⁸¹ ve kanunlarda değişiklik yapabilirler. Başkan Trump, Obama döneminde çıkarılan iki adet sağlık ve iklime ait kanunu kararnameyle iptal etmişti.⁸²

Başkanın executive order dışında *proclamation* (tebliğ, bildiri) ve *presidential memoranda* (genelge) çıkarma yetkisi vardır ama bunlar kanun gücünde değildir. Presidential memoranda’ya, devletin olağan işleri için çıkarılan genelge anlamı verilebilir. Executive order, Federal Register’de (RG) yayımlanmak zorundadır ama proclamation (tebliğ, bildiri) ve *presidential memoranda*’nın (genelge) Resmi Gazetede yayımı için Başkanın rızası gerekir. Memoranda’nın çıkarılması, kanunu etkileyebilir.⁸³ Şayet bu işlemler, Anayasa esas alınmışsa kanun gücünde olur. Bu üç işlemin hangisinin kanun gücünde olduğu konusunda çok net bir ayırım yoktur. Ayrıca Başkan, *National Security Directives* (milli güvenlik emirleri) de yürürlüğe koyabilir ama bunun Federal Register’de (Resmi Gazetede) yayımı zorunlu değildir.⁸⁴

Başkanın yürütmeye ilişkin olarak çıkardığı farklı isimlerdeki tasarrufların tamamını, Başkanlık kararnamesi şeklinde tek isim altında toplamak mümkün olabilir.

Başkanlık kararnamelerinin konusu çok geniştir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmak, silahlı kuvvetleri birleştirmek, ırk ayırımını önlemek,⁸⁵ kiralama ve sözleşmelerde ırk ayırımını kaldırmak, yabancı liderleri korumak, olağanüstü hal ilan etmek ve bu konuda gereken tedbirleri almak, terörle mücadelenin tedbirlerini almak, savaşta ABD’nin tarafsız olduğunu açıklamak, kürtaj konusunu belirlemek,⁸⁶

⁸¹ Chu/Garvey, s. 1.

⁸² Çolak, s. 61.

⁸³ Contrubis, s. 20.

⁸⁴ Chu/Garvey, s. 3.

⁸⁵ Neil, s. 2; Chu/Garvey, s. 3 (1981 sayılı Başkanlık Kararnamesi). 8802 sayılı Başkanlık kararnamesi ırkçılığa karşı çıkarılmıştır. Truman, Eisenhower ve Kennedy ırkçılığa karşı kararname yayımlamışlardır; Contrubis, s. 10.

⁸⁶ Neil, “Presidential Executive Orders”, s. 3.

köleleri özgürlüğe kavuşturmak,⁸⁷ Müslüman 7 ülkenin vatandaşına vize koymak,⁸⁸ kamu kurumlarını ihdas etmek, gizli askeri mahkeme oluşturmak, konut yapmak, belediyelerden düzenleme istemek,⁸⁹ danışma komiteleri kurmak,⁹⁰ telefon ve telgrafa sansür oluşturmak gibi alanlarda Başkanlık kararnameleleri çıkarılmıştır.

Kongrenin kararnameye karşı kanun çıkarması, Başkan olumsuz etkileyebileceği için, Başkan stratejik hesaplar yapar; şayet önemli değilse kararname çıkarmaz.⁹¹

ABD yasama-yürütme ilişkilerinde anayasal ve yapısal bazı sorunlar vardır: Şöyle ki;

Birinci sorun, ikinci seçmenlerin vaat ettikleri partiye oy vermemeleleri halinde çoğu eyalette kanuni engelin olmamasıdır. Bu durumda halkın verdiği oy etkili olamayacaktır. İkinci sorun, halktan daha çok oy alan Başkanın yerine, ikincil seçmen bazında çoğunluğu sağlayan Başkanın seçilmesi durumudur.⁹² Üçüncü sorun ABD Anayasasının değişmeden günümüze gelen en eski anayasa olduğu lafzı doğru yorumlanmalıdır. Hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü açısından da ABD Anayasası örnek verilemez. Çünkü ABD Anayasası, ruhu, uygulanışı ve yorumlanması açısından fiilen sürekli değişmektedir; Kurucu Babaların hayalleri ve yaptıkları ile bugünkü ABD'nin durumu çok farklıdır. *Dördüncü sorun* uzlaşma kültürünün yerleştiği ABD'de, buna rağmen, bütçenin onaylanmadığı durumlarda "hükümetin kapanması" riskidir. *Beşinci sorun*, erken seçim kavramı olmadığı için "rejimin kilitlenebileceği" tartışmasıdır.

⁸⁷ Abraham Lincoln, iç savaşta (1861-1865) Emancipation Proclamation'ı yayımlamıştı; Neil, s.2. Covington'a göre, Başkan, bunu Resmi Gazete ile ilan etmedi, halktan gizledi; bkz. Covington, s. 2; Contrubis, s. 3.

⁸⁸ Trump'ın bu kararnamesi, FYM tarafından durdurulmuştur; Çolak, s. 62.

⁸⁹ Reagan, 12.291/17.02.1981; Neil, s. 4.

⁹⁰ 13565/11.02.2011 tarih/sayılı EO için bkz. Chu/Garvey, s. 3.

⁹¹ Neil, s. 4. ABD Başkanları zaman içerisinde yetkisini kötüye kullanıyor, Örneğin Lincoln (sivil savaşta kötüye kullandı), Roosevelt (Japonlara karşı yetkisini kötüye kullandı), Wilson (sansür uyguladı), Bush (11 Eylül sonrası Müslümanları kamp-lara göndererek kötüye kullandı); acaba sivil özgürlükler ihmal mi ediliyor, acaba kurucu babaların koruduğu demokrasi tehdit altında mı? Covington, s. 1-2-3. Bkz. Hamdi v. Rusfeld (2004), Hamdan v. Rumsfeld (2006); Bush gizli yaparak yanlış yaptı; Covington, s. 4; Contrubis, s. 9.

⁹² Nomer, s. 95.

Çok önemli olan ve kısaca belirtilen bu beş anayasal ve yapısal önemli sorun, ABD için kangren haline gelmemekte, uzlaşma kültürü sayesinde lobiler, Kongre veya FYM tarafından çözülebilmektedir.

ABD Başkanları, savaş dönemlerinde “*commander in chief*” yetkisine dayanarak geniş yetkiler kullanmışlardır. Vietnam savaşını ABD Başkanı tek başına başlatmıştır. FYM, Başkanların icraatlarına genel olarak, siyasi sorun (*political question*) deyip müdahale etmemiştir. Kongre, *The War Powers Resolution* isimli kanunu çıkararak, savaşa Kongre’nin karar verebileceğini, ancak ülkeye ani saldırıda Başkanın karar verebileceğini veya Başkanın Kongre tarafından yetkilendirilebileceğini, belirtmiş ise de, bazı ABD Başkanları bu kanunun anayasaya aykırı olduğunu belirtmişlerdir. Başkanların savaş açması durumunda, Kongre’nin de, savaş bütçesini onaylamama yetkisi bulunmaktadır.⁹³

F. ABD’DE KONGRE’NİN BAŞKANI DENETLEMESİ:

ABD’de *parti disiplini* olmadığı için Başkanın parlamento ile ilişkilerinde zorluklar vardır. ABD Başkanı, Kongre Başkanlarına mektup yazarak yasalar hakkında bilgi verebilmekte, Başkan ve Kongre farklı partilerden ise, büyük zorluklar yaşanmaktadır. ABD’de Meclis Komisyonlarının Türkiye’den daha etkili olduğu belirtilebilir. Başkan, kararname çıkararak Kongreyi kanun çıkarmaya teşvik edebilir hatta zorlayabilir. ABD de Başkanlık kararnamesinin, gizli değilse Resmi Gazete’de⁹⁴ yayımı şarttır⁹⁵ ama Başkanlık genelgesinin Resmi Gazete’de yayımlanması şart değildir.

ABD’de yasama ve yürütme kuvvetlerinin her ikisi de özerk kuruluşlardır; biri birine ihtiyaçları yoktur; yürütme yasamadan türemiş değildir. Başkan kanun çıkaramaz ama parlamentonun yaptığı bütçe kanununu veto edebilir.⁹⁶ Amerika’da Başkan, kanun tasarılarını beğenmezse, yeniden görüşülmek üzere Kongreye iade eder; Başkan Roosevelt döneminde, bu usul çok kullanılmıştır.

⁹³ Başkanın, Anayasa’nın 2. maddesindeki yetkilerinin ayrıntısı için bkz. Neil, s. 6. Bu konuda bizde 1982 Anayasası’nın 87 ve 92 inci maddeleri önemlidir.

⁹⁴ The Federal Register.

⁹⁵ John Contrubis, “Executive Orders and Proclamations”, CRS Report For Congress, , s.6; Neil, s. 6.

⁹⁶ Bkz. Ervin Chemerinsky, Constitutional Law: Principles and Policies, New York, 2011, s. 148.

ABD’de Başkanın iki türlü veto yetkisi vardır.⁹⁷ *Birincisi* paket veto-su olup, Başkanın, Kongrenin kabul ettiği kanunu kabul etmediğini 10 gün içerisinde bildirmesidir. Her iki meclisten geçen kanunların (*bill*) kanunlaşabilmesi için, başkanın on gün içerisinde tasvibi (*approve*) gerekir. Kanun tasarılarını beğenmezse, yeniden görüşülmek üzere 10 gün içerisinde gerekçesiyle birlikte Kongreye iade eder. Bu durumda Kongre (her iki meclis), ancak 2/3 çoğunluğuyla metni yeniden kabul ederse tasarı kanunlaşır. Ayrıca Başkanın paketin içerisinden bazı maddeleri iptal etmek yetkisi de vardır, buna kısmi veto denir.⁹⁸ İkincisi cep vetodur (*pocket veto*); şayet Başkan, 10 gün içerisinde bir kanun tasarısını veto etmezse (kanun tasarısını cebinde tutarsa) buna „cep veto” denilmektedir.⁹⁹ Başkan, Kongre tatile yaklaşırken, kabul edilen kanunu (pazar günleri hariç) 10 gün imzalamazsa yani onaylamaz ise veya veto da etmezse, kanun teklifi kesinleşmiş olmaz. Başkan gelen kanun teklifini bekletirse zımnen red etmiş olur (*pocket veto*). ABD’de veto edilen bir kanun her iki Meclis (Kongre) tarafından ayrı ayrı 2/3 çoğunlukla kabul edilmek zorundadır; veto ancak bu şekilde aşılabılır (*overriding*).¹⁰⁰ Bu durum ise hemen hemen imkânsız gibidir. *Kongrenin vetoya rağmen kanun çıkarması çok zordur; vetonun aşılması nadiren görülmektedir.*

Başkan G. Cleveland, 1884-1888 ve 1892-1896 yıllarında 2 kez başkanlık yapmış ve tam 414 adet veto kullanmış, adı “Vetocu Başkan” a çıkmıştır. Başkan Roosevelt 631 ve Başkan Truman 250 kez kanunları veto etmiştir. ABD’de Başkanın vetosu zorlaştırıcı vetodur; mutlak vetoya yakın bir etkiye sahiptir. ABD’de 1789’dan 1986’ya kadar toplam 2838 kanun veto edilmiş, bunların sadece 99 tanesi yani sadece %3 ü yeniden kanunlaştırılmıştır. Başkan Roosevelt 12 yıllık başkanlık döneminde 631 kanunu veto etmiş, bunlardan sadece 10 tanesi yeniden kanun haline getirilebilmiştir.¹⁰¹ Veto, Başkanın Kongre üzerindeki çok önemli bir yetkisidir.¹⁰²

⁹⁷ Bkz. Clinton v. City of New York davası.

⁹⁸ Devlet Personel Başkanlığı, ABD Kamu Yönetimi, 2016, s. 29.

⁹⁹ David F. Forte, “Pocket Veto”, (Art. I, Sect 7, Cl. 2), The Heritage Guide to the Constitution, s. 89-91. Bu konuda önemli bir dava için bkz. The Pocket Veto Case, 279 U. S. 655 (1929).

¹⁰⁰ Robert L. Morlan, American Government, Boston, 1975, s. 43. Pocket veto ile Başkanın yetkisini aşması durumunda Başkan sorgulanabilir.

¹⁰¹ Steven L. Emanuel, Constitutional Law, ABD, 2011, s. C-6,7.

¹⁰² Türkiye’de 2017 Anayasa değişikliği ile veto halinde Meclis’ten 2/3 değil, salt çoğunlukla (301/600) kabul koşulu getirilmiştir.

ABD’de uluslararası antlaşmalar konusunda Anayasada hüküm yoktur. Uygulamada ABD’de, Başkan, taslak metni Senatoya gönderir, Senato 2/3 ile kabul ederse federal kanun olarak yürürlüğe girer. ABD’de Başkan, bir uluslararası antlaşmayı (*treaty*) Senatoya danışmadan ilga edebilir; bizde edemez; bizde ‘tersine işlem’ kuralı geçerlidir. FYM bu tür konulara siyasi konu olduğu için müdahale etmemektedir. ABD’de 1789-2012 arasında 1904 antlaşma onaylanmış; bu dönemde 13.623 idari antlaşma çıkarılmıştır. İdari ve teknik antlaşmalar (yürütme antlaşmaları; *executive agreements*)¹⁰³ için Türkiye’de TBMM onayına gerek yoktur (1982/90-2,3). ABD’de Senato için de böyledir. Senato, önüne gelen antlaşmayı 2/3 oranında onaylarsa, imza için Başkanın önüne gelir.¹⁰⁴ Senato değişiklik yaparsa, antlaşma yeniden taraflarca görüşülür. Senato hareketsiz kalarak antlaşmayı onaylamazsa, yürürlüğe girmez.¹⁰⁵

ABD’de yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi (*nondelegation doctrine*) önemli bir prensip olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁶ Bu konu FYM’ye konu olmuş ve FYM bu konuda iki önemli karar vermiştir; *Panama Refining Co. V. Ryan* (1935) ve *Schechter Poultry Corp v. United States* (1935). Bu davaların sonucuna göre yasama yetkisi ilke olarak devredilemez ama bu ilke çok sert uygulanmamaktadır.

ABD sisteminde yürütme etkindir. Hatta yasama organı, “*tricameralism*” (üç meclislilik) olarak tanımlanmış, Başkan, tek başına bir meclis olarak nitelendirilmiştir.¹⁰⁷ FYM, 1935 yılından sonra *yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini* esnetmiş ve Kongre, kamu kurumlarına yetki devri yapabilir, demiştir. FYM’ye göre, ABD’de Kongre, Başkana, kurumlara ve Bağımsız İdari Otoritelere KHK yetkisine benzer yetki devrinde bulunabilir. Esasen Başkan gücünü yasamanın yaptığı bu tür yetki devrinden de almaktadır. Hatta ABD Başkanı, yasama üzerindeki yetkileri nedeniyle “yasamanın başı” olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁸

¹⁰³ Mert Nomer, ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri, İstanbul, 2013, s.80.

¹⁰⁴ Belirtildiği gibi Arjantin’de yüksek hâkimlerin Başkan tarafından teklifi Senato’nun 2/3 onayı ile Brezilya’da ise yüksek bürokrasinin atanması, Senato onayı ile mümkündür.

¹⁰⁵ Megan Covington: “Executive Legislation and the Expansion of Presidential Power”, Humanities and Social Science, Cilt 8, 2012,s.6. Bkz. TBMM, Araştırma Hizmetleri Başkanlığı (2019): ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, s. 211 vd.

¹⁰⁶ Bkz. 1982/7.

¹⁰⁷ Nomer, s. 93.

¹⁰⁸ Neil, s. 2.

Türkiye ise mevcut mevzuatı itibariyle böyle değildir; uluslararası antlaşmalar konusunda kural olarak uzmanlık ve teknik konular yürütmeye bırakılır. Bilindiği gibi ABD’de yasama-yürütme-yargı arasında *yatay kuvvetler ayrılığı olduğu* gibi federe ile federal devletler arasında ayrıca *dikey kuvvetler ayrılığı* vardır.¹⁰⁹

ABD’de Başkan’ın düzenleyici işlemlerindeki etki ve yetkisinin, dünyanın bazı ülkelerinde; yarı-başkanlık sisteminin tesis ve yayılmasında, özellikle yarı-başkanlık sisteminin proto-tip ülkesi olan Fransa’yı¹¹⁰ da etkilediği belirtilebilir.

¹⁰⁹ Kurucu Babalardan Madison gibi Montesquieu da, “yasama ve yürütme aynı kişiye birleşirse tiranlık olur” demişti; Fleishman/ Aufses, s. 2. Kuvvetler ayrılığının (separated powers) rijit olması da gerekmez, kuvvetlerin paylaşılması (*shared powers*) gerekir; Fleishman/ Aufses, s. 44.

¹¹⁰ Fransa’da Cumhurbaşkanının asli ve özerk düzenleme yetkisi vardır (Söyler, s. 23.). Beşinci Fransız Cumhuriyet sistemine göre, Fransız Cumhurbaşkanına, sistemde belirli bir ağırlık verilmektedir (Fransız 5. Cumhuriyet’inde Parlamento için bkz. Gerhard Loewenberg, *Modern Parliaments, Change or Decline?* Chicago, 1971, s. 81 vd.). Yarı-başkanlık sistemi, 1958 tarihli Beşinci Cumhuriyet Fransız Anayasası’nın meydana getirdiği başkanlık-parlamentarizm karması bir ara sistemdir. Başkanlığa benzeyen yönü, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ve Cumhurbaşkanının geniş anayasal yetkilerle donatılmış olmasıdır. Parlamentarizme benzeyen yönü ise, yasama organına karşı sorumlu bir hükümetin varlığıdır (Ergun Özbudun (2013), “*Hükümet Sistemi Tartışmaları*”, Yeni Türkiye, Yıl 9, Sayı 51, 2013, s. 206.). Maurice Duverger’in “babası” olduğu yarı-başkanlık rejimi Fransa’da ideal bir sistem olarak kabul edilmiştir. 1962 yılında yeni bir sisteme geçen Fransa rejimi için yarı başkanlık kavramı, 1970’lerde ilk kez Duverger tarafından kullanılmıştır (Robert Elgie, “Varieties of Semi-Presidentialism and Their Impact on Nascent Democracies”, *Taiwan Journal of Democracy*, Cilt 3, Sayı 2, 2007, s. 53. Ama Duverger, yarıbaşkanlık sisteminin demokratikleşme üzerindeki etkisi ile ilgilenmedi; a.g.yer.). Fransa’ nın 1958 tarihli Anayasası’nın 19’uncu maddesinde Fransız Cumhurbaşkanının yetkileri sayılmaktadır. Buna göre, başbakanı atamak, azletmek, referandum yapmak, meclisi feshetmek, iptal davası açmak, Anayasa Mahkemesi Başkan ve 3 üyesini seçmek yetkileri vardır. Fransız Cumhurbaşkanı, ilgililere danıştıktan sonra olağanüstü hal ilan edebilir (Teziç, s. 516.). Görüldüğü gibi bu yetkiler olağanüstü yetkililerdir. Bu sistemde bazı işlemlerde karşı-imza kuralı yoktur. Cumhurbaşkanı, istisnai önemli konularda tek başına iş yapabilir. Fransız Anayasası’nın 16’ncı maddesi, devlet başkanına olağanüstü yetkiler vermekte, adeta tek başına olağanüstü hal kanun hükmünde kararname çıkarabilmektedir ki bu durum Fransa’da tartışılmaktadır. Cumhurbaşkanı kanun hükmünde kararname ve kanunları imzalamayabilir, imzalaması şart değildir. Cumhurbaşkanı, istediğini başbakan olarak atayabilir. Başbakanı azledemez ama istifasını isteyebilir (1958/8). Cumhurbaşkanı Bakanlar Kurulu toplantılarına katılır ve başkanlık eder (1958/9). Bu katılım, törensel veya şekilsel değildir (Özbudun (2017), s. 352). Fransa’da 1958 Anayasası’nın 1962 yılında yapılan değişikliği ile Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilir. 1958 ile 1962 arasında Cumhurbaşkanını Seçiciler Kurulu seçiyordu. 1962 yılından itibaren Fransa’da Cumhurbaşkanını halk seçmektedir. Milletvekilleri belirli yörelerden seçilirken Cumhurbaşkanı-

SONUÇ

Başkanlık kararnamesi, ABD kurulduğundan beri mevcut olup, 1789'dan bugüne on üç binden fazla Başkanlık kararnamesi çıkarılmıştır. Başkanların Kongreyi kanun yapmaya teşvik etmek ve hatta zorlamak için kararname yayımladıkları da görülmüştür. Muhalefet, düzenleyici idari işlemlere karşı itiraz ettiği zaman, Başkanlar genellikle, "kanun çıkarın" demişlerdir. ABD Anayasası, Başkan ile Kongre arasında hem işbirliği ve hem de zıtlık istemektedir. Kararnameler, bireyleri doğrudan veya dolaylı olarak etkilemektedir. Başkanlık kararnamelerinin konusu çok geniştir. Kongrenin kararnameye karşı kanun çıkarması, Başkanı olumsuz etkileyeceği için, Başkan stratejik hesaplar yapar; şayet önemli değilse kararname çıkarmaz. 1907 öncesine kadar Başkanlık kararnameleri numaralandırılmamış, 1907'de numaralama sistemi ihtiyari olarak başlamış; 1935 senesinde yayımlanan *Federal Register Act (1935)* sonrasında sayı verilmesi zorunlu hale getirilmiştir. ABD'de uluslararası antlaşmalar konusunda Anayasada hüküm yoktur.

ABD'de bir Başkanın, kendisinden önceki bir başka Başkanın kararnamesine uyacağı konusunda bir kabul yoktur. ABD Başkanının özellikle dış ilişkiler (*foreign affairs*), ulusal güvenlik (*national security*) ve terörle mücadele (*war against terror*) konularında özerk düzenleme alanı vardır. ABD'de Başkanın yetkileri konusunda geliştirilmiş *iki farklı görüş* vardır. *Birinci görüş*, "şüphe duysan da onu yap" görüşüdür. *İkinci görüş*, birinci görüşün aksine, "şüphe duyarsan yapma" görüşüdür.

nı tüm halk seçmekte, böylece, Fransa'da, milli iradenin tecessüm ettiği tek kişi Cumhurbaşkanı olmaktadır (ABD, Arjantin ve Şili gibi ülkelerde Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilmektedir.). Fransa'da, Cumhurbaşkanı ile Parlamento çoğunluğu aynı partiden olmadığında sorun olmaktadır. Ama sağcı hükümet ile Sosyalist Cumhurbaşkanı Mitterrand'ın birlikte yaşamaları (cohabitation) mümkün olabilmıştır. 2012 Mayıs'ında solun adayı Hollanda Cumhurbaşkanı olarak seçilmiştir (Teziç, s. 517, 518. Fransa'nın dönemleri için yapılan tablo için bkz. TBMM, Yarı-Başkanlık Sistemi, 2014, s. 34.). Cumhurbaşkanı'nun suçlanması, her iki meclisin 2/3 oyu ile mümkündür (TBMM, Yarı-Başkanlık Sistemi, s. 73. Fransa Cumhurbaşkanı ile hükümetlerin görev süreleri konusundaki tablo için bkz. s. 80.). Fransa'nın Beşinci Cumhuriyet Anayasası, 1962 değişikliği ile Parlamentarizmden hayli uzaklaşmıştır. Fransa'nın 1958 Anayasasına göre, Fransa'nın sistemi başbakanlı-başkanlık (premier-presidential) sistemdir. Cumhurbaşkanı'na yargı kısıntısı (muafiyeti) görüşü, Fransa'da özellikle dış politika alanında uygulanmaktadır (Ayrıntı için bkz. Hasan Tunç, Anayasa Yargısı, Ankara 1997, Yetkin Yayınları, s. 1 vd).

ABD’de Başkanlık kararnamesini kurumsallaştıran FYM’dir. ABD’de Başkanlık Kararnamelerinin yargısal denetimi konusunda anayasal çerçeveyi *Youngstown Sheet and Tube Co. V. Sawyer Davası* (1952) kararı çizmektedir. FYM, Başkanlık kararnamelerinin, *eşitlik ve hukuk devleti* gibi anayasal temel ilkelere uygun olup-olmadığına dikkat etmektedir. Bununla birlikte FYM, Başkan, anayasal yetkisini aşmadığı ve yasamaya müdahale etmediği sürece Başkanlık kararnamelerini etkin şekilde denetlememekte, yargısal aktivizm endişesiyle fazla müdahale etmemektedir. Supreme Court’un *Baker v. Carr* kararında savunulan siyasal sorun doktrinine (*political question doctrine*) göre, hâkimler, siyasal sorunları çözmemeli, bunu siyasal organlara havale etmelidirler.

ABD’de Kongre’nin, Başkanlık kararnamesini ilga gücü vardır ama Kongre, yargısal aktivizm düşüncesi nedeniyle bu durumdan genellikle kaçınmakta ve kararnameye fazla müdahale etmemektedir. Başkanlık kararnamelerinin bir kısmı *siyasi sorun* (*political question*) olduğu için FYM’ye gitmez, çünkü FYM bunları, hukuki sorun olmadığı için red etmektedir. Kongre şu ana kadar Başkanlık Kararnamesinin ancak %4’den daha azını (3.8) kaldırmış veya değiştirmiştir. Kongre siyasal sorunlarda, kural olarak, kararnameleri incelememek yanlısıdır. Şayet bir Başkanlık kararnamesi Anayasaya dayanıyor ise Kongre bu düzenlemeye müdahale etmemektedir.

ABD’de yasama ve yürütme özerk kuruluşlardır; yürütme yasa-madan türemiş değildir. Başkan kanun çıkaramaz ama veto eder; Başkan bütçeyi hazırlayamaz ama parlamentonun yaptığı bütçe yasasını veto eder. ABD’de ilke olarak yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi (*nondelegation doctrine*) vardır ama istisnaları da kabul edilmiştir. Bu konu FYM’ye konu olmuş ve FYM bu konuda iki önemli karar vermiştir; *Panama Refining Co. v. Ryan* (1935) ve *Schechter Poultry Corp v. United States* (1935).

Kaynakça

Kitaplar

- Atay Ender Ethem, (2018). İdare Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Başgil Ali Fuat, (1960). Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 1. Fasikül, İstanbul: Baha Matbaası.
- Bradley Anthony W./Ewing, Keith D., (2003). Constitutional and Administrative Law, 13th Edition, Longman, Malaysia.

- Chemersinsky Ervin, (2011). *Constitutional Law: Principles and Policies*, New York, 2011.
- Devlet Personel Başkanlığı (2016). *ABD Kamu Yönetimi ve Kamu Personel Sistemi*, Ankara: Devlet Personel Başkanlığı Yayını.
- Doehring Karl, (2002). *Genel Devlet Kuramı*, çev. Ahmet Mumcu, 2. Baskı, İstanbul.
- Emanuel Steven L., (2011). *Constitutional Law, Twenty-Ninth Edition*, New York: Published by Wolters Kluwer Law and Business in New York.
- Feyzioğlu Turhan, (1951). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Yabancı Memleketlerde-Türkiye’de*, Ankara.
- Gözler Kemal, (2018). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.
- Kaboğlu İbrahim Özden/SALES, Eric, (2018). *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, Çevirmen ve Editör: Dr. Öğretim üyesi İrem Berksoy, İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş.
- Loewenberg Gerhard, (1971). *Modern Parliaments, Change or Decline?* Chicago.
- Morlan Robert L., (1975). *American Government, Policy and Process*, Second Edition, USA: Boston.
- Nomer Mert, (2013). *ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri*, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Okşar Mustafa, (2018). *Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özbudun Ergun, (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Redlich Norman/ Attanasio, John/Goldstein, Joel K., (2004). *Understanding Constitutional Law, Third Edition*, New York: LexisNexis Publication.
- Rosenfeld Michel and Sajo Andras, (2012). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford.
- Söyler Yasin, (2018). *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Teziç Erdoğan, (2017). *Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Tunç Hasan, (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)*, Yetkin, Ankara.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi (2014) (Araştırma Hizmetleri Başkanlığı): *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, Yarı-Başkanlık Sistemi (Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri)*, Ankara: Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayını.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi (2019) (Araştırma Hizmetleri Başkanlığı): *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, Ankara: Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayını.
- Zengin M. Ali, (2014). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Yargısal Aktivizm Doktrini*, Ankara, Adalet Yayınevi.

Makaleler

- Ardıçoğlu M. Artuk, (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 75, Sayı 3, Ankara, Ankara Barosu Yayını.

- Akçalı Pınar, (2013). "Genel Özellikleri, Yararları ve Sakıncaları Işığında Başkanlık Sistemleri", *Yeni Türkiye Dergisi*, Yıl 9, Sayı 51.
- Canıklıoğlu Meltem Dikmen, (2008). "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının karşılıklı Konumu ve İlişkileri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1.
- Çağlar Bakır, (1985). "Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı* 2, Ankara.
- Elgie Robert, (2007). "Varieties of Semi-Presidentialism and Their Impact on Nascent Democracies", *Taiwan Journal of Democracy*, Cilt 3, Sayı 2.
- Forte David F., "Pocket Veto" (Art. I, Sect 7, Cl. 2). *The Heritage Guide to the Constitution*, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington.
- Gerhardt, Michael J., "Trial of Impeachment", (Art. II, Sect. 4), *The Heritage Guide to the Constitution*, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington.
- Kıratlı Metin, (1982). "Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler", *AYM*, 55 Yıl 55 Makale.
- Lawson Gary, (2005). "Due Process Clause", *The Heritage Guide to the Constitution*, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington.
- Özbudun Ergun, (2013). "Hükümet Sistemi Tartışmaları", *Yeni Türkiye*, Yıl 9, Sayı 51.
- Yüksel Metin, (2012). "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesi'nin Konumu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1.

FYM (Supreme Court) Kararları (Alfabetik Sırayla)

- Armstrong v. US, 80 USA 154 (1871).
- Baker v. Carr, 369 U. S. 186 (1962).
- Chamber of Commerce v. Reich (1995).
- Dames and More v. Regan 453 US 657 (1981).
- Hamdi v. Rusfeld (2004).
- Hamdan v. Rumsfeld (2006).
- Korematsu v. USA, 323 US 214 (1944).
- Panama Refining Co. V. Ryan (1935).
- Mississippi v. Johnson, 71 US 475 (1866).
- Medellin v. Texas, 552 US 491 (2008).
- Nixon v. US, 506 U. S. 224 (1993).
- Schechter Poultry Corp v. United States (1935).
- US v. Klein (60 US 128).
- The Pocket Veto Case, 279 U. S. 655 (1929).
- Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 US 579 (1952).

İnternet Kaynakları

- Chu Vivian S. and Garvey Todd, (2014). "Executive Orders: Issuance, Modification and Revocation", Congressional Research Service (CRS), ss. 1-10. https://digital-commons.ilr.cornell.edu/key_workplace/1262/ (Erişim tarihi: 22.12.2018).
- Contrubis John, (1999). "Executive Orders and Proclamations", CRS Report for Congress, ss.1-26. <https://fas.org/sgp/crs/misc/95-772.pdf> (erişim tarihi: 22.12.2018).
- Covington Megan, (2012). "Executive Legislation and the Expansion of Presidential Power", *Humanities and Social Science, Spring 2012*, Cilt 8, ss. 1-8. <https://ejournals.library.vanderbilt.edu/index.php/vurj/article/view/3556> (erişim tarihi: 22.12.2018).
- Çolak Çağrı D., (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Stratejik Public Management Journal*, Vol. 3, Special Issue, ss. 51-65. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/395026> (erişim tarihi: 22.12.2018).
- Fleishman, Joel L. and Aufses Arthur H. (1976). "Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation", *Law and Contemporary Problems*, Cilt 40, Sayı 3, ss. 1-45. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article> (erişim tarihi: 22.12.2018).
- http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine (erişim tarihi: 1.12.2014).
- <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article> (erişim tarihi: 1.12.2014).
- <http://www.hup.harvard.edu/catalog>, (erişim tarihi: 1.12.2014).
- Neil, Benjamin A. (ty). "Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation", *Journal of Criminal Justice Research*, <http://www.aabri.com/manuscripts> (Erişim tarihi: 22.12.2018).
- Trump, Donald John (2018). "Executive Orders", Wikisource, The Free Online Library, (https://en.wikisource.org/wiki/Author:Donald_John_Trump/Executive_Orders), ss. 1-5, (erişim tarihi: 22.12.2018).

1/95 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARI TÜRK HUKUKUNDA ETKİ DOĞURUR MU: MALLARIN SERBEST DOLAŞIMININ ÜÇ ALT UNSURU ÖZELİNDE BİR DEĞERLENDİRME

DOES ASSOCIATION COUNCIL DECISION NO 1/95 HAVE EFFECT IN TURKISH LAW: AN EVALUATION ON THE BASIS OF THREE SUB-ELEMENTS OF FREE MOVEMENT OF GOODS

İlke GÖÇMEN*

Özet: Türkiye ile Avrupa Birliği (AB) kendi aralarında bir ortaklık kurmuştur. Bu ortaklık, kurumsal açıdan, Ankara Anlaşması'nı temel alır ve uluslararası anlaşmalar ile Ortaklık Konseyi Kararları (OKK) aracılığıyla derinleştirilir. Ortaklık, maddi açıdan, esasen, taraflar arasında bir gümrük birliği kurmayı, dolayısıyla malların serbest dolaşımını, içerir. 1/95 sayılı OKK, malların serbest dolaşımına ilişkin en güncel ve detaylı metin olup, bu serbest dolaşım ile ilgili üç alt unsur, yani gümrük vergisi ve eş etkili vergi yasağını, ayrımcı veya koruyucu iç vergi yasağını ve miktar kısıtlaması ve eş etkili tedbir yasağını AB'nin kurucu antlaşmasındaki hükümler ile paralel biçimde kaleme almıştır ve bu alt unsurların AB iç pazar hukukundaki gibi yorumlanacağını düzenlemiştir. Öte yandan, OKK'ların AB hukuk düzenindeki etkileri netken Türk hukuk düzenindeki etkileri netleşmemiştir. Bu çalışma, 1/95 sayılı OKK'nın malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsurunu özelinde, ortaklık hukukunun Türk hukukundaki etkilerini çözümlenmeye çalışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türkiye-Avrupa Birliği, Ortaklık Hukuku, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, Yerel Hukuktaki Etkiler

Abstract: Turkey and European Union (EU) established an association between themselves. As regards institutional dimension, this association is based on Ankara Agreement and deepened via international agreements or Association Council Decisions (ACD). As regards substantive dimension, this association essentially consists of establishment of a Customs Union, hence free movement of goods, between the parties. ACD No 1/95, which is the most actual and detailed document as regards the free movement of goods, drew up three sub elements of this free movement, namely prohibition on customs duties and charges having equivalent effect, prohibition on discriminatory or protective internal taxation and prohibition on quantitative restrictions and measures having equivalent effect in

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Jean Monnet Chair, igocmen@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6076-1368, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.05.2020, Kabul Tarihi: 01.05.2020

parallel to the provisions in the EU Founding Treaties and regulated that these sub elements will be interpreted like the EU internal market law. On the other hand, while the effects of ACD's in the EU legal order are clear, the effects of ACD's in the Turkish legal order are unclear. This paper tries to evaluate the effects of association law in Turkish law, as to the three sub elements of free movement of goods in ACD No 1/95.

Keywords: Turkey-European Union, Association Law, Association Council Decision No 1/95, Effects in Domestic Law

Giriş

Türkiye ile Avrupa Birliği (AB), 1960'lı yılların başlarında, kendi aralarında bir ortaklık kurmuştur. Bu ortaklık, kurumsal açıdan, Ankara Anlaşması'nı¹ temel almakta ve bir yandan örneğin Katma Protokol (KP)² gibi uluslararası anlaşmalar,³ diğer yandan örneğin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (1/95 sayılı OKK)⁴ gibi OKK'lar⁵ aracılığıyla derinleştirilmektedir. Ortaklık, maddi açıdan, diğerlerinin yanında, taraflar arasında bir gümrük birliği kurmayı, dolayısıyla malların serbest dolaşımını, içermektedir.⁶

Malların serbest dolaşımı, en güncel ve detaylı olarak Türkiye ile AB arasındaki gümrük birliğinin son döneminin uygulamaya konmasına ilişkin 1/95 sayılı OKK ile düzenlenmektedir. 1/95 sayılı OKK, taraflar arasında malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsur, yani gümrük vergisi ve eş etkili vergi yasağını,⁷ ayrımcı veya koruyucu iç vergi yasağını⁸ ve miktar kısıtlaması ve eş etkili tedbir yasağını⁹ AB'nin kurucu antlaşmasındaki hükümler¹⁰ ile paralel biçimde kaleme almış-

¹ Türkiye yönünden bkz. 11858 sayılı ve 17 Kasım 1964 tarihli Resmi Gazete. AB yönünden bkz. [1973] OJ C 113, 1.

² Türkiye yönünden bkz. 13675 sayılı ve 22 Kasım 1970 tarihli Resmi Gazete. AB yönünden bkz. [1972] OJ L 293, 1.

³ Türkiye yönünden bkz. 1961 Anayasası md. 65, 1982 Anayasası md. 90. Avrupa Ekonomik Topluluğu yönünden bkz. Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması md. 228 ve 238. (Şu an için bkz. AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma md. 218 ve 217.)

⁴ 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, 6 Mart 1995 imza ve 31 Aralık 1995 yürürlük tarihli. Avrupa Topluluğu yönünden bkz. [1996] OJ L 35, 1.

⁵ Ankara Anlaşması md. 6, 22-25.

⁶ Ankara Anlaşması md. 2(1, 2).

⁷ 1/95 sayılı OKK md. 4.

⁸ 1/95 sayılı OKK md. 50.

⁹ 1/95 sayılı OKK md. 5-7.

¹⁰ O günkü adıyla Avrupa Topluluğu Antlaşması, bugünkü adıyla AB'nin İşleyişi

tır.¹¹ Dahası, 1/95 sayılı OKK, bu alt unsurların AB iç pazar hukukundaki gibi yorumlanacağını da düzenlemiştir.¹²

Ortaklık hukuku kaynaklarının, yani Ankara Anlaşması'nın, onu temel alan uluslararası anlaşmaların ve OKK'ların AB hukuk düzenindeki etkileri netken Türk hukuk düzenindeki etkileri netleşmemiştir. Bu bakımdan, Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) ortaklık hukukunun AB hukuk düzenindeki etkileri ile ilgili pek çok kararı mevcutken¹³ Türk mahkemelerinin –tespit edilebildiği kadarıyla– ortaklık hukukunun Türk hukuk düzenindeki etkileri ile ilgili (ilkesel nitelikte) herhangi bir kararı bulunmamaktadır.¹⁴

Ortaklık hukukunun, özel olarak 1/95 sayılı OKK'nın, Türk hukuk düzenindeki etkileri meselesi özellikle 1990'larda ve 2000'lerde belirli yönleriyle tartışılmışsa bile, günümüzde, birkaç nedenle bu tartışmayı tekrar açmak yerinde gözükmektedir. Birincisi, 1/95 sayılı OKK, AB tarafında ilk kez ABAD'ın 19 Ekim 2017 tarihli *Istanbul Lojistik* kararı ile malların serbest dolaşımının alt unsurları bakımından belirli bir ölçüde de olsa aydınlatılmıştır.¹⁵ İkincisi, 1/95 sayılı OKK, Türkiye tarafında da yine malların serbest dolaşımının alt unsurları bakımından uyuşmazlık konusu olmaya başlamıştır.¹⁶ Üçüncüsü, Türkiye ve AB ilişkileri bağlamında, şu an için hareketsiz gözükmeyle birlikte, gümrük birliğinin güncellenmesi süreci başlatılmıştır.¹⁷

Hakkında Antlaşma.

¹¹ Sırasıyla krş. ABİHA md. 30; 110 ve 34-36.

¹² 1/95 sayılı OKK md. 66.

¹³ Örneğin bkz. Case C-65/16 *Istanbul Lojistik Ltd v Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatóság* [2017] ECLI:EU:C:2017:770.

¹⁴ En fazla, tek bir kararda, Türk hukukunun AB hukukuna uygun yorumunun bir aracı olarak 1/95 sayılı OKK md. 41'in karar metni içerisinde geçtiği tespit edilebilmiştir. E. 2001/4817, K. 2003/4770, Danıştay 10. Daire. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. İlke Göçmen, "Avrupa Birliği ile Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Türk Mahkemelerinin Avrupa Birliği Hukuku Karşısındaki Tutumuna Yönelik Bir Öneri: AB-Dostu Yorum Yöntemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 63, Sayı: 1, 2014, s. 131-167.

¹⁵ *Istanbul Lojistik*, dn. 13. Buna, doğrudan 1/95 sayılı OKK temelinde karara bağlanmamakla birlikte, bu OKK'yı karar metni içinde tartışan 11 Temmuz 2018 tarihli CX kararı da eklenebilir. Case C-629/16 *Proceedings brought by CX* [2018] ECLI:EU:C:2018:556.

¹⁶ Örneğin bkz. *Istanbul 14. Vergi Mahkemesi'nin E. 2017/2758 ve K. 2019/707 sayılı Kararı*.

¹⁷ 29 Kasım 2015 tarihli Türkiye – AB Zirvesi Bildirisi pt. 10.

<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_15_6194>

Bu arka planda, bu çalışma ile 1/95 sayılı OKK'nın malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsuru özelinde, ortaklık hukukunun Türk hukukundaki etkileri ile ilgili dört ana mesele –AB hukuku ile karşılaştırmalı olarak ve doktrindeki görüşlere yer verilerek– ele alınacaktır. Birinci mesele, 1/95 sayılı OKK'nın Türk hukukunun bir parçası olup olmadığıdır. Cevap olumluysa ikinci mesele, 1/95 sayılı OKK'nın ve ilgili hükmünün kendi kendine icra edilebilir (*self-executing*) nitelik taşıyıp taşımadığı, başka bir deyişle herhangi bir somut uyuşmazlıkta Türk mahkemeleri önünde ileri sürülebilir olup olmadığıdır. Cevap olumluysa üçüncü mesele, 1/95 sayılı OKK'nın ilgili hükmünün nasıl yorumlanacağı, dördüncü mesele, 1/95 sayılı OKK'nın ilgili hükmünün, bu yorum temelinde, ulusal hukuktaki başka bir kaynak ile çatışması halinde ne olacağıdır.

1. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Türk Hukukunun bir Parçası mıdır?

Birinci mesele, 1/95 sayılı OKK'nın Türk hukukunun bir parçası olup olmadığıdır.

Bir ön tespit olarak OKK'lar ile ilgili düzenlemelere kısaca yer verilebilir. Ortaklık Konseyi, bir yanda Türkiye, diğer yanda AB üyesi devletler, Konsey ve Komisyon temsilcileri ile oluşur ve oybirliği ile karar alır.¹⁸ Ankara Anlaşması md. 6'ya göre:

“Ortaklık rejiminin uygulanmasını ve gittikçe gelişmesini sağlamak için Akit Taraflar, Anlaşma ile verilen görevlerin sınırları içinde eylemde bulunan bir Ortaklık Konseyi'nde toplanırlar.”

18 Mart 2016 tarihli Türkiye – AB Zirvesi Bildirisi pt. 7.

<<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>>

Genel olarak bkz. <<https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/turkey/>>

Ayrıca bkz. Mert Akyüz & Abdülkadir Develi, “Ticaret Savaşlarının Gölgesinde Türkiye - Avrupa Birliği Gümrük Birliğinin Güncellenmesi: Nedenleri, İçeriği ve Yöntemi”, Murat Çetinkaya & Gönül Muratoğlu, eds, Ticaret ve Kur Savaşları: Küresel Ekonomik Politika Yansımaları, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 335-363; İlke Göçmen, “Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki Gümrük Birliğinin Güncellenmesinin Yöntemi ve Usulü: Avrupa Birliği Açısından Bir Bakış”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, 2016, s. 85-115.

18 Ankara Anlaşması md. 23.

Ankara Anlaşması md. 22'ye göre:

“1. Anlaşma ile belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi için, Anlaşma'nın öngördüğü hallerde Ortaklık Konseyi'nin karar yetkisi vardır. İki taraftan her biri, verilmiş kararların yerine getirilmesinin gerektirdiği tedbirleri almakla yükümlüdür. ...

3. Geçiş döneminin başlaması ile ortaklık rejiminin gerçekleşmesi yolunda, Anlaşma amaçlarından birine ulaşmak için, Akit Taraflar'ın bir ortak davranışı gerekli görüldüğü takdirde, Anlaşma bunun için gerekli davranış yetkisini öngörmese bile, Ortaklık Konseyi uygun kararları alır. ...”

Konuya AB hukuku açısından yaklaşıldığında, 1/95 sayılı OKK, AB hukukunun ayrılmaz bir parçası olarak kabul görmektedir. Bir ön tespit olarak, kurucu antlaşmanın konuyla ilgili olabilecek tek hükmüne göre: “Birlik tarafından akdedilen anlaşmalar, Birlik kurumları ve üye devletler için bağlayıcıdır”.¹⁹ Eeckhout'un belirttiği gibi, “bu hüküm bağlayıcılığın hukuki sonuçlarını veya etkilerini tanımlamamaktadır”,²⁰ o halde bunu yapmak ABAD'a düşecektir.²¹ Birincisi, *Demirel* kararı uyarınca “[AB üyesi] olmayan bir ülke ile özel, ayrıcalıklı bağlar yaratan bir ortaklık anlaşması” olan Ankara Anlaşması'nın hükümleri, “[Anlaşma] yürürlüğe girdiği andan itibaren [Birlik] hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçasını oluşturur”.²² İkincisi, *Sevince* kararı uyarınca “[Ankara Anlaşması] ile kurulan ve [Ankara Anlaşması'nın] uygulanması için sorumluluk verilen” “Ortaklık Konseyi'nin kararları, etki verdikleri [Ankara Anlaşması] ile doğrudan bağlantılı olduklarından, [Ankara Anlaşması'nın] kendisi ile aynı biçimde yürürlüğe girdikleri andan itibaren [Birlik] hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçasını oluşturur”.²³

Konuya Türk hukuku açısından yaklaşıldığında, ilk önce (1961 Anayasası md. 65 ile esaslı bir farklılık taşımayan²⁴) 1982 Anayasası md. 90'dan bahsetmek gerekir. Bu maddeye göre:

¹⁹ ABİHA md. 216(2).

²⁰ Piet Eeckhout, *EU External Relations Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 327.

²¹ ABA md. 19(1).

²² Case 12/86 Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd [1987] ECR-3719, paras 9, 7.

²³ Case C-192/89 Sevince v Staatssecretaris van Justitie [1990] ECR I-3461, paras 10, 9.

²⁴ Bu tespit için örneğin bkz. Yücel Acer & İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 88; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 223.

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Görülebileceği üzere,²⁵ 90. madde (veya başka maddeler) OKK’lar gibi bir uluslararası anlaşma ile kurulmuş organın kararları ile ilgili açık bir düzenlemeye yer vermemektedir. Ayrıca, “milletlerarası andlaşma”, “uygulama andlaşması” veya “andlaşma” ile tam olarak ne anlaşılması gerektiği net olmaktan uzaktır, dahası üst mahkemeler de –tespit edilebildiği kadarıyla– bu kavramları (90. madde anlamında)

²⁵ Ayrıca 244 sayılı (2.7.2018 tarihli 703 sayılı KHK’nin 181 inci maddesiyle değişik adıyla) “Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun” da, OKK’lar gibi bir uluslararası anlaşma ile kurulmuş organın kararları ile ilgili açık bir düzenlemeye yer vermemekte ve “milletlerarası andlaşma”, “uygulama andlaşması” veya “andlaşma” gibi kavramları tanımlamamaktadır.

tanımlamamıştır,²⁶ bir başka deyişle 90. madde OKK'ların ne şekilde Türk hukukunun bir parçası haline geleceği bakımından yoruma açıktır.²⁷

Bu arka planda, 1/95 sayılı OKK'nın Türk hukukunun bir parçası haline gelip gelmediği ile ilgili iki ihtimalden bahsedilebilir. Birinci ihtimalde, ana hatlarıyla, OKK'ların Türk hukukunun bir parçası haline gelmesi için bir (iç) onay işlemi yapmak gerekir: 1/95 sayılı OKK'nın 1982 Anayasası md. 90 anlamında bir "milletlerarası andlaşma" olduğu, dolayısıyla 90/1'e tabi tutulması gerektiği veya bir "uygulama andlaşması" olduğu ve/veya Türk kanunlarına değişiklik getirdiği, dolayısıyla 90/3 ve/veya 4'e tabi tutulması gerektiği söylenebilir. Bu görüşü kabul edecek olursak 1/95 sayılı OKK Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir diyemeyiz, çünkü 1982 Anayasası md. 90/1, 3 ve/veya 4 çerçevesinde (RG'de yayımlanmamış ve) TBMM'nin uygun bulma kanununa tabi tutulmamıştır.

Bu görüşte olanlara birkaç örnek verilebilir.²⁸ Örneğin Toluner'e (1996) göre:²⁹

²⁶ Örneğin Danıştay ile ilgili bir çalışma için bkz. Nazile İrem Yeşilyurt, "Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt: 32, 2014, s. 1-29.

²⁷ Dahası, 1982 Anayasası ve özellikle de 90. maddesi çerçevesinde uluslararası anlaşmalar ve Türk hukuk sistemi arasındaki ilişki de oldukça tartışmalıdır. Bkz. Deniz Tekin Apaydın, "Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2018, s. 529-560.

²⁸ Örneğin Can'ın 2010 tarihli çalışmasına göre -1/95 sayılı OKK ile kurumsal açıdan karşılaştırılabilir olan- 1/80 sayılı OKK, 1982 Anayasası md. 90 "anlamında iç hukukumuza dâhil edilmemiştir; bu nedenle, şu an itibarıyla iç hukukumuzda geçerli olup doğrudan uygulanabilirliği bulunmamaktadır". Hacı Can, "Türk Futbol Takımlarında Oynayan Avrupa Birliği Vatandaşı Profesyonel Futbolcuların Yabancı Statüsüne Tabi Tutulması Sorunu", *TİSK Akademi*, Sayı: 1, 2010, s. 186. Ayrıca bkz. Bertil Emrah Oder, "Türkiye - AB İlişkilerinde Anayasal Tartışmalar: Gümrük Birliği, İnsan Hakları ve Kurumsal Kapasite", Nevhis Deren-Yıldırım, ed, *Hâlâ Avrupa Birliği'ne Tam Üyelik? Tehditler, Avantajlar ve Çözüm Önerileri*, XII Levha, İstanbul, 2008, s. 102 vd.ERCÜMENT TEZCAN, "Türkiye - Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Kurumsal Boyut", Belgin Akçay & Sinem Akgül Açıkmeşe, eds, *Yarım Asrın Ardından Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 89-90.

²⁹ Sevin Toluner, "6 Mart 1995 Tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlerarası Hukuk Açısından bir Değerlendirme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 55, Sayı: 1-2, 1996, s. 20.

“...Anayasamızda öngörüldüğü anlamda bir uygulama andlaşması olmadığına göre, Ortaklık Konseyi gibi bir milletlerarası teşkilat kararlarına bağlayıcılık ve uygulanabilirlik kazandıracak bir anayasa hükmü de bulunmadığına göre, [1/95 sayılı OKK'nın] içerdiği bazı hükümlerin niteliğinden ötürü yeni bir andlaşma olarak değerlendirilmesinden başka bir yol yokken, niçin yeni bir andlaşma olarak değerlendirilmesinden kaçınılmıştır?”

Örneğin Başlar'a (2004) göre “[1/95 sayılı OKK'nın] uluslararası bir antlaşma olarak [kabülü gerekir;] bu niteliğe sahip bir [belge] [1982 Anayasası md. 90 çerçevesinde] usulüne göre yürürlüğe girmediği için hukuksal geçerlilik [taşımaz]”.³⁰ Örneğin Oder (2008) ise, OKK'ların Türk hukukunun bir parçası olup olmadığı tartışmasına girişmemişse bile, kendisine göre “[1/95 sayılı OKK'da] yer alan ekonomik ve siyasi tercihin, Anayasa'nın 90. maddesindeki usullerden birine tabi tutularak [RG'de] yayımlanması hem demokratik devlet ilkesi hem de uluslararası hukukun “ahde vefa ilkesi” ile uyumlu olurdu”.³¹

İkinci ihtimalde, ana hatlarıyla, OKK'ların Türk hukukunun bir parçası haline gelmesi için bir (iç) onay işlemi yapmaya gerek yoktur: OKK'lar “usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşma” olan Ankara Anlaşması'nın verdiği yetki ile alınır, dolayısıyla OKK'lar için 1982 Anayasası md. 90 temelinde tekrardan işlem yapmaya gerek yoktur. Bu görüşü kabul edecek olursak 1/95 sayılı OKK yürürlüğe girmekle birlikte Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir sonucuna varmak gerekir.

Bu görüşte olanlara birkaç örnek verilebilir.³² Örneğin Reçber'e

³⁰ Kemal Başlar, “Gümrük Birliği ‘Anlaşması’nın (1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın) Hukuksal Niteliği”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, 2004, s. 153.

³¹ Oder, dn. 28, s. 104.

³² Ayrıca örneğin Örneğin Can'ın 2003 tarihli çalışmasına göre: “[OKK'ların] iç hukukta uygulanabilmesi için bir “onaylanma” süreci gerekli değildir[;] çünkü [OKK'lar] Türk hukuk düzeninin parçasını oluşturan bir andlaşmanın kapsamı dâhilinde vuku bulmaktadır”. Hacı Can, “Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2003, s. 40. Ayrıca: “[OKK'larda] uluslararası hukuk açısından “onaylama” şartı söz konusu değildir[;] çünkü taraflar Ortaklık Andlaşması ile [OKK'ların] otomatik olarak kendini bağlayacağını ve iç hukuklarında kararın gereklerini yerine getireceklerine dair yükümlülük altına girmişlerdir [ve] Ortaklık Andlaşması her iki âkit tarafın iç hukuklarında usulüne uygun şekilde yürürlüğe girmiştir”. Ibid.

(2016) göre OKK'ların, diğerlerinin yanında 1982 Anayasası md. 90 "itibarıyla onaylanmasına ve yürürlüğe sokulmasına hukuk tekniği açısından gerek yoktur",³³ dahası:

"...Türk kanunlarına değişiklik getiren her uluslararası hukuk işlemini 1982 Anayasası [md. 90] hükümlerine istinaden bir uluslararası anlaşma kabul edip, uygun bulma yasası ile yürürlüğe sokmak pek anlamlı olmamaktadır[;] zira Ortaklık Konseyi'nin kararlarına kaynaklık eden Ankara Anlaşması 1961 Anayasası [md. 65] düzenlemelerine uygun olarak zaten uygun bulma yasası ile onaylanmıştır."³⁴

Örneğin Günüşur (1995), OKK'ların Türk hukukunun bir parçası olup olmadığı tartışmasına girişmemişse bile, kendisine göre "uluslararası hukuk açısından antlaşma "yeni bir hukuki durum yaratan belge"dir[,] oysa [1/95 sayılı OKK] daha önce [KP] ile yaratılan durumu yaşama geçiren ve tamamen prosedüre ilişkin olan bir "uygulama belgesi"dir".³⁵ Örneğin Tekinalp (1996) OKK'ların Türk hukukunun bir parçası olup olmadığı tartışmasına girişmemişse bile, kendisine göre "[1/95 sayılı OKK], devletler hukuku anlamında bir anlaşma [değildir]".³⁶ Son olarak, Toluner'in aktardığına göre (1996) tartışmalı

Örneğin Özkan (2007), OKK'ların Türk hukukunun bir parçası olup olmadığı tartışmasına girişmemişse bile, kendisine göre "[OKK'lar] ne bir uluslararası sözleşme, ne de uluslararası örgüt kararı olduğu için onaylanmaları söz konusu değildir[,] bu kararlar dayanağını bir uluslararası anlaşmadan (Ankara Anlaşması) alan uygulama kararlarıdır. Ancak Anayasa 90. maddede de belirtilen sınırları aşmaları halinde imzalayanlara sorumluluk getirir". Işıl Özkan, "Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerine Giriş Hakkı ve Vize Sorunu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: Özel Sayı, 2007, s. 421.

Örneğin Hoffmeister'a (2002) göre: "...monist ülkelerde ... [OKK'ların] ulusal parlamentolar tarafından onaylanmasına gerek yoktur". F Hoffmeister, "International Agreement in the Legal Orders of the Candidate Countries: Introduction", Andrea Ott & Kirstyn Inglis, eds, *Handbook on European Enlargement: A Commentary on the Enlargement Process*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2002, s. 217.

³³ Kamuran Reçber, *Türkiye - Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku*, Dora Yayıncılık, Bursa, 2016, s. 44.

³⁴ *Ibid*, s. 46.

³⁵ Haluk Günüşur, "6 Mart Kararı ve Gümrük Birliği", *Süreç*, Sayı: 17, 18, 1995, s. 408. Günüşur, bir başka eserinde, "[OKK'lar] akit tarafların iç hukuklarında doğrudan yürürlüğe girmezler[,] Türkiye'de yürürlüğe konulması için bir iç hukuk düzenlemesinin [yapılması gerekir]" tespitinde bulunmuşsa da -eserin ilgili bölümünün bütününden- buradaki kastın aslında (bir iç onay işlemine tabi tutulmak değil,) gerekli uygulama önlemlerini almak olduğu anlamı çıkabilmektedir. Haluk Günüşur, *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara, 2008, s. 122-123.

³⁶ Ünal Tekinalp, "Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerindeki Etkileri", *İstanbul*

olmakla birlikte Türkiye'nin (o dönemki hükümetin) tezi, "[1/95 sayılı OKK'nın] alındığı tarihte tamamlanmış bir karar olarak doğduğu ve uygulanması için bir başka işlemin yapılmasına gerek olmadığı"dır.³⁷

Konuyla ilgili iki ön tespit yapılabilir. Birincisi, yukarıda da belirtildiği gibi, 1982 Anayasası ve özellikle 90. maddesi, OKK'lar gibi bir uluslararası anlaşma ile kurulmuş organın kararları hakkında bir düzenleme içermemektedir ve üst mahkemeler de -tespit edilebildiği kadarıyla- 90. maddedeki "andlaşma" gibi kavramları henüz tanımlamamıştır. İkincisi, 90. madde, OKK'ların Türk hukukunun bir parçası haline nasıl geleceği ile ilgili olarak, yukarıdaki doktrin alıntılarının çeşitliliğinin de işaret ettiği gibi, yukarıdaki iki görüşteki gibi yoruma da imkân tanıyor gözükmektedir.³⁸

Bununla birlikte, buradaki esas mesele, 90. madde anlamında "andlaşma" teriminin nasıl yorumlanacağı ve/veya yasama ile yürütmenin dış ilişkiler hukukundaki rolleri arasındaki ilişki ile ilgili gözükmektedir.³⁹ Not düşmek gerekir ki "uluslararası anlaşma" terimine verilecek anlam, bağlama göre, değişiklik gösterebilir. Örneğin uluslararası hukukta bir *kaynak* olarak "uluslararası anlaşma" geniş içerikli bir tanıma sahip olabilir, ancak bir "uluslararası anlaşma" ile *bağlanmak* açısından birden fazla yöntem söz konusu olabilir, dolayısıyla bu bağlamda bir "uluslararası anlaşma" bir başka "uluslararası anlaşma"dan farklı biçimde iç hukukun parçası haline getirilebilir. Örneğin Türkiye'nin taraf olmadığı⁴⁰, ancak pek çok kuralı uluslararası teamül hukuku niteliğindeki⁴¹ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde "antlaşma", "ister tek bir araç ister iki veya daha çok alakalı araç ile olsun ve hususi ismi ne olursa olsun, devletlerarasında yazılı olarak akdedilen ve uluslararası hukuka tabi olan bir uluslararası

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 55, Sayı: 1-2, 1996, s. 28.

³⁷ Toluner, dn. 29, s. 9.

³⁸ Bu yönden, örneğin Weiler, "kimi durumlarda hukuk [birden fazla ve farklı] yorumlara imkân tanıyabilir" tespitinde bulunmaktadır. Joseph H H Weiler, *Brexit - Apportioning the Blame* (2020), s. 5.

³⁹ Benzer bir tespit için bkz. Oder, dn. 28, s. 103-104.

⁴⁰ Bkz. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en>

⁴¹ Bkz. Rona Aybay & Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 51, 64; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 44.

sı anlaşma” olarak tanımlanmıştır.⁴² Bununla birlikte, “bir devletin bir antlaşma ile bağlı olmaya göstereceği rıza; imza, bir antlaşmayı oluşturan araçların değişimi, onay, kabul, uygun bulma veya katılım ya da kararlaştırılan herhangi bir başka araç ile belirtilebilir”.⁴³

Bu arka planda, OKK’ların Türk hukukunun bir parçası haline gelmesi için bir (iç) onay işlemi yapmaya gerek yoktur, denilebilir. Zira Ankara Anlaşması, 1961 Anayasası md. 65 (bugünkü 1982 Anayasası md. 90) temelinde TBMM tarafından bir kanunla uygun bulunmuştur.⁴⁴ O halde, yasama organının en baştan Ankara Anlaşması’nın getirdiği sistemi, yani kurumsal açıdan ortaklığın Ankara Anlaşması’nı temel alan uluslararası anlaşmalar veya OKK’lar aracılığıyla derinleştirileceğini, uygun bulduğunu kabul etmek gerekir.⁴⁵ Ankara Anlaşması, taraf temsilcilerinden oluşan bir Ortaklık Konseyi kurmuş ve Ortaklık Konseyine yetkili olduğu ölçüde⁴⁶ oybirliği ile⁴⁷ bağlayıcı karar alma yetkisi bahşetmiştir.⁴⁸ Bu bakımdan, Ankara Anlaşması, –örneğin Türkiye ile AB arasındaki Geri Kabul Anlaşması ile karşılaştırıldığında⁴⁹–,

⁴² Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 2(1/a).

⁴³ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 11.

⁴⁴ 4.2.1964 tarihli ve 397 sayılı Kanun, 11631 sayılı ve 12.2.1964 tarihli Resmi Gazete.

⁴⁵ Krş. Özbudun’a (2012) göre 1982 Anayasası md. 90(3) ile ilgili olarak “...Meclis, ana andlaşmayı uygun bulduğuna göre, onun uygulanmasını sağlamaya yönelik andlaşmalar konusunda da peşin bir mezuniyet vermiş olduğu varsayılabilir[;] ... bu nedenle, [uygulama andlaşmasının] son tahlilde, yasama organının dolaylı iradesine dayandığı savunulabilir”. Özbudun, dn. 24, s. 225.

Krş. Sur’a (2018) göre “... genel olarak, andlaşma ile bağlanma aşamasında uygun bulma yasasının görüşülmesi ve kabulü sırasında yasama organı tarafından gerçek bir denetim gerçekleştirilmektedir: ülkemizin uluslararası alanda taahhüt altına girmesini önlemek bu aşamada yasama organının elindedir. [...] Ayrıca, daha önce yapılmış bir andlaşmaya veya kanun yoluyla verilen bir yetkiye dayanan andlaşmaların meclisin tamamen bilgi ve iradesi dışında kabul edildikleri de söylenemez, zira yasama organı tarafından yapılan bir yetkilendirme mevcuttur”. Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 50.

⁴⁶ Ankara Anlaşması md. 22(1 ve 3).

⁴⁷ Oder’in belirttiği üzere, bu, “Türkiye’nin karar alma sürecini bloke edebileceği ve kendi iradesi dışında karar alınmasına engel olabileceği anlamını taşır”. Oder, dn. 28, s. 101.

⁴⁸ Ankara Anlaşması md. 22 açıkça OKK’lar bağlayıcı demese bile bu bağlayıcılığı (alınan karar yerine getirilmeli diyerek) örtülü olarak kabul etmiştir. Bkz. Günür, dn. 35, s. 120; Reçber, dn. 33, s. 43; Toluner, dn. 29, s. 9. Örneğin Oder’e göre AA md. 21(1) ile birlikte “Ortaklık Konseyi’nin bağlayıcı karar alabilme yetkisi hukuksal temele kavuşmuştur”. Oder, dn. 28, s. 100.

⁴⁹ Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği Arasında İzinsiz İkamet Eden Kişilerin Geri Kabulüne İlişkin Anlaşma md. 19(2): “[Ortak Geri Kabul Komitesinin] ka-

OKK'ların herhangi bir (iç) onay işlemine tabi tutulmaksızın yürürlük kazanacağı fikri üstüne kurulmuştur.⁵⁰ Öyleyse, Ankara Anlaşması ile kurulan organın kararı olan OKK'lar,⁵¹ yetki aşımı yapılmadığı müddetçe, Ankara Anlaşması'nın getirdiği sistem temelinde⁵² ve 1961 Anayasası md. 65 / 1982 Anayasası md. 90 içerisinde aksine açık bir tespitin yokluğunda, iç hukukun bir parçası olabilmek için herhangi bir (iç) onay işlemine tabi tutulmamış olsa gerekir. Sonuç olarak, OKK'lar, yürürlüğe girmekle birlikte Türk hukukunun bir parçası haline gelir, denilebilir.

2. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ve İlgili Hükmü Kendi Kendine İcra Edilebilir (*Self-Executing*) Nitelik Taşıyıp mıdır?

Eğer OKK'lar yürürlüğe girmekle birlikte Türk hukukunun bir parçası haline gelir dersek ikinci mesele, 1/95 sayılı OKK'nın ve ilgili hükmünün kendi kendine icra edilebilir (*self-executing*) nitelik taşıyıp taşımadığı, başka bir deyişle herhangi bir somut uyuşmazlıkta Türk mahkemeleri önünde ileri sürülebilir olup olmadığı olur.

Konuya AB hukuku açısından yaklaşıldığında, 1/95 sayılı OKK, AB terminolojisindeki karşılığıyla doğrudan etki doğurmaya (*direct effect*) / kendi kendine icra edilebilmeye elverişlidir ve ilgili hükmü de belirli koşulları taşıyorsa doğrudan etkilidir (*directly effective*) / kendi kendine icra edilebilirdir. *Demirel* kararı uyarınca.⁵³

rarları Akit Tarafların yasalarının gerektirdiği her türlü zorunlu iç usulün izlenmesini takiben Akit Taraflar üzerinde bağlayıcı olacaktır". (Vurgu eklenmiştir.) Türkiye yönünden bkz. 29044 sayılı ve 28 Haziran 2014 tarihli Resmi Gazete. AB yönünden bkz. [2014] OJ L 134/1.

⁵⁰ Örneğin Oder'in not düştüğü üzere, "...Organ kararları ile taraflar, andlaşma yapma usulünden, özellikle iç hukuktaki ulusal anayasal usullere göre onaydan kaçınarak, basitleştirilmiş şekilde uluslararası ilişkilerini ana andlaşma üzerinden geliştirmek yolunu seçebilirler". Oder, dn. 28, s. 93.

⁵¹ Örneğin Oder'e göre "Ortaklık Konseyi'nin karar yetkisine ilişkin düzenlemeler, onun taraflarla olan ilişkisinde ortaklık rejiminin "organı" niteliğine sahip olduğunu doğrulamaktadır". Ibid, s. 101.

⁵² Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 11 anlamında bu sistem, "bir devletin bir antlaşma ile bağlı olmaya göstereceği rıza; ... kararlaşdırılan herhangi bir başka araç ile belirtilebilir" içerisinde kalmaktadır. Burada kararlaşdırılan araç, bir organın (oybirliği ile) aldığı karar ile tarafın alınan karar ile bağlı olmaya rıza göstermiş sayılacağı kabulü olarak değerlendirilebilir.

⁵³ Demirel, dn. 22, para 14.

“...üçüncü devletler ile [Birlik] tarafından akdedilen bir anlaşmanın bir hükmü, anlaşmanın lâfzı, amacı ve niteliği göz önünde tutularak uygulanması veya etkisi ile ilgili olarak herhangi bir müteakip önlemin alınmasına konu olmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük içeriyorsa doğrudan etkili kabul edilmelidir.”

Sevince kararı uyarınca da “... [Demirel kararındaki] ile aynı kriterler, [OKK'nın] hükümlerinin doğrudan etkili olup olamayacağını belirlemede de kullanılır”.⁵⁴ Birincisi, OKK'lar, hem kendilerinin hem de ilgili oldukları Ankara Anlaşması'nın lâfzı, amacı ve niteliği göz önünde tutulursa doğrudan etki doğurmaya elverişlidir.⁵⁵ Bir OKK'nın bir hükmü, uygulanması veya etkisi ile ilgili olarak herhangi bir müteakip önlemin alınmasına konu olmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük içeriyorsa doğrudan etkilidir. Örneğin 1/95 sayılı OKK md. 4 (gümrük vergisi ve eş etkili vergi yasağı) bu nitelikleri taşıdığından doğrudan etkilidir.⁵⁶ Bundan başka, OKK'lar Resmi Gazete'de yayımlanmamışlarsa yatay ilişkilerde değil, sadece dikey ilişkilerde doğrudan etki doğurmaya elverişli kabul edilmektedir. Nitekim *Sevince* kararı uyarınca:

“[OKK'ların Resmi Gazete'de] yayımlanmamış olması özel kişilere karşı uygulanmasının önüne geçebilir, ancak bir özel kişi, kamu otoritesi ile ilişkilerinde o [OKK'nın] kendisine bahsettiği hakları ileri sürme yetisinden mahrum bırakılamaz”.⁵⁷

Konuya Türk hukuku açısından yaklaşıldığında, OKK'ların, dolayısıyla 1/95 sayılı OKK'nın da, kendi kendine icra edilebilir (*self-executing*) nitelik taşıyıp taşımadığı ile ilgili herhangi bir (üst) mahkeme kararının yokluğunda,⁵⁸ doktrin görüşleri ikiye ayrılarak incelenebilir. Bir tarafta, OKK'ların, dolayısıyla 1/95 sayılı OKK'nın da, kendi kendine icra edilebilir olmadığını düşünenler bulunmaktadır. Örne-

⁵⁴ *Sevince*, dn. 23, para 15.

⁵⁵ *Ibid*, para 19.

⁵⁶ İstanbul Lojistik, dn. 13, paras 37-47. İlke Göçmen, “Revealing the Potential of the EU - Turkey Customs Union: Case C-65/16, İstanbul Lojistik, 19 October 2017, ECLI:EU:C:2017:770”, *Legal Issues of Economic Integration*, Cilt: 45, Sayı: 3, 2018, s. 292-293. Ayrıca bkz. ve krş. Case C-372/06 Asda Stores Ltd v Commissioners of Her Majesty's Revenue and Customs [2007] ECLI:EU:C:2007:787, para 91. Ayrıca bkz. *Oder*, dn. 28, s. 95-96.

⁵⁷ *Sevince*, dn. 23, para 24.

⁵⁸ Sadece OKK'ların değil, daha genel olarak uluslararası anlaşmaların, dolayısıyla Ankara Anlaşması'nın da, kendi kendine icra edilebilirliği ile ilgili ilkesel nitelikte herhangi bir üst mahkeme kararı bulunmamaktadır. Örneğin bkz. *Pazarcı*, dn. 41, s. 26-27.

ğin Tekinalp'e (1996) göre "[1/95 sayılı OKK'nın] doğrudan etkisi yoktur".⁵⁹ Örneğin Toluner (1996), OKK'ların kendi kendine icra edilebilir olup olmadığı tartışmasına girişmemişse bile, kendisine göre: "...[OKK'ların] iç hukukumuzda kendiliğinden değil ve fakat... bir iç hukuk işleminin yapılması yoluyla uygulanabilirlik kazandırılması gere[kir]".⁶⁰ Örneğin Arat (1995), OKK'ların kendi kendine icra edilebilir olup olmadığı tartışmasına girişmemişse bile, kendisine göre:

"Türkiye bakımından, [OKK'lar], uluslararası bir anlaşmaya dayanılarak kurulmuş ortak komitenin kararları olma özelliğinden öteye bir nitelik taşımaz[;] iç hukuk bakımından doğrudan bağlayıcı [etki doğurmaz;] örneğin, Türk mahkemelerinin bu kararların içeriğini doğrudan doğruya uygulamaları söz konusu değildir".⁶¹

Diğer tarafta, OKK'ların, dolayısıyla 1/95 sayılı OKK'nın da, kendi kendine icra edilebilir olduğunu düşünenler bulunmaktadır. Örneğin Reçber'e (2016) göre: "[1/95 sayılı OKK'nın] düzenlemelerinin, kuraldışı durumlar saklı kalmak kaydıyla, genel anlamda doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olmaları ve/veya etki doğurmaları nedeniyle, [...] ulusal yargı organlarının da bu kararın hükümlerini dikkate almaları gerekmektedir".⁶² Örneğin Can'ın 2003 tarihli bir çalışmasına göre:⁶³ "... bir [OKK], doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etkiye sahip normatif niteliği haiz olduğu müddetçe, âkit tarafları olduğu kadar, üçüncü kişileri de bağlayarak, onlar için hak ve yükümlülükler yaratabilir".⁶⁴ Örneğin Günüşur (2008), OKK'ların kendi kendine icra edilebilir olup olmadığı tartışmasına girişmemişse bile, kendisine göre OKK'lar, "gerçek anlamda bir hukuk kaynağı oluşturur [...] ve bizzat [Ankara Anlaşması] maddelerinde öngörülen hükümlerle aynı hukuksal etkiye sahiptir".⁶⁵ Ankara Anlaşması ise, -AB kurucu antlaşmalarına kıyasen- "sıradan bir uluslararası anlaşma niteliğinde değildir" ve "herhangi bir girişim gerektirmeyen" hükümleri kendi kendine icra edilebilmelidir.⁶⁶

⁵⁹ Tekinalp, dn. 36, s. 29.

⁶⁰ Toluner, dn. 29, s. 22.

⁶¹ Tuğrul Arat, "Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, 1995, s. 597.

⁶² Reçber, dn. 33, s. 47.

⁶³ Can, daha sonra, bu görüşünü değiştirmiş gözükmektedir. Bkz. dn. 28.

⁶⁴ Can, dn. 32, s. 42.

⁶⁵ Günüşur, dn. 35, s. 119.

⁶⁶ Ibid, s. 122, 121.

Konuyla ilgili üç ön tespit yapılabilir. Birincisi, yukarıda da belirtildiği gibi, 1982 Anayasası ve özellikle 90. maddesi, OKK'ların, dolayısıyla 1/95 sayılı OKK'nın da, kendi kendine icra edilebilirliği hakkında bir düzenleme içermemektedir ve üst mahkemeler de –tespit edilebildiği kadarıyla– bu konuyu henüz açıklığa kavuşturmamıştır. İkincisi, 1982 Anayasası ve özellikle 90. maddesi, OKK'ların kendi kendine icra edilebilirliği ile ilgili olarak, yukarıdaki doktrin alıntılarının çeşitliliğinin de işaret ettiği gibi, yukarıdaki iki görüşteki gibi yoruma da imkân tanıyor gözükmektedir.⁶⁷ Üçüncüsü, kendi kendine icra edilebilirlik iki aşamalı bir incelemeyi gerektirir:⁶⁸ (i) İlgili hukuk kaynağı, (ii) ilgili hukuk kaynağının hükmü bu niteliği taşıyor olmalıdır.

Bu arka planda, OKK'lar ve dolayısıyla 1/95 sayılı OKK, Türk hukukunda, kendi kendine icra edilebilir nitelik taşıyor ve ilgili hükmü de bu nitelikteyse somut uyumsuzlukta Türk mahkemeleri önünde ileri sürülebilir, denilebilir. İlk aşama bakımından OKK'ları Ankara Anlaşması ile birlikte ele almak gerekir. Buna göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, örneğin Ankara Anlaşması, 1982 Anayasası md. 90(5) uyarınca “kanun hükmünde” olduğuna göre, bir hukuk kaynağı olarak kendi kendine icra edilebilir nitelik taşıyor olsa gerekir.⁶⁹ Bu noktada, OKK'ları, kaynağını Ankara Anlaşması'ndan aldıklarına göre, ondan ayrı düşünmemek gerekir. Başka bir ifadeyle, ortaklığı kuran Ankara Anlaşması (ve geçiş döne-

⁶⁷ Bkz. dn. 38.

⁶⁸ Örneğin Tekin Apaydın'a (2018) göre: "...Self-executing nitelikte olup olmama, konu uluslararası anlaşmaya ve onun hükümlerine ilişkin bir özellik[tir.]" Tekin Apaydın, dn. 27, s. 549. Ayrıca bkz. Sur, dn. 45, s. 58.

⁶⁹ Bkz. Pazarıcı, dn. 41, s. 25, 28. Örneğin Tezcan (2017), OKK'ların kendine icra edilebilir olup olmadığı tartışmasına girişmemişse bile, kendisine göre 1982 Anayasası md. 90(5), “anlaşmaların Türk hukuk düzeninde ilkesel anlamda doğrudan etki doğurmasının yolunu açmaktadır”. Tezcan, dn. 28, s. 90. Örneğin Acer ve Kaya'ya (2019) göre: "...Türkiye'deki mahkemeler, uluslararası anlaşmaları [...] Türk yasaları ile beraber uygulayabilecekler[dir]". Acer & Kaya, dn. 24, s. 41. Örneğin Sur'a (2018) göre: “anlaşma onaylanıp usulüne göre yürürlüğe konulduğunda yasa gücünde olup tüm ulusal merci ve kişileri bağlar”. Sur, dn. 45, s. 61. “publisher”: “Beta Yayıncılık”, “publisher-place”: “İstanbul”, “title”: “Uluslararası Hukukun Esasları”, “author”: “[{“family”: “Sur”, “given”: “Melda”}], “issued”: “[“date-parts”: “[“2018”]]”, “locator”: “61”}], “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json” Örneğin Gözler'e (2017) göre Türkiye'de “...yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaları, mahkemeler ve idari makamlar aynı bir kanun gibi uygulamak zorundadır”. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s. 115.

mi ile ilgili kuralları belirleyen Katma Protokol) ve OKK'lar, özellikle de son dönem ile ilgili kuralları belirleyen 1/95 sayılı OKK, bir bütün olarak değerlendirilmelidir.⁷⁰ Dolayısıyla, Ankara Anlaşması'nın bir hukuk kaynağı olarak kendi kendine icra edilebilir nitelik taşıdığını kabul ediyorsak, OKK'ların da etki verdikleri Ankara Anlaşması ile doğrudan bağlantılı olduklarından⁷¹ aynı niteliği taşıdığını kabul etmek uygun olur.⁷²

Peki, OKK'ların, özellikle de 1/95 sayılı OKK'nın, Resmi Gazete'de yayımlanmamış oluşu bir hukuk kaynağı olarak kendi kendine icra edilebilir niteliğini etkilemeli midir? Bu yönden, ABAD'ın *Sevince* kararında benimsediği tutum Türk hukuku açısından da yol gösterici olabilir.⁷³ 1/95 sayılı OKK, devlete karşı ileri sürüldüğünde devlet, sırf Resmi Gazete'de yayımlanmadı diye, 1/95 sayılı OKK'nın kendi kendine icra edilebilirliğinden kendisini kurtaramamalıdır. Öte taraftan, 1/95 sayılı OKK, Resmi Gazete'de yayımlanmadığı için devlet dışındaki bir gerçek veya tüzel kişiye karşı kendi kendine icra edilebilir nitelik taşıyor olarak addedilebilir.

İkinci aşama bakımından 1/95 sayılı OKK'nın ilgili hükmünün kendi kendine icra edilebilir nitelikte olup olmadığı tek tek ele alınmalıdır. Öncelikle Türk üst mahkemelerinin -tespit edilebildiği kadarıyla- buna ilişkin herhangi bir ilkesel kararının yokluğunda, doktrin ve ABAD'ın *Demirel* kararında benimsediği kriterler yol gösterici olabilir. Örneğin Sur (2018) bir OKK hükmünün kendi kendine icra edilebilir

⁷⁰ Örneğin Ankara Anlaşması ve Katma Protokol ile 1/95 sayılı OKK arasındaki yakın ilişki 1/95 sayılı OKK'nın Dibacesinde de vurgulanmıştır: "Ankara Anlaşması'nın 5. maddesinde hükme bağlanan Ortaklık ilişkilerinin Gümrük Birliği'ne dayalı son döneme girmekte olduğunu, böylece iki tarafın karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmesi suretiyle geçiş döneminin tamamlanacağını ve Gümrük Birliği'nin Ankara Anlaşması ile Katma Protokol çerçevesinde etkili biçimde işleyişi için gerekli yöntemlerin geliştirilmesinin yolunun açıldığını dikkate alarak..."

Bu yönden ayrıca bkz. Toluner, dn. 29, s. 11-12.

⁷¹ Krş. *Sevince*, dn. 23, paras 10, 9.

⁷² Örneğin bkz. Hoffmeister'a (2002) göre OKK'lar gibi ikincil hukuk, ortaklık anlaşması gibi birincil hukuk ile aynı kendi kendine icra edilebilirlik (self-executing) kriterlerine tabi tutulmalıdır. Hoffmeister, dn. 32, s. 217. Örneğin krş. Sur'a (2018) göre "basit usulle yapılan anlaşmalar ve ek işlem gerektiren anlaşmalar [...] arasında hukuki değer ve netice bakımından herhangi bir fark yoktur". Sur, dn. 45, s. 35.

⁷³ *Sevince*, dn. 23, para 24.

olup olmadığı tartışmasına girişmemişse bile, kendisine göre doğrudan bireye hak getirme etkisi, uluslararası anlaşmanın “bireylere sübjektif haklar verecek somut, dakik, kendine yeterli hükümler içermesine bağlıdır”.⁷⁴ Ayrıca, “...ek düzenlemelere ihtiyaç duyulmadan kendi kendine yeterli, kesin içerikli ve doğrudan hak doğuracak hükümler” kendi kendine icra edilebilir sayılır.⁷⁵ ABAD’ın *Demirel* kararı rehber alınır da bir hüküm, “uygulanması veya etkisi ile ilgili olarak herhangi bir müteakip önlemin alınmasına konu olmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük içeriyorsa” kendi kendine icra edilebilir sayılır.⁷⁶

Bu çalışma, 1/95 sayılı OKK’nın malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsuru, yani gümrük vergisi ve eş etkili vergi yasağı, ayrımcı veya koruyucu iç vergi yasağı ve miktar kısıtlaması ve eş etkili tedbir yasağı ile ilgili olduğundan, bu hükümler temelinde bir değerlendirme yapılacaktır. Bu hükümler, yani sırasıyla 1/95 sayılı OKK md. 4, 50 ve 5-7, özellikle de bir alt başlıkta incelenecek olan 66. maddedeki yorum ilkesi (1/95 sayılı OKK’nın ABİHA’da karşılığı olan hükümlerinin o karşılıklarına ilişkin ABAD kararlarına uygun olarak yorumlanacağı kuralı) gereği, kendi kendine icra edilebilir nitelikte sayılmalıdır.⁷⁷ Zira bu hükümler, ana hatlarıyla, müteakip önlem gerektirmeyen, açık ve kesin yükümlülük getirmektedir. Öyleyse bu hükümler, herhangi bir somut uyuşmazlıkta Türk mahkemeleri önünde ileri sürülebilir, denilebilir.

3. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın İlgili Hükümü Nasıl Yorumlanmalıdır?

Eğer 1/95 sayılı OKK’nın ve ilgili hükmünün kendi kendine icra edilebilir (*self-executing*) nitelik taşıdığını kabul edersek, üçüncü mesele, 1/95 sayılı OKK’nın ilgili hükmünün nasıl yorumlanacağıdır.⁷⁸

⁷⁴ Sur, dn. 45, s. 58.

⁷⁵ Ibid, s. 61.

⁷⁶ Demirel, dn. 22, para 14.

⁷⁷ 1/95 sayılı OKK md. 4 için krş. Joined cases 2 and 3/69 Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders v S.A. Ch. Brachfeld & Sons and Chougol Diamond Co. [1969] ECLI:EU:C:1969:30, paras 22-23.

1/95 sayılı OKK md. 50 için krş. Case 57/65 Alfons Lütticke GmbH v Hauptzollamt Sarrelouis [1966] ECR 205, s. 210.

1/95 sayılı OKK md. 5-7 için krş. Case 74/76 Iannelli & Volpi SpA v Ditta Paolo Meroni [1977] ECR 557, para 13.

⁷⁸ Aybay ve Oral’ın sade bir biçimde ifade ettiği üzere: “Bir hukuk kuralının somut bir olaya uygulanabilmesi için, sözkonusu olan kuralın içeriğinin, kapsamının ve

Bir ön tespit olarak 1/95 sayılı OKK'nın "Yorum" başlıklı 66. madde uyarınca:

"[1/95 sayılı OKK'nın] hükümleri, [ABİHA'daki] karşılığını oluşturan hükümler ile esas itibariyle aynı oldukları müddetçe, gümrük birliğinin kapsadığı ürünlere uygulanmaları bakımından, [ABAD'ın] alakalı kararlarına uygun olarak yorumlanır."

Konuya AB hukuku açısından yaklaşıldığında,⁷⁹ 1/95 sayılı OKK'daki malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsur, 66. madde gereği, AB iç pazar hukukundaki gibi yorumlanmaktadır, denilebilir. Nitekim ABAD, konuyla ilgili bugüne kadarki yegâne kararı olan *İstanbul Lojistik* kararında -malların serbest dolaşımının alt unsurlarından gümrük vergisi ve eş etkili vergi yasağı hakkında- 66. maddeden hareketle "1/95 sayılı OKK'nın 4. maddesi ABİHA'nın 30. maddesi ile esas itibariyle aynı olduğu için [4. madde] [30. madde] ile ilgili [ABAD] içtihat hukukuna uyumlu biçimde yorumlanmalıdır" tespitinde bulunmuştur.⁸⁰ O halde, ABAD'ın *İstanbul Lojistik* kararındaki yorumuna göre 1/95 sayılı OKK'nın 66. maddesi gereği AB içi malların serbest dolaşımının üç alt unsuru ile ilgili ilkeler (mümkün olduğu ölçüde değil, bilakis)⁸¹ bütünüyle ortaklık hukukuna aktarılmaktadır, denilebilir.⁸²

Konuya Türk hukuku açısından yaklaşıldığında, 1/95 sayılı OKK'nın ilgili hükmünün nasıl yorumlanacağı ile ilgili herhangi bir

anlamının tam olarak belirlenmesi gerekir. Somut olayla, hukuk kuralı arasında ilişki kurulup kurulamayacağı, ancak bundan sonra anlaşılabilir. İşte bu amaçla yapılan ve hukuk kuralının gerçek anlamını ortaya çıkarmaya yönelik zihinsel işleme "yorum" [...] denilir". Aybay & Oral, dn. 41, s. 95.

⁷⁹ Detaylı bir inceleme için bkz. İlke Göçmen, "1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 66. Maddesi, Malların Serbest Dolaşımı Yönünden Avrupa Birliği İç Pazarına Erişimin Anahtarı mı?", *Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: XXXIV, Sayı: 1, 2018, s. 5-34.

⁸⁰ *İstanbul Lojistik*, dn. 13, paras 37-38. Bununla birlikte, Avrupa Ekonomik Alanı ile ilgili Rimbaud kararının işaret ettiği üzere, aynı biçimde yorum, her zaman aynı sonuç anlamına gelmeyebilir. Case C-72/09 *Établissements Rimbaud SA v Directeur général des impôts and Directeur des services fiscaux d'Aix-en-Provence* [2010] ECR I-10659. Bkz. Göçmen, dn. 79, s. 18-20.

⁸¹ Krş. İlke Göçmen, "Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Maddi Boyut", Belgin Akçay & Sinem Akgül Açıkmeşe, eds, *Yarım Asrın Ardından Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 120.

⁸² Bkz. Tolga Candan, "Türkiye- AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı 'İstanbul Lojistik Ltd.' Kararı Hakkında Bir Değerlendirme", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 38, 2018, s. 161; Göçmen, dn. 79, s. 18.

(üst) mahkeme kararı yokluğunda, doktrin görüşleri ikiye ayrılarak incelenebilir. Bir tarafta, 1/95 sayılı OKK'nın 66. maddesinin 1982 Anayasası'na aykırı olduğu / olabileceği düşüncesinde olanlar vardır.⁸³ Örneğin Toluner'e (1996) göre: "... ancak, [1/95 sayılı OKK'nın] 66. maddesinde yer alan hükmü, şekilcilikten sonuna kadar vazgeçilmiş olsa da, ne anayasa hukukumuz açısından ve ne de bağımsız devlet kavramıyla bağdaştırmak, kanımızca, olanaksızdır".⁸⁴ Örneğin Can'ın 2003 tarihli bir çalışmasına göre "[1/95 sayılı OKK md. 66], Türk anayasa hukuku açısından sorun yaratabilir niteliktedir[;] çünkü burada bir nevi [AB] organlarına "dolaylı bir yetki devri" durumu vardır[;] bu durumun Türk Anayasası'nın 6. ila 9. maddeleri ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışmaya açıktır".⁸⁵

Diğer tarafta, 1/95 sayılı OKK'nın 66. maddesi gereği, 1/95 sayılı OKK'daki malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsurun AB iç pazar hukukundaki gibi yorumlanması gerektiği düşüncesinde olanlar vardır. Görüşlere geçmeden evvel iki ön tespit yapılabilir. Birincisi, bu görüşlerden bir kısmı (Peers, Lasok ve Tatham), açıktır ki Türk hukuku özelinde değil, 1/95 sayılı OKK çerçevesinde dile getirilmiştir. İkincisi, bu görüşlerden herhangi biri, 1/95 sayılı OKK'nın 66. maddesinin mahkemeler (yargı) üstüne bir yükümlülük yükleyip yüklenmediği meselesine açıkça değinmemektedir. Bu ön tespitler ışığında, örneğin Peers'a (1996) göre "homojenlik" başlığı altında ele aldığı 1/95 sayılı OKK'nın 66. maddesi göstermektedir ki "... Türkiye, [ABİHA'ya] ilişkin içtihat hukukunu benimsemekle kendisini bağlamıştır ve [ABAD'ın] [ABİHA'ya] ilişkin gelecekteki içtihat hukukunu benimsemeye açıkça hazırdır".⁸⁶ Lasok'a (1997) göre 1/95 sayılı OKK'nın 66. maddesi, "Türkiye'nin [AB] üyesi olmasa bile, [...] [AB] içtihat hu-

⁸³ Bunun dışında, 1/95 sayılı OKK'nın kendi kendine icra edilebilir (*self-executing*) nitelik taşımadığından hareketle 66. maddesinin mahkemeleri bağlamayacağı ifade edilmiştir. Tekinalp'e (1996) göre, örneğin 1/95 sayılı OKK'nın 66. maddesi temelinde 1/95 sayılı OKK md. 4'teki gümrük vergisi ve eş etkili vergi ile 1/95 sayılı OKK md. 5 ve 6'daki miktar kısıtlaması ve eş etkili tedbir tanımları ABAD kararları esas alınarak yapılacaktır, ancak "yorum kuralı, [1/95 sayılı OKK'nın], devletler hukuku açısından taşıdığı nitelik dolayısıyla, gerçek ve tüzel kişileri ve mahkemeleri bağlamaz". Tekinalp, dn. 36, s. 45, 40.

⁸⁴ Toluner, dn. 29, s. 21.

⁸⁵ Can, dn. 32, s. 28.

⁸⁶ Steve Peers, "Living in Sin: Legal Integration Under the EC-Turkey Customs Union", *European Journal of International Law*, Cilt: 7, Sayı: 4, 1996, s. 424; 425.

kuku ile de bağlı olduğu” anlamına gelmektedir.⁸⁷ Örneğin Oder’e (2008) göre “...yorum türdeşliği bakımından, [1/95 sayılı OKK] ile [ABİHA’nın] içerik bakımından aynı nitelikli hükümlerinin yorumunda [ABAD’ın] içtihadının esas alınması benimsenmiştir”.⁸⁸ Örneğin Tatham’a (2009) göre 1/95 sayılı OKK’nın 66. maddesi, Türkiye’nin “[1/95 sayılı OKK’nın] [ABİHA] ile aynı biçimde kaleme alınmış her hükmünü [ABAD’ın] o hükümleri yorumladığı ile aynı biçimde yorumlamasını” gerektirmektedir.⁸⁹ Örneğin Tezcan’a (2017) göre özel bir düzenleme olan 1/95 sayılı OKK md. 66 ile “[1/95 sayılı OKK] kapsamındaki hükümlerin [ABAD] kararlarına uygun olarak yorumlanması gerektiği açıkça düzenlenmiştir”.⁹⁰

Konuyla ilgili iki ön tespit yapılabilir. Birincisi, yukarıda da belirtildiği gibi, Türk üst mahkemeleri -tespit edilebildiği kadarıyla- 1/95 sayılı OKK veya 66. maddesi hakkında herhangi bir karar vermemiş, dolayısıyla bu maddeye yaklaşımlarını ortaya koymamıştır. İkincisi, 1/95 sayılı OKK’nın 66. maddesi, yukarıdaki doktrin alıntılarının çeşitliliğinin de işaret ettiği gibi, yukarıdaki iki görüşteki gibi yoruma da imkân tanıyor gözükmektedir.⁹¹

1/95 sayılı OKK’nın 66. maddesi gibi bir açık hüküm karşısında, 1/95 sayılı OKK’daki malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsur, ABAD’ın o karşılık hükme ilişkin içtihat hukuku ile aynı biçimde yorum tabi tutulmalı, denilebilir.⁹² Bir ön tespit olarak, 1/95 sayılı OKK’nın 66. maddesi, 1982 Anayasası ile özellikle de egemenlik ve yasama, yürütme ve yargı yetkisi ile ilgili maddeleri ile mutlaka uyumsuzdur, denmeyebilir. 1/95 sayılı OKK md. 66, ilk bakışta, Türkiye’yi üyesi olmadığı bir ulusüstü örgütün (AB’nin) bir kurumunun (ABAD’ın) kararları ile bağladığı, dolayısıyla 1982 Anayasası ile uyumsuz bir durum oluşturduğu şeklinde görülebilir. Buna karşın, bu madde, tasarlandığı

⁸⁷ Dominik Lasok, *The Trade and Customs Law of the European Union*, 3. Baskı, Kluwer Law International, United Kingdom, 1997, s. 374.

⁸⁸ Oder, dn. 28, s. 97.

⁸⁹ Allan F Tatham, *Enlargement of the European Union*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2009, s. 147.

⁹⁰ Tezcan, dn. 28, s. 86.

⁹¹ Bkz. dn. 38.

⁹² Bkz. Göçmen, dn. 79, s. 16. Bu yönden, ayrıca, örneğin Pazarcı’ya (2018) göre yorum yetkisinin kullanılmasında tarafları bağladığı durumlardan biri de, “kimi uluslararası örgüt organlarına birtakım hukuksal belgeleri yorumlama konusu[nun] tanın[dığı]” hallerdir. Pazarcı, dn. 41, s. 95.

amaç (gümrük birliği gibi bir ortak alanda belli hukuk kurallarının homojen yorumu) çerçevesinde net biçimde çizilmiş sınırları göz önünde tutulursa, 1982 Anayasası ile mutlaka uyumsuz addedilmeyebilir.⁹³ *Yalnızca* Türkiye - AB gümrük birliğinin kapsadığı ürünlere yönelik bir uygulama bakımından, 1/95 sayılı OKK'nın *yalnızca* ABİHA'da karşılığı olan hükümleri, *yalnızca* yorumları yönünden, ABAD'ın *yalnızca* alakalı kararlarına uygun olarak yorumlanacaktır.⁹⁴ Başka bir ifadeyle 1/95 sayılı OKK'nın 66. maddesinin sınırları net biçimde çizilmiştir, çünkü bu maddeyi işletebilmek için özellikle birincisi 1/95 sayılı OKK'nın hükmünün ABİHA'da karşılığı olmalıdır ve ikincisi ABAD ABİHA'da karşılık oluşturan o hükmü (doğrudan etkili adde-derek) yorumlamış olmalıdır. 1/95 sayılı OKK'daki hükümlerden çok azı, aslında sadece malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsur, bu iki koşulu geçebiliyor gözükmektedir.⁹⁵ Bundan başka, Türkiye, 1/95 sayılı OKK md. 66'nın tasarlanma amacı doğrultusunda bu maddeye rıza göstermiştir. Ayrıca, ABAD'ın 1996 yılı sonrası içtihat hukuku ile bağlı olmayı kabul etmek, ilk bakışta gözüktüğü kadar, ucu açık bir yükümlülük olarak görülmemelidir. Zira 1/95 sayılı OKK'daki malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsuru *özelinde*, ABAD, bunların ABİHA'da karşılığı olan hükümlerini 1996 yılına kadar zaten yorumlamış olup, bu yorum içtihat hukuku niteliği gereği, ana hatlarıyla, 1996 yılı sonrasında da geçerli olmaya devam etmektedir.⁹⁶

Bu ön tespit dışında, 1/95 sayılı OKK'daki malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsurun yorumu ile ilgili iki husus daha belirtile-

⁹³ Bu yönden, örneğin Teziç'e (2012) göre "...klasik egemenlik anlayışının günümüz gerçeklerine uymadığı, bunun artık [çağdışı] bir kavram olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır". Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 141.

⁹⁴ Krş. Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması md. 6. [1994] OJ L 1/3.

⁹⁵ 1/95 sayılı OKK md. 4, 5-7, 50. Krş. ABİHA md. 30, 34-36, 110. Bundan başka, söz konusu iki koşul 1/95 sayılı OKK md. 32-33 (Krş. ABİHA md. 101-102), yani teşebbüslere uygulanan rekabet kuralları, açısından da ilk planda sağlanıyor olmakla (hatta 1/95 sayılı OKK md. 35 özel bir yorum kuralı olarak düşünülebi-lecek olmakla) birlikte, 1/95 sayılı OKK md. 37'nin varlığı konu hakkında daha net bir varlığa varmayı zorlaştırmaktadır. Ayrıca bkz. Haluk Kabaalioğlu, "The Customs Union: A Final Step before Turkey's Accession to the European Union?", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 1998, s. 122-123. Bundan başka bkz. ve krş. Case C-372/06 Asda Stores Ltd v Commissioners of Her Majesty's Revenue and Customs [2007] ECLI:EU:C:2007:787, para 91.

⁹⁶ Bu tespitimiz ile ilgili olarak iki alt paragraf ile başlayan ve dipnotlarda "krş" olarak verilen ABAD kararlarının tarihlerine bakmak yeterli olacaktır.

bilir. Bir üst başlık altında belirtilen OKK'ları Ankara Anlaşması ile birlikte ele almak gerekliliği çerçevesinde, uluslararası anlaşmaların yorumuna ilişkin kurallar gereği, genel bir kural olarak, "bir antlaşma, antlaşmanın terimlerine kendi bağlamı içinde ve kendi hedefi ve amacı ışığında verilecek olağan anlamıyla iyi niyetle yorumlanır".⁹⁷ Öyleyse, 1/95 sayılı OKK'daki malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsur yorumlanırken 66. maddedeki yorum kuralını dikkate almamak -en azından- iyi niyet ile bağdaşmasa gerekir. Dahası, 1/95 sayılı OKK'nın 66. maddesi gibi bir madde olmasaydı bile, uluslararası anlaşmaların yorumuna ilişkin genel kural muhtemelen 66. maddedeki ile aynı veya benzer sonuca varmayı gerektirebilecekti, denilebilir.

Bu görüş kabul edilirse, birincisi, 1/95 sayılı OKK'nın 4. maddesi, ABİHA'nın 30. maddesine ilişkin içtihat hukuku ile uyumlu biçimde yorumlanacaktır.⁹⁸ İlk olarak, bu madde uyarınca gümrük vergisi *mutlak olarak yasaktır*.⁹⁹ *Gümrük vergisi, bir tarife temelinde belirlenmiş olan, ihracatçı tarafından köken devlete veya ithalatçı tarafından ev sahibi devlete ödenmek üzere belirli bir oran veya miktar üzerinden talep edilen mali yük olarak tanımlanabilir*.¹⁰⁰ İkinci olarak, bu madde uyarınca gümrük vergisine eş etkili vergiler *mutlak olarak yasaktır*. Gümrük vergisine eş et-

⁹⁷ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 31(1).

⁹⁸ ABİHA'nın 30. maddesine ilişkin içtihat hukuku için bkz. Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 5. Baskı, Oxford University Press, New York, 2016, s. 45-53; Paul Craig & Grainne De Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 6. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 639-647; Laurence W Gormley, *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 381-394; amongst other things, free trade in goods between member states. The free movement of goods is the primary pillar on which the internal market within the European Community - the heart of the EU - is based. This book analyses the operation of the customs union, with detailed treatment of the Community Customs Code and its implementing and associated measures. It also discusses the elimination of customs duties and charges having equivalent effect, and the elimination of quantitative restrictions and measures having equivalent effect in trade between Member States. It concludes with coverage of state monopolies of a commercial character, and the nuclear common market. It derives from a section in the looseleaf *Law of the EU* (Vaughan & Robertson, eds *İlke Göçmen, Avrupa Birliği Maddi Hukuku: İç Pazar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 140-147; Peter Oliver & Martín Martínez Navaro, "Free Movement of Goods", Catherine Barnard & Steve Peers, eds, *European Union Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2014, s. 329-333; Friedl Weiss & Clemens Kaupa, *European Union Internal Market Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, s. 49-51.

⁹⁹ Krş. İstanbul Lojistik, dn. 13, paras 38-41 ve 49.

¹⁰⁰ Göçmen, dn. 98, s. 140-141.

kili vergi, Türkiye – AB arası bir sınırı geçmesi nedeniyle, yerli ya da yabancı mallara tek taraflı olarak yüklenen ve dar anlamda gümrük vergisi olmayan –miktarı ve şekli veya uygulama biçimi nasıl olursa olsun– her türlü parasal yük anlamına gelir.¹⁰¹

İkincisi, 1/95 sayılı OKK'nın 50. maddesi, ABİHA'nın 110. maddesine ilişkin içtihat hukuku ile uyumlu biçimde yorumlanacaktır.¹⁰² İlk olarak, "benzer ürünler" bakımından birtakım yasaklar söz konusu olacaktır. "Benzer ürün", benzer özellikleri olan ve tüketicinin bakış açısına göre benzer ihtiyaçları karşılayan ürünleri ifade edecektir.¹⁰³ Benzer ürünler bakımından *doğrudan* ayrımcı iç vergiler *mutlak olarak* yasak sayılacaktır.¹⁰⁴ "Doğrudan ayrımcılık", bir ulusal önlemin bir malın *kökenine* odaklanarak ithal malları yerli mallara nazaran dezavantaja sokması hâlinde ortaya çıkacaktır.¹⁰⁵ Benzer ürünler bakımından *dolaylı* ayrımcı iç vergiler nesnel sebepler temelinde *haklı gösterilmediği müddetçe* yasak sayılacaktır.¹⁰⁶ "Dolaylı ayrımcılık", bir ulusal önlemin hukuken bir malın kökenine odaklanarak ithal malları yerli mallara nazaran dezavantaja sokmasa da, fiilen yerli mallara nazaran ithal malları dezavantaja sokması hâlinde ortaya çıkacaktır.¹⁰⁷ İkinci olarak, "diğer ürünler" bakımından korumacılık yasağı söz konusu olacaktır. "Diğer ürün", benzer ürün sayılmayan ve ithalat yapan ülkenin belirli ürünleri ile kısmi veya potansiyel olarak rekabet hâlindeki ürünleri ifade edecektir.¹⁰⁸ Diğer ürünler bakımından *korumacı iç vergiler mutlak olarak* yasak sayılacaktır.¹⁰⁹ "Korumacılık", diğer yerli ürünlerin ithal mallar karşısında bir tür "dolaylı mali korumacılık"tan yararlanması hâlinde ortaya çıkacaktır.¹¹⁰

¹⁰¹ Krş. İstanbul Lojistik, dn. 13, para 39.

¹⁰² ABİHA'nın 110. maddesine ilişkin içtihat hukuku için bkz. Barnard, dn. 98, s. 53-70; Craig & De Búrca, dn. 98, s. 647-662; Göçmen, dn. 98, s. 147-157; Oliver & Navaro, dn. 98, s. 347-352; Weiss & Kaupa, dn. 98, s. 86-91.

¹⁰³ Krş. Case 243/84 John Walker & Sons Ltd v Ministeriet for Skatter og Afgifter [1986] ECR 875, para 11.

¹⁰⁴ Krş. Case 148/77 H. Hansen jun. & O. C. Balle GmbH & Co. v Hauptzollamt de Flensburg [1978] ECR 1787, para 17.

¹⁰⁵ Örnek olarak krş. Ibid.

¹⁰⁶ Krş. Case 140/79 Chemical Farmaceutici SpA v DAF SpA [1981] ECR 1, para 14.

¹⁰⁷ Örnek olarak krş. Case C-221/06 Stadtgemeinde Frohnleiten and Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH v Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft [2007] ECR I-9643, para 47 (ve öncesi).

¹⁰⁸ Krş. Case 170/78 Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland [1983] ECR 2265, para 7.

¹⁰⁹ Krş. Case 184/85 Commission of the European Communities v Italian Republic [1987] ECR 2013, paras 13, 15.

¹¹⁰ Krş. Barnard, dn. 98, s. 62.

Üçüncüsü, 1/95 sayılı OKK'nın 5 ve 7. maddeleri, ABİHA'nın 34 ve 36. maddelerine ilişkin içtihat hukuku ile uyumlu biçimde yorumlanacaktır.¹¹¹ İlk olarak, miktar kısıtlaması *kural olarak* yasak sayılacaktır. "Miktar kısıtlaması", "duruma göre ithalatın, ihracatın ya da transit malların tamamen veya kısmen sınırlandırılmasına yol açan önlemleri" ifade edecektir.¹¹² Miktar kısıtlaması, 1/95 sayılı OKK md. 7'deki sebeplerden birisi ile ve orantılılık ilkesine uygun olmak kaydıyla haklı gösterilmediği müddetçe yasak sayılacaktır.¹¹³ İkinci olarak, miktar kısıtlamasına eş etkili tedbir *kural olarak* yasak sayılacaktır. "Miktar kısıtlamasına eş etkili tedbir", "üye devletlerce çıkarılan ve [Türkiye - AB gümrük birliği] içi ticareti doğrudan ya da dolaylı, fiilen ya da potansiyel olarak güçleştirmeye elverişli olan tüm önlemleri" ifade edecektir.¹¹⁴ Miktar kısıtlamasına eş etkili tedbir, eğer malın kökeni temelinde doğrudan ayrımcı ise, yalnızca 1/95 sayılı OKK md. 7'deki sebeplerden birisi ile ve orantılılık ilkesine uygun olmak kaydıyla haklı gösterilmediği müddetçe yasak sayılacaktır.¹¹⁵ Miktar kısıtlamasına eş etkili tedbir, eğer malın kökeni temelinde doğrudan ayrımcı değilse, özetle, 1/95 sayılı OKK md. 7'deki sebeplerden birisi veya diğer meşru sebepler ile ve orantılılık

¹¹¹ ABİHA'nın 34. ve 36. maddesine ilişkin içtihat hukuku için bkz. Ibid, s. 71-200; Craig & De Búrca, dn. 98, s. 665-718; Gormley, dn. 98, s. 395-537 amongst other things, free trade in goods between member states. The free movement of goods is the primary pillar on which the internal market within the European Community - the heart of the EU - is based. This book analyses the operation of the customs union, with detailed treatment of the Community Customs Code and its implementing and associated measures. It also discusses the elimination of customs duties and charges having equivalent effect, and the elimination of quantitative restrictions and measures having equivalent effect in trade between Member States. It concludes with coverage of state monopolies of a commercial character, and the nuclear common market. It derives from a section in the looseleaf Law of the EU (Vaughan & Robertson, eds; Göçmen, dn. 98, s. 158-194; Oliver & Navaro, dn. 98, s. 333-347; Weiss & Kaupa, dn. 98, s. 54-79.

¹¹² Krş. Case 2/73 Riseria Luigi Geddo v Ente Nazionale Risi [1973] ECR 865, para 7.

¹¹³ Krş. Case 113/80 Commission of the European Communities v Ireland [1982] ECR 1625, para 10 ve bkz. Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe in Case C-65/16 Istanbul Lojistik Ltd v Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatóság [2017] ECLI:EU:C:2017:282, para 80.

¹¹⁴ Krş. Case 8/74 Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville [1974] ECR 837, para 5. Bkz. Istanbul Lojistik (Opinion of AG), dn. 113, para 71.

¹¹⁵ Krş. Commission v Ireland (Case 113/80), dn. 113, para 10 ve bkz. Istanbul Lojistik (Opinion of AG), dn. 113, para 80.

ilkesine uygun olmak kaydıyla haklı gösterilmediği müddetçe yasak sayılacaktır.¹¹⁶ Üçüncü olarak, bir karine oluşturan karşılıklı tanıma ilkesi gündeme gelebilecektir.¹¹⁷ Bu ilkeye göre AB üyesi devlette hukuka uygun olarak üretilen ve pazarlanan mallar Türkiye’de de kural olarak pazarlanabilmelidir.¹¹⁸ Bununla birlikte, Türkiye, meşru sebepler temelinde ve orantılılık ilkesine uygun olmak kaydıyla bu karineyi çürütebilecektir.¹¹⁹

4. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın İlgili Hükümü ile Bir Başka Ulusal Hukuk Hükümü Çatışır mı Ne Olacaktır?

Eğer 1/95 sayılı OKK’daki malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsurun ABAD’ın o karşılık hükme ilişkin içtihat hukuku ile aynı biçimde yoruma tabi tutulacağını kabul edersek, dördüncü mesele, 1/95 sayılı OKK’nın ilgili hükmünün, bu yorum temelinde, ulusal hukuktaki başka bir kaynak ile çatışması halinde ne olacağıdır.

Konuya AB hukuku açısından yaklaşıldığında, 1/95 sayılı OKK’nın ilgili hükmünün AB üyesi devlet hukuku hükmü ile ve AB hukuku hükmü ile çatışma halini birbirinden ayırmak gerekir. Doğrudan etkili bir OKK hükmü AB üyesi devlet hukuku hükmü ile çatışır mı, öncelik ilkesi gereği, kendisiyle çatışan AB üyesi devlet hukuku hükmü bir kenara bırakılır, yani o olay yönünden uygulanamaz.¹²⁰ Örneğin *İstanbul Lojistik* kararında Macaristan motorlu taşıt vergisi, 1/95 sayılı OKK md. 4 uyarınca yasaklanan bir gümrük vergisine eş etkili

¹¹⁶ Krş. Case 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649, para 8; Joined cases C-267 and 268/91 Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard [1993] ECR I-6097, paras 14–18. Ayrıca krş. Case C-110/05 Commission of the European Communities v Italian Republic [2009] ECR I-519, paras 37, 58–59.

¹¹⁷ Krş. Diğer Üye Devletlerin Pazarlarına Ürünlerin Erişimini Kolaylaştırmak: Karşılıklı Tanınmanın Pratik Uygulanması Hakkında Yorumlayıcı Bildiri pt. 2.2. [2003] OJ C 265/2.

¹¹⁸ Krş. Cassis de Dijon, dn. 116, para 14.

¹¹⁹ Bkz. ve krş. Lorna Woods & Philippa Watson, Steiner & Woods EU Law, 12. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 391.

¹²⁰ Bkz. Joined cases C-10/97 to C-22/97 Ministero delle Finanze v IN.CO.GE.’90 Srl, Idelgard Srl, Iris’90 Srl, Camed Srl, Pomezia Progetti Appalti Srl (PPA), Edilcam Srl, A. Cecchini & C. Srl, EMO Srl, Emoda Srl, Sappesi Srl, Ing. Luigi Martini Srl, Giacomo Srl and Mafar Srl [1998] ECR I-6307, paras 19, 21.

vergi olduğundan uygulanamaz hale gelmiştir.¹²¹ Doğrudan etkili bir OKK hükmü bir başka AB hukuku hükmü ile çatışırsa AB hukukunun kaynakları bakımından normlar hiyerarşisi devreye girecektir.¹²² Buna göre, doğrudan etkili bir OKK hükmü; birincil hukuk hükmü ile çatışırsa birincil hukukun altında olduğu için birincil hukuk hükmü uygulanır, ancak ikincil hukuk ile çatışırsa ikincil hukukun üstünde olduğu için kendisi uygulanır.¹²³ Bununla birlikte, böyle bir örnek bugüne kadar hiç görülmemiştir.¹²⁴

Konuya Türk hukuku açısından yaklaşıldığında, 1/95 sayılı OKK'nın ilgili hükmünün ulusal hukuktaki başka bir kaynak ile çatışması halinde ne olacağı ile ilgili herhangi bir (üst) mahkeme kararı olmadığı gibi, açık bir doktrin görüşü de yoktur. Bununla birlikte, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar (ve dolayısıyla örneğin Ankara Anlaşması) ile ilgili görüşler mevcuttur. Bu görüşler çerçevesinde, ana hatlarıyla, Ankara Anlaşması, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası anlaşma olmadığına göre,¹²⁵ kanun ile eş seviyede kabul edilmelidir.¹²⁶ İki üst başlıkta değinildiği üzere, OKK'ların etki verdikleri Ankara Anlaşması ile doğrudan bağlantılı olduklarından¹²⁷ aynı niteliği taşıdığını kabul ettiğimizde, OKK'lar da kanun ile eş seviyede kabul edilmelidir. Bu kabul ile birlikte, kendi kendine icra edilebilir (*self-executing*) bir OKK hükmü; Anayasa ile çatışırsa Anayasa'nın altında olduğu için Anayasa hükmü uygulanır,

¹²¹ Bkz. İstanbul Lojistik, dn. 13, paras 44-47.

¹²² AB hukukunun kaynakları bakımından normlar hiyerarşisi için bkz. Sanem Baykal & İlke Göçmen, "Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi", Prof Dr Erdal Onar'a Armağan, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s. 317-365.

¹²³ Bkz. Sanem Baykal & İlke Göçmen, Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 367-368.

¹²⁴ Krş. Case C-228/06 Mehmet Soysal and Ibrahim Savatli v Bundesrepublik Deutschland [2009] ECR I-1031, paras 58-59.

¹²⁵ Örneğin Tezcan'a (2017) göre: 1982 Anayasası md. 90(5/son cümle) ortaklık hukuku bakımından uygulanabilir gözükmemektedir, ortaklık hukukunun kanun karşısında "hukuken otomatik olarak bir [önceliğinden] bahsetmek mümkün değildir". Tezcan, dn. 28, s. 90-91.

¹²⁶ Örneğin Acer ve Kaya'ya (2019) göre: "...Türkiye'deki mahkemeler, uluslararası antlaşmaları [...] Türk yasaları ile beraber uygulayabilecekler ancak çatışmaları halinde uluslararası [antlaşmalara] üstünlük tanımakla yükümlü olmayacaklardır". Acer & Kaya, dn. 24, s. 41. Örneğin Gözler'e (2017) göre "milletlerarası antlaşmaların Türk normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer aldığını söyleyebiliriz". Gözler, dn. 69, s. 115.

¹²⁷ Krş. Sevince, dn. 23, paras 10, 9.

kanun altı bir işlem ile çatışırsa kanun altı işlemin üstünde olduğu için kendisi uygulanır, kanun (veya kanun hükmünde bir işlem) ile çatışırsa *lex posterior* ve *lex specialis* kuralları¹²⁸ devreye sokulmalıdır.¹²⁹

Sonuç

Bu çalışma ile 1/95 sayılı OKK'nın malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsuru özelinde, ortaklık hukukunun Türk hukukunda etkileri ile ilgili dört ana mesele ele alınmıştır. Sonuç olarak da, 1/95 sayılı OKK'nın malların serbest dolaşımı ile ilgili üç alt unsuru özelinde, ortaklık hukukunun Türk hukukundaki etkilerinin, AB hukukundaki etkileri gibi olma ihtimalinin mevcut olduğu gösterilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte, görüldüğü üzere, her bir mesele, yani (i) 1/95 sayılı OKK'nın Türk hukukunun bir parçası olup olmadığı, (ii) 1/95 sayılı OKK'nın ve ilgili hükmünün kendi kendine icra edilebilir (*self-executing*) nitelik taşıyıp taşımadığı, (iii) 1/95 sayılı OKK'nın ilgili hükmünün nasıl yorumlanacağı (66. maddesinin etkisinin ne olacağı), (iv) 1/95 sayılı OKK'nın ilgili hükmünün yorumu temelinde ulusal hukuktaki başka bir kaynak ile çatışması halinde ne olacağı kendi içerisinde, haklı olarak, oldukça tartışmalıdır. Bunun yanı sıra, tüm bu meseleleri çözmesini, tek başına, yargıdan beklemek de makul olmayabilir. Hatta, gerçekçi olmak gerekirse, özellikle de Türkiye - AB

¹²⁸ Lex posterior kuralı gereğince sonraki hüküm önceki hükme, lex specialis kuralı gereğince ise özel hüküm genel hükme üstün gelecektir. Bunun için özel veya sonraki hüküm, sırasıyla genel veya önceki hükmü sınırlamayı ya da değiştirmeyi amaçlamalıdır. Koen Lenaerts & Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, 3. Baskı, Sweet & Maxwell, London, 2010, s. 818. Bu kurallar ile ilgili olarak ayrıca bkz. Gündüz Alp Aslan, *Türk Anayasa Hukukunda Kanunlaştırma Süreci*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 251-252.

¹²⁹ Bu son tespit ile ilgili olarak örneğin Özbudun'a (2012) göre: "andlaşmalarla kanunların eşdeğerli oldukları, dolayısıyla çatışmaları halinde uygulanacak normun, "sonraki kanun-önceki kanun" ve "özel kanun-genel kanun" ilişkilerinde ilkelere göre belirlenmesi gerektiği" söz konusudur. Özbudun, dn. 24, s. 229. Örneğin Pazarıcı'ya (2018) göre "... Türk hukuk düzeninde andlaşmalarla yasalar eşdeğerli olarak kabul edilip, ilke olarak, birinin ötekine üstünlüğü yoktur", "Anayasamızın temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar dışında kalan andlaşma ile bir yasanın çatışması olasılığı konusunda genel bir hüküm içermemesi karşısında" lex posterior derogat priori ilkesi geçerlidir. Pazarıcı, dn. 41, s. 30, 29. Örneğin Sur'a (2018) göre genel olarak andlaşmalar bakımından yasaya nazaran bir üstünlük bulunmaz, "bu görüşün sonucu olarak, lex posterior derogat priori ilkesi uyarınca, sonradan çıkarılan bir yasa ile mevcut temel haklar dışında bir andlaşma hükmünün bertaraf edilmesi mümkün ve geçerlidir". Sur, dn. 45, s. 62.

ilişkilerindeki gerileme göz önüne alındığında, bugün için, Türk mahkemelerinin OKK'lar ile ilgili bir tür "bütünleşme-dostu yorum yöntemi" benimseyerek¹³⁰ yukarıda değinilen etkiyi tanıma ihtimali, bunun aksine karar vermeleri ihtimaline nazaran, oldukça düşük olacaktır.

Bununla beraber, belki gümrük birliğinin güncellenmesi süreci bir kaldıraç olarak kullanılarak, yukarıdaki tartışmaları –en azından ileride– bertaraf edebilecek ve bir veya birkaçı aynı anda kullanılabilir, birkaç ihtimalden bahsedilebilir. Bir tarafta, Türkiye'nin tek başına atabileceği adımlar söz konusu olabilir. Bu yönden, bir ön tespit olarak belirtmek gerekir ki, özellikle 1/95 sayılı OKK'nın başlattığı tartışmalar, özünde, yasamanın, yürütmenin ve yargının dış ilişkiler hukukundaki rolleri ile ilgili anayasal meselelerdir.¹³¹ O halde, birincisi, Anayasa, ileride yapılacak bir değişiklik ile OKK'lar gibi –en azından bir ulusüstü örgüt ile akdedilen– uluslararası anlaşma ile kurulan ve bağlayıcı karar alma yetkisi tanınan bir organın kararları ile ilgili açık bir düzenleme getirebilir, böylece yasamanın, yürütmenin ve yargının rollerini daha açık biçimde belirleyebilir.¹³² İkincisi, Anayasa, ileride yapılacak bir değişiklik ile uluslararası anlaşmaların (ve/veya organ kararlarının) Anayasa'ya uygunluğu ile ilgili bir yargısal ön denetim mekanizması getirebilir, böylece bu konuda yargıya bir rol verebilir.¹³³ Bu yönden, genel bir ifadeyle belirtilirse, eğer 1/95 sayılı OKK döneminde yargısal ön denetim mekanizması olsaydı ve ona başvurulabilseydi bugünkü pek çok tartışma son bulmuş olabilirdi.

Diğer tarafta, Türkiye ile AB'nin birlikte atabileceği adımlar söz konusu olabilir. Birincisi, Türkiye ile AB, 1/95 sayılı OKK gibi kapsamlı

¹³⁰ Bu ifade ile ilgili olarak bkz. Christophe Hillion, "Withdrawal under Article 50 TEU: An Integration-Friendly Process", *Common Market Law Review*, Cilt: 55, Sayı: 2/3, 2018, s. 29-56.

¹³¹ Örneğin Toluner'e (1996) göre: "...bu tür milletlerarası teşkilatlarla şu veya bu biçimde ilişkiye girildiği çağımızda, bunu kolaylaştırıcı anayasal düzenlemelerin yapılması, 1960'lı yıllarda olduğundan çok daha ağırlıklı biçimde, çözüm bekleyen bir sorun olarak gündemde kalacaktır". Toluner, dn. 29, s. 26.

¹³² Örneğin Başlar'a (2004) göre OKK'lar gibi belgeler açısından "... daha açıklayıcı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu bir gerçektir". Başlar, dn. 30, s. 196-197. Örneğin Toluner'e (1996) göre "Gümrük Birliği olgusuyla birlikte, acaba, Anayasamızın bazı hükümlerinin gözden geçirilmesi gereği, bir kez daha, ortaya çıkmış değil midir?" Toluner, dn. 29, s. 16.

¹³³ Bkz. Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği: 'Ön-Denetim'", *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 258, 2014, s. 17-47; Tekin Apaydın, dn. 27, s. 542. Krş. ABİHA md. 218(11).

içeriğe sahip metinler yönünden bir OKK almak yerine uluslararası anlaşma yapmayı tercih edebilir. Bu yönden, tıpkı Ankara Anlaşması'nın öngördüğü geçiş dönemi ile ilgili Katma Protokol bakımından olduğu gibi, son dönem ile ilgili metin de bir uluslararası anlaşma şeklinde olsaydı, tartışmaların büyük çoğunluğu yaşanmayabilirdi. O halde, gümrük birliğinin güncellenmesi esnasında 1/95 sayılı OKK, belki de ortaklık hukukunun kaynaklarının konsolidasyonun bir parçası olarak, bir uluslararası anlaşmaya çevrilebilir.¹³⁴ İkincisi, ortaklık ilişkisinde -bütünlüklü bir paketin parçası olmak kaydıyla¹³⁵-, belki de bir ortaklık mahkemesi kurmak aracılığıyla,¹³⁶ işler bir uyuşmazlıkların çözümü mekanizması getirilebilir.¹³⁷ Böylece, hem OKK'lar ve dolayısıyla 1/95 sayılı OKK ile ilgili tartışmalara çözüm üretmek mümkün olabilir hem de gümrük birliği gibi içinde malların serbestçe dolaştığı ortak alan olarak tanımlanabilecek ileri düzey bir bütünleşme aşamasının gerektirdiği, diğerlerinin yanı sıra, hukuk kurallarının homojen yorumu sağlanabilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Acer Yücel ve Kaya İbrahim, Uluslararası Hukuk, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Aslan Gündüz Alp, Türk Anayasa Hukukunda Kanunlaştırma Süreci, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Aybay Rona ve Oral Elif, Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.

¹³⁴ Kırş. Peers, dn. 86, s. 428.

¹³⁵ Bu yönden bkz. World Bank, Evaluation of the EU-Turkey Customs Union, 85830-TR (2014).

¹³⁶ Örneğin kırş. Avrupa Ekonomik Anlaşması md. 105 vd.

¹³⁷ Örneğin Peers'a (1996) göre: "... [1/95 sayılı OKK], tam hukuki entegrasyonu sağlamak için gerekli olan tüm araçları sağlamamaktadır ve gümrük birliği böyle bir entegrasyonun yokluğunda gerçek anlamda tamam olamayacaktır". Peers, dn. 86, s. 430. Can'ın 2003 tarihli çalışmasına göre "...Ortaklık ilişkisinin önemli bir eksikliği, andlaşmanın yorum ve uygulanmasında taraflar arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkları çözecek kurumsal bir yapılanmanın (yargı) yokluğudur". Can, dn. 32, s. 43. Örneğin Oder'e (2008) göre: "... uyuşmazlık çözümünde Ortaklık Mahkemesi gibi özel bir yargı yerinin kurulmaması, Gümrük Birliği gibi sıkı bir ilişki biçimine rağmen Türk ve AB tarafının karma nitelikli siyasal mekanizmalar ve özellikle danışma ve işbirliği yoluyla ilişkilerini biçimlendirme isteğini göstermektedir". Oder, dn. 28, s. 99.

- Barnard Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 5. Baskı, Oxford University Press, New York, 2016.
- Baykal Sanem ve Göçmen İlke, *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Craig Paul ve De Búrca Grainne, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 6. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Eeckhout Piet, *EU External Relations Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Göçmen İlke, *Avrupa Birliği Maddi Hukuku: İç Pazar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Gormley Laurence W, *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Gözler Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.
- Günüğür Haluk, *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri*, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara, 2008.
- Lasok Dominik, *The Trade and Customs Law of the European Union*, 3. Baskı, Kluwer Law International, United Kingdom, 1997.
- Lenaerts Koen ve Van Nuffel Piet, *Constitutional Law of the European Union*, 3. Baskı, Sweet & Maxwell, London, 2010.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Reçber Kamuran, *Türkiye - Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku*, Dora Yayıncılık, Bursa, 2016.
- Sur Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Tatham Allan F., *Enlargement of the European Union*, Kluwer Law International, the Netherlands, 2009.
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Weiss Friedl ve Kaupa Clemens, *European Union Internal Market Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- Woods Lorna ve Watson Philippa, *Steiner & Woods EU Law*, 12. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Kitap Bölümü & Makaleler

- Akyüz Mert ve Develi Abdülkadir, "Ticaret Savaşlarının Gölgesinde Türkiye - Avrupa Birliği Gümrük Birliğinin Güncellenmesi: Nedenleri, İçeriği ve Yöntemi", Murat Çetinkaya & Gönül Muratoğlu, eds, *Ticaret ve Kur Savaşları: Küresel Ekonomik Politika Yansımaları*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- Arat Tuğrul, "Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, 1995.
- Aybay Rona, "Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği: 'Ön-Denetim'", *Mülkiye Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 258, 2014.

- Başlar Kemal, "Gümrük Birliği 'Anlaşması'nın (1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın) Hukuksal Niteliği", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, 2004.
- Baykal Sanem ve Göçmen İlke, "Avrupa Birliği Hukukunun Kaynakları Bakımından Normlar Hiyerarşisi", Prof Dr Erdal Onar'a Armağan, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013.
- Can Hacı, "Türkiye - Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2003.
- Can Hacı, "Türk Futbol Takımlarında Oynayan Avrupa Birliği Vatandaşı Profesyonel Futbolcuların Yabancı Statüsüne Tabi Tutulması Sorunu", *TİSK Akademi*, Sayı: 1, 2010.
- Candan Tolga, "Türkiye- AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı 'İstanbul Lojistik Ltd.' Kararı Hakkında Bir Değerlendirme", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 38, 2018.
- Göçmen İlke, "Avrupa Birliği ile Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Türk Mahkemelerinin Avrupa Birliği Hukuku Karşısındaki Tutumuna Yönelik Bir Öneri: AB-Dostu Yorum Yöntemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 63, Sayı: 1, 2014.
- Göçmen İlke, "Türkiye-Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Maddi Boyut", Belgin Akçay & Sinem Akgül Açıkmeşe, eds, *Yarım Asrın Ardından Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Göçmen İlke, "Revealing the Potential of the EU - Turkey Customs Union: Case C-65/16, Istanbul Lojistik, 19 October 2017, ECLI:EU:C:2017:770", *Legal Issues of Economic Integration*, Cilt: 45, Sayı: 3, 2018.
- Göçmen İlke, "1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 66. Maddesi, Malların Serbest Dolaşımı Yönünden Avrupa Birliği İç Pazarına Erişimin Anahtarı mı?", *Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: XXXIV, Sayı: 1, 2018.
- Günuşur Haluk, "6 Mart Kararı ve Gümrük Birliği", *Süreç*, Sayı: 17, 18, 1995.
- Hoffmeister F., "International Agreement in the Legal Orders of the Candidate Countries: Introduction", Andrea Ott & Kirstyn Inglis, eds, *Handbook on European Enlargement: A Commentary on the Enlargement Process*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2002.
- Kabaalioğlu Haluk, "The Customs Union: A Final Step before Turkey's Accession to the European Union?", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, 1998.
- Oder Bertil Emrah, "Türkiye - AB İlişkilerinde Anayasal Tartışmalar: Gümrük Birliği, İnsan Hakları ve Kurumsal Kapasite", Nevhis Deren-Yıldırım, ed, *Hâlâ Avrupa Birliği'ne Tam Üyelik? Tehditler, Avantajlar ve Çözüm Önerileri*, XII Levha, İstanbul, 2008.
- Oliver Peter ve Navaro Martín Martínez, "Free Movement of Goods", Catherine Barnard & Steve Peers, eds, *European Union Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2014.
- Özkan Işıl, "Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerine Giriş Hakkı ve Vize Sorunu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: Özel Sayı, 2007.
- Peers Steve, "Living in Sin: Legal Integration Under the EC-Turkey Customs Union", *European Journal of International Law*, Cilt: 7, Sayı: 4, 1996.

- Tekin Apaydın Deniz, "Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2018.
- Tekinalp Ünal, "Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerindeki Etkileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 55, Sayı: 1-2, 1996.
- Tezcan Ercüment. "Türkiye - Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Kurumsal Boyut", Belgin Akçay & Sinem Akgül Açıkmeşe, eds, *Yarım Asrın Ardından Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Toluner Sevin. "6 Mart 1995 tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlerarası Hukuk Açısından bir Değerlendirme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 55, Sayı: 1-2, 1996.
- Yeşilyurt Nazile İrem, "Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri", *İnsan Hakları Yılığ*, Cilt: 32, 2014.

Diğerleri

- Weiler Joseph H H., Brexit - Apportioning the Blame (2020) <<https://eulawlive.com/op-ed-brexit-apportioning-the-blame-by-jhh-weiler/>>
- World Bank. Evaluation of the EU-Turkey Customs Union, 85830-TR (2014) <<https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/turkey/tr-eu-customs-union-eng.pdf>>