

Cilt: 22, Sayı: 36, Yıl: 2017
Vol: 22, No: 36, Year: 2017
ISSN: 1300-2929

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Dicle University Journal of Law Faculty

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hakemli Bir Dergidir

Diyarbakır 2017

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(DÜHFD)

Dicle University Journal of Law Faculty

| | |
|------------------------|---|
| Derginin Sahibi | : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dekan V.) |
| Sorumlu Müdür | : Nazime YÜCESOY (Fakülte Sekreteri) |
| Yönetim Yeri | : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır |
| Yayının Türü | : Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi |
| ISSN | : 1300-2929 |
| e-ISSN | : 2458-7907 |

Yayın Kurulu

| | |
|---------------------------------|-----------------------------------|
| Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ | Doç. Dr. Ali AYLİ |
| Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN | Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU |
| Yrd. Doç. Dr. Mehmet KARAARSLAN | Arş. Gör. Dr. M. Burak BULUTTEKİN |

Editörler

| | |
|-------------------------------|-----------------------------------|
| Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU | Arş. Gör. Dr. M. Burak BULUTTEKİN |
|-------------------------------|-----------------------------------|

Kurumsal İletişim Bilgileri

| | |
|---------------|--|
| Adres | : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır |
| Tel | : +90 412 2488357 |
| Fax | : +90 412 2488358 |
| Url | : http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi |
| E-Mail | : hukukdergisi@dicle.edu.tr diclehukukdergisi@gmail.com |

| | |
|-------------------|--|
| Dizgi | : Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU |
| Basım Yeri | : Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır |
| Basım Yılı | : 2017 |

- Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez (Mayıs ve Kasım) aylarında) yayımlanan hakemli bir dergidir.
- Derginin amacı hukuk ve hukuk ile yakından bağlantılı konularda bilime katkı sunabilecek akademik çalışmalara yer vermektir.
- Derginin kapsamına hukuk veya hukuk ile yakından ilgili konularda yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir.
- Derginin yayın dili Türkçedir. Ancak Türkçe özetine yer verilmek koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir.
- Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.

DANIŞMA KURULU*

- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (WWU Münster / Germany)
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (İstanbul Medeniyet Üniv. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet AYAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Hasan Kalyoncu Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zehra Şeker ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cevat Gökhan ERBAŞ (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Yrd. Doç. Dr. Abdullah İSLAMOĞLU (İstanbul Üniv. Hukuk Fak.)
Yrd. Doç. Dr. Filiz YAVUZ İPEKYÜZ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Yrd. Doç. Dr. Hüseyin Murat IŞIK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Mehmet KARAARSLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Yrd. Doç. Dr. Murat TÜMAY (İstanbul Medeniyet Üniv. Hukuk Fak.)
Yrd. Doç. Dr. Mustafa KOÇAK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Necat AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Yrd. Doç. Dr. Ömer ERGÜN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Sadullah ÖZEL (Batman Üniversitesi İİBF)
Yrd. Doç. Dr. Songül ATAK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Vahap COŞKUN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Yılmaz YÖRDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

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

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

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

MAKALE YAZIM KURALLARI

1. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması gerekir.
2. Editörden onay alınan haller hariç olmak üzere yayımlanmak üzere gönderilen yazıların kural olarak 30 sayfası geçmemesi gerekir.
3. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir özete yer vermelidir. Ayrıca yazının ilgili yabancı dildeki tercümesine ve özetlerden hemen sonra gelmek üzere en az beş anahtar kelimeye de yer verilmelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe özetine yer verilmesi zorunludur.
4. Yazının sistematığı aşağıdaki şekilde olmalıdır.

BAŞLIK

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

YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

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

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

II. ...

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

B. ...

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

2. ...

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

b. ...

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

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

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

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

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

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

6. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve tüm dipnotların mutlaka nokta işareti (.) ile sonlandırılması gerekir.

DERGİNİN GEÇMİŐİ

(ARŐIV)

| | | |
|-------------|-------------------|----------------|
| Cilt: 1 | Sayı: 1 | Yıl: 1983 |
| Cilt: 2 | Sayı: 2 | Yıl: 1984 |
| Cilt: 3 | Sayı: 3 | Yıl: 1985 |
| Cilt: 4 | Sayı: 4 | Yıl: 1988 |
| Cilt: 5 | Sayı: 5 | Yıl: 1992 |
| Cilt: 6 | Sayı: 6 | Yıl: 1993 |
| Cilt: 7 | Sayı: 7 | Yıl: 2003 |
| Cilt: 8-9 | Sayı: 8-9-10-11 | Yıl: 2003-2004 |
| Cilt: 10-11 | Sayı: 12-13-14-15 | Yıl: 2005-2006 |
| Cilt: 12-13 | Sayı: 16-17-18-19 | Yıl: 2007-2008 |
| Cilt: 14 | Sayı: 20-21 | Yıl: 2009 |
| Cilt: 15-16 | Sayı: 22-23-24-25 | Yıl: 2010-2011 |
| Cilt: 17-18 | Sayı: 26-27-28-29 | Yıl: 2012-2013 |
| Cilt: 19 | Sayı: 30-31 | Yıl: 2014 |
| Cilt: 20 | Sayı: 32 | Yıl: 2015 |
| Cilt: 20 | Sayı: 33 | Yıl: 2015 |
| Cilt: 21 | Sayı: 34 | Yıl: 2016 |
| Cilt: 21 | Sayı: 35 | Yıl: 2016 |
| Cilt: 22 | Sayı: 36 | Yıl: 2017 |

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

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Vahap COŞKUN

16 NİSAN 2017 TARİHİNDE KABUL EDİLEN ANAYASA
DEĞİŞİKLİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....3

Arş. Gör. Kürşat AKÇA

TÜRK MEVZUAT VE UYGULAMASI ÇERÇEVESİNDE
ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İÇİN TBMM'DE YAPILAN
OYLAMALAR VE BU OYLAMALARDA ARANAN KARAR
YETER SAYISI31

Arş. Gör. Nilüfer COŞKUN

RESMİ İDEOLOJİ VE YARGISAL AKTİVİZM59

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Necat AZARKAN

FAKTORİNG İŞLEMİ ÇERÇEVESİNDE ÇEKİ CİRO İLE
TEMLİK ALAN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI ŞAHSİ DEF'İLERİN
İLERİ SÜRÜLMESİ.....89

Arş. Gör. Zeynep Uyar HATİPOĞLU

YARGITAY İÇTİHATLARINA GÖRE MURİS
MUAVAZAASINDA MİRAS BIRAKANIN ASIL İRADESİNİN
TAYİNİ.....109

Av. Kemal DÖNER

TÜKETİCİ MAHKEMELERİNİN GÖREVLİ OLDUĞU
UYUŞMAZLIKLAR137

CONTENTS

ARTICLES

COMMON LAW

Asst. Prof. Vahap COŞKUN

THE ASSETMENT OF CONSTITUTIONAL AMANDMENTS
ACCEPTED ON APRIL 16, 20174

Res. Asst. Kürşat AKÇA

THE BALLOTS FOR CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN
TURKISH LEGISLATION AND REQUIRED QUORUM OF THE
DECISION IN THESE BALLOTS 32

Res. Asst. Nilüfer COŞKUN

OFFICIAL IDEOLOGY AND JUDICIAL ACTIVISM 60

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Necat AZARKAN

ERHEBUNG DER PERSÖNLICHEN EINWENDUNGEN
GEGEN DEN INDOSSANTEN BEIM
FAKTORINGVERFAHREN 90

Res. Asst. Zeynep Uyar HATİPOĞLU

DESIGNATION OF THE ACTUAL WILL OF THE LEGATORIN
DECEASED COLLUSION IN ACCORDANCE WITH SUPREME
COURT CASE LAW 110

Advocate Kemal DÖNER

COMPETENCE OF THE CONSUMER COURTS 138

KAMU HUKUKU

16 NİSAN 2017 TARİHİNDE KABUL EDİLEN ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Vahap COŞKUN*

ÖZ

1982 Anayasası, yürürlüğe girdiği andan itibaren sürekli tartışmaların odağında yer aldı. Hemen her dönemde farklı toplumsal kesimler anayasanın değiştirilmesini talep etti. İlk olarak 1987’de değişen bu Anayasa toplamda 21 kez değiştirildi.

Türkiye, anayasa değişikliği için bir kez daha sandık başına gitti. 18 maddelik değişikliğin esas konusu, hükümet sistemiydi. Halkın kabul etmesi ile birlikte Türkiye, parlamenter sisteminden başkanlık sistemine geçti. Bu çalışmada, 16 Nisan’da halkın kabulüne sunulan değişiklik önerilerini incelenmiş ve alternatif öneriler tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hükümet sistemi, hukuk devleti, başkanlık sistemi, anayasa değişikliği, parlamenter sistem.

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: vahapcoskun@gmail.com.
Makalenin Gönderim Tarihi : 31.03.2017.
Makalenin Kabul Tarihi : 03.05.2017.

THE ASSETMENT OF CONSTITUTIONAL AMANDMENTS ACCEPTED ON APRIL 16, 2017

ABSTRACT

The 1982 Constitution has been at the center of the ongoing debate since it came into force. In almost every period, different social segments demanded the amendment of the constitution. This constitution, which was changed first in 1987, has been amended 21 times, in total, up to now.

Turkey once again went to the polls for a constitutional amendment. The main subject of the 18-article amendment was the government system. With the acceptance of the people Turkey passed from the parliamentary system to the presidential system. In this study, the amendment to be referred to the public approval on 16 April is examined and alternative suggestions are discussed.

Keywords: The government system, the rule of law, the presidential system, constitutional amendment, the parliamentary system.

I. GİRİŞ

1982 Anayasası, yürürlüğe girdiği andan itibaren sürekli tartışmaların odağında yer aldı. Gerek toplumsal ve gerek siyasi alanda yaşanan sorunların kaynağında bu anayasanın olduğu düşünüldü. Bu sorunların çözülmesi için de hemen her dönemde anayasanın değiştirilmesine yönelik talepler gündemi işgal etti. Kanun koyucunun bu değişim talepleri karşısında duyarsız kalması mümkün değildi. Nitekim yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra -1987'de- anayasada ilk değişiklik gerçekleştirildi. Ardından geçen süre zarfında 1982 Anayasasında toplam 21 kez değişiklik yapıldı.¹

Değişikliklerin bir sonucu olarak Anayasa metni orijinal halinden çok uzaklaştı. Ancak bu, 1982 Anayasasının değiştirilmesine yönelik talepleri durdurmadı. 1982 Anayasasının bir darbenin eseri olduğundan ve değişikliklere rağmen özgürlük karşıtı ruhunu muhafaza ettiğiinden bahisle, anayasanın bütünüyle değiştirilmesi ve yeni bir anayasal düzene

¹ Anayasa değişikliklerinin kapsamlı bir analizi için bkz. Erdem, Fazıl Hüsnü / Heper, Yunus: Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri, SETA Yayınları, 2011, s. 43-53.

geçilmesi yönündeki irade devam etti. Bilhassa 2007'den sonra TBMM'deki dört siyasi parti hemen her seçime yeni bir anayasa taahhüdüyle girdi; halktan demokratik ve sivil bir anayasanın yapılması için destek istediler.

2011 milletvekili genel seçimlerinden sonra TBMM'de Anayasa Uzlaşma Komisyonu kuruldu. Meclis'te grubu bulunan dört siyasi partiden eşit temsilcilerin katılımıyla teşekkül eden bu komisyonun gayesi, partilerin mutabakatı ile yeni bir anayasa yazmak ve bunu halkın oyuna sunmaktı. Bunun için Komisyon; siyasi partilerden, sivil toplum örgütlerinden, üniversitelerden ve halktan anayasaya ilişkin görüş ve önerilerini topladı. Lakin partiler arasında temel ayrılık noktaları bulunduğundan bir uzlaşmaya varılamadı. Uzunca bir süre çalışmasına karşın Komisyon, herhangi bir anayasa değişikliği gerçekleştirilmeden faaliyetlerine son verdi.²

Dört siyasi partinin anlaşamadıkları en önemli konulardan biri, hükümet sistemi idi. Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) ve Halkların Demokratik Partisi (HDP) parlamenter sistemin devamından yanaydılar. İktidardaki Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) ise, sistem değişikliğini öneriyor ve parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçilmesini savunuyordu. AKP'ye göre, 2007 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi usulünün getirilmesinden sonra hükümet sisteminde değişiklik yapmak mecburiydi. Demokratik meşruiyetin gücünü arkasına alan bir güçlü Cumhurbaşkanı'nın, parlamenter sistemin sembolik cumhurbaşkanı gibi davranması beklenemezdi. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçimiyle birlikte fiili olarak başkanlığa geçilmişti, bir anayasa değişikliği ile bunu hukukileştirmek gerekiyordu.

Türkiye'de halk Cumhurbaşkanı'nın seçmek için ilk kez 10 Ağustos 2014'te sandık başına gitti. İlk turda oyların % 51.79'unu alan Recep Tayyip Erdoğan, halk tarafından seçilen ilk cumhurbaşkanı oldu.³ Seçim kampanyası sırasında Erdoğan sıklıkla bir "protokol cumhurbaşkanı" olmayacağını, halk tarafından seçilmenin

² 24. Dönem Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nun teşekkülü, üyeleri ve çalışmaları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/>.

³ 10 Ağustos 2014'te yapılan Cumhurbaşkanlığı Seçimi sonuçları için bkz. http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20Folders/HaberDosya/2014CB-Kesin-416_d_Genel.pdf.

cumhurbaşkanına sorumluluklar yükleyeceğini ve icracı bir cumhurbaşkanı profili sergileyeceğini belirtiyordu.⁴

Erdoğan seçildikten sonra söyledikleriyle paralel yönetim tarzı ortaya koydu. Hükümetin bütün faaliyetlerine doğrudan müdahil oldu. Muhalefet partileri bu durumu sert bir şekilde eleştiriyor, Erdoğan'ın tarafsızlığı ihlal ettiğini belirtiyorlardı. Erdoğan ise bu eleştirilere hem Anayasanın kendisine tanıdığı hakları kullandığını söyleyerek karşılık veriyor ve hem de muhalefetin şikâyetçi olduğu hususun çözülmesi için bir anayasa değişikliğine gidilmesini teklif ediyordu.

Muhalefet partilerinden hiçbiri AKP'den ve Cumhurbaşkanı'dan gelen hükümet sistemi değişikliği teklifine olumlu bir cevap vermedi. Ancak 15 Temmuz 2016'da gerçekleşen darbe girişiminin akabinde MHP'nin tavrı değişti. MHP Genel Başkanı Devlet Bahçeli; Cumhurbaşkanı'nın tutumlarının fiili bir durum yarattığını, fiili durum ile hukuki çerçeve arasında bir tenakuz bulunduğunu, bu tenakuzun halkın hakemliğine başvurularak giderilmesi gerektiğini belirtti ve AKP'ye "*Başkanlıkta ısrar ediyorsa teklifini Meclis'e getirmesi*" çağrısında bulundu.⁵

"MHP'den Başkanlığa vize" olarak değerlendirilen bu açıklamanın ardından AKP ve MHP'nin hukukçu kurmayları anayasa değişiklik teklifini hazırlamak için birlikte çalışmaya başladılar. İki partinin metin üzerinde uzlaşmasından sonra 10 Aralık 2016'da TBMM Başkanlığı'na 316 AKP'li vekilin imzasını "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Bir kanun Teklifi*" başlıklı teklif sunuldu.

İlk halinde 21 madde olan teklif Komisyon ve Meclis'teki görüşmeler esnasında 18 maddeye indi. Teklifin tümü üzerinde yapılan görüşmeler 21 Ocak 2017'de nihayetlendi ve teklif 339 oyla kabul edilip yasalaştı. Cumhurbaşkanı Erdoğan 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'u 10 Şubat 2017'de onayladı. Böylece söz konusu kanun, Anayasanın 175. maddesi gereğince

⁴ Şafak, Erdal: Yeni Dönemin Şifreleri, Sabah, 08.04.2014, <http://www.sabah.com.tr/gundem/2014/04/08/yeni-donemin-isaretleri>.

⁵ Devlet Bahçeli'nin konuya dair açıklaması için bkz. http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/613892/Bahceli_den_baskanlik_sistemine_yesil_isik.html.

(330 oy ile 267 oy aralığında kabul edilen anayasa değişikliği hakkındaki kanunların referanduma götürülmesi mecburiyeti) halkoyuna sunuldu.⁶

Bu çalışmada, 16 Nisan 2016 tarihinde yapılan halk oylamasında kabul edilen anayasa değişiklikleri ele alınacak, her bir maddenin menfi ve müspet olduğu düşünülen yönlerine değinilecek ve alternatif öneriler tartışmaya açılacaktır.

II. MADDE 9

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷ ile Anayasanın yargı yetkisini düzenleyen 9. maddesindeki “yargının bağımsızlığı” ilkesine “tarafsızlık” ilkesi de eklendi. Böylelikle “bağımsızlık” gibi “tarafsızlık” da yargının anayasal niteliklerinden biri haline getirildi.

Hükümet sistemleri yasama ile yürütme arasındaki ilişkilere bakılarak tasnif edilir. İki güç arasındaki iktidar mimarisine göre sistem parlamenter, yarı-başkanlık veya başkanlık olarak isimlendirilir. İşin tabiatı gereği yargı daha baştan tarafsız ve bağımsız olarak kabul edilir. Yani Anayasadaki “yargının bağımsızlığı” ilkesi –doğal olarak- “yargının tarafsızlığını” da içerir. Bu nedenle tarafsızlığının ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı söylenebilir.

Ancak Türkiye’de yargı her dönem tartışmaların odağında oldu. Yargının tarafsız olmadığı, tarafgir davrandığı yolunda hemen her dönemde farklı kesimlerden yoğun şikâyetler geldi. Görünen o ki, kanun koyucu bu tarihi arka planı dikkate alarak “yargının tarafsızlığını” özellikle vurgulama ihtiyacı hissetmiştir. Şüphesiz sırf Anayasada “tarafsızdır” denildiği için yargı tarafsız olacak değildir. Salt anayasaya bir hüküm konulmakla yargının tarafsızlığı temin edilemez. Bununla birlikte tarafsızlığın zikredilmesinin de bir sakıncası yoktur.

⁶ 16 Nisan 2016 tarihinde halkoyunua sunulan Kanun metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6771.html>.

⁷ Çalışmanın bundan sonraki kısmında kısaca “Değişiklik Kanunu” olarak zikredilecektir.

III. MADDE 75

Değişiklik Kanunu, TBMM'nin 550 olan milletvekili sayısını 600'e çıkarttı. Görüşmeler esnasında CHP, Türkiye'nin gerçekte vekil sayısının artırılmasına gerek duymadığını, aksine vekil sayısının azaltılması gerektiğini belirtti. 50 fazla vekilin, teklifin Meclis'ten rahatça geçmesini sağlamak için mevcut vekillere verilmiş bir "rüşvet" olduğunu ifade etti.⁸

Buna mukabil AKP, teklifin AB standartları göz önünde bulundurularak hazırlandığını savundu. Buna göre, vekil başına düşen seçmen sayısı AB ülkelerinde 40.497 bin iken, Türkiye'de 103.544'tür. Keza vekil başına düşen nüfus AB ülkelerinde 53.764 iken, Türkiye'de 143.166'dır. Bundan dolayı AB verileri ile kıyaslandığında Türkiye hem seçmen hem de nüfus temsiliyetinin en düşük olduğu ülkedir. Vekil sayısının 550'den 600'e çıkarılmasıyla daha sıkı bir temsil ilişkisi kurulacak ve Meclis daha güçlü kılınacaktır.⁹

Temsiliyetin kuvveti, vekil sayısından çok, seçim sistemiyle irtibatlıdır. Türkiye'de seçim sistemiyle ilgili başlıca iki büyük sorun var: Biri, mevcut seçim sistemindeki % 10'luk bir ülke barajının varlığıdır. Diğeri ise, vekil adaylarının belirlenmesinde tabanın / seçmenin neredeyse hiçbir etkisinin olmaması, adayların tamamının partilerin genel başkanı ve genel merkezi tarafından tayin edilmesidir.

Seçim düzeni aynı kaldığı müddetçe vekil sayısını çoğaltmakla sağlıklı bir temsiliyet sağlanamaz. Bugün 88 vekili bulunan İstanbul'un değişiklikle birlikte 97 vekil çıkaracak olması¹⁰, İstanbul seçmeninin daha iyi temsil edildiği anlamına gelmez. Temsilin güçlendirilmesi için ivedilikle yapılması gereken seçim sisteminin değiştirilmesidir.

Bu bağlamda önerimiz, dar bölge iki türlü seçim sistemine geçilmesidir. Bu sistem, seçmenin kimi vekil olarak seçtiğini bilmesini ve seçmen ile vekilin daha fazla yüz yüze irtibat kurmasını sağlar. Hem

⁸ <http://www.abcgazetesi.com/muhalefetten-carpici-yorum-50-vekil-meclise-rusvet-40627h.htm>.

⁹ <http://www.nnhaber.com/haberprint/petek---guclu-meclis-icin-evet--1902.html>.

¹⁰ <http://www.a24.com.tr/illerin-vekil-sayilari---hangi-il-kac-vekil-alacak-haberi-40086411h.html?h%3D48>.

demokratik meşruiyet ve temsili güçlendirir hem de parti için demokrasinin gelişmesine katkı sunar.

IV. MADDE 76

Değişiklik Kanunu, 25 olan milletvekili seçilme yaşını 18'e indirdi. Milletvekili aday olmak için gerekli olan “*askerlik yapmış olmak*” şartını kaldırdı, bunun yerine “*askerlik ile ilişkisi olmamak*” şartını getirdi. Buna göre, henüz askerlik çağına gelmemiş olanlar ile 20 yaşın üzerinde olup da askerliğini tecil ettirmiş olanlar milletvekili seçilebilecekler. Milletvekili sıfatını taşıdıkları sürece de askerliklerini erteletebilecekler.

Milletvekili seçilme yaşının 18'e çekilmesi öneri sahipleri tarafından iki gerekçeyle savunuldu: Birincisi, Türkiye'nin genç bir nüfusa sahip olmasıydı. İkincisi seçme hakkına sahip olanların seçilme hakkından mahrum edilmemesi gereği idi.

Türkiye'nin genç nüfusunu siyasette daha etkin hale getirmeyi ve daha fazla temsil edilmelerini istemek doğrudur. Gençlere yönelik politikaların oluşturulmasında onların müdahil kılmaya çalışmak da yerindedir. Ancak bunun için seçilme yaşının 18'e indirilmesi kanaatimizce üç sebeple- doğru ve yerinde değildir:

Bir, siyaset ağır bir yükür. Belli bir mesleki bilgiye, hayat tecrübesine ve sosyal birikime sahip olunarak girildiğinde siyasetin hakkı verilebilir. Aksi takdirde bu ağır yükün altına girenlerin belı bükülebilir. 18 yaşın bu açıdan erkendir.

İki, seçme hakkının varlığı her makama doğrudan seçilme hakkını vermez. Bazı pozisyonlar için seçme hakkının tanındığı yaşın üzerinde bir yaş şartının konulması demokrasiye aykırılık teşkil etmez. Nitekim Anayasada Cumhurbaşkanlığı için de 40 yaş şart koşulmuştur. Dolayısıyla milletvekilliği için de seçme yaşından daha ileri bir yaşın belirlenmesi demokrasiye tezat bir durum oluşturmaz.

Üç, teklif sahipleri başta AB ülkeleri olmak üzere birçok ülkede 18 yaşındaki gençlere seçilme hakkının verildiğini belirtiyorlar. Doğru; ancak seçilme yaşını 18 olarak uygulayan demokratik ülkelerin en önemli özelliği, oralarda zorunlu askerliğin olmaması. Hem milletvekilliği seçilme yaşını 18'e indirmek hem de zorunlu askerliği devam ettirmek

birçok probleme yol açabilir. Cumhurbaşkanı bir keresinde “18 yaşında milletvekili seçilenlerin askerlikten muaf tutulması”¹¹ önerisinde bulundu. Ancak bu öneri sorunu çözmez, aksine bu hükmü istismara açık hale getirir.

Yeri gelmişken milletvekili seçme yaşına dair dünyadaki tatbikata bakmak faydalı olabilir. TBMM Araştırma Merkezi bu konuda bir araştırma yaptı. Araştırma verilerine göre; 186 ülkeden 45 ülke 18’i, 60 ülke 25’i, 8 ülke ise 30’u seçilme yaşı olarak kabul ediyor. Seçilme yaşını Kuzey Kore ve Doğu Timor gibi 17’ye düşüren, Nauru ve Bahreyn gibi 20’de tutan, Angola gibi 35’e çıkaran ülkeler de var. Diğer ülkelerde ise seçilme yaşı 25-35 aralığında seyrediyor.¹²

Kanımızca mevcut anayasadaki 25 yaş şartı, 18 yaşa göre, daha makul. Lakin eğer seçilme yaşı 18 yaşa düşürülecekse, o vakit zorunlu askerliğin kaldırılması gerekir.

V. MADDE 77

2007 yılında yapılan bir anayasa değişikliği ile milletvekilliği genel seçimleri için öngörülen süre beş yıldan dört yıla düşürülmüştü. 16 Nisan’da referandumdan geçen Değişiklik Kanunu bu süreyi yeniden beş yıla çıkarttı ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile TBMM seçimlerinin aynı günde yapılması kuralını getirdi.

Cumhurbaşkanlığı seçimleri iki turlu düzenleniyor. İlk turda geçerli oyların yarısından bir fazlasını alan aday cumhurbaşkanı seçiliyor. Eğer ilk turda hiçbir aday bu çoğunluğa erişemezse, iki hafta sonra en çok oyu alan iki aday arasında ikinci tur seçimleri yapılıyor. İkinci turda daha fazla oy alan aday cumhurbaşkanı oluyor.

Kanun koyucunun gerek seçim aralığını bir yıl uzatmasındaki ve gerek TBMM ile cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı günde yapılması zorunluluğunu getirmesindeki gaye bellidir: Yasama ile yürütme arasında tam bir uyum yakalamak ve istikrarlı bir yönetim oluşturmak. Daha açık bir ifadeyle, bu düzenlemeyle Cumhurbaşkanı ile Meclis çoğunluğunun aynı partiden olmasını sağlamak ve böylelikle kesintisiz bir yönetim

¹¹ <http://t24.com.tr/haber/erdogan-18-yasinda-vekil-secilenler-askerlikten-muaf-tutulur-olur-biter,387698>.

¹² <http://www.haber7.com/guncel/haber/942112-secilme-yasi-18-olan-bakin-kac-ulke-var>.

dönemi elde etmek hedefleniyor. Düzenlemedeki bazı noktalar eleştiriye açıktır:

(1) Türkiye genç ve dinamik bir toplum; büyük bir sosyolojik dönüşümden geçiyor. Geçmişin getirdiği sorunları bulunuyor. İnsanların talepleri değişiyor ve çeşitleniyor. Böylesine hareketli bir toplumda, halkın iradesinin siyasete mümkün merteye çabuk yansımaya dikkat etmek gerekiyor. Çünkü zamanında halka başvurmak, hem iktidarın halkın taleplerine daha fazla duyarlılık göstermesini sağlıyor hem de sistemin demokratik devridaiminde hayati bir rol oynuyor.

Bu meyanda seçimlerin beş yılda bir yapılması doğru bir tercih olarak gözüküyor. Türkiye, çok partili seçimlere 1946 yılında döndü. O günden bu yana 19 genel seçim yaptı. 2002-2007 hariç, iki seçim arası hiçbir vakit beş yılı bulmadı. Üç yılda veya dört yılda bir seçim sandığı halkın önüne kondu. Beş yıl, Türkiye'nin değişim hızına uygun bir süre değil. 2007'de getirilen düzenlemeye devam etmek ve dört yılda bir meşruiyet tazelemek daha doğru olurdu.

(2) TBMM ve cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı gün yapılması iki tür sonuç doğurabilir. Birincisi -teklifi hazırlayanların öngördüğü gibi- aynı siyasi atmosfer içinde yapılacak seçimlerde Meclis çoğunluğu ile Cumhurbaşkanının aynı siyasi partiden olmasıdır. Bu takdirde yürütmeyi tek başına elde tutan Cumhurbaşkanı Meclis'i de kontrol edebilecek; yasama ve yürütmeye bir güç yoğunlaşması meydana gelecektir. Yasama organı yürütmeyi denetleyemeyecek, Cumhurbaşkanının denetlenmesi sadece beş yılda bir yapılacak olan seçimlerle sınırlı olacaktır.

İkincisi -beklentinin tersine- Meclis çoğunluğu ile cumhurbaşkanının farklı partilerden gelmesidir. Bu durumda, halk tarafından seçildiği için demokratik meşruiyete sahip iki iktidar mahfili karşı karşıya gelecektir. Eğer taraflardan biri ya da her ikisi sistemi yürütmek adına uzlaşma çabası göstermez ve yetkilerini sonuna kadar kullanmaktan imtina etmezse, sistemin krizlerle karşı karşıya gelmesi kaçınılmaz olacaktır. Güçlerin çatıştığı bir ortamda Cumhurbaşkanı muhalif bir Meclis çoğunluğu, çıkaracağı kanunlarla Cumhurbaşkanının kararnamelemlerini ve diğer idari düzenlemelerini boşa çıkarabilir; bütçesini onaylamayarak onu zayıf düşürebilir.

Her iki ihtimalin -güç yoğunlaşması ve güç çatışmasının- mevcut sistemde de yaşanabileceği söylenebilir. Güç yoğunlaşması için, bugünkü durum örnek verilebilir. Hâlihazırda Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın parlamentoda kendisini destekleyen bir çoğunluğu var. Dolayısıyla Erdoğan, hem yasamada hem yürütmeye tek söz sahibi. Öyle ki,

Erdoğan'ın politik tercihlerinin bir Meclis ve Hükümet kararına dönüştürülmesinin önünde herhangi bir engel yok.

Güç çatışması için ise Ahmet Necdet Sezer'in cumhurbaşkanlığı dönemine gidilebilir. Sezer'in AKP hükümetine muhalif bir tutum takınması birçok siyasi krize sebep olmuştur. İktidarın bazı temel politikaları (örneğin Kamu Yönetimi Reformu) Sezer engeline takılmış, hatta Sezer kabinesinin şekillenmesine de müdahale etmişti.

Bunlar doğru. Ancak eğer bir anayasa değişikliği yapılıyorsa, muhtemel sorun alanları gözetilmeli ve bunları -tamamen ortadan kaldırmak mümkün olmasa da- azaltacak formüller üzerinde kafa yorulmalıydı. Değişiklik Kanunu böyle bir hassasiyetle hazırlanmamış. Oysa seçim tarihlerini farklılaştırmak güç yoğunlaşması ve güç çatışması problemlerine bir çözüm kapısı açabilirdi. Seçim süresi dört yıl olsa ve TBMM seçimleri ile cumhurbaşkanlığı seçimleri arasına iki yıllık bir mesafe konsa, hem parlamento daha çoğulcu ve etkin bir karakter kazanabilir, hem de halkın demokratik denetim yetkisi daha işlevsel biçimde kullanılabilirdi. Meselâ önce Cumhurbaşkanı seçimi yapılırdı. Halk, Cumhurbaşkanının icraatından memnunsu iki yıl sonra yapılacak Meclis seçimlerinde onun partisine daha fazla destek verirdi. Ama değilse, o takdirde Meclis'te denetimi etkin kılacak bir başka parti tercihinde bulunabilirdi.

VI. MADDE 87

Değişiklik Kanunu, TBMM'nin görev ve yetkilerini yeniden düzenledi. İki önemli değişiklik var bu maddede. Birincisi, TBMM'nin Bakanlar Kurulu'nu ve tek tek bakanları denetleme yetkisi kaldırılmasıdır. İkincisi, TBMM'nin Bakanlar Kurulu'na belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme yetkisine son verilmesidir.

Buna göre, bakanlar Cumhurbaşkanı tarafından göreve atanıyor, görevden alınıyor ve ona karşı sorumlu hale geliyor. Bu düzenleme, başkanlık sistemin doğasına uygundur. Zira bu sistemde bakanlar, parlamenter rejimlerdeki bakanlar gibi değil, bir nevi başkanın sekreterleri gibi düşünülmelidir. Düzenlemedeki eksiklik, bakanların göreve başlama süreçlerinde parlamentonun tamamen devre dışı bırakılmış olmasıdır. Cumhurbaşkanını bakan atamada sınırlayan hiçbir mekanizma bulunmuyor. Oysa ABD'de olduğu bakanlar için Mecliste bir "onay" süreci öngörülebilirdi. Bu sayede, hem kamuoyu bakanlar

hakkında bilgilenebilir, hem de Meclis bir kontrol ve denge işlevi görebilirdi.

VII. MADDE 98

Mevcut halde, TBMM'nin denetim yetkisini somutlaştıran beş yol var: (a) Soru; (b) Meclis araştırması; (c) genel görüşme; (d) gensoru ve (e) Meclis soruşturması. Anayasa değişikliğiyle bu denetim yollarından sadece (b) Meclis araştırması ve (c) genel görüşme muhafaza edildi; "soru" ise sadece cumhurbaşkanı yardımcılara ve bakanlara yazılı soru ile sınırlı tutuldu. ABD'de olduğu gibi bakanlara parlamentoda sözlü soru sorulamaması, önemli bir eksiklik.

Değişiklik Kanunu, gensoruyu kaldırdı. Bu, bir başkanlık rejimi için normal; zira başkanlıkta güvenoyu ile görevde kalan ve gensoru ile düşürülen bir bakanlar kurulu ve başbakan yok. Ayrıca parlamenter sistemde de gensorunun ne kadar işlevsel olduğu tartışmalıdır. Bütün bir Cumhuriyet tarihi boyunca gensoruyla iki hükümet (Süleyman Demirel'in II. Milliyetçi Cephe Hükümeti ve Mesut Yılmaz'ın ANAP-DSP-DTP Azınlık Hükümeti); ayrıca birey olarak iki bakan (Hayrettin Erkmen ve Güneş Taner) düşürülmüştür.¹³

Değişiklik Kanunu'nda Meclis soruşturması ise zorlaştırıldı. Mer'i anayasada, başbakan ve bakanlar hakkında 55 milletvekilinin vereceği önerge ile soruşturma açılıyor. 276 milletvekilinin oyu ile de hakkında soruşturma açılan kişi Yüce Divan'a sevk ediliyor. Değişiklik Kanunu'nda ise bu oranlar oldukça yüksek tutulmuş. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında soruşturma süreci için, önce 301 vekilin önerge vermesi gerekiyor. Soruşturma açılması için 360 vekilin kabul oyu vermesi gerekiyor. Soruşturma açılması kararından sonra dosya komisyona havale ediliyor. Komisyon bir rapor hazırlıyor; raporun görüşülmesinin akabinde, ancak 400 oy ile cumhurbaşkanı yardımcılarını ve/ya bakanların Yüce Divan'a sevk söz konusu olabiliyor.

Normal şartlarda belirtilen rakamlara (301, 360, 400) ulaşmak imkânsıza yakın derecede güç. Dolayısıyla daha kabul edilebilir bir seviyeye çekilmedikçe, cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların Meclis tarafından denetlenmesi söz konusu olamaz. Meclis soruşturması

¹³ <http://www.hurriyet.com.tr/gensoruyla-2-hukumet-2-bakan-dusuruldu-245276>.

da teoride mevcut ama pratikte işlemeyen bir vasıttan öte bir anlam taşımaz.

VIII. MADDE 101

Değişiklik Kanunu, cumhurbaşkanlığına aday gösterme koşullarını değiştirdi. Değişiklikten önce, yirmi milletvekili ve/ya en son yapılan genel seçimlerde yüzde 10'u geçen siyasi partiler bir cumhurbaşkanı adayı gösterebiliyordu. Ayrıca, en son seçimlerde oy toplamları yüzde 10'u geçen siyasi partiler de bir araya gelerek cumhurbaşkanlığı için ortak bir aday teklif edebiliyordu.

Değişiklik Kanunu'nda ise, aday gösterme koşulları mevcuda kıyasla çeşitlendirildi. Buna göre; siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde tek başına veya birlikte geçerli oyların yüzde 5'ini alan siyasi partiler ve en az yüz bin seçmen, cumhurbaşkanı adayı gösterme hakkına sahip oldu.

Aday göstermede partiler için aranan barajın yüzde 10'dan yüzde 5'e çekilmesi ve belli sayıda seçmenin doğrudan aday gösterebilmesi olumludur. Böylelikle cumhurbaşkanı seçimlerine daha fazla sayıda adayın katılabilmesi ve yarışın çoğulculaşmasının önü açılıyor. Buna karşılık, 20 milletvekili yerine siyasi parti gruplarına aday gösterme hakkının tanınması doğru bir tercih değildir. Zira bu, milletvekillerinin kendi başlarına hareket etme olanağını kaldırıyor ve Cumhurbaşkanlığına aday gösterme konusunda milletvekilini partisine mahkûm ediyor.

Değişiklik Kanunu, Anayasanın Cumhurbaşkanının niteliklerini ve tarafsızlığını düzenleyen 101. maddesindeki “tarafsızlık” ifadesini Anayasadan çıkarttı. Böylece Cumhurbaşkanının “taraf” olması anayasal zemine kavuşturuldu. Ancak Cumhurbaşkanı yeminine dair 103. maddedeki “tarafsızlık” ifadesi varlığını korudu. Yani taraflı bir cumhurbaşkanı, görevini tarafsızlıkla yerine getireceğine ant içmesi gibi çelişkili bir durum ortaya çıktı. Öncelikle iki madde arasındaki bu tenakuzun giderilmesi gerekiyor.

Bize göre, Cumhurbaşkanının partili / taraflı olması bir sorun değildir. Gerçekte “Tarafsız Cumhurbaşkanı” iddiası bir mitten ibarettir. Cumhuriyetin ilk günlerinden bu yana Türkiye tarihine baktığımızda, parlamenter sistemin hiç de bitaraf bir cumhurbaşkanı üretmediğini, aksine bütün cumhurbaşkanlarının gayet tarafgir bir yönetim sergilediğini görebiliriz. Kaldı ki sistem değişiyor; her ne kadar adına “başkanlık” denmese de, başkanlık sistemi özelliklerinin ağır bastığı bir döneme

geçiliyor. Başkanlık sistemlerinde ise başkanların partili bir kimliği olur ve kimse de bunu bir anayasal dert olarak görmez.

Burada baş ağrıtabilecek olan husus, cumhurbaşkanının aynı zamanda partisinin genel başkanı da olabilmesidir. Başkanlık sistemlerinin alâmet-i farikası, güçler arasında keskin bir ayrılığın olmasıdır. Ayrılık, hem iş hem de aktörler bazında düşünülmelidir. Meclis yasa yapar, başkanın işine karışmaz. Başkan ise programı dahilinde icraatta bulunur. Eğer bir yasal düzenlemeye gereksinim duyarsa, bu gereksinimini sistemin sağladığı kanallar üzerinden Meclis'e iletir ve Meclis de buna göre bir tavır takınır. Keza yasamanın mensupları yürütmenin içinde yer almaz, yürütmenin elemanları da yasamaya müdahil olmaz.

İki şapkayı birden takabilecek bir cumhurbaşkanının varlığı, yasama ile yürütme arasında olması gereken bu ayrılığı ortadan kaldırır. Cumhurbaşkanı hem yürütmeyi tek başına idare edecek, hem de genel başkan olması sıfatıyla Meclis'i de dilediği gibi yönlendirebilecektir. Çünkü Türkiye'de siyasi partiler sıkı disiplinlidir. Vekillerin kaderi genel başkanlarının iki dudağı arasındadır. Böyle bir vasatta cumhurbaşkanına genel başkan olma olanağı da verildiğinde, yasama ve yürütme kuvvetleri tek kişide buluşmuş olur.

Bir bütün olarak bakıldığında, Değişiklik Kanunu'nun "kast-ı mahsus"unun bu olduğu söylenebilir. Kanunun müelliflerini motive eden husus, kuvvetlerin işlevsel bir ayrılığını ve birbirlerini dengelemelerini sağlamak değildir. Aksine onlar mümkün olduğunca iki kuvveti kaynaştırmak için çaba harcamışlardır. Bunun demokrasi açısından tasvip ya da arzu edilir bir yönü yoktur.

Değişiklikten önceki durumda cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır ve bir kişi iki dönemden fazla cumhurbaşkanlığı yapamazdı. Değişiklik Kanunu, bu hükmü olduğu gibi korudu ama bir kişinin iki dönemden daha fazla cumhurbaşkanlığı yapmasının da yolunu açtı. Buna imkân veren iki düzenleme var:

(1) Eğer cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis seçimlerin yenilenmesine karar verirse, cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir. Bu hüküm, bir kişinin 15 yıla yakın cumhurbaşkanlığı koltuğunda oturmasını mümkün kılıyor.

Örnek olsun: Diyelim ki, bir kişi cumhurbaşkanı seçildi, beş yıl görev yaptı, ilk dönemini bitirdi. İkinci kez tekrar seçildi. Parlamento çoğunluğunu da elde etti. Dört yıl cumhurbaşkanlığı yaptıktan sonra

Meclis'teki grubuna seçim kararı aldırdı. Seçimlerin yenilenmesini Meclis istediğinden, bu kişi üçüncü kez aday olma hakkını elde etti. Seçime girdi ve beş yıl daha cumhurbaşkanlığı yaptı. Böylelikle süre 14 yıla çıkmış oldu.

(2) Eğer cumhurbaşkanlığı makamı boşaldığında TBMM'nin normal seçimlerine bir yıldan fazla bir süre varsa, 45 gün içinde cumhurbaşkanlığı seçimi yapılır. Seçilen cumhurbaşkanı TBMM'nin seçim tarihine kadar görevine devam eder; ancak bu süre onun için bir "dönem" kabul edilmez. Bu hüküm sayesinde de bir kişi 10 yıldan fazla bir süre Cumhurbaşkanlığı yapabilir.

Örnek olsun: Diyelim ki, bir kişi cumhurbaşkanı seçildi. Ama aradan bir yıl geçmeden cumhurbaşkanlığı makamı herhangi bir sebeple (vefat, sürekli hastalık, mahkûmiyet) boşaldı. 45 gün içinde seçimlere gidildi ve yeni bir cumhurbaşkanı seçildi. Seçilen Cumhurbaşkanı dört yıl görev yaptı. Ama anayasanın ilgili hükmü gereğince bu süre onun için bir "dönem" sayılmadı. Aynı kişi iki dönem daha seçimleri kazandı ve 10 yıl daha cumhurbaşkanlığı görevini deruhte etti. Böylece cumhurbaşkanlığında geçirdiği süre 14 yıl oldu.

Bir kimsenin iki dönemden ve 10 yıldan fazla cumhurbaşkanlığını makamını işgal etmesi yanlıştır. Ayrıca bu, Değişiklik Kanunu'nun en iddialı gerekçesine de terstir. Zira Kanun sahipleri, genellikle Amerika'yı örnek gösterirler. Orada seçimlerin muntazam aralıklarla (dört yılda bir) ve aynı tarihte (Kasım ayının ilk Pazartesi gününü izleyen Salı günü) yapılmasının, siyasete bir istikrar ve öngörülebilirlik kazandırdığını belirtirler. Getirdikleri önerinin de bunu sağlayacağını söylerler.

Söz konusu hükümler bu iddianın altını oyuyor. Mecliste çoğunluğa sahip olan bir Cumhurbaşkanı, artı bir dönem kazanmak için seçimleri öne alabiliyor (aldırabiliyor). Keza, cumhurbaşkanlığının boşalması halinde de kısa aralıklarla seçimler tekrar gündeme gelebiliyor. Bunun o çok sözü edilen "istikrarı" pekiştireceği söylenemez. İki basit önlem ile bu yanlıştın önüne geçilebilirdi:

İlki, klasik başkanlık sisteminin esasını kabul ederek Meclis'e ve Cumhurbaşkanına seçimlerinin yenilenmesi yetkisini vermemektir. Zaten başkanlık sisteminde yasama ve yürütme organlarına böyle karşılıklı bir yetki tanınmaz. Ne yasama yürütmenin, ne de yürütme yasamanın görevine son veremez, verememelidir. Bu temel ilkeye göre hareket edilmiş olsaydı, cumhurbaşkanının süresinin uzatılması diye bir gündem olmayacaktı.

İkincisi, ABD’de olduğu gibi, cumhurbaşkanı yardımcısının da halk tarafından seçilmesi usulünü getirmektir. Dolayısıyla eğer herhangi bir nedenden ötürü cumhurbaşkanlığı boşalsaydı, demokratik meşruiyetle teçhiz edilmiş olan yardımcısı görevi devralır ve yeni bir seçim gündeme gelmezdi.

IX. MADDE 104

Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddedeki değişiklik, kamuoyunun en çok tartıştığı maddelerden biri oldu. Tamamen yeniden kaleme alınan bu maddeye yönelik eleştiriler, Cumhurbaşkanına verilen yetkilerden bilhassa ikisi üzerinde toplandı.

Bunlardan birincisi, Cumhurbaşkanının üst düzey kamu yöneticilerini ataması ve görevlerine son vermesidir. Öneri, üst düzey kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceğini belirtiyor.

Bu düzenlemede iki soruna işaret edilebilir: Sorunlardan ilki, “üst düzey kamu yöneticileri” kavramının kimleri kapsadığının belli olmamasıdır. Mevzuatta devletin hangi makamını işgal edenlerin “üst düzey” sayılacağını, dolayısıyla bu kapsamda göreve atanmaları ve görevden alınmalarının cumhurbaşkanına bağlanacağını işaret eden bir hüküm yoktur. Muhtemelen bu, sonraki bir iş olarak düşünülmüştür. Sınırların çizilmesi de sistem değişikliğinden sonra çıkarılacak -yasalara değil- kararnamelere bırakılmıştır. Bunun da söz konusu sınırların belirlenmesinde Meclis’i zayıf düşürüp Cumhurbaşkanını güçlendireceği açıktır.

Diğer sorun ise, cumhurbaşkanına tanınan bu yetkide herhangi bir filtrenin öngörülmemiş olmasıdır. Başkanlık sistemlerinde, başkana kendi kadrosu ile çalışması için gerekli atama yetkisinin verilmesi doğaldır. Ancak söz konusu yetki her türlü denetimden azade değildir. Nitekim ABD’de başkanın üst düzey kamu görevlilerine ilişkin atamaları (bakanlar, büyükelçiler, yüksek mahkeme üyeleri, vb.) Senato’nun onayına tabidir. Başkan, herhangi bir makam için aday belirlerken Senato’nun iradesini dikkate almak zorunda kalır; onay alacak bir adayı göstermeye çalışır.

Oysa 16 Nisan’da kabul edilen Değişiklik Kanunu’nda böyle bir onay aşaması yoktur. Cumhurbaşkanı atamalarda tek yetkili pozisyonundadır. Atamalar noktasında Meclis’e hiçbir denetim imkânı

tanınmamıştır. Ağırlık tamamen yürütmeye verilmiş ve böylece yasamanın yürütmeyi dengelemesinin önüne bir engel daha çıkartılmıştır.

Değişiklik Kanunu'nun kamu hukuku alanında radikal bir dönüşüm yaratmaya namzet en önemli yeniliği, Cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisi vermesidir. Kararnameler ile cumhurbaşkanına, aslî ve Meclis'ten özerk bir idari düzenleme yetkisi tanınıyor. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi de AYM'ye bırakılıyor.

Cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisi, beş noktada sınırlandırılmış. Buna göre:

- Kişilerin temel hak ve özgürlüklerine (ekonomik haklar müstesna) ilişkin konularda,
- Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesine hükmedilmiş konularda ve
- Kanunla açıkça düzenlenmiş bulunan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Ayrıca;
- Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlar arasında çelişki bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır.
- TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması halinde kanun hükümleri geçerli olur.

Mevcut Anayasada, asli düzenleme yetkisi bütünüyle ve tek başına TBMM'ye aittir; yürütmeye herhangi bir asli düzenleme alanı bırakılmış değildir. Bu nedenle uygulamada (mesela özelleştirmeler konusunda) ciddi sorunlarla karşılaşmıştır. Ali Ulusoy'un belirttiği üzere, AYM ve Danıştayın “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini” çok dar yorumlamaları, birbiriyle irtibatlı başlıca üç probleme sebebiyet vermiştir:

Bir, yürütmenin yaptığı birçok düzenleme “yasallık” ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İki, hemen her konunun yasayla düzenlenmesi mecburiyetinden ötürü çok uzun ve ayrıntılı yasalar yapılmıştır. Ve üç, özellikle acil karar verilmesi gereken konularda zaman ve enerji heba edilmiş, iktisadi kayıplar yaşanmıştır.

“Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, idari suç ve ceza konulması, vergi veya benzeri mali yük getirilmesi gibi hassas konular dışında özellikle ekonomik konular gibi acil hareket edilmesi gereken hallerde Yürütmeye asli ve özerk bir düzenleme alanı bırakılması

kanımızca isabetlidir ve kamu hukuku sistemimizde ciddi bir reform niteliğindedir."¹⁴

Hülasa, yürütmeyi etkin kılmak için Cumhurbaşkanı'na kararname çıkarma yetkisinin verilmesi doğru. Maddenin sınırlama gerekçeleri yerindedir; teknik formülasyonu iyidir. Lâkin kâğıt üstünde iyi duran bu sınırlamaların tatbikatta işleyip işlemeyeceğini zaman gösterecek. İki hususa dikkat çekilebilir bu noktada:

Birincisi, Değişiklik Kanunu "kararname" ile "kanun"un çatışması halinde kanun hükmünün esas alınacağını belirtiyor. Böyle bir çatışmanın tespiti ise ancak bir mahkeme kararı ile olabilir. Yani mahkeme karar verinceye kadar kararname hükümleri uygulanır. Mahkemenin karar verme süresi uzadığı müddetçe, kararname kanun karşısında hükmünü icra eder. Dolayısıyla Mustafa Erdoğan'ın dediği gibi, bu sınırlama pratikte çok fazla değer ifade etmez.¹⁵

İkincisi, aynı konuda bir yasa çıktığı takdirde cumhurbaşkanlığı kararnamesinin geçersiz olacağı biçimindeki sınırlama da işlevden yoksun hale getirilebilir. Örnek olsun: 600 üyeli Meclis'te toplantı yeter sayısı 200 (üye tamsayısının üçte biri), asgari karar yeter sayısı ise 151 (üye tamsayısının dörtte birinden bir fazla)'dır. Diyelim ki Meclis, Cumhurbaşkanı'nın bir kararnamesini hükümsüz kılmak için toplandı ve 151 vekilin oyu ile bir yasa çıkarttı. Yasanın yürürlüğe girmesi ancak Cumhurbaşkanı'nın onayı ile mümkün olabilir. Eğer Cumhurbaşkanı yasayı onaylarsa problem ortadan kalkar, kararname geçersiz olur, yasanın hükümleri işlemeye başlar.

Fakat Cumhurbaşkanı yasayı onaylamaz da tekrar görüşülmek üzere Meclise geri gönderirse, bu kez yasanın kabulü için 301 oy (üye tamsayısının salt çoğunluğu) gerekir. Yani mevcut halde Cumhurbaşkanı'na tanınan "geciktirici veto," öneride "güçleştirici veto" şeklini alıyor. 151 oy ile kabul edilip cumhurbaşkanına gönderilen bir yasa cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edildiğinde, Meclisin bu yasayı tekrar Cumhurbaşkanı'na gönderebilmesi için 301'a çıkması

¹⁴ Ulusoy, Ali: Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?, www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (konuluş tarihi 17 Ocak 2017).

¹⁵ Erdoğan, Mustafa: Başkanlık Sistemi, Latin Amerika Tecrübesi ve Türkiye, Liberal Perspektif Analiz, Sayı 3, Aralık 2016, s. 25.

gerekiyor. Eğer cumhurbaşkanı Mecliste çoğunluğu elinde bulunduruyorsa, ona karşı 301 oya ulaşmak mümkün olmaz. Dolayısıyla Meclisin kararnamele üzerindeki denetimi de kâğıt üzerinde kalır.

X. MADDE 105

16 Nisan'dan önce Anayasaya göre Cumhurbaşkanı sadece "vatana ihanet" suçundan yargılanabilirdi. Değişiklik Kanunu'nda ise suçlar arasında bir ayırım yapılmadı ve Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu bütün suçları kapsadı. Buna göre, 301 vekilin imzasını taşıyan bir önerge ile herhangi bir suç işlediği iddiasıyla cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılması istenebilir. Soruşturma açılmasına 360 vekilin oyu ile karar verilebilir. Cumhurbaşkanı, komisyon aşamasının tamamlanmasının ardından, 400 oyla Yüce Divan'a sevk edilebilir. Yüce Divan'da seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer. Görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için Cumhurbaşkanı, görevi bittikten sonra da aynı şartlarda yargılanabilir.

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu düzenleyen madde, Değişiklik Kanunu'nun en gözde maddelerinden biridir. Kanunun savunucularına göre, Cumhurbaşkanının her suç için yargılanabilir hale gelmesi, hem cezai sorumluluğun kapsamını genişletiyor hem de cumhurbaşkanının yargılanmasını kolaylaştırıyor. Fakat maddeye derinlemesine bakıldığında bu tezin gerçekliğe pek tekabül etmediği fark ediliyor. Dört önemli handikabı var bu maddenin:

(1) Parlamenter sistemde Cumhurbaşkanının görev suçları haricindeki suçlar için yargılanmasında iki yol var: Ya bu suçlar için herhangi bir özel bir düzenleme bulunmaz, Cumhurbaşkanı da sade vatandaş gibi yargılanır. Ya da Cumhurbaşkanı bu tür suçlar için milletvekilleri gibi dokunulmazlığa sahip olur. Nitekim Değişiklik Kanunu'nda cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar için "kişisel suçlar" ve "görev suçları" ayırımı yapılıyor; görev suçları için cumhurbaşkanına benzer bir soruşturma yöntemi düzenleniyor; göreviyle alakalı olmayan suçlarda ise yasama dokunulmazlığı hükümlerine tabi olacakları belirtiliyor.

Fakat Cumhurbaşkanı için suçlar arasında bir ayırım öngörülüyor. Suçların eşdeğer tutulması, kaçınılmaz olarak hukuki bir açmaza sebep olur. Çünkü basit bir kişisel suç ile "vatana ihanet" gibi ağır bir suç aynı düzeyde ele alındığından, Cumhurbaşkanını basit bir

suçtan yargılamak için dahi anayasada öngörülen yüksek nisaplara ulaşmak mecburiyeti doğar. Ayrıca Cumhurbaşkanı görevini bitirdikten sonra da ancak aynı şartlarda yargılanabilir. Dolayısıyla, söylenenin aksine Cumhurbaşkanının yargılanması kolaylaştırılmıyor; fiiliyatta, Cumhurbaşkanının neredeyse hiçbir suçtan yargılanmamasını mümkün kılacak bir hukuki düzen kuruluyor.

(2) Madde metni, cumhurbaşkanını yargılayacak mahkemeyi de bir soruna dönüştürüyor. Diyelim ki, Cumhurbaşkanının göreviyle ilgisi olmayan bir suç işlediği iddia edildi. Meclis'te soruşturma istenmesi, soruşturma açılması ve Yüce Divan'a sevk için yeterli çoğunluklara ulaşıldı. Peki, bu durumda yargılanabilecek mi ve hangi mahkemede yargılanacak?

Madde hükmü, Cumhurbaşkanının her türlü suçu için Anayasa Mahkemesi'ni adres gösteriyor. Dolayısıyla yargılamanın Yüce Divan sıfatıyla AYM'de yapılacağı söylenebilir. Fakat burada bir başka anayasal engel ortaya çıkıyor: Anayasanın 148. maddesi, AYM'nin Cumhurbaşkanını ancak görevleriyle ilgili suçlarından dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılayabileceğini belirtiyor. Dolayısıyla Meclis'te usul engelleri aşılsa dahi AYM, Cumhurbaşkanını diğer (basit) suçlardan yargılayamaz.

(3) Bugünkü anayasanın 113. maddesine göre, TBMM kararıyla Yüce Divan'a sevk edilen bir bakanın bakanlığı düşer. Eğer Başbakan Yüce Divan'a sevk edilirse, hükümet istifa etmiş sayılır. Değişiklik Kanunu'nda ise, ancak Yüce Divan'da seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edildiğinde Cumhurbaşkanının görevinin sona ereceği hükmü bulunuyor.

Burada sorulması gereken önemli bir soru var: TBMM tarafından Yüce Divan'a gönderilmiş bir Cumhurbaşkanının görevinde kalması doğru mudur? Kanımızca, göreviyle bağlantılı bir suç ithamından ötürü Yüce Divan'a sevk edilmiş bir Cumhurbaşkanının görevinde kalması düşünülmemelidir. Kişisel bir suçtan dolayı yapılan yargılama ise, Cumhurbaşkanının görevini sürdürmesine mani olmamalıdır. Fakat madde metni hatalı bir şekilde örülmüştür. Suçlar arasında bir tefriki gidilmemiştir. Bu nedenle -teorik olarak- mesela vatana ihanet suçlamasıyla yargılanan birinin dahi (mahkûmiyet kararı verilinceye kadar) görevine devam etmesine olanak verilmiştir.

(4) Cumhurbaşkanına seçimlerin yenilenmesi yetkisi, cezai sorumluluk noktasında kötüye kullanılan bir araca dönüştürülebilir. Zira madde metninde, hakkında soruşturma açılmasına karar verilen bir

cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesi kararı alamayacağı belirtiliyor. Yani Meclisin soruşturma kararı vermesine kadar, cumhurbaşkanı bu yetkisini kullanabilir. Dolayısıyla, hakkında 301 vekilin soruşturma açılmasını istediği bir Cumhurbaşkanı, Meclis'te havanın aleyhine döndüğünü görür ve soruşturma kararının çıkacağını düşünürse, seçimlerin yenilenmesi yetkisini kullanıp Meclis'i dağıtabilir ve yargılanmasının önüne geçebilir.

Tüm bunların düşük ihtimaller olduğu söylenebilir. Gerçek hayatta karşılaşma şansımızın yok denecek kadar az olduğu, dolayısıyla bunları çok fazla dert etmememiz gerektiği belirtilebilir. Ama anayasal düzen böyle niyetler üzerinden yürümez, yürümemelidir. Mühim bir sistem değişikliğine gidildiğinde, istismara açık kapılar elden geldiğince kapatılmalıdır. Bu meyanda, Cumhurbaşkanlığının cezai sorumluluğunu tayin eden maddede, kişisel suç ile görev suçlarının ayırt edilmesi, her bir suç türü için ayrı ve açık yargılama şartlarının tesis edilmesi gerekirdi.

XI. MADDE 106

Değişiklik Kanununa göre Cumhurbaşkanı -milletvekili seçilme yeterliliğini taşıyanlar arasından- bir veya birden fazla Cumhurbaşkanı yardımcısını ve bakanları atayabilir. Cumhurbaşkanı yardımcılarını seçime katılmayacaklar. Bakanlar, milletvekilleri arasından atanırsa, TBMM üyelikleri düşecek.

Cumhurbaşkanı istediği kadar yardımcı atayabilecek. Cumhurbaşkanının hastalığında, yurt dışı gezisinde veya makamının boşalması durumunda bir yardımcı Cumhurbaşkanı vekili olarak görev yapacak. Eğer Cumhurbaşkanı makamının boşalması genel seçime bir yıl ve daha az bir süre kaldığında gerçekleşmişse, Cumhurbaşkanı yardımcısı dönem sonuna kadar devam edecek, Cumhurbaşkanlığı seçimleri ve genel seçimler birlikte yapılacaktır.

Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanların görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla yargılanabilmeleri, Cumhurbaşkanı hakkındaki soruşturma kaideleriyle aynı olacak. Görevleri bittikten sonra da yargılanmaları için aynı şartlar aranacak. Görevleri haricindeki suç ithamları karşısında ise, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları milletvekilleriyle aynı dokunulmazlığı sahip olacaklar. Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları, ancak seçilmeye engel bir suçtan mahkûm olduklarında görevleri sona erecek. Bu maddeye üç noktada itiraz edilebilir:

Birincisi, Cumhurbaşkanı yardımcısına ilişkindir. Cumhurbaşkanına ucu açık yardımcı seçme imkânı tanınıyor. Cumhurbaşkanı Erdoğan, en fazla üç yardımcının olacağını söyledi.¹⁶ Ancak bunu kayıt altına alan bir düzenleme yok. Her Cumhurbaşkanı sayıyı kendisi belirleyecektir. Buradaki en önemli sorun, Cumhurbaşkanı yardımcısının seçimle değil Cumhurbaşkanının atamasıyla işbaşına gelmesidir. Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanı yetkilerine ve dokunulmazlık haklarına sahip kınıyorlar. Cumhurbaşkanına vekâlet ediyor, Cumhurbaşkanlığı boşaldığında –süre şartına bağlı olarak- bir yıla kadar Cumhurbaşkanı olarak görev yapabiliyor. Böylesine güçlerle donatılmış bir makamın, seçimle değil atama ile doldurulması, demokrasi açısından son derece yanlıştır.

Doğru olan Cumhurbaşkanının bir yardımcısının olması ve onun da Cumhurbaşkanı gibi seçime girmesidir. Böylece hem Cumhurbaşkanı yardımcısının kim olacağını halk bilir, kampanya sırasında onu tanır ve seçilen yardımcı demokratik bir meşruiyete sahip olurdu. Hem de herhangi bir nedenle Cumhurbaşkanlığı makamı boşaldığında, demokratik meşruiyeti olan Cumhurbaşkanı Yardımcısı görevi devralır ve yönetimin sürekliliğini sağlar.

İkincisi, cezai sorumluluğa ilişkindir. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar için “görev suçu” ve “kişisel suç” ayrımının yapılması yerindedir. Görevlerinden dolayı Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar Yüce Divan’da yargılanacaklardır. Ancak bu kişilerin görevlerinin sona ermesinin seçilmeye engel bir suçtan mahkûmiyete bağlanması yanlıştır. Yüce Divan’a sevk edildiğinde, bu kişilerin görevleri son bulmalıydı. Zira bir kişinin yargılandığı esnada devlet gücünü kullanmaya devam etmesi yargılamanın adilliği üzerine büyük bir gölge düşürür.

Üçüncüsü, Cumhurbaşkanının TBMM üyeleri arasından bakan atayabilmesidir. Başkanlık sisteminin iyi işleyebilmesi, yasama ve yürütme organlarının birbirinden güçlü hatlarla ayrılmasını gerektirir. Ayrılığın bir yönü de, yürütme organının içinde yasamadan, yasama organı içinde yürütmeden kimsenin yer almamasıdır. Bunun amacı açıktır: Bir parlamenter yürütmede yer almayacağını net olarak bilir ve yasama faaliyetlerine yoğunlaşır. Gözü kulağı yürütmeden gelecek bir

¹⁶ <http://www.haberturk.com/yerel-haberler/haber/11370826-cumhurbaskani-erdogan-ne-diyor-kilicdaroglu-kendisine-100-tane-yardimci-atayacak-diyor-500>.

işarete olmaz, kararlarına bakan olma beklentisi yön vermez. Yasama, yürütmenin bir “yedek kulübesi” olmaz. Yürütmede aktif bir üye olmak isteyen kişi de yolunu baştan çizer: Milletvekili adayı olmaz, parlamentoya girmez, başkan adayının yakın ekibi içinde bulunmaya çalışır. Herkesin rolü önceden belli olur; kimse kimsenin rolüne talip olmaz. Bu itibarla teklifte milletvekillerine bakanlık yolunun açılması yanlış olmuştur.

XII. MADDE 116

Değişiklik Kanunu’ndaki en kritik önerilerden biri, Meclis’e ve Cumhurbaşkanına karşılıklı seçim yenileme yetkisinin tanınmış olmasıdır. Buna göre, Cumhurbaşkanı hiçbir koşula bağlı kalmadan seçimlerin yenilenmesine karar verebilecek. TBMM de 360 milletvekilinin oyuyla seçimlerin yenilenmesi kartına sahip olacak. TBMM veya Cumhurbaşkanı’dan biri seçimlerin yenilenmesi yoluna gittiğinde, karşılıklılık ilkesi uyarınca, kendisi için de seçim kararı vermiş olacak.

Parlamente sistem ile başkanlık sistemlerini birbirinden ayıran en önemli farklardan biri, yasama ve yürütme organlarının birbirinden bağımsız olmasıdır. Yani Meclis, Başkan’ı görevden alamaz; buna mukabil Başkan da Meclis’in görevini sonlandıramaz. Parlamento sistemde ise Meclis “güvensizlik” oyu ile hükümeti düşürebilir. Hükümet ise Meclis’in seçimlerinin yenilenmesine karar verebilir. “*Özetle başkanlık sistemi, yasama ve yürütme organlarının birbirlerinin görevlerine son vermedikleri, parlamento sistem ise bu organların birbirlerinin görevlerine karşılıklı olarak son verebildikleri bir sistemlerdir.*”¹⁷

Başkan ve Meclis’in birbirlerinin görevlerine son verememeleri, halka seçimlere dair bir öngörü ve yönetime istikrar kazandırır. Teklifin karşılıklı seçimleri yenileme yetkisi verip başkanlık sisteminin bu temel esasından uzaklaşması yanlıştır.

Ayrıca “karşılıklılık” kavramına da dikkat çekmek gerekiyor. Cumhurbaşkanı, gerek gördüğünde tek başına seçimleri yenileyebiliyor. Ancak Meclis’in seçimleri yenileyebilmesi için 360 oya ihtiyaç duyuluyor. Eğer Cumhurbaşkanı Meclis çoğunluğuna sahip olursa,

¹⁷ Gözler, Kemal: Elveda Anayasa, Ekin Yayınları, 2017, s. 14-15.

Meclis'in bu kararı alması mümkün gözüküyor. Dolayısıyla “karşılıklılık”, gerçek manada bir “karşılıklılık” a denk düşmüyor.

XIII. MADDE 159

Halkoyuna sunulacak Değişiklik Kanunu, HSYK'nın yapısını yeniden biçimlendirdi. Buna göre HSYK'nın ismindeki “Yüksek” ibaresi çıkarıldı, üye sayısı 22'den 13'e düşürüldü. 13 üyeden altısını (4 üye + Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı) Cumhurbaşkanı doğrudan seçiyor. Geriye kalan 7 üye Meclis tarafından belirleniyor. Meclis, adayları seçerken ilk turda 400 oy arıyor. İlk turda 400 oy alan aday olmazsa ikinci turda 360 oy alan aday seçiliyor. Her iki oylamada da belirtilen oy sayılarına ulaşılmazsa üye kura ile belirleniyor.

Cumhurbaşkanının parti genel başkanı olabileceği de hesaba katıldığında, Meclis'te Cumhurbaşkanının partisinin çoğunluğu oluşturduğu durumlarda HSK'nın tüm üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanabileceği bir tablo oluşur. Partisi çoğunlukta olmasa bile, Meclis'te seçilecek yedi adaydan birinin ya da birkaçının Cumhurbaşkanının tercih edeceği isimlerden seçilmesi büyük ihtimal. Bu halde de HSK'nın Cumhurbaşkanının denetiminde olması kaçınılmaz görünüyor.

Bunun kuvvetler ayrılığı açısından ciddi bir tehlike içerdiği su götürmez. Çünkü hâkim ve savcıların tümünün özlük işlerini düzenleyen bir kurul yürütmeye bağlı hale getirildiğinde, yargı yürütme üzerinde kendisinden beklenen denetimi görevini yerine getiremez.

Ulusoy'un belirttiği gibi, mevcut sistemde HSYK üyelerinin yargıç ve savcılarının tek türlü seçimle belirlenmesi sorunludur. Çünkü organize yapıların seçime ağırlık koyup yargıyı kendi tekellerine aldıkları görülmüştür. Ancak bunun çaresi, yargının iradesini tamamen dışarıda bırakmak değildir. Karma bir yapı, yargı bağımsızlığı konusundaki kaygıları azaltabilirdi. Yani HSK üyelerinin “*üçte birinin Cumhurbaşkanı, üçte birinin Meclis ve üçte birinin de Danıştay ve Yargıtay'ca belirlenmesi daha uygun olurdu*”¹⁸

¹⁸ Ulusoy, Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?, www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (Konuluş Tarihi: 17 Ocak 2017).

XIV. MADDE 146

Değişiklik Kanunu, AYM üyelerinin sayısını –askeri mahkemeler lağvedildiğinden- 17’den 15’e düşürdü. 15 üyenin 12’si Cumhurbaşkanı tarafından seçiliyor. 3 üyeyi ise Meclis belirliyor. Meclis’teki üye seçiminde son turda basit çoğunluk (oturuma katılanların yarısından bir fazlası) seçilmek için yeterli oluyor. Eğer Meclis’te Cumhurbaşkanının partisinin mensuplarının sayısı daha fazla ise, AYM’nin bütün üyeleri de Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmiş oluyor.

Ezcümle yürütmenin başında olan Cumhurbaşkanı, bir taraftan parti genel başkanı sıfatıyla yasamayı, diğer taraftan yaptığı atamalarla yargıyı kendine bağlama imkanına sahiptir. Cumhurbaşkanının hem partisi aracılığıyla yasamada hem de HSK ve AYM eliyle yargıda bu kadar baskın olması, güçler arasındaki sınırları silikleştirir.

XV. DİĞER MADDELER

Değişiklik Kanununda:

- Sıkıyönetim rejiminin kaldırılmasına,
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), Askeri Yargıtay ve savaşı hali istisna olmak üzere askeri mahkemelerin lağvedilmesine,
- OHAL KHK’larının Meclis’te onayı için üç aylık zorunlu süre konulması ve onaylanmadığı takdirde KHK’nın kendiliğinden yürürlükten kalkmasına dair hükümler olumludur.

Buna mukabil:

- Cumhurbaşkanının hazırladığı bütçe Meclis tarafından onaylanmadığında, Cumhurbaşkanı önceki yılın bütçesini yeniden değerlendirme oranına göre artırarak uygulama olanağının verilmesi, Meclis’in yürütme üzerindeki denetim araçlarından birinin daha elinden alınması anlamına gelir.

Halkın 16 Nisan’da verdiği kabul ile beraber hemen uygulamaya konulacak üç hüküm var: Cumhurbaşkanı partili olabilecek, askeri mahkemeler kaldırılacak ve HSK yeniden tanzim edilecek. Kanun koyucunun bu üç maddeye özel bir önem atfettiği görülüyor. Diğer maddeler için bir geçiş süreci öngörülüyor. 3 Kasım 2019’da birlikte

yapılacak Cumhurbaşkanlığı ve milletvekili genel seçimi ile sistemim bütünüyle yürürlüğe girmesi öngörülüyor.

XVI. SONUÇ

16 Nisan’da halkın verdiği % 51,4’lük kabul oyu ile geçen anayasa değişikliği hakkındaki kanun hakkında iki noktaya işaret edilebilir:

Birincisi, son dönemlerde bütün dünyada güvenlik ihtiyacının büyümesi ve kitlelerin kendilerini daha fazla tehdit altında hissetmesine bağlı olarak güçlü lider, güçlü devlet, hızlı ve etkin karar alma, yönetimde süreklilik ve istikrar gibi kavramlar hukuk düzenlerine ve anayasal arayışlara yol gösterici oluyor.

Türkiye’deki anayasa değişikliği tartışmalarını da bu çerçevede değerlendirmek mümkündür. Anayasa değişikliğinin müellifleri ve savunucularının beyanlarına bakıldığında, değişikliğin temel gayesinin devlet kuvvetlerini tek bir elden yönetilmesini sağlamak olduğu görülecektir. Hemen her madde yasama ve yargı üzerinde yürütmenin etkisini artırmak, yürütmeye olabildiğince daha fazla güç devretmek düşüncesiyle kaleme alınmıştır. Kanun koyucunun bu tercihinin bilhassa “kuvvetler ayrılığı” ve “demokrasi” noktalarında arızalar çıkarması kaçınılmaz olacaktır.

İkincisi, temel hak ve özgürlükler alanına ilişkin bir-iki düzenleme olsa da (sıkıyönetim rejimine son verilmesi, askeri mahkemelerin lağvedilmesi gibi), Değişiklik Kanunu esas olarak hükümet sistemine odaklanmıştır. Ülkedeki temel sorunların çözümüne katkı sunacak bir hukuki anlayış geliştirmemiştir. Öneri halktan onay görüp yürürlüğü girmiştir ancak bu sorunlar (etnik kimliklere kör kapsayıcı bir demos tasavvurunun olmaması, özgürlükçü ve çoğulcu bir toplumsal sözleşme eksikliği, yönetimin kaide ve teamül ile değil güç ilişkilerince tayin edilmesi, vb.¹⁹) orta yerde durmaktadır. Sorunlardan mustarip olan kişiler ve gruplar ise sistemi değiştirme yönündeki taleplerini ileri sürmeye devam edeceklerdir.

¹⁹ Hanioglu, Şükrü: Sistem Tartışmasına Sıkışmamak, Sabah, 18.12.2016, <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/hanioglu/2016/12/18/sistem-tartismasina-sikismamak>.

16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen
Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi

Bu nedenle gerek önerinin mimarisinden ötürü ortaya çıkması muhtemel problemler ve gerek gündeme gelmesi mukadder talepler nedeniyle Türkiye'nin yakın gelecekte de mesaisinin önemli bir kısmını anayasa tartışmalarına ayırmak zorunda kalacağını söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

- ERDEM, Fazıl Hüsnü / HEPER, Yunus: Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri, SETA Yayınları, 2011, s. 43-53.
- ERDOĞAN, Mustafa: Başkanlık Sistemi, Latin Amerika Tecrübesi ve Türkiye, Liberal Perspektif Analiz, Sayı 3, Aralık 2016, s. 25.
- GÖZLER, Kemal: Elveda Anayasa, Ekin Yayınları, 2017.
- HANİOĞLU, Şükrü: Sistem Tartışmasına Sıkışmamak, Sabah, 18.12.2016, <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/hanioglu/2016/12/18/sistem-tartismasina-sikismamak>.
- ŞAFAK, Erdal: Yeni Dönemin Şifreleri, Sabah, 08.04.2014, <http://www.sabah.com.tr/gundem/2014/04/08/yeni-donemin-isaretleri>.
- ULUSOY, Ali: Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?, www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf (Konuluş Tarihi: 17 Ocak 2017).

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.a24.com.tr/illerin-vekil-sayilari---hangi-il-kac-vekil-alacak-haberi-40086411h.html?h%3D48>.

<http://www.abcgazetesi.com/muhalefetten-carpici-yorum-50-vekil-meclise-rusvet-40627h.htm>.

<https://anayasa.tbmm.gov.tr/>.

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/613892/Bahceli_den_baskanlik_sistemine_yesil_isik.html.

<http://www.haber7.com/guncel/haber/942112-secilme-yasi-18-olan-bakin-kac-ulke-var>.

<http://www.haberturk.com/yerel-haberler/haber/11370826-cumhurbaskani-erdogan-ne-diyor-kilicdaroglu-kendisine-100-tane-yardimci-atayacak-diyor-500>.

<http://www.hurriyet.com.tr/gensoruyla-2-hukümet-2-bakan-dusuruldu-245276>.

<http://www.nnchaber.com/haberprint/petek---guclu-meclis-icin-evet--1902.html>.

<http://t24.com.tr/haber/erdogan-18-yasinda-vekil-secilenler-askerlikten-muaf-tutulur-olur-biter,387698>.

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6771.html>.

http://www.ysk.gov.tr/ysk/content/conn/YSKUCM/path/Contribution%20Folders/HaberDosya/2014CB-Kesin-416_d_Genel.pdf.

TÜRK MEVZUAT VE UYGULAMASI ÇERÇEVESİNDE ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İÇİN TBMM'DE YAPILAN OYLAMALAR VE BU OYLAMALARDA ARANAN KARAR YETER SAYISI

Kürşat AKÇA*

ÖZ

1982 Anayasası'nda anayasa hükümlerinin kanunlardan farklı teklif ve karar yeter sayılarıyla değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre anayasa değişikliği teklifinin kabulü için TBMM üye tam sayısının en az beşte üçü yani 330 milletvekilinin kabul oyu gerekmektedir. Anayasa değişikliği için TBMM'de iki görüşme yapılmakta ve her bir görüşme iki oylamadan oluşmaktadır. Sonuç olarak anayasa değişikliği teklifinin TBMM'de kabulü için dört oylama yapılmaktadır. Karar yeter sayısının bu oylamalardan hangi ya da hangilerine tatbik edileceği noktasında 1982 Anayasası'yla, TBMM İçtüzüğü'nde ve TBMM uygulamasında tutarlılık yoktur. Bu durum özellikle anayasa değişikliğinin geçerliliği noktasında ve sonrasında Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak yargısal denetimde çözülmesi gereken bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa değişikliği, karar yeter sayısı, TBMM İçtüzüğü, Anayasa Mahkemesi, TBMM uygulaması.

* Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: kursat.akca@inonu.edu.tr.
Makalenin Gönderim Tarihi : 01.03.2017.
Makalenin Kabul Tarihi : 06.03.2017.

THE BALLOTS FOR CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN TURKISH LEGISLATION AND REQUIRED QUORUM OF THE DECISION IN THESE BALLOTS

ABSTRACT

According to the Turkish Constitution, the amendment of the Constitution is different from the amendment of the laws in terms of the decision quorum. Accordingly, the adoption of a bill for an amendment shall require a three-fifths majority of the total number of members of the Assembly. Bills to amend the Constitution shall be debated twice in the Plenary and two ballots are taken in each bill. As a result, there are four ballots for constitutional amendment. There is no consistency between the legislation and the application of the Assembly on the issue of the quorum of the decision to be sought on such ballots. This is particularly problematic at the point of the validity of the constitutional amendment and as a problem to be solved in the judicial review by the Constitutional Court of Turkey.

Keywords: Constitutional amendment, decision quorum, Rules of Procedure of the Assembly of Turkey, Constitutional Court, application of the Assembly.

I. GİRİŞ

Anayasa Hukuku’nun genel teorisinde yeni bir anayasa yapan iktidara, asli kurucu iktidar; anayasayı değiştiren iktidara ise tali kurucu iktidar denilmektedir¹. 1982 Anayasası’na göre tali kurucu iktidar TBMM’dir. TBMM bu kapsamda 1982 Anayasası’nı yine anayasanın

¹ Kurucu iktidar konusunda bkz. Gözler, Kemal: Kurucu İktidar, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, Mart 2016, s. 1-179; Şahin, Engin: Kurucu İktidar – Politik Yaklaşım, XII Levha Yayınları, Kasım 2013, s. 6-215; Anayasa hukuku eserlerinde de kurucu iktidar kavramı önemli bir yer tutmaktadır. Örnekleri için bkz. Kubalı, Hüseyin Nail: Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, Ersa Matbaacılık, İstanbul, 1964, s. 208-213; Karatepe, Şükrü: Anayasa Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 25-41; Erdoğan, Mustafa: Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, 7. Baskı, s. 95-98; Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Bası, Ekim 2014, s. 177-210; Tunaya, Tarık Zafer: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, Araştırma, Eğitim ve Ekin Yayınları, 5. Baskı, s. 122-129.

öngördüğü usul ve esaslara uymak suretiyle değiştirebilmektedir². Nitekim 1982 Anayasası'nın “Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoylamasına katılma” kenar başlıklı 175. maddesinde anayasanın nasıl değiştirileceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddeden hareketle anayasa değişikliği teklifinin yasalaşma süreci teklif, görüşme ve onay olmak üzere üç aşamada incelenebilir³.

Anayasa m. 175/1'e göre anayasa değişikliği teklif yetersayısı TBMM üye tam sayısının üçte biri yani 184'tür. Buna göre anayasa değişiklik teklifini sadece milletvekilleri isteyebilir. Bakanlar Kurulu'nun anayasa değişiklik teklifi verme yetkisi yoktur. Son olarak anayasa değişikliği teklifi yazılı olmalıdır.

Anayasa değişikliğinin TBMM genel kurulunda görüşülmesi aşaması ise Anayasa'nın 175. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında anayasa değişikliği için iki görüşme yapılacağı ve gerekli karar yeter sayısının TBMM üye tam sayısının beşte üçü (yani 330 kabul oyu) olduğu düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü bakımından, ilk fıkradaki kayıtlar dışında kanunların kabulü ve görüşülmesi hakkında hükümlere atıf yapılmıştır. Anayasa'da kanunların kabulünü ve görüşülmesini düzenleyen 88. maddenin 2. fıkrası ise konuyu TBMM İçtüzüğü'ne havale etmiştir. İçtüzük'te konuyla ilgili olarak 81. ve 94. maddede düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerden anayasa değişikliği teklifinin TBMM genel kurulunda iki defa görüşüleceği ve bu görüşmelerde toplam dört oylama yapılacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz üzere TBMM İçtüzüğü'nün 94. maddesinin ilk iki fıkrası, karar yeter sayısının anayasa değişiklik teklifine ilişkin TBMM'de yapılacak oylamaların hangisinde aranacağı noktasında çelişkili hükümler ihtiva etmektedir. Diğer taraftan TBMM uygulaması da bu konuda farklı bir seyir izlemektedir.

² 1982 Anayasası'na göre anayasanın değiştirilmesi sürecini anlatan çalışmalar için bkz. Onar, Erdal: 1982 Anayasası'nda Anayasayı Değiştirme Sorunu, Yayınevi Belirtilmemiş, Ankara 1993; Çoban, Ali Rıza: Anayasayı Değiştirme Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 124-155; Keskinsoy, Ömer: Anayasada Değişiklik Yapma Usulü, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 12/2 (2010), 143-170.

³ Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 166-175.

Türk Mevzuat ve Uygulaması Çerçevesinde Anayasa Değişikliği İçin TBMM'de Yapılan Oylamalar ve Bu Oylamalarda Aranılan Karar Yeter Sayısı

Görüşme aşaması tamamlandıktan sonra anayasa değişikliği teklifinin yürürlüğe girebilmesi için onaylanması gerekmektedir. 1982 Anayasası'nda onay yetkisi Cumhurbaşkanı ve halk arasında paylaşılmıştır. 1982 Anayasası, onay safhasında karar yeter sayısının 330 ve 367 arası olması ya da 367'den fazla olması durumlarına göre Cumhurbaşkanı'na farklı yetkiler tanımıştır. Buna göre eğer anayasa değişikliği teklifi TBMM genel kurulunda 330'dan fazla ancak 367'den az oyla kabul edilmişse bu durumda Cumhurbaşkanı ya anayasa değişikliği teklifini meclise iade eder ya da halk oylamasına sunar (Any. m. 175/3). Anayasa değişikliği teklifinin TBMM genel kurulunda 367 ya da 367'den fazla bir oyla kabul edilmesi durumunda ise Cumhurbaşkanı bu değişikliği ya onaylar (Any. m. 175/5), ya TBMM'ye yeniden görüşülmek üzere iade eder (Any. m. 175/4) ya da halk oylamasına sunar (Any. m. 175/5). Cumhurbaşkanı tarafından meclise iade edilen anayasa değişikliği teklifi TBMM genel kurulunda yukarıda aktardığımız görüşme safhası gerçekleştirilmek suretiyle yeniden görüşülür. Bu görüşme sonrası anayasa değişiklik teklifi 330 ile 367 arası bir karar yeter sayıyla kabul edildiyse Cumhurbaşkanı bu durumda anayasa değişikliği teklifini halkoylamasına sunmak zorundadır⁴. Anayasa değişiklik teklifi 367 ya da 367'den fazla bir kabul yeter sayı ile kabul edildiyse bu durumda Cumhurbaşkanı anayasa değişiklik teklifini aynen kabul edebileceği gibi halk oylamasına da sunabilir. Burada halkoylaması yetkisi ihtiyaridir. Cumhurbaşkanı tarafından onaylanan ya da halkoylamasında kabul edilen anayasa değişikliği teklifi, Resmi Gazete'de ısdar edilerek yürürlüğe girer.

⁴ Doktrinde bir görüş 367'den fazla kabul oyu almış bir anayasa değişiklik teklifinin Cumhurbaşkanı tarafından meclise iade edilmesi durumunda bu teklifin TBMM'de en az 367 kabul oyu alması gerektiğini savunmaktadır. Bu konuda bkz. Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 12. Bası, Ekim 2012, s. 291; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2000, s. 997; Ancak Anayasa Mahkemesi 2007 yılında verdiği bir kararda 367'den fazla kabul oyu alan bir anayasa değişiklik teklifinin Cumhurbaşkanı tarafından iade edilmesi durumunda söz konusu teklifin TBMM'de 367'den fazla kabul oyu almasını şart koşmamış, 330 ile 367 arası kabul oyu ile alan teklifin Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabileceğini kabul etmiştir. Karar için bkz. AMKBB, Any. Mahk. Kararı, Esas No: 2007/72, Karar No: 2007/68, Karar Tarihi: 5.07.2007, <https://goo.gl/9ZugiD>, Erişim Tarihi: 31.01.2017.

Görüldüğü üzere bir anayasa değişikliği teklifi, TBMM genel kurulu, Cumhurbaşkanı ve gerekirse halkın iradesinden oluşan üç adımlı bir süreçle kabul edilmektedir. Bunlardan TBMM genel kurulu adımı anayasa değişikliği teklifinin nasıl görüşüleceği hususu Anayasa'nın 175. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre bir anayasa değişikliği teklifi ile ilgili olarak Cumhurbaşkanı'na gönderilmeden önce ve / veya Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere iade edildiğinde, TBMM genel kurulunda dört oylamadan oluşan iki görüşme yapılır. Anayasanın 175. maddesinde anayasa değişikliği teklifine ilişkin öngörülen karar yeter sayısının (üye tamsayısının beşte üçü), söz konusu oylamaların hangisinde aranması gerektiğinin tespiti anayasa değişiklik sürecinin akıbeti için önemlidir. Zira aranan karar yeter sayısı ile kabul edilmeyen bir anayasa değişiklik teklifi reddedilmiş sayılır ve bu değişiklik teklifi Cumhurbaşkanı'na gönderilmeden görüşmeler sona erer. Ayrıca karar yeter sayısının TBMM'de yapılacak oylamalarda sağlanıp sağlanmadığı, Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı şekli denetim açısından oldukça önem arz etmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerinin şekil yönünden denetimini yaparken TBMM'de yapılacak oylamalarda karar yeter sayısının (onay için Cumhurbaşkanı'na gönderilmeden önce ve / veya Cumhurbaşkanı tarafından iade edildiğinde) sağlanıp sağlanmadığını da incelemektedir.

Çalışmamızda Anayasa değişikliği teklifinin kabulü sürecinde TBMM genel kurulunda yapılacak olan görüşme ve oylamalar ile yukarıda önemini vurguladığımız üzere anayasa değişikliği teklifi için aranan beşte üç karar yeter sayısının bu görüşmelerin hangi aşamasında dikkate alınması gerektiği hususu değerlendirme konusu yapılacaktır. Bu değerlendirme yapılırken mevzuattaki düzenlemelerle beraber konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararları, TBMM uygulaması ve doktrindeki görüşler incelenecektir. Anayasa değişiklik teklifinin kabulüne ilişkin teklif ve onay adımları ile özellikle Cumhurbaşkanı'nın onay aşamasında sahip olduğu yetkiler çalışmamızın kapsamına alınmayacaktır.

II. TBMM GENEL KURULUNDA ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN GÖRÜŞÜLMESİ VE BU SÜREÇTE UYGULANACAK KARAR YETER SAYISININ TESPİTİ

Anayasa değişikliklerine karşı sadece şekil bakımından denetim yapılmaktadır⁵. Şekil bakımından yapılan denetimde anayasa değişikliği için Anayasa’da öngörülen teklif ve karar yeter sayısının sağlanıp sağlanmadığı ve anayasa değişiklik teklifinin TBMM genel kurulunda iki defa görüşülüp görüşülmediği incelenmektedir. Anayasa mahkemesi, bu denetim kapsamında karar yeter sayısını sağlamayan bir anayasa değişikliği teklifini iptal edebilmektedir. Anayasa değişikliği sürecinde dört oylama yapıldığından, kabul yetersayısının hangi oylama için esas alınacağı yapılacak denetim açısından oldukça önemlidir. Dolayısıyla Anayasa’da öngörülen karar yeter sayısının hangi aşama ya da aşamalar için öngörüldüğünün tespiti gereklidir. Bunun için çalışmamızda öncelikle anayasa değişikliği teklifinin TBMM’de görüşülmesi sürecinde yapılması öngörülen oylamalar anlatılacaktır.

A. Anayasa Değişikliği Teklifine İlişkin TBMM’de Yapılan Görüşme ve Oylamalar

1982 Anayasası’nda anayasa değişikliği sürecine ilişkin olarak 175. maddenin ilk iki fıkrasında düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu iki fıkraya göre;

“Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.

⁵ Anayasa Mahkemesi’nin yapacağı şekil bakımından denetimle ilgili bkz. Abdulhakimoğulları, Erdal / Baykan, Metin: Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, 17-40, <https://goo.gl/0TbeB3>, Erişim Tarihi: 31.01.2017; Aydın, Mesut: 1982 Anayasası’na göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 1, s. 215-249, <https://goo.gl/pBQZro>, Erişim Tarihi: 31.01.2017; Kulak, Sercan Coşkun: Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 228-261, <https://goo.gl/y8ZB7K>, Erişim Tarihi: 31.01.2017.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbidir.”

Her iki hükme bakıldığında ilk olarak maddede anayasa değişikliği teklifinin TBMM üye tam sayısının en az beşte üç çoğunluğunun gizli oyu⁶ ile mümkün olacağı düzenlenmekte ve TBMM’de anayasa değişikliği görüşmelerinin iki defa yapılacağı⁷ hüküm altına alınmaktadır. Bunlar dışında kalan hususlarda ise kanunların kabulü ve görüşülmesi usulü hükümlerinin tatbik olunacağı belirtilmektedir.

Kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi sürecini düzenleyen Anayasa’nın 83. maddesi konuyu doğrudan TBMM İçtüzüğü’ne havale etmektedir. İçtüzük’te bu konu 81. maddede düzenlenmiştir⁸. Buna göre kanun değişikliklerine ilişkin tek bir görüşmede teklifin maddelerine geçilmesi, maddelerin teker teker oylanması ve maddelerin tümünün oylanması şeklinde üç türlü oylama yapılmaktadır. İçtüzükte kanunlar

⁶ 1924, 1961 anayasaları ile 1982 Anayasası’nın ilk metinde anayasa değişikliği için gerekli kabul yeter sayısı TBMM üye tam sayısının üçte ikisi idi. 1982 Anayasası’nda 3361 sayılı kanunla yapılan değişiklikte bu sayı TBMM üye tam sayısının beşte üçüne indirilmiştir. Böylece anayasa değişikliği yapılmasının kolaylaştırılması amaçlanmıştır. Yine 3361 sayılı kanunla anayasa değişikliklerinin gizli oyla yapılacağı hükmü anayasaya eklenmiştir. Bu konuda bkz. Özbudun, s. 170; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 288; Atar, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Ekim 2012, s. 373; Gizli oyla milletvekillerinin parti disiplini uzak kendi düşünceleriyle karar vermelerinin amaçlandığı yönünde bkz. Onar, s. 74.

⁷ İki defa görüşme şartı ile anayasa değişikliğinin aceleye getirilmemesi amaçlanmaktadır. İki defa görüşme şartı ve aradaki 48 saatlik süre ile anayasa değişikliğinin sonuçları ve etkisi noktasında kamuoyu oluşturulabilir, uzlaşma sağlanabilir ve daha sağlıklı sonuçlar alınabilir. İlk görüşmede yeterli çoğunluğu alan bir anayasa değişikliği artan tepkiler sonrası ikinci görüşmede reddedilebilir. Benzer yönde bkz. Özbudun, s. 167; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 287; Gözler, Anayasa, s. 987; Keskinsoy, s. 151.

⁸ Bu maddeden hareketle kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için özetle şu sıra izlenmektedir:

- Tasarı veya teklifin tümü hakkında görüşme açılır. Soru-cevap işlemi yapılır. Maddelere geçilmesi oylanır.
- Maddeler üzerinde görüşme yapılır. Soru-cevap ve önerge işlemleri yapılır. Maddeler teker teker oylanır.
- Tasarı ve teklifin maddelerin tümü üzerinde oylama yapılır.

için öngörülen bu görüşme süreci, Anayasa'nın 175. maddesinin yaptığı atıf sebebiyle anayasa değişikliği sürecinde de uygulanacaktır. Ancak Anayasa'nın 175. maddesine göre anayasa değişiklikleri için iki görüşme yapılması öngörüldüğünden yukarıdaki kanunlar için kabul edilen görüşme ve oylama sürecinin bu iki görüşmeye nasıl tatbik edileceğinin tespiti gereklidir.

Bu konuyla ilgili olarak TBMM İçtüzüğü'nde doğrudan bir hüküm yer almamaktadır. Ancak anayasa değişikliği karar yeter sayısını düzenleyen TBMM İçtüzüğü'nün 94. maddesinde anayasa değişikliği için yapılacak oylamalardan bahsedilmektedir. Maddeye göre, "Anayasada değişiklik tekliflerinin birinci ve ikinci görüşmelerinde, maddelerin kabulü ile ikinci görüşmenin sonunda tümünün kabulü üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu ile mümkündür." Bu hüküm içtüzüğün 81. maddesiyle beraber değerlendirildiğinde anayasa değişikliği süreci şu şekilde işleyecektir: Anayasa değişikliğinin birinci görüşmesinde değişikliğin tümü hakkında görüşme açılacak sonrasında maddelere geçilip geçilmeyeceği oylanacak, maddelere geçilmesi kabul edilmezse teklif reddedilmiş sayılacak; maddelere geçilmesi kabul edilirse maddeler teker teker oylanacaktır. En az kırk sekiz saat sonra yapılacak ikinci görüşmede ise maddelerin tümü üzerinde görüşme yapılmayacak varsa değişiklik önergeleri⁹ tartışılacak, değişiklik önergesi yoksa maddelerin teker teker kabulü ve sonrasında maddelerin tümünün oylaması yapılacaktır¹⁰.

Belirtmek gerekir ki maddelere geçilmesi oylaması TBMM İçtüzüğü'nün 94. maddesinde zikredilmemiştir. Zira 94. madde aşağıda tartışacağımız üzere nitelikli çoğunluk aranan oylamalarla ilgilidir. Yoksa

⁹ Değişiklik önergeleriyle değişiklik üzerinde bazı düzeltme, ekleme veya çıkartmalar yapılmaktadır. Bu önergelerle yeni bir teklifin verilmesi söz konusu değildir. Görüşmelerine başlanmış bir teklif için değişiklik önergesi ancak beş milletvekilinin imzasıyla verilebilir (İçtüzük m. 87/f. 2). Bu konuda bkz. Onar, s. 59-60.

¹⁰ Maddelerin tümü üzerinde oylama birinci görüşmede yapılmamakta ikinci görüşmeye bırakılmaktadır. Bunun sebebi maddelerin tümünün oylanmasıyla artık teklifin kesinleşecek olmasıdır. Birinci görüşmede bu yapılırsa maddeler kesinleşmiş olacak, ikinci görüşmeye gerek kalmayacaktır. Bu konu 1974 yılında Millet Meclisi'nde tartışılmış ve maddelerin tümünün oylaması ikinci görüşmeye bırakılması yönünde karar alınmıştır. Konu hakkında bkz. Onar, s. 73-74.

maddelere geçilmesi oylaması yapılmadan bir ve ikinci görüşmenin yapılabilmesi mümkün değildir¹¹.

Yukarıda yer alan tüm açıklamalar ışığında bir anayasa değişikliğine ilişkin olarak Cumhurbaşkanı'na gönderilmeden önce ve / veya Cumhurbaşkanı tarafından iade edildikten sonraki süreçte TBMM'de yapılacak görüşmeler esnasında yapılacak oylamalar şu şekilde tespit edilebilir¹²:

1. Görüşme → Maddelere geçilmesi oylaması (1. oylama) + maddelerin teker teker oylanması (2. oylama).

2. Görüşme → Maddelerin teker teker oylanması (3. oylama) + maddelerin tümünün oylanması (4. oylama).

Anayasa değişikliği teklifinin kabulü sürecinde TBMM'de yapılacak oylamaları tespit ettikten sonra bu oylamalarda uygulanacak karar yeter sayınının tespit edilmesi gerekmektedir.

B. Anayasa Değişikliği Teklifinin TBMM'de Kabulü İçin Yapılacak Oylamalarda Aranacak Karar Yeter Sayısının Tespiti

Anayasa değişikliği teklifinin görüşülmesi sürecinde TBMM genel kurulunda dört oylama yapılacağı anlatıldı. Bu oylamalar gelişigüzel olarak Anayasa ve TBMM İçtüzüğü'nde öngörülmemiştir. Bu oylamalardan herhangi birinde kabul yeter sayısı sağlanamadığında diğer oylamaya geçilemez ve teklif reddedilmiş sayılır. Aksi durumun benimsenmesi yapılan oylamanın önemini ortadan kaldıracığı gibi, anayasanın iki görüşme ve dört oylama ile öngördüğü amaçla da bağdaşmaz. Dolayısıyla bu oylamaların her birinde hangi kabul yeter sayısının aranması gerektiği tespit edilmelidir. Bu tespiti yapabilmek için konuyla ilgili Anayasa ve TBMM İçtüzüğü'ndeki düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi kararları ve doktrinindeki görüşler sırasıyla inceleme konusu yapılacaktır.

¹¹ Özbudun, s. 168; Atar, s. 375; Gözler, Anayasa, s. 987.

¹² Onar, s. 50; Özbudun, s. 168; Gözler, Anayasa, s. 990.

1. Anayasa’daki Düzenleme

1982 Anayasası’nın 175. maddesinde anayasa değişikliği için TBMM’de yapılacak görüşmelerden ve karar yetersayısından bahsedilmektedir. Buna göre:

“Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbidir.”

İlk fıkradaki düzenlemeye göre anayasa değişikliği teklifinin kabulü için gereken karar yeter sayısı TBMM üye tam sayısının en az beşte üçüdür. Diğer bir ifadeyle anayasa değişikliğinin TBMM’den geçebilmesi için en az 330 milletvekilinin kabul oyu gereklidir. Bir anayasa değişiklik teklifi, 330 milletvekilinden az bir sayıyla kabul oyu alırsa, teklif reddedilmiş sayılır ve görüşmeler sona erer. Bu husus hem anayasa değişiklik teklifinin Cumhurbaşkanı’na onay için gönderilmeden önceki süreçte hem de teklifin Cumhurbaşkanı tarafından iade edilmesi durumunda TBMM’de yapılacak oylamalarda geçerli olur. 1982 Anayasası’na göre kanunların kabulü için 139’tan aşağı olmamak üzere toplantıya katılan milletvekillerinin salt çoğunluğu yani adi çoğunluk yeterli görülürken anayasa değişikliği için nitelikli çoğunluk öngörülmüştür. Bu durum 1982 Anayasası’nın katı niteliğinin bir özelliğidir.

Anayasanın 175. maddesinde anayasanın değiştirilmesi için genel kurulda iki defa görüşme yapılacağı ve kabul yeter sayısının TBMM üye tam sayısının en az beşte üçü olacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak söz konusu hükümde veya anayasanın başka herhangi bir maddesinde bu karar yeter sayısının, anayasa değişikliği için yapılacak oylamaların hangisinde aranacağı noktasında doğrudan bir hüküm ihdas edilmemiştir. Bu durumu açıklığa kavuşturabilmek için öncelikle TBMM İçtüzüğü’ndeki ilgili düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir. Zira Anayasa’nın 175/2. maddesi, anayasa değişikliği teklifinin görüşülmesine ilişkin hususlarda kanunların görüşülmesi hükümlerinin uygulanacağını

belirtmekte, kanunların kabulü ve görüşülmesini düzenleyen Anayasa'nın 88. maddesi¹³ ise konuyu TBMM İçtüzüğü'ne havale etmektedir.

2. TBMM İçtüzüğü'ndeki Düzenleme

TBMM İçtüzüğü¹⁴ m. 94/1'de¹⁵ anayasanın değiştirilmesi için gerekli karar yeter sayısı ile ilgili şu düzenleme yer almaktadır:

“Anayasada değişiklik tekliflerinin birinci ve ikinci görüşmelerinde, maddelerin kabulü ile ikinci görüşmenin sonunda tümünün kabulü üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu ile mümkündür.”

İçtüzük m. 94/1, Anayasa'nın 175. maddesiyle paralel bir düzenleme içermektedir. İçtüzük hükmünde anayasa değişikliği sürecinin oylamaları tek tek zikredilmiş ve her bir oylama için anayasada öngörülen beşte üç çoğunluğun aranacağı vurgulanmıştır. Belirtmek gerekir ki yukarıda değinildiği üzere anayasa değişikliği sürecinde maddelere geçilmesi oylaması yapılmaktadır. Ancak İçtüzük m. 94/1 hükmünde maddelere geçilmesi oylamasından bahsedilmemiştir. Dolayısıyla maddelere geçilmesi oylaması için beşte üç çoğunluk

¹³ 1982 Anayasası'nın “Kanunların teklif edilmesi ve görüşülmesi” kenar başlıklı 88. maddesinin 2. fıkrasına göre: “Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir.”

¹⁴ TBMM İçtüzüğü, Karar No: 584, Kabul Tarihi: 5.3.1973, Resmî Gazete: 13.04.1973 – Sayı: 14506; TBMM İçtüzüğüne erişmek için bkz. <https://goo.gl/K5nBsD>, Erişim Tarihi: 06.02.2017.

¹⁵ TBMM İçtüzüğü'nün m. 94'teki mevcut hükmü, TBMM'nin 16.05.1996 tarihli ve 424 sayılı “Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Başlığı ile Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu İçtüzüğe Bazı Maddeler Eklennesi Hakkında Karar”ı ile değiştirilmiştir. Değişiklik öncesi m. 94 hükmü, m. 92'de şu şekilde düzenlenmekteydi: “Anayasa değişiklik tekliflerinin görüşülmesinde, önergeler işaret oyuyla, maddelerin kabulü açık oylama ile olur. Ancak, verilmiş olan bir önerge kabul edilmişse, kabul için gerekli üçte iki çoğunluk bulunup bulunmadığını tespit için, önergenin oylanması açık oylama suretiyle tekrarlanır.”, 424 sayılı karar ile yapılan değişiklikler için bkz. Kocaman, Habip / Gökçimen, Semra: TBMM İçtüzüğü 2. Cilt, TBMM Basımevi, 2012 Ankara, s. 1330 vd..

Türk Mevzuat ve Uygulaması Çerçevesinde Anayasa Değişikliği İçin TBMM’de Yapılan Oylamalar ve Bu Oylamalarda Aranılan Karar Yeter Sayısı aranmadığı sonucu çıkmaktadır. Maddelere geçilmesi oylaması için özel bir hüküm öngörülmediğinden adi çoğunluk yeterli olacaktır¹⁶.

TBMM İçtüzüğü m. 94/f. 2’de yer alan düzenleme ise şu şekildedir:

“Birinci görüşmede gerekli çoğunlukla kabul oyu alamayan bir madde ikinci görüşmede de gerekli çoğunlukta kabul oyu alamamışsa reddedilmiş olur.”

Bu fıkra hükmüne göre birinci görüşmede maddelerin kabulü için yapılacak oylamada m. 94/f.1’de öngörülen beşte üç çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığına bakılmaksızın ikinci görüşmeye geçilecektir. İkinci görüşmede maddelerin kabulü ve maddelerin tümünün kabulü oylamasında m. 94/f.1’de öngörülen beşte üç çoğunluk sağlanması durumunda teklif kabul edilmiş sayılacaktır.

TBMM İçtüzüğü’nün mezkûr 1 ve 2. fıkraları birbiriyle çelişmektedir. Zira m. 94/1’e göre birinci görüşmedeki maddelerin kabulü oylamasında beşte üç çoğunluk sağlanmadığı takdirde teklif reddedilmiş sayılır. Dolayısıyla bu fıkra hükmüne göre reddedilen teklif için ikinci görüşmeye geçilmez. Ancak m. 94/2’de bunun tersi bir düzenleme öngörülmüştür. Bu fıkraya göre birinci görüşmedeki maddelerin kabulü oylaması için beşte üç çoğunluk sağlanamasa bile ikinci görüşmeye geçilir ve ikinci görüşmede beşte üç çoğunluk sağlanırsa teklif kabul edilmiş sayılır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında 94. maddenin 1. ve 2. fıkrası, birinci görüşmede maddelerin kabulünde aranacak kabul yeter sayısı noktasında çatışmaktadır¹⁷. Eğer aynı düzeyde yer alan iki çatışan hüküm iptal edilmediyse ve aralarında altlık-üstlük, genellik-özellik ya da öncelik-sonralık ilişkisi yoksa bu hükümler arasında “gerçek çatışma” söz konusu olur¹⁸. Doktrinde bu gibi hallerde her iki hükmün birbirini yok

¹⁶ “Bu oylama maddelerin kabulüne değil sadece görüşülüp görüşülmeyeceğine yönelik olduğundan, Meclisin basit çoğunluğunun oyuyla kararlaştırılır.”, Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 289.

¹⁷ Atar, s. 376.

¹⁸ Gözler, Kemal: Hukuka Giriş, Ekin Yayınevi, 13. Baskı, Ağustos 2016, s. 351; Sözer, Ali Nazım: Hukukta Yöntembilim, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İzmir 2013, s. 169; Kırca, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFĐ, Cilt 50, S. 1, Yıl 2001, s. 95.

ettiği ve bir boşluğun doğduğu kabul edilmektedir¹⁹. Bu boşluk Medeni Kanunun 1. maddesindeki hüküm uyarınca hâkim tarafından hukuk yaratılarak doldurulur²⁰. Ancak bu çözümün kamu hukuku hükümleri ve dolayısıyla TBMM İçtüzüğü için kabul edilebilmesi mümkün değildir²¹. Bu durumda mezkûr iki içtüzük hükmünün birinci görüşmede maddelerin kabulü oylamasındaki karar yeter sayısı bakımından birbirini etkisiz hale getirdiği ve bu sebeple birinci görüşmede maddelerin kabulü oylaması için aranacak karar yeter sayısı bakımından ortada uygulanabilir bir hükmün olmadığı kabul edilebilir.

3. TBMM Uygulaması

TBMM uygulamasına baktığımızda birinci görüşmede maddelere geçilmesi oylaması ile diğer oylamalar açısından farklı bir seyir izlendiği görülmektedir.

1993 yılında 3913 Sayılı Kanun'la²² ve 1995 yılında 4121 Sayılı Kanun'la²³ kabul edilen anayasa değişikliği tekliflerinin kabul edilmiş süreçlerinde maddelere geçilmesi oylamasında, Anayasa m. 175'teki hüküm esas alınarak beşte üç çoğunluk aranmıştır. Ancak 1999 yılında 4388 Sayılı Kanun'la kabul edilen anayasa değişikliği teklifinin görüşülmesi sürecinde maddelere geçilmesi oylamasında beşte üç çoğunluk aranmamış bunun için adı çoğunluğun yeterli olduğu kabul edilmiştir²⁴. Bu uygulama, daha sonra yapılan anayasa değişikliği

¹⁹ Karayalçın, Yaşar: Hukukda Öğretim – Kaynaklar – Metod, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008, s. 152; Gözler, Hukuka Giriş, s. 351; Bu boşluğa doktrinde “çatışma boşluğu” denilmektedir. Bkz. Sözer, s. 169; Kırcı, s. 95.

²⁰ Karayalçın, s. 152; Sözer, s. 169.

²¹ Gözler, Hukuka Giriş, s. 352.

²² TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Cilt: 34, Birleşim: 91, Oturum: 1, Tarihi: 14.04.1993, s. 163, <https://goo.gl/LmlJBB>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

²³ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Cilt: 88, Birleşim: 123, Oturum: 3, Tarihi: 14.06.1995, s. 405, <https://goo.gl/F84TGm>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

²⁴ Dönemin TBMM Başkanı maddelere geçilmesi oylaması için şunları söylemiştir: “Teklifin, maddelerine geçilmesi hususunda gizli oylama yapacağız. Teklifin maddelerine geçilebilmesi için Anayasanın 175 ve İçtüzüğün 94 üncü maddeleri uyarınca, oylamaya katılanların salt çoğunluğunun kabul oyu gerekmektedir...”. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi,

Türk Mevzuat ve Uygulaması Çerçevesinde Anayasa Değişikliği İçin TBMM’de Yapılan Oylamalar ve Bu Oylamalarda Aranılan Karar Yeter Sayısı

süreçlerinin tümünde maddelere geçilmesi oylaması için devam ettirilmiştir²⁵.

TBMM, anayasa değişikliği sürecinde birinci görüşmede maddelerin kabulünde ve ikinci görüşmede yapılacak oylamalarda aranacak karar yeter sayısı noktasında 05.07.1995 tarihinde 134 sayılı

Dönem: 21, Cilt: 1, Birleşim: 15, Oturum: 1, Tarihi: 15.06.1999, s. 351, <https://goo.gl/0RcvQQ>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

- ²⁵ 2000 yılında kanunlaşmadan geri çekilen “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 101 inci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi” nin görüşülmesi esnasında maddelere geçilmesi için yapılan oylamada beşte üç çoğunluk geçilememiştir (Kabul 303, Ret 202, Çekimser 11, Geçersiz 6, Boş 9 oy). Bunun üzerine yeter sayı noktasında tartışma tezahür etmiş ve dönemin TBMM başkanı Yıldırım Akbulut maddelere geçilmesi için adi çoğunluğun yeterli olacağını savunmuştur. Akbulut konuyla ilgili şunları belirtmiştir: “Şimdiye kadar olan uygulamalara baktığımızda, 1982 Anayasasının değişikliklerinde, 1995 yılında yapılan değişiklikte, maddelere geçilmesi hususunda yapılan oylamada aranılan çoğunluk, beşte 3 çoğunluk olarak kabul edilmiş ve görüşmeler, bu minval üzere devam etmiş. 1997 senesinde yapılan Anayasa değişikliğinde ise, tümü üzerinde yapılan görüşmelerden sonra maddelere geçilmesi için yapılan oylamada, yine böyle bir tartışma Yüce Mecliste yapılmış ve Yüce Meclis, bu tartışmadan sonra, maddelere geçilmesi için salt çoğunluk lazım geldiği hususunda karar vermiş. Bunlar Meclis tutanaklarında var... Bendeniz, hem bu Meclis kararına hem de Anayasa değişiklikleriyle ilgili İchtüzüğümüzün hükümlerine ve Anayasa hükümlerine göre de maddelere geçilmesi hususunun salt çoğunlukla olabileceği kanaatindeyim. Gerekçe olarak, biraz evvel arz ettim, İchtüzüğe ve Anayasaya dayanıyorum... maddenin oylanmasında, birinci oylamada veyahut maddenin kabulü için bir nitelikli çoğunluk, içtüzüğümüz beşte 3 çoğunluk arar iken ve bunu belirtmiş iken ve keza, tümünün oylanmasında bir nitelikli çoğunluk, en aşağı beşte 3 çoğunluk arar iken, maddelere geçilmesi hususunda herhangi bir kayıt, herhangi bir sayı belirtmemiş. Yine, Anayasamızda belirtilen hükümler, Anayasada belirtilen usuller ki, mesela bunun iki kere görüşüleceği, teklifin nasıl yapılacağı ve maddelerin nasıl kabul edileceği şeklinde, o niteliklerin haricindeki hususların, kanunlar gibi görüşüleceğini amir olduğu nedeniyle ve biz de, maddelere geçilmesi hususunda, İchtüzükte, maddeler gibi bir hüküm olmayışından hareketle, kanunlarımız gibi görüşüleceği sonucuna vararak, bunun salt çoğunlukla kabul edileceği fikrini taşıyoruz ve kararımız bu yöndedir diye Yüce Meclise sunuyorum.”, bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Cilt: 29, Yasama Yılı: 2, Birleşim: 73, Tarihi: 29.03.2000, <https://goo.gl/nL3Trc>, Erişim Tarihi: 30.01.2017; Ayrıca bkz. Gözler, Anayasa, s. 991.

birleşimde kabul ettiği TBMM Başkanlığı kararını (tezkeresini) uygulamaktadır²⁶.

Karara göre anayasa değişikliği sürecinde bir teklif, birinci görüşmenin ikinci oylamasında (maddelerin kabulü oylamasında), TBMM üye tam sayısının beşte üçünün altında bir karar yeter sayısı olsa dahi ikinci görüşmeye geçilir²⁷. İkinci görüşmede yapılacak maddelerin kabulü oylamasında beşte üç oy çoğunluğu aranır. Teklif beşte üçün altında kabul oyu alırsa reddedilmiş sayılır. Yine ikinci görüşmede

²⁶ TBMM'nin genel kurul üye tam sayısının 450 olduğu dönemde ikinci görüşmelere başlamadan evvel alınan bu kararın ilgili hükümleri şu şekildedir:

1. Yapılan oylamada; 270'in altında oy alan madde, birinci oylamada aldığı oy ne olursa olsun, kesin olarak reddedilmiş olur ve düşer.
2. Yapılan oylamada; 270'in üzerinde oy alan maddeler, birinci oylamada aldığı oy 270'in altında da olsa kabul edilmiş olur.
3. Yapılan oylamada; maddeler 270'in ve 300'ün üzerinde oy almış olsalar da, tümünün oylamasında 270'in altında oy alırsa, teklifin tümü kesin olarak reddedilmiş olur ve düşer. Karar için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Cilt: 90, Birleşim: 134, Oturum: 2, Tarihi: 05.07.1995, s. 559; <https://goo.gl/mJCCbI>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

²⁷ Onar bu durumu şu sözlerle eleştirmektedir : "... sıradan kanunlar için artık mümkün olmayan ikinci görüşme, Anayasa değişikliği teklifinde reddedilen maddeler için getirilmiş bir ek imkan değildir. Bunun aksini ileri sürmek, Anayasa değiştirmeyi bu açıdan sıradan kanunlara göre daha kolay hale getirir ki, bunu 'katı anayasa' kavramı ile bağdaştırabilmemiz mümkün olamaz". Bkz. Onar, s. 55; 2000 yılında kanunlaşmadan geri çekilen "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 101 inci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi" nin birinci görüşmesinde 1. madde için yapılan ikinci oylama bu duruma örnek gösterilebilir. Bu oylamada teklif adı çoğunluğa dahi erişememiştir (Oylamaya katılan milletvekili 523 - Kabul 260 - Ret 238 - Çekimsiz 10 - Geçersiz 4 - Boş 11). Buna rağmen aynı hüküm ikinci görüşmede tekrar oylanmıştır. Konuyla ilgili dönemin meclis başkanı: "Sayın milletvekilleri, önceki oturumda İnci maddenin oylaması tamamlanmıştı. İhtüzüğümüzün 94 üncü maddesinin ikinci fıkrası 'birinci görüşmede gerekli çoğunlukla kabul oyu alamayan bir madde ikinci görüşmede de gerekli çoğunlukta kabul oyu alamamışsa reddedilmiş olur' hükmünü âmirdir. Bu nedenle, bu madde ikinci görüşmede tekrar oylanacaktır." demiştir. Ve teklif ikinci görüşmede 349 oy alarak kabul edilmiştir. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Cilt: 29, Birleşim: 73, Oturum: 3, Tarihi: 29.03.2000, s. 359 vd., <https://goo.gl/eybZx8>, Erişim Tarihi: 05.02.2017.

Türk Mevzuat ve Uygulaması Çerçevesinde Anayasa Değişikliği İçin TBMM'de Yapılan Oylamalar ve Bu Oylamalarda Aranılan Karar Yeter Sayısı

maddelerin tümünün oylamasında beşte üçün altında bir karar yeter sayı çıkarsa teklif reddedilmiş olur.

TBMM'nin almış olduğu bu karar; 1995 yılında 4121 sayılı kanunla²⁸, 1999 yılında 4388 sayılı kanunla²⁹, 2001 yılında 4701 sayılı kanunla³⁰, 2004 yılında 5170 sayılı kanunla³¹, 2005 yılında 5428 sayılı kanunla³², 2006 yılında 5551 sayılı kanunla³³, 2007 yılında 5659 sayılı kanunla³⁴, 2010 yılında 5982 sayılı kanunla³⁵, 2017 yılında 6771 sayılı kanunla³⁶ kabul edilen anayasa değişikliği tekliflerinin görüşülmesi süreçlerinde esas alınmış ve istikrarlı bir şekilde uygulanmıştır.

Söz konusu bu karar ile birlikte TBMM İçtüzüğü m. 94'te anayasa değişikliği teklifinin birinci görüşmesinde maddelerin kabulü oylaması noktasında var olan çelişki giderilmiş bulunmaktadır. Ancak anayasa tarafından düzenlenmesi TBMM İçtüzüğü'ne bırakılmış olan anayasa değişikliği teklifinin oylanması ve karar yeter sayısı hususunun

²⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 19, Cilt: 90, Birleşim: 134, Oturum: 2, Tarihi: 05.07.1995, s. 559, <https://goo.gl/mJCCBl>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

²⁹ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Cilt: 2, Birleşim: 18, Oturum: 1, Tarihi: 18.06.1999, s. 167, <https://goo.gl/cedYSg>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

³⁰ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Cilt: 71, Birleşim: 2, Oturum: 1, Tarihi: 02.10.2001, s. 31, <https://goo.gl/pmAHRN>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

³¹ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 48, Birleşim: 86, Oturum: 1, Tarihi: 07.05.2004, s. 282, <https://goo.gl/V5CASz>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

³² TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 97, Birleşim: 14, Oturum: 7, Tarihi: 28.10.2005, s. 74-75, <https://goo.gl/fzSgHu>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

³³ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 132, Birleşim: 7, Oturum: 8, Tarihi: 12.10.2006, s. 133-134, <https://goo.gl/MvTYRi>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

³⁴ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 157, Birleşim: 105, Oturum: 1, Tarihi: 10.05.2007, s. 187-188, <https://goo.gl/3z0rfy>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

³⁵ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Cilt: 157, Birleşim: 99, Oturum: 2, Tarihi: 02.05.2010, s. 1047, <https://goo.gl/07wMoV>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

³⁶ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 26, Birleşim: 61, Oturum: 2, Tarihi: 18.01.2017, <https://goo.gl/XLBHQB>, Erişim Tarihi: 03.02.2017.

TBMM kararıyla revize edilmesi, bu kararı eylemli içtüzük³⁷ hükmüne dönüştürmektedir. Bu sebeple TBMM'nin 05.07.1995 tarihinde 134 sayılı birleşimde kabul ettiği söz konusu karar, bir eylemli içtüzük kararıdır ve Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi tıpkı bir içtüzük gibi mümkündür.

4. Anayasa Mahkemesinin Konuya Bakışı

Anayasa Mahkemesi, 2007 yılında 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali için açılan davada anayasa değişikliği süreci ve kabul yeter sayısı hakkında değerlendirmelerde bulunmuştur³⁸. Anayasa Mahkemesi kararında önce anayasa değişikliklerinde dört oylamanın yapılacağını belirtmiş ve ardından her bir oylamada hangi karar yeter sayısının aranacağını tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, birinci görüşmenin birinci oylaması olan maddelere geçilmesi oylamasında adi çoğunluğu yeterli görmektedir³⁹.

³⁷ Eylemli içtüzük, içtüzük niteliğinde olup da TBMM İçtüzüğü'nde öngörülen usul ve esaslara uyulmadan TBMM tarafından ihdas edilen veya var olan bir içtüzük hükmünü değiştiren TBMM kararlarıdır. Eylemli içtüzük kararları hakkında bkz. Topal, Emre: Eylemli İçtüzük Değişiklikleri, Yasama Dergisi, Eylül – Ekim – Kasım – Aralık / 2010, S. 16, s. 35-55; Özbudun, s. 240; Gözler, Anayasa, s. 394; Anayasa Mahkemesi TBMM'nin içtüzük kuralı olmasa da içtüzük niteliğindeki kararlarını denetlemekte ve iptal edebilmektedir. Örneğin; Anayasa Mahkemesi 2007 yılında vermiş olduğu bir kararında 11. Cumhurbaşkanı'nın seçimi esnasında TBMM'nin toplantı ve karar yeter sayıya dair almış olduğu kararı eylemli içtüzük hükmü olarak değerlendirerek iptal etmiştir. Karar için bkz. AMKBB, Any. Mahk. Kararı, Esas No: 2007/45, Karar No: 2007/54, Karar Tarihi: 01.05.2007, <https://goo.gl/buxgX5>, Erişim Tarihi: 31.01.2017.

³⁸ AMKBB, Any. Mahk. Kararı, Esas No: 2007/72, Karar No: 2007/68, Karar Tarihi: 05.07.2007, <https://goo.gl/hRLpMk>, Erişim Tarihi: 31.01.2017.

³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin maddelere geçilmesi oylamasında aranacak karar yeter sayısı ile ilgili görüşleri şu şekildedir: "... Anayasanın 175. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir. Maddede teklifin maddelerine geçilmesi hakkında herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Teklifin maddelerine geçilmesinin oylanmasına ilişkin düzenleme yalnızca yasaların görüşülmesi ve kabulüne ilişkin İçtüzük kurallarında bulunmaktadır. Nitekim TBMM İçtüzüğü'nün 93. maddesinin göndermede

Mahkemeye göre, maddelere geçilmesi oylamasında nitelikli çoğunluk aranacağına dair her şeyden önce Anayasa m. 175 ve TBMM İktüzüğü’nde herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, görüşmelerin daha en başında nitelikli çoğunluk aranması durumunda anayasa değişikliği teklifi için öngörülen iki defa görüşme ilkesinin zedeleneceğini ve ek olarak bir milletvekilinin fikrinin maddeler üzerinde görüşme yapılırken değişebileceğini belirtmiştir. Bu sebeplerle Anayasa Mahkemesi maddelere geçilmesi oylamasında nitelikli çoğunluğun değil adi çoğunluğun aranması gerektiğini savunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi birinci görüşmenin ikinci oylaması olan maddelerin kabulü oylamasında ise herhangi bir çoğunluğun aranmaması gerektiği görüşündedir⁴⁰. Anayasa Mahkemesi bu oylamada nitelikli

bulduğu 81. maddesine göre, önce teklif hakkında görüşme açılır ve görüşmenin ardından teklifin maddelerine geçilip geçilmemesi oylanır. Aynı maddeye göre, Anayasa değişikliği teklifinin gizli oylamaya tabi tutulması zorunludur. Teklifin maddelerine geçilmesi için gerekli oylama çoğunluğu, Anayasanın 96. ve İktüzüğün 146. maddelerinde öngörülen basit çoğunluktur.

Öte yandan, Anayasanın 175. maddesinin birinci fıkrasında, değişiklik tekliflerinin Genel Kurulda iki defa görüşüleceği öngörülmekte, İktüzüğün 94. maddesinde de “kabul” ya da “ret” biçimindeki bir iradenin ancak bu “görüşme”lerin ardından yapılacak oylamayla ortaya çıkabileceği ve “iki defa görüşme”nin ardından “iki defa” oylanacağı sonucu doğmaktadır. Teklifin maddelerine geçilmesi oylamasında nitelikli çoğunluk koşulunun aranması, Anayasanın 175. maddesinin birinci fıkrasında ve İktüzük kurallarında belirtilen “iki defa görüşülme” ve “iki defa oylama” biçimindeki zorunluluğu etkisiz kılarak işletilmemesine neden olabilecektir. Ayrıca, teklife gerekli desteği vermeyen milletvekillerinin görüşmeler sırasındaki düşünsel tartışma sürecinde görüşlerini değiştirebilmeleri mümkündür. Zaten iki defa “görüşülme”nin zorunlu kılınmasının temelinde de bu amaç yatmaktadır. Maddelere geçilme aşamasının zorlaştırılarak bu olanağın ortadan kaldırılması Anayasakoyucunun iradesine aykırılık oluşturur.” Bkz. AMKBB, Any. Mahk. Kararı, Esas No: 2007/72, Karar No: 2007/68, Karar Tarihi: 05.07.2007, <https://goo.gl/hRLpMk>, Erişim Tarihi: 31.01.2017.

40

Anayasa Mahkemesi, birinci görüşme birinci oylamada herhangi bir çoğunluk aranmayacağını şu şekilde ifade etmektedir: “Anayasanın 175. maddesi, Anayasa değişiklik tekliflerinin iki defa görüşülmesini zorunlu kılmaktadır. Birinci görüşmenin ardından yapılacak oylamalarda yeterli çoğunluğu sağlayamayan maddelerin reddedilmiş sayılması, ikinci görüşmeyi engelleyici bir yoruma geçerlik tanınması anlamına gelir. Oysa

çoğunluk aranması nedeniyle teklifin reddedilecek olmasını, ikinci görüşmeyi engelleyecek bir durum olarak değerlendirmektedir. Mahkeme ayrıca TBMM İçtüzüğü'nün 94. maddesinin 2. fıkrasında, ilk görüşmede kabul oyu alamayan bir maddenin ancak 2. görüşmede de kabul oyu alamazsa reddedilmiş sayılacağı hükmünün yer aldığını özellikle vurgulamaktadır. Tüm bu sebeplere binaen Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliği sürecinin birinci görüşmesinin ikinci oylamasında yapılacak maddelerin kabulü oylamasında herhangi bir yeter sayının aranmayacağı görüşündedir⁴¹.

İçtüzüğün 94. maddesinin ikinci fıkrasına göre birinci görüşmede gerekli çoğunlukla kabul oyu alamayan bir madde, ancak ikinci görüşmede de gerekli çoğunlukta kabul oyu alamamışsa reddedilmiş olur.

Bu nedenle, değişiklik teklifinin maddeleri hakkındaki birinci görüşmenin ardından yapılacak oylamadaki çoğunluğun, Anayasanın 148. maddesinde denetim ölçütü olarak öngörülen “oylama çoğunluğu” kapsamında olmadığı kabulü gerekir.” Bkz. AMKBB, Any. Mahk. Kararı, Esas No: 2007/72, Karar No: 2007/68, Karar Tarihi: 05.07.2007, <https://goo.gl/hRLpMk>, Erişim Tarihi: 31.01.2017; Benzer bir karar 1961 Anayasası döneminde de verilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında birinci görüşmede kabul edilmeyen bir maddenin ikinci görüşmede tekrar oylanıp kabul edilebileceğini savunmuştur. Mahkeme kararında şunları aktarmıştır: “Açıklamaya gerek yok ki, bu dört oylamada da Anayasa'nın 155. maddesinde öngörülen karar yeter sayısı aranacaktır. Ancak kimi oylamaların bitirici ve kesin olmasına karşın, maddelerin birinci görüşmeleri sonunda yapılan oylama böyle bir sonuç ortaya koymaz. Yani bu oylama sonunda madde kesin olarak kabul veya reddedilmiş olmaz. Çünkü o madde ister kabul edilmiş, ister kabul edilmemiş olsun, mutlaka ikinci oylamadan geçecek ve bu oylamada belirecek haliyle tasarı veya teklifin tümü açık oya sunulacaktır. Başka bir deyimle ikinci oylama, birinciye nazaran bitirici bir sonuç ortaya koyar. Yani birinci ve ikinci görüşmede kabul edilmeyen yahut birinci görüşmede kabul edildiği halde ikinci görüşmede kabul edilmeyen madde teklif metninden kesin olarak düşecek ve teklifin tümü bu haliyle açık oylamaya sunulacaktır.” AMKBB, Any. Mahk. Kararı, Esas No: 1973/19, Karar No: 1975/87, Karar Tarihi: 15.04.1975, <https://goo.gl/W35t4M>, Erişim Tarihi: 31.01.2017.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin birinci görüşmede herhangi bir karar yeter sayısı aranmamasının anayasa değişikliklerini kolaylaştırmak amaçlı olduğuna ilişkin bkz. Çoban, s. 141; Buna karşın Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında anayasa değişikliği için gerekli nitelikli çoğunluğun anayasa değişiklik sürecinin her aşamasında aranması gerektiğini savunmuştur. Karar için bkz. AMKBB, Any. Mahk. Kararı, Esas

Türk Mevzuat ve Uygulaması Çerçevesinde Anayasa Değişikliği İçin TBMM’de Yapılan Oylamalar ve Bu Oylamalarda Aranılan Karar Yeter Sayısı

Anayasa Mahkemesi aynı kararında ikinci görüşmedeki maddelerin kabulü ve maddelerin tümünün kabulü oylamasında ise anayasanın 175. maddesinde öngörülen beşte üç çoğunluğun aranması gerektiğini savunmaktadır⁴².

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi yukarıda aktardığımız TBMM uygulamasını aynıyla benimsemiş, TBMM’nin 05.07.1995 tarihinde 134 sayılı birleşimde almış olduğu eylemli içtüzük niteliğindeki kararı anayasaya aykırı görmemiştir.

5. Doktrinin Konuya Bakışı

Doktrinde beşte üç çoğunluğun hangi oylamada aranması gerektiği noktasında iki farklı görüş vardır.

Doktrinde bir görüş, anayasa değişikliği sürecinde beşte üç çoğunluğun her oylamada aranması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşte olanlara göre aranacak karar yeter sayı bakımından tartışılacak herhangi bir boşluk söz konusu değildir. ONAR, anayasa değişiklikleri için Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak denetimde, tıpkı kanunlarda olduğu gibi, son oylamaya değil anayasanın açık hükmü gereği “oylama çoğunluğu”na bakıldığını ve bunun tüm oylamaları kapsadığını belirtmektedir⁴³. Dolayısıyla yazara göre beşte üç çoğunluk anayasa değişiklik sürecinin tamamında aranmalıdır. Doktrinde bu şekilde düşünen yazarlardan bir diğeri olan GÖZLER’e göre, anayasa değişikliği sürecinde yapılacak oylamalarda sadece teklifin kabulüne değil reddine sebep olabilecek oylamalarda da beşte üç çoğunluk aranmalıdır. Zira yazara göre karar yeter sayısı kapsamında bir “karar” sadece değişiklik teklifinin kabulü yönünde değil reddi yönünde de

No: 1970/1, Karar No: 1970/31, Karar Tarihi: 16.06.1970, <https://goo.gl/REJck6>, Erişim Tarihi: 31.01.2017; Ayrıca bkz. Gözler, Anayasa, s. 993.

⁴² Anayasa Mahkemesi beşte üç çoğunluğun sadece ikinci oylamada aranacağını şu şekilde ifade etmektedir: “... Anayasanın 148. maddesindeki oylama çoğunluğundan, Anayasanın 175. ve İçtüzük kuralları uyarınca, değişiklik teklifi maddelerinin ikinci görüşmelerdeki maddelere ilişkin oylama ile teklifin tümü üzerinde yapılacak son oylamadaki çoğunluğun anlaşılması gerekmektedir.”. Bkz. AMKBB, Any. Mahk. Kararı, Esas No: 2007/72, Karar No: 2007/68, Karar Tarihi: 05.07.2007, <https://goo.gl/hRLLpMk>, Erişim Tarihi: 31.01.2017.

⁴³ Onar, s. 152.

tezahür edebilir. Bu sebeple beşte üç çoğunluk anayasanın değiştirilmesi sürecindeki oylamaların hepsinde aranmalıdır⁴⁴.

Doktrinde başka bir görüş ise tıpkı TBMM uygulaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi beşte üç çoğunluğun anayasa değişikliği sürecinin tamamında aranmaması gerektiğini savunmaktadır. ÖZBUDUN, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda konuyla ilgili aktardığımız kararına katılarak beşte üç çoğunluğun sadece ikinci görüşteki oylamalarda aranacağını belirtmektedir. Yazara göre Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili yaptığı yorum ve değerlendirmeler anayasanın sözüne ve ruhuna uygundur⁴⁵. TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU ise TBMM uygulamasını benimseyerek beşte üç çoğunluğun sadece ikinci görüşteki oylamalarda aranması gerektiği görüşündedir⁴⁶. Yazarlara göre maddelere geçilmesi oylamasında maddeler üzerinde herhangi bir oylama yapılmadığından adi çoğunluk aranmalı; birinci görüşte sonunda yapılacak maddelerin kabulü oylamasında ise teklif kabul edilmese dahi, ikinci görüşte beşte üç çoğunluk sağlanırsa değişiklik kabul edilmiş sayılmalıdır⁴⁷. Benzer şekilde KESKİNSOY da birinci görüşte yapılacak maddelere geçilmesi oylamasında, anayasanın değiştirilmesi anlamına gelecek bir madde kabulü söz konusu olmadığından adi çoğunluğu yeterli görmekte, birinci görüşteki maddelerin kabulü oylamasında TBMM İçtüzüğü m. 94/f. 2'den hareketle herhangi bir çoğunluğa gerek olmadığını savunmaktadır. Yazara göre birinci görüşte, daha çok ikinci görüşte için bir tahmin vermektedir⁴⁸.

⁴⁴ Gözler, konuyla ilgili şunları aktarmaktadır: “Kanımızca, beşte üçlük karar yeter sayısı bu oylamaların hepsinde aranır. Çünkü “karar yetersayısı”, bir teklif hakkında karara varılması için gereken minimum sayı demektir. “Karar” şüphesiz teklifin “kabulü” yönünde olabileceği gibi “reddi” yönünde de olabilir. O halde bir teklifin sadece “kabul” edilmesi değil, “ret edilmesi sonucunu doğuracak oylamalarda da Anayasanın öngördüğü karar yeter sayısı aranmalıdır. Yukarıdaki oylamalardan her biri, tek başına teklifin kabulü sonucuna yol açmasa bile reddi sonucuna yol açabilir. O halde, kanımızca, bu oylamalardan her birinde üye tam sayısının beşte üçlük karar yeter sayısı aranmalıdır”. Bkz. Gözler, Anayasa, s. 990.

⁴⁵ Özbudun, s. 172.

⁴⁶ Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 289.

⁴⁷ Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 289.

⁴⁸ Keskinsoy, s. 154-155.

III. SONUÇ

1982 Anayasası, kanunlara göre değiştirilmesi daha zor usul ve şekil şartlarına bağlı olan katı bir anayasadır. Bu kapsamda Anayasa'da, kanunların değiştirilmesi için toplantıya katılanların salt çoğunluğu yani adi çoğunluk yeterli görülürken, bir anayasa değişiklik teklifinin TBMM genel kurulu adımıyla geçip onay sürecine gelebilmesi için beşte üç çoğunluk aranmaktadır. Ayrıca Anayasa ve TBMM İçtüzüğü, anayasa değişikliği teklifinin TBMM genel kurulunda iki kez görüşülmesini ve her görüşmede iki oylama yapılmasını öngörmektedir. Anayasa değişikliği teklifinin TBMM'de kabulü için aranılan beşte üç çoğunluğun söz konusu bu oylamaların hangisinde aranacağı hususu önemlidir. Zira Anayasa Mahkemesi, ilgili oylamalarda karar yeter sayısının sağlanıp sağlanamadığı hususunu şekil denetimi kapsamında denetlemektedir. Diğer taraftan değişiklik teklifi ilgili oylamada aranılan karar yeter sayısına ulaşamadığında teklif reddedilmiş sayılacak ve görüşmeler sona erecektir.

Anayasa değişikliğinde aranacak karar yeter sayısının hangi görüşmede ve oylamada aranacağına ilişkin olarak yukarıda aktardığımız 1982 Anayasası ve TBMM İçtüzüğü hükümlerine, TBMM uygulamasına, Anayasa Mahkemesi kararlarına ve doktrindeki görüşlere baktığımızda şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

a. 1982 Anayasası'nda sadece iki görüşme yapılacağı ve karar yeter sayısı belirtilmiş olup, karar yeter sayısının hangi oylamada aranacağı hüküm altına alınmamıştır. 1982 Anayasası'nda, iki görüşme yapılması, beşte üç oy çoğunluğu aranması ve gizli oylama yapılması dışındaki hususlar TBMM İçtüzüğü'ndeki kanunların görüşülmesi hükümlerine havale edildiğinden, anayasa değişikliği teklifinin TBMM'de görüşülmesi ve bu görüşmede yapılacak oylamalar ile oylamalarda aranacak karar yeter sayısı noktasındaki tafsilatların TBMM İçtüzüğü'ne bakılarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak doktrinde bir görüşe göre anayasada aksine bir hüküm olmadığı gerekçesiyle, anayasa değişikliği teklifinin görüşülmesi esnasında yapılacak oylamalarda beşte üç karar yeter sayısının oylamaların tümünde aranması gerektiğini savunulmakta bu konuda TBMM İçtüzüğü'ne bakılmamaktadır⁴⁹.

⁴⁹ Söz konusu görüşü savunan yazarlar için yukarıda bkz. "Doktrinin Konuya Bakışı" bölümü, dn. 43-44.

Belirtmek gerekir ki 1982 Anayasası, kanunlardan farkını ortaya koymak için anayasa değişikliği teklifinin görüşülmesi noktasında nitelikli karar yeter sayısı, iki görüşme ve gizli oylamadan bahsetmiş ancak bunların tatbiki noktasında teknik detaylara değinmemiştir. Gizli oylamanın nasıl yapılacağı, iki görüşmenin nasıl tatbik edileceği nasıl ki anayasada ihdas edilmemişse ve konuyla ilgili olarak m. 175/2 hükmünden yola çıkarak TBMM İçtüzüğü'ne bakılıyorsa karar yeter sayısının tatbiki noktasında da TBMM İçtüzüğü'ne bakılmalıdır.

b. TBMM İçtüzüğü'nde oylamalar ve aranacak karar yeter sayısı ile ilgili hükümler m. 94'te düzenlenmektedir. Bu maddenin ilk fıkrasında maddelere geçilmesi oylamasında beşte üç karar yeter sayısı aranacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla maddelere geçilmesi oylaması için genel çoğunluk kuralı olan adi çoğunluğun aranması kanaatimizce uygun bir yaklaşım olacaktır. Nitekim yukarıda aktarıldığı üzere TBMM uygulaması, Anayasa Mahkemesi kararları ve doktrinde bir görüş de bu yöndedir.

Birinci görüşmede maddelerin kabulü oylamasına ilişkin m. 94'te yer alan hükümlerin çatıştığı yukarıda anlatıldı. Çatışan bu iki hüküm arasından birini tercih etmemizi gerektirecek haklı bir gerekçe söz konusu olmadığından kanaatimizce her iki düzenlemenin birbirini etkisiz hale getirdiği kabul edilmelidir. Bu durumda tıpkı maddelere geçilmesi oylamasında olduğu gibi birinci görüşmede maddelerin kabulü oylamasında da herhangi bir düzenlemenin yer almadığı farz edilmeli ve genel çoğunluk kuralı olan adi çoğunluk kuralı uygulanmalıdır. Buna göre birinci görüşmede hem maddelere geçilmesi oylaması için hem de maddelerin kabulü oylaması için adi çoğunluk aranmalıdır. Bu sebeple TBMM uygulaması, Anayasa Mahkemesi kararları ve doktrinde bir görüş tarafından benimsenen birinci görüşmede maddelerin kabulü oylamasında adi çoğunluğa dahi erişemeyen bir teklifin ikinci görüşmede yeniden ele alınıp kabul edilebileceği yaklaşımı kanaatimizce isabetli değildir. TBMM m. 175/2 hükmü esas alınarak ulaşılan bu durum, hiç şüphesiz anayasanın değiştirilmesini kanunun değiştirilmesinden ayıran iki görüşme ilkesinin amacı ve önemini ortadan kaldırmaktadır.

c. İkinci görüşmede yapılacak oylamalarda beşte üç çoğunluk aranacağı noktasında ise herhangi görüş ve uygulama aykırılığı söz konusu değildir. Kanaatimizce de TBMM İçtüzüğü'nde konuyla ilgili yer alan hüküm açık olduğundan ikinci görüşmede maddelerin kabulü oylamasında ve sonunda yapılacak maddelerin tümünün oylamasında beşte üç çoğunluk aranacaktır.

Türk Mevzuat ve Uygulaması Çerçevesinde Anayasa Değişikliği İçin TBMM'de Yapılan Oylamalar ve Bu Oylamalarda Aranacak Karar Yeter Sayısı

Yukarıda zikredilen açıklamalara binaen anayasa değişikliği teklifinin TBMM'de görüşülmesi sürecinde yapılacak oylamalar ve bu oylamalarda aranacak karar yeter sayısı şu şekilde özetlenebilir:

1. Görüşme: Maddelere geçilmesi oylaması (1. oylama) = Adi çoğunluk + maddelerin teker teker oylanması (2. oylama) = Adi çoğunluk.

2. Görüşme: Maddelerin teker teker oylanması (3. oylama) = Beşte üç çoğunluk + maddelerin tümünün oylanması (4. oylama) = Beşte üç çoğunluk.

Sonuç olarak anayasa değişikliği görüşmeleri ve bu görüşmelerde aranacak karar yeter sayısı, önemi yadsınamayacak bir konudur. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı şekil denetimi açısından oylamalar ve karar yeter sayısının tespiti elzemdir. Konu Anayasada açıkça düzenlenmediği için TBMM İçtüzüğü'ne bakılmaktadır. TBMM İçtüzüğü'nde ise birbiriyle çatışan hükümleri ihtiva eden tutarsız bir düzenleme söz konusudur. Öyle ki TBMM Başkanlığı konuyu, TBMM İçtüzüğü'nde yer almasına rağmen yeniden yorumlama ihtiyacı hissetmiş 05.07.1995 tarihinde eylemli bir içtüzük kararı almıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki her anayasa değişikliği sürecinde karar yeter sayısı meselesi tartışma konusu yapılmakta⁵⁰, doktrinde mevzuattaki düzenlemeler açık olmadığından konu farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla anayasa değişikliği sürecinde oylamalarda aranacak karar yeter sayısının ne olduğunun Anayasa ve / veya TBMM İçtüzüğü'nde tutarlı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

⁵⁰ 2017 yılının Ocak ayında 6771 sayılı kanunla kabul edilen anayasa değişikliği teklifinin görüşmeleri öncesinde gündemde tartışılan meselelerden biri beşte üç karar yeter sayısının hangi oylamalarda aranacağı hususuydu. Anamuhalefet partisi CHP beşte üç karar yeter sayısının tüm görüşmelerde aranması gerektiğini savunurken iktidar partisi olan Ak Parti beşte üç karar yeter sayısının (2007 yılında verilen Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak) her oylamada aranmayacağı görüşündeydi. Söz konusu değişiklik teklifinin yapılan tüm oylamalarında beşte üç karar yeter sayısı geçildiği için bu iddialar tekrar gündeme gelmedi. Ancak benzer tartışmaların ilerleyen süreçte yeniden yapılması muhtemel gözükmektedir. Konuyla ilgili o dönemde çıkan bir haber için bkz. T24 İnternet Gazetesi, "TBMM'deki anayasa değişikliği oylamasının ilk turunda 330 şartı aranacak mı?", <https://goo.gl/JueESW>, Erişim Tarihi: 08.02.2017.

KAYNAKÇA

- ABDULHAKİMOĞULLARI, Erdal / BAYKAN, Metin: Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 17-40.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Ekim 2012.
- AYDIN, Mesut: 1982 Anayasası'na göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 1, s. 215-249.
- ÇOBAN, Ali Rıza: Anayasayı Değiştirme Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, 7. Baskı.
- GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, Ekin Yayınevi, 13. Baskı, Ağustos 2016 (“GÖZLER, Hukuka Giriş” olarak kısaltılmıştır).
- GÖZLER, Kemal: Kurucu İktidar, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, Mart 2016.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2000 (“GÖZLER, Anayasa” olarak kısaltılmıştır).
- KARATEPE, Şükrü: Anayasa Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Hukukda Öğretim – Kaynaklar – Metod, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008.
- KESKİNSOY, Ömer: Anayasada Değişiklik Yapma Usulü, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 12/2 (2010), s. 143-170.
- KIRCA, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD, Cilt 50, S. 1, Yıl 2001, s. 91-119.
- KOCAMAN, Habip / GÖKÇİMEN, Semra: TBMM İçtüzüğü 2. Cilt, TBMM Basımevi, 2012 Ankara.
- KUBALI, Hüseyin Nail: Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, Ersa Matbaacılık, İstanbul, 1964, s. 208-213.
- KULAK, Sercan Coşkun: Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 228-261.

Türk Mevzuat ve Uygulaması Çerçevesinde Anayasa Değişikliği İçin TBMM’de Yapılan Oylamalar ve Bu Oylamalarda Aranılan Karar Yeter Sayısı

ONAR, Erdal: 1982 Anayasası’nda Anayasayı Değiştirme Sorunu, Yayınevi Belirtilmemiş, Ankara 1993.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2013.

SÖZER, Ali Nazım: Hukukta Yöntembilim, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İzmir 2013.

ŞAHİN, Engin: Kurucu İktidar – Politik Yaklaşım, XII Levha Yayınları, Kasım 2013.

TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 12. Bası, Ekim 2012.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Bası, Ekim 2014.

TOPAL, Emre: Eylemli İçtüzük Değişiklikleri, Yasama Dergisi, Eylül - Ekim - Kasım - Aralık 2010, S. 16, s. 35-55.

TUNAYA, Tarık Zafer: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, Araştırma, Eğitim ve Ekin Yayınları, 5. Baskı.

Kürşat AKÇA

İNTERNET KAYNAKLARI

Any. Mahk. Kararları Bilgi Bankası -
<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

T24 İnternet Gazetesi: “TBMM'deki anayasa değişikliği oylamasının ilk turunda 330 şartı aranacak mı?”, <https://goo.gl/JueESW>, Erişim Tarihi: 08.02.2017.

TBMM Tutanaklar Dergisi - <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/tutanaklar.htm>.

TBMM İçtüzüğü - <https://www.tbmm.gov.tr/ictuzuk/ictuzuk.htm>

KISALTMALAR

| | |
|-------|---|
| AMKBB | : Anayasa Mahkemesi Kararları Bilgi Bankası |
| Any. | : Anayasa |
| bkz. | : Bakınız |
| C. | : Cilt |
| dn. | : Dipnot |
| f. | : Fıkra |
| m. | : Madde |
| Mahk. | : Mahkeme |
| s. | : Sayfa |
| S. | : Sayı |
| TBB | : Türkiye Barolar Birliği |
| TBMM | : Türkiye Büyük Millet Meclisi |
| vd. | : Ve devamı |
| Y. | : Yıl |

İnternet sitesi kaynaklarının linkleri, dipnottaki şekli bütünlüğün bozulmaması amacıyla Google link kısaltıcı (<https://goo.gl/>) kullanılarak kısaltılmıştır.

RESMİ İDEOLOJİ VE YARGISAL AKTİVİZM

Nilüfer COŞKUN*

ÖZ

Bu makale, doğal hukuk anlayışına dayanan ve devletin sınırlandırılması amacını taşıyan anayasacılık hareketlerinden başlamak üzere, 2. Dünya Savaşı sonrası temel hak ve hürriyetlerin korunması zorunluluğunun bilincine varılması sonucu ortaya çıkan anayasa yargısını ve anayasa yargısının meşruluğu sorununu ele almaktadır. Öte yandan, anayasa yargıcının anayasa normunu anlamlandırması esnasında resmi ideoloji olarak insan haklarını temel alacak şekilde yorumlar yaparak hukuk devletinin ve demokrasinin gelişimine önemli katkısı bulunması gerektiği hususunu incelemektedir. Anayasa yargıcının anayasa ilke ve kuralları anlamlandırırken, hak temelli yorum dışında kalan herhangi bir yorumu benimsemesinin ise yargısal aktivizm tartışmalarına neden olacağı, Türk Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davaları konusundaki tutumu üzerinden anlatılmaktadır. Bunun yanında 1982 Anayasası'nın önsözünde ve başlangıç hükümlerinde bulunan belirsiz ve / veya geniş anlamli ifadelerin, Anayasa Mahkemesi tarafından devletçi genel yapıyı koruma yönünde yorumlanması ve bu kararlarla anayasada bulunan resmi ideolojinin keskin şekilde somutlaştırılması da irdelenen hususlardandır.

Anahtar Kelimeler: Anayasacılık, anayasa yargısı, ideoloji, temel haklardan yana yorum, yargısal aktivizm, siyasi parti kapatma, devletçi ilkeler.

* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı,
E-Mail: nlfrcskn2179@gmail.com.

Makalenin Gönderim Tarihi : 31.03.2017.

Makalenin Kabul Tarihi : 05.05.2017.

OFFICIAL IDEOLOGY AND JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT

In this article, constitutional review and its legitimacy emerged as the result of awareness of fundamental rights and freedoms after World War II is studied beginning with constitution movements which are based on natural law and aim to delimitate the state. On the other hand, the issue of that constitutional court judge should contribute to development of rule of law and democracy via making constitutional norm's interpretations based on human rights as official ideology is examined. Furthermore, that any other interpretations of judge except those are based on rights will cause discussions of judicial activism is explained through the attitude of Turkey constitutional court about closure of political party. The interpretation of ambiguous phrases and / or those with broad meaning which take place in preamble and preliminary provision of 1982 Constitution in order to protect statist general structure, precise concretization official ideology in constitution via these judgments are the other points which are considered.

Keywords: Constitution, constitutional review, ideology, interpretation based on fundamental rights, judicial activism, closure of political party, statist principles.

I. GİRİŞ

Hukukla siyasetin kesiştiği alanda görevli olan anayasa yargısının demokratik meşruluğu konusunda farklı görüşler mevcuttur. Çoğunluk görüşüne göre, anayasanın üstünlüğü ilkesinden hareketle kanunların anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca denetlenmesi meşru iken, diğer görüşe göre bu ilkenin nasıl ve kim tarafından müeyyidelendirileceği, yani bir kanunun anayasaya aykırı olduğuna kimin karar vereceği sorunu anayasa yargısının meşruluğu konusunda temel alınması gerektiğinden anayasa yargısının meşruluğu oldukça şüphelidir.¹ Çoğunluk görüşü gerekçe olarak, Anayasa Mahkemesi'nin

¹ Çoğunluk görüşü hakkında bkz. Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasi Elitlerin Tepkisi, AÜSBF Dergisi, C. 62, S. 3, Y. 2007, s. 258-260; Işık, Hüseyin Murat: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Resmi İdeolojisi, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 76-81, 414-421; Turhan, Mehmet: Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, AÜSBF Dergisi, C. 62, S. 3, Y. 2007,

irade işleminin (veya yorumunun) insan hakları merkezli olması durumunda, yargısal denetimin demokrasinin vazgeçilmez unsuru haline gelecek olmasını göstermektedir. Diğer görüş ise, bir yasanın anayasaya aykırı olup olmadığının anlaşılması için Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak yorumun yasama organının yorumlarından daha doğru olacağını ispatlanmasının mümkün olamamasını dayanak olarak göstermektedir.

Anayasa yargısının meşruluğu tartışmaları yargısal denetimle görevli mahkemenin yorum yetkisi ile ilgili olduğundan, beraberinde yargısal aktivizm tartışmasını da getirir. Esas itibarıyla tanımı üzerinde uzlaşma olmayan bu kavram, “Anayasa Mahkemesi üyelerinin kanunların anayasaya uygunluk denetiminin sürecinde anayasa hükümlerini anlamlandırma konusunda, bu anlamlandırmanın kendini sınırlandırmaktan ziyade, kendi yetkilerini genişletmek ve anayasa hükümlerini zorlamak doğrultusunda kullanmak durumunda ortaya çıkabilecek bir durum” olarak açıklanabilir.² Bu terimle ilgili tartışmalar, zaman zaman anayasa yargısının gerekliliğini sorgulayacak dereceye varmakta ve bu sorun da mahkemenin önüne gelen sorunların veya mahkeme tarafından verilen kararların siyasi niteliğinden ötürü mahkemelerle yasama organı arasında çatışmalara sebebiyet vermektedir.

Anayasa yargısı, anayasanın somutlaştırıp güncellenerek gelişimine katkıda bulunması ve böylece hukuksal uzlaşının sağlanması görevini üstlenmektedir. Bu görevi kullanımı sırasında çoğu zaman siyasal güçler tarafından, devlet iradesinin oluşumuna katılmamasına rağmen iradeye müdahale bağlamında yorumlar yapma yetkisi verildiği şeklinde eleştirilere ve tartışmalara maruz kalmaktadır. Türkiye’de de bu tartışmalar mevcut olmakla birlikte, anayasa yargısının mevcut olduğu diğer ülkelerden daha yoğun şekilde yargısal aktivizm tartışmaları mevcuttur. Bunun nedeni 1982 Anayasası’nın yargısal aktivizme elverişli hükümler içermesinden ve bu hükümleri Anayasa Mahkemesi’nin Cumhuriyetin temel değerlerini esas alacak şekilde anlamlandırmalar yapmasından, kendisine resmi ideolojinin koruyucusu olma görevini addetmesinden kaynaklanmaktadır.

s. 380; diğer görüş için bkz. Gözler, Kemal: Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu, AÜSBF Dergisi, C. 61, S. 3, Y. 2006, s. 131-166.

² Hakyemez, Yusuf Şevki: Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 35-36.

Bu çalışmada, öncelikle anayasacılık hareketlerinden bahsedilerek anayasa yargısının meşruluğu tartışılacaktır. Daha sonra anayasanın belli hedef ve değerler dizini oluşturmak amacı yani anayasanın bir ideolojisinin olması ve bu ideolojinin yargısal denetimle görevli organ tarafından hayata geçiriliş şekli, ideoloji teriminin tarihine inilerek ele alınacaktır. Son bölümde ise, yargısal denetimle görevli mahkemenin kararlarında müdahaleci tutum izlemesi sonucu ortaya çıkabilecek yargısal aktivizm hususu, Türkiye’de anayasa yargısının yorumda esas aldığı temel noktalarla ve esas alması gerektiği ilkelerle -demokrasi ve insan hakları lehine aktivizm- birlikte anlatılacaktır.

II. ANAYASA YARGISI

A. Anayasa (veya Anayasacılık Hareketleri)

İdeoloji olarak dile getirilen siyasî felsefelerin -muhafazakârlık, sosyal demokrasi, liberalizm, sosyalizm, faşizm, nasyonal sosyalizm, din devleti taraftarlığı, liberteryenizm- dizayn etmek istedikleri devleti, onların toplum, düzen, adâlet anlayışları şekillendirir.³ İdeolojilerin anayasacılığa bakışı ise bu anlayışlar karşısında kendilerini konumlandıkları yer yoluyla belirlenir.

Anayasacılık siyasî düzenin, yani devletin hukukla ve yazılı bir metinle sınırlı olmasını isteyen fikir geleneği içinde doğup gelişmiştir, başka deyişle anayasacılık ideali doğal hukuk geleneğinden kaynaklanmıştır.⁴ Bu anlamda anayasacılığa bağlı kalmak ve anayasal yönetim geleneğine uygun bir anayasa yapmak, sınırsız (ve sorumsuz) devlete karşı sınırlı (ve sorumlu) devleti; sosyal düzenle, sosyal düzenin kurallarıyla, birey hak ve özgürlükleriyle sınırlı ve bireylere karşı sorumlu devleti- savunmak demektir.⁵

³ Yayla, Atilla: Anayasa ve Devletin Sınırlandırılması, Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 66, Y. 2012, s. 10.

⁴ Yayla, Anayasa ve Devletin Sınırlandırılması, s. 10; Erdoğan, Mustafa: Anayasa Hukuku, Orion Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2011, s. 25; Heywood, Andrew: Siyaset, Adres Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2013, s. 374; Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku (Genel İlkeler), Beta Yayınları, 17. Bası, İstanbul 2014, s. 159-162; Oder, Bertil Emrah: AB’de Anayasa ve Anayasacılık, Anahtar Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2004, s. 37.

⁵ Yayla, Anayasa ve Devletin Sınırlandırılması, s. 10.

Anayasacılık fikri esas itibariyle liberal düşünce geleneği içinde doğmuş ve olgunlaşmış, Locke ve Montesquieu ile başlayarak günümüze doğru gelmiştir.⁶ Liberal filozoflar anayasacılık fikrinde, insan tabiatının zayıflığı ve kırılğanlığından dolayı bir kişiye, gruba, sınıfa veya kuruma mutlak iktidarı bahşetmenin tehlikeli olması ve temel insan haklarının (doğal haklar) siyasal gücün varlığını önlemesi olmak üzere iki kaynağa dayanmışlardır.⁷ Nitekim Lord Acton insanın iktidar tarafından baştan çıkartılma potansiyelini “İktidar yozlaşmaya meyillidir, mutlak iktidar mutlaka yozlaşır.” sözleriyle dile getirmiştir.⁸

Anayasa veya anayasacılık hareketleri, 18. yy’de devletin yapısını, işleyişini, ana prensiplerini belirleme, organları arasındaki ilişkileri, bireylerin hak ve hürriyetlerini kurula bağlama, yazılı belgelere bağlama amacı güden hareketlerdir.⁹ Demokratikleşme sürecinden önce vuku bulan ve evrensel olan bu hareketler¹⁰, modern anlamı ile 1787 yılında Amerika’daki kolonilerin federe devlet düzeni kurmaları ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin yazılı kurallara bağlanması ile¹¹,

⁶ Yayla, Atilla: Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 66, Y. 2012, s. 17.

⁷ Yayla, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 17.

⁸ Yayla, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 17.

⁹ Teziç, s. 160-161; devrimler dönemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sander, Oral: Siyasi Tarih İlk çağlardan 1918’e, İmge Kitabevi, 16. Baskı, Ankara 2007, s. 164.

¹⁰ Demokrasi tüm üye veya vatandaşların, organizasyon veya devlet politikasını şekillendirmede eşit hakka sahip olduğu bir yönetim biçimi iken, başka deyişle iktidarın belirlenmesi, kaynağı demokrasinin uğraş alanı iken, anayasacılık iktidarın gücünün kötüye kullanılmasını, bireyler için koruyucu mekanizmalar getirilmesini, siyasi kararları alanlar üzerinde halkın denetimini sağlamayı amaçlar. Bu bağlamda demokrasi veya demokratikleşme, anayasanın ardıdır, sonrasında gündeme gelen bir husustur diyebiliriz. Anayasal devlet ise, anayasacılık kaygıları ile demokrasi teorisini bünyesinde mezceden bir devlettir. Bkz. Coşgun, Uygur: Dünden Bugüne Anayasacılık, www.ankarabaru.org.tr, erişim tarihi 14.03.2017, s. 97; Işık, s. 74; sözü edilen demokrasiden anlaşılması gerekenin liberal demokrasi -çoğulcu veya anayasal demokrasi- olduğu hakkında bkz. Yayla, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 13.

¹¹ Amerika Birleşik Devletleri’nin yazılı bir anayasa yapmasında ve anayasanın muhtevasında göçmenlerin yakından bildiği İngiltere

yani 1787 ABD Anayasası ile gerçekleşmiştir.¹² Amerikan Anayasası anayasal yönetim geleneğini korumayı, yani devleti belli sınırlar içinde tutmayı -ki sıkı federalizm ve kuvvetler ayrılığını bu amaca ulaşmanın ana araçları olarak görüyorlardı- uzunca bir süre başarmıştır.¹³ “Ancak, yazılı anayasanın da siyasal sistemde anayasacılığın ruhunu korumaya her zaman yeterli olmayabileceği yine ABD tecrübesiyle anlaşılmıştır.”¹⁴

1789 Fransız Devrimi ile anayasanın devletin statüsünü belirleyen hukuki bir belge niteliği olmasının yanında devlet içinde iktidarı, toplum içinde devlet iktidarını sınırlayan, başka deyişle kuvvetler ayrılığının benimsendiği ve insan haklarına öncelik verilen siyasi bir belge niteliğine haiz olduğu hususu vurgulanmıştır.¹⁵ Böylece sözü edilen belgelerde insan hak ve özgürlüklerini çiğnememesi için devlet iktidarı bölünmüş, sınırlandırılmış ve seçimlerle halkın denetimi altına alınmıştır.¹⁶

Anayasanın kendisinin ve kavramının yukarıda bahsedilen metinlerle birlikte günümüze değin açıkça göz önünde olan sonuçları bulunmaktadır. Gerektiğinde başvurulabilir bir kaynak olarak yazılı metin olma zorunluluğu, sert ve açık bir metin olma niteliği anayasanın üç

tecrübesinden ve bağımsızlık savaşının İngiltere’ye, yani yazılı anayasası olmayan bir krallığa karşı verilmesinden alınan derslerin büyük tesiri olmuştur. Bkz. Yayla, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 16.

¹² Anayasa olgusu, 17. ve 18. yy’de gündeme gelmiş olsa da temelleri daha öncesine yani, anayasal metinlere dayanır (Anayasacılık geleneğinin, Antik Mısır ve Müslümanların yönetimindeki Kudüs zamanları kadar eskilere dayandığını savunanlar vardır). Bu bağlamda ilk yazılı anayasal metin, 13. yy’de İngiltere’de yayımlanan Magna Charta (Büyük Ferman) dır. Feodal beylerin iktidarın paylaşılması gerektiğini savunması üzerine krala imzalatılmış olan ve insan hakları düşüncesinin tarihteki başlangıcı farz edilen belgedir. Bkz. Coşgun, www.ankarabarusu.org.tr, s. 97.

¹³ Yayla, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 16.

¹⁴ Yayla, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, s. 16.

¹⁵ 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi’nin 16. maddesinde "Hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının olmadığı bir toplumun anayasası da yoktur" denilmektedir. Bu açıdan bildiri 19. yy’da liberalizmin en önemli belgesi, bir bakıma eski rejimin ölüm fermanı olmuştur. Bkz. Sander, s. 164; bildirinin tam metni için bkz. www.wikipedia.org, erişim tarihi 14.03.2017.

¹⁶ Sander, s. 164.

özelliğini yani, anayasa oluşumunun bu üç sonucunu oluşturmaktadır.¹⁷ Günümüzde ise anayasanın bu üç temel özelliği “anayasanın yapı-çözümü, karşı çıkılan ve şiddetlenen anayasal sertlik ve gitgide daha az açık bir metin” olarak tartışmaya açık hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸ İlk özelliğin anlamı konusunda, anayasa metninin kendi kendine nesnel bir anlamının olmadığı, kendisinde normatif anlam barındırmadığı, başka deyişle anayasa metninin pragmatik olarak dilsiz olduğu, yargıç ona bir anlam atfetmediği sürece bir anlam taşımadığı gibi görüşler mevcuttur.^{19,20} Anayasanın mutlak bir sertliğe kavuşturulması amacını güden ikinci özellik, yasanın değiştirilmesinden farklı olarak anayasanın değiştirilmesinin istisnai ve ciddi bir usule bağlanması amacını güden bir tür anayasa-üstü istemi ifade eder. Son özellik ise, etkili olmak ve demokratik bir devletin gereklerine cevap vermek için hukukun açık olması gerekliliğidir. Bazı maddelerin ayıklanması yoluyla anayasanın sürekli yeni yama eklenen yamalı bir bohça haline gelmesi,

¹⁷ Anayasanın tasnifi çeşitli şekillerde yapılabilir. Bu tasnifler; anayasanın şekli ve kurallarının statüsü, değiştirilebilme kolaylığı, anayasaya uygulamada riayet edilme derecesi ve anayasanın muhtevası ve temsil ettiği kurumsal yapısıdır. Bkz. Heywood, s. 375.

¹⁸ Roussillon Henry: Fransız Ana Konseyi: Tehlikeler Dönemi, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001, Ankara, s. 825-826.

¹⁹ Yargıçla ilgili analiz, Habermas’ın şu cümlesinde görüldüğü gibi anayasayı uygulamakla görevli siyaset “yorumcularının” rolüne aşırı bir önem atfetmeye varma tehlikesi barındırmaktadır: “Her anayasa ancak ve ancak hukukun inşasının her aşamasında aralıksız sürdürülen daimi bir yorum aracılığıyla süreklilik elde edilen bir projedir”(Bkz. Roussillon, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, s. 828). Anayasanın yaşayan varlık olma özelliği Gözler tarafından eleştirilmektedir. Ona göre, siyasal yaşamın kurallarını belirleyen, devletin temel kuruluşuna belli bir istikrar kazandırmak için yapılan anayasanın yaşayan bir varlık olması, temeli yukarıda anlatılan anayasacılık düşüncesiyle çelişki halindedir, anayasayı değiştirme yetkisi yasama organından alınıp Anayasa Mahkemesi’nin üyelerine veriliyor anlamına bile gelme riski taşımaktadır. Bkz. Gözler, s. 162-163.

²⁰ Bu analizler kendi içinde paradoksal olmakla birlikte demokrasi için de tehlikedir. Çünkü demokrasinin özü, bir yandan yurttaşlara ya da onların meşru temsilcilerine - ama yargıçlara değil- hukuk üretimi yetkisi sağlamak, diğer yandan eylemin gerçekleşmesinden önce hukuku bilinebilir kılmaktan ibarettir. Nitekim her insanın önde gelen temel hakkı budur. Bkz. Roussillon, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, s. 828-829.

içeriğın genişlemesi ile anlamının belirsizleşmesi yerine köklü değişikliklerin yapılması, anayasadan ve onun referanslarından hareketle temel haklardan yana yorum hukuk devletinin gereklerindedir.²¹

Anayasacılık kurumunun hem dar hem de geniş anlamda tarif edildiği yukarıda görmekteyiz. Buna göre dar anlamda anayasacılık, bir anayasanın varlığıyla sağlanan sınırlı devlet uygulamaları iken, günümüzde önem kazanan geniş anlamda anayasacılık ise, iktidar gücü üzerinde iç ve dış denetimler oluşturmak suretiyle özgürlüğü koruma arzusunu yansıtan bir siyasi değerler dizisi olarak tanımlanabilmektedir.²²

B. Anayasa ve Anayasa Yargısının Doğuşu ve Gereklilięi

Anayasacılık hareketleri tek başına düşünülemez. Anayasacılık hareketleri ile demokratikleşme akımları arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır ve demokratikleşmenin her aşamasına anayasallaşma veya anayasacılık eşlik etmiştir (veya tersi için bu söylenebilir).²³ 2. Dünya Savaşı'nın demokratik ülkelerin zaferiyle sonuçlanmasından sonra demokratik rejimlerin kurularak batı toplumlarında insan hakları ön plana

²¹ Erdoğan, Mustafa: Henry Roussillon'un Fransız Ana Konseyi: Tehlikeler Dönemi Başlıklı Tebliğinin Yorumu, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001, Ankara, s. 845-846.

²² Heywood, s. 380.

²³ Samuel Huntington, demokratikleşmenin üç dalgadan oluştuğunu savunmuştur. İlk dalga, tezi ve antitezden oluşmaktadır. Bu dalganın tez aşaması 19. yy'den 1920'lere kadar sürmüş, bu süre boyunca genel oy ilkesi, yargının bağımsızlığı ve hükümetin parlamentoya karşı siyasal sorumluluğu hususları benimsenmiştir. Bu dalganın antitezi ise 1920-1945 yılları arasında yaşanmış ve Avrupa'da demokratik rejimler yerini komünist, faşist ve nasyonal sosyalist totaliter diktatörlüklere terk etmiştir. İkinci dalga, demokrasinin mekansal açıdan bir genişlemesi olup, 2. Dünya Savaşı sonrası Avrupa'nın yanında Asya ve Afrika ülkelerinin de demokrasiye geçme sürecinden oluşmaktadır. Üçüncü dalga ise, demokrasiye geçen Avrupa ülkelerinin neredeyse hepsinin merkezileşmiş denetim sistemini benimsemesi sürecinden oluşmaktadır. Mesela Fransa, Beşinci Cumhuriyet Anayasası ile Anayasa Konseyini kurmuş, bu anayasada benimsenen ve yargısal denetimden ziyade siyasal sistemi andıran denetim daha sonra yapılan anayasa değişikliği ile gerçek anlamda bir anayasa yargısı olmayı başarmıştır. Bkz. Özbudun, Ergun: Dünyada Anayasacılık Hareketleri ve Türkiye, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001, Ankara, s. 38, 40.

çıkması ve anayasa yargısının²⁴ da temelde insan haklarının korunmasını sağlayacak bir araç olarak düşünülmesi ve daha sonraları anayasa yargısının Avrupa'da çok geniş ölçüde kabul edilmesi bu bağı kanıtlar niteliktedir.²⁵

Temel insan hakları ve hürriyetlerinin mutlak korunması hususu, geçmişte kuvvetli bir kurum değildir. Hakların koruyucusu 19. yy'da kanunken, daha sonraları parlamentonun da kanunlar yolu ile baskı rejimi oluşturabileceği görüldüğü ve dolayısıyla insan haklarının korunması zorunluluğunun bilincine ulaşıldığı için anayasa yargılaması anayasacılık hareketlerinin temel konusu haline gelmiştir.²⁶ Bu gelişme bir yandan temelde hukuk devleti anlayışının mantığına uygun olsa da, diğer yandan belli sayıdaki yargıçlardan oluşan bir mahkemenin yaptığı denetimin demokratik ilkelerle bağdaşıp bağdaşmadığı anayasa yargısının kabul edildiği tüm ülkelere özgü olarak ortaya çıkan temel sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁷ Bu sorun yukarıda da sözü edildiği gibi anayasa yargılamasının meşruiyeti -legitimite- ile ilgilidir.²⁸ Bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Anayasa yargısının meşru olduğunu savunanlar, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı ilkesini kendilerine ölçüt kabul etmektedir.²⁹ Anayasa yargısının meşru olmadığını düşünenler ise, bu düşünceye yasama organı ve Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan yorumların hangisinin doğru olduğunun ispatlanamamasını ve bu yorumların çatışması halinde son sözü söyleme yetkisinin demokrasilerde yasama organına ait olmasını gerekçe göstermektedir.³⁰ Bu iki görüşün

²⁴ Geniş anlamda anayasa yargısı, doğrudan doğruya Anayasaya uyulmasını sağlamak amacını güden her türlü yargı işlemi anlamına gelirken, dar anlamda anayasa yargısı kanunların ve diğer bazı yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun yargısal merciler tarafından denetimi olarak anlaşılabilir. Bkz. Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2002, s. 367.

²⁵ Turhan, s. 399; Özbudun, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, s. 38.

²⁶ Teziç, s. 217, Turhan, s. 399.

²⁷ Teziç, s. 217.

²⁸ Teziç, s. 217.

²⁹ Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 39; Özbudun, s. 367; Teziç, s. 217; Heywood, s. 377; Hakyemez, s. 23; Gören, Zafer: Anayasa Hukuku, Yetkin Basımevi, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 266.

³⁰ Gözler, s. 147. Başka bir anlatımla anayasa yargısı karşıtları, daima anayasa yargısı kararlarının siyasal niteliğini - siyasal konulara ilişkin bir yargılama

yanında farklı açıdan bakanlar da olmuştur. Onlar anayasa yargısının meşruiyetinin daha az tartışılması için çözüm önerileri getirmiştir. Anayasa yargısının demokrasi açısından daha az sorunlu hale gelmesi ve dolayısıyla meşruiyetinin daha az sorgulanır hale gelmesi konusunda, yargıçların seçiminde parlamentoya ağırlık verilmesi gerektiği, yargıçların anayasanın ağızı olmakla yetinmesi gerektiği, yargıçların kendi kendini sınırlandırması yani gücünü ılımlılık ve ölçülülük içinde kullanması gerektiği, mahkemeye çok geniş ve belirsiz yetkiler vermemek gerektiği gibi görüşler bulunmaktadır.³¹ Bunun yanında Özbudun, anayasa yargısının demokratik meşruluğunu, Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetimi dışındaki görevlerin kaldırılması şartına ve bu denetimin pragmatik gerekçelerle yani, mahkemelerin temel hakları yasama organından daha iyi koruyabilecekleri konusundaki güçlü inançla savunulabileceği savına dayandırmıştır.³²

Anayasa yargısı, halkın iradesini temsil eden ve genel oydan gelen işlemlerin denetlenmesinin ilk başta demokratik yönetime ve sonuçta millet iradesine bir engel sayılıyor gibi görünmesine karşın, hem anayasanın siyasal anlamının sonucu olarak hem de demokrasinin gelişmesinde bir aşama olması bakımından önemlidir.³³ Çünkü demokrasi, iktidarın seçim yolu ile el değiştirmesinin yanında iktidarın anayasanın çizdiği sınırlar içinde yetkisini kullanmasını da ifade eder.³⁴ Bu bakımdan temel hakların korunmasını sağlayan ve bunu güçlendiren her mekanizma demokrasinin de gelişimine uygundur. Nitekim

olmasını, siyasal kararların metotlarının uygulandığı bir yargılama olduğunu...- öne sürmüşlerdir. Bunu vurgulamak için, “yargıç vetosu, yargısal sansür, yargıçlar hükümeti, yedek yasa koyucu, üçüncü meclis” gibi benzetmeler kullanmışlardır. Bkz. Gören, s. 275.

³¹ Gözler, s. 141, 142.

³² Dolayısıyla Özbudun, yetkileri yeterli ölçüde belirlenmemiş veya kötü biçimde belirlenmiş bir Anayasa Mahkemesi'nin siyasal tartışmaların objesi ve demokrasiye engel, hukuk sisteminin gelişmesinde negatif etkilere sahip olacağını düşünmektedir. Bkz. Turhan, s. 399-400.

³³ Teziç, s. 217; “anayasal devlet” ve “anayasalı devlet” hakkında bkz. Oder, s. 37.

³⁴ Teziç, s. 217.

demokrasi çoğunluk düşüncesinin yanında çoğunluk düşüncesini frenlemede katılma, tolerans, hürriyet ve muhalefet de demektir.³⁵

III. YARGISAL AKTİVİZM TARTIŞMALARI

A. Kavram

Yargısal aktivizm tartışmaları ilk olarak 1930'larda Amerika Birleşik Devletlerinde yoğun şekilde gündeme gelmiş ve daha sonra değişik ülke örneklerinde farklı zamanlarda gündeme gelebilmiştir.³⁶ Yargısal aktivizm anayasa yargısının benimsendiği ülkelerde sık rastlanılan bir durum olmakla birlikte bu husus, Türkiye'de özel bir ağırlık taşımaktadır. Bu nedenle yargısal aktivizm sorununu tanımlamakta, analiz etmekte ve tespit etmekte öncelikli fayda bulunmaktadır.

Yargısal aktivizm, etkileri olaylar üzerinden tartışılrsa da özellikleri tek tek sayılarak açıklamak yoluna gidilse de aslında bu kavram üzerinde herhangi bir uzlaşma yoktur; anlam belirsizliği devam etmektedir. Bununla birlikte doktrinde bu kavramla ilgili çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır. Hakyemez'e göre yargısal aktivizm, "gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen ters yüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına ilişkin olarak siyasal iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumu"dur.³⁷ Başka bir görüşe göre, "demokratik anayasal sistem içerisinde yargıya biçilen rolün dışına çıkan biçimde, denetlenemeyen bir yargı gücünün kötüye kullanımı olarak görülmesi"dir.³⁸ Özbudun ise yargısal aktivizmi, "seçilmiş organların siyasi takdir yetkisine müdahaleden kaçınan kendi kendini sınırlama yaklaşımını değil, anayasal yetkilerini yorumlarını

³⁵ Teziç, s. 217.

³⁶ Hakyemez, s. 34.

³⁷ Hakyemez, s. 35.

³⁸ Hakyemez, s. 35.

sürekli genişletmeye dayanan bir aktivist tutum” olarak nitelendirmektedir.³⁹

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen birçok sorunun siyasal niteliği bu mahkemeler ile parlamento arasında zaman zaman çatışmalar görülmesine neden olmaktadır.⁴⁰ Burada çatışmaya yol açan asıl neden, anayasa hükümlerinin anlamlandırılırken mahkemenin yorumunun aktif (müdahaleci) olup olmamasıdır.⁴¹ Bu bağlamda yargısal aktivizm, anayasa hükmünün yorumlanması, soyut kuralı sosyal, ekonomik ve siyasal boyutları ile beraber anlamlandırmaları esnasında kendini göstermektedir.⁴²

B. İdeoloji İle İlişkisi

Yargısal aktivizmin ideoloji ile ilişkisine değinmeden önce ideoloji ve resmi ideoloji kavramlarını açıklamakta fayda bulunmaktadır.

1. İdeoloji Teorisi

İdeoloji kavramı, 1796'da Destutt de Tracy, Cabanis ve arkadaşları tarafından ortaya atılmıştır.⁴³ Onlar bu kavramı, bilinçli düşünce ve fikirlerin kaynaklarını açığa çıkarmayı amaçlayan yeni bir fikirler bilimini (ideoloji) ifade etmek için kullanmıştır.⁴⁴ Bu kavramın alternatif anlatımları, ideolojiye bambaşka bir anlam veren Marx⁴⁵, liberaller ve muhafazakârlar⁴⁶ tarafından geliştirilmiştir.

³⁹ Özbudun, s. 258.

⁴⁰ Özbudun, s. 258.

⁴¹ “Aktif bir yargısal yaklaşım (judicial activism) durumunda anayasa yargısı, yasama çoğunluğunun siyasal tercihlerini önemli ölçüde değişikliklere uğratabilir; hatta bunları zaman zaman tersine çevirebilir. Buna karşılık, anayasa yargıçlarının münhasıran politik sorunlara karışma konusunda kendilerini frenledikleri (judicial self restraint) durumlarda ise, anayasa yargısının meşruluğuna yönelik itirazlar azalacaktır.” Bkz. Hakyemez, s. 33.

⁴² Hakyemez, s. 34.

⁴³ Althusser, s. 75.

⁴⁴ Heywood, s. 70.

⁴⁵ İdeoloji, marksist düzlemde üç anlamda kullanılmıştır. Marx, ideolojinin tanımlayıcı vasfını esas olarak “Onun sahteliğinde olmasıdır, sınıfsal farkların görülmesini engellemesi, aldanmayı ve yanlış bilinci beslemesidir.” şeklinde belirtmiştir. Bkz. Eagleton Terry: Çeviren: Mutallip Özcan,

İdeoloji, yapısal açıdan kullanışlı bir kavram olmasına rağmen tek ve yeterli tanıma sahip değildir.⁴⁷ Bu da ideolojinin sahip olduğu anlam çeşitliliği ve karmaşası paradoksundan kaynaklanmaktadır. Çok anlamlılığı göstermek açısından kullanılan tanımların başlıcaları şunlardır⁴⁸;

- Toplumsal yaşamda anlam, gösterge ve değerlerin üretim süreci,
- Belirli bir toplumsal grup veya sınıfa ait fikirler kümesi,
- Bir egemen siyasi iktidarı meşrulaştırmaya yarayan fikirler,
- Bir egemen siyasi iktidarı meşrulaştırmaya hizmet eden yanlış fikirler,
- Söylem⁴⁹ ve iktidar konjonktürü,
- İçinde bireylerin, toplumsal yapıyla olan ilişkilerini yaşadıkları vazgeçilmez ortam,
- Özdeşlik düşüncesi,
- Toplumsal çıkarlar tarafından güdülenen düşünme biçimleri,
- Toplumsal olarak zorunlu yanılısama,
- İnsanlara istikamet vermeye yarayan bir harita⁵⁰

İdeoloji, Ayrıntı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 95, 127; Althusser, s. 75-79; Heywood, s. 70.

⁴⁶ Soğuk savaş döneminin liberal kullanımı boyun eğme ve itaat sağlayan bir sosyal denetim aracı, bir hakikat tekeli iddiası olan ve muhalif fikirleri ve rakip inançları hoş görmeyi reddeden “kapalı” bir düşünce sistemi şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Heywood, s. 70.

⁴⁷ Tek taraflı bir kavram olan ideoloji kavramı nihai olarak açıklığa kavuşturulamamıştır. Bkz. Mannheim, Karl: Çeviren: Mehmet Okyayuz, İdeoloji ve Ütopya, Epos Yayınları, Ankara 2002, s. 148.

⁴⁸ Eagleton, s. 18.

⁴⁹ Michel Foucault terimsel ve siyasal bazda ideoloji kavramını kabul etmemekte, “söylem” ifadesinin geçerli olduğunu savunmaktadır. Bkz. Eagleton, s. 26-27.

⁵⁰ Mardin, Şerif: Din ve İdeoloji, İletişim Yayınları, 12. Baskı, İstanbul 2003, s. 25.

- Mevcut iktidar ilişkilerini korumayı, değiştirmeyi veya yıkmayı amaçlayan ve organize bir siyasi eylem için temel teşkil eden, az veya çok tutarlı bir fikirler bütünü⁵¹.

İdeoloji kavramının çok anlamlılığı karşımıza, anlamlar tarihinin birbirinden oldukça farklılaşan tarihsel evrelerinin ve mekânsal değişimlerin çıkarttığı bir sözde birlik olarak görünmektedir.⁵² Başka bir deyişle bu terimin uzun ve karmaşık tarihi olmasının kaynağı 19. ve 20. yüzyılın toplumsal-politik akımlarının çeşitliliğine dayanmaktadır.⁵³ Bu akımların ilki Almanya’da ve Prusya’da yaşam alanı bulmuş bürokratik muhafazakarlıktır. Bürokratik düşünme tarzı, politikayla ilgili problemleri idari bilimlerle bağlantılı problemlere dönüştürme eğilimindedir.⁵⁴ “Biz, iyi bir idareyi, en iyi anayasanın bile üstünde tutmuşuk” anlayışını savunmakta ve devrimi düzenlerin arkasında duran -ve bu düzenleri yaratan, muhafaza eden veya değişime uğratan-

⁵¹ Bu bağlamda tüm ideolojiler genellikle bir dünya görüşü şeklinde, mevcut düzene ilişkin bir değerlendirme sunarlar, iyi bir toplum vizyonu çerçevesinde arzulanan bir gelecek modeli sağlarlar ve siyasi değişimin nasıl olabileceği ve nasıl olması gerektiği konusunda bir çerçeve çizerler. Bkz. Heywood, s. 71.

⁵² Bu kavramın şu ana kadar oluşmuş kısmi ve bütünlükçü olmak üzere iki varyantı bulunmaktadır. Kısmi ideolojide karşı tarafın “fikirlere ve düşüncelerine” inanılmamak gerektiği kast edilirken; radikal veya bütünlükçü ideolojide bir çağın veya tarihsel-toplumsal açıdan somut olarak tanımlanabilen bir grubun -örneğin; bir sınıfın- özellikleri ve nitelikleri ön planda olmakta ve bu kavramın atıf yaptığı fenomenin -genelde fikirler ya da kültürler alanı, daha özelden siyasal fikirler ya da siyasal kültür alanı- fikirler alanı ve siyaset ve iktisat alanları ile ilişkide bulundurulma durumu incelenmektedir. Nitekim Marx’ın “ekonomik kategoriler, toplumsal üretim ilişkilerinin sadece teorik yansımaları, soyutlamalarıdır. maddi üretim tarzı doğrultusunda toplumsal koşullarını şekillendiren aynı insanlar; toplumsal koşulları doğrultusunda ilkeleri, fikirleri, ve kategorileri de şekillendirirler” söylemi bütünlükçü ideolojinin çarpıcı örneklerinden birini oluşturmaktadır. Bkz. Mannheim, s. 82; Marshall, Gordon: Çeviren: Osman Akınhay / Derya Kömürçü, *Sosyoloji Sözlüğü, Bilim ve Sanat Yayınları*, Ankara 1999, s. 319-320.

⁵³ Bu akımların en önemli temsili örnekleri şöyledir: 1. Bürokratik muhafazakarlık, 2. Muhafazakar Tarihçilik, 3. Liberal-Demokrat Burjuva Düşünce, 4. Sosyalist-Komünist Tasarı, 5. Faşizm. Bkz. Mannheim, s. 141; Bu akımların klasik sınıflandırması için bkz. Heywood, s. 69-98.

⁵⁴ Mannheim, s. 142.

toplumsal güçlerin yaşam ifadesi değil, planlanmış bir düzenin bünyesindeki kuralsızlık olarak görmektedir.⁵⁵ Burke'nin “bir devleti inşa etmek, restore etmek ya da iyileştirmek -herhangi başka bir deneysel bilimde de olduğu gibi- *a priori* öğretilemez ve bize bu *pür pratik olan* bilim konusunda ders verebilecek deneyim, sadece kısa bir geçmişe sahip olan bir deneyim olmamalı” cümlesinde ifade bulan ideoloji aristokratik idarenin meşrulaştırılmasına ve aristokrasi ve bürokratik muhafazakârlarla gerilimli bir ilişki içinde bulunan burjuva tabakasının toplumsal taşıyıcılarının olduğu tarihselci muhafazakarlık görüşüdür.⁵⁶ Tabaka bilincinden kaynaklanan bu kuramın karşısına ve karşıtına bilimsel siyaseti, parlamentolarla, seçim sistemleriyle ve uluslararası kurumlarla siyasi mücadelenin gerçek sahnesini oluşturan burjuva öğretisi⁵⁷, liberal-demokrat burjuvazi konumlandırılır.⁵⁸ Kapitalist teorinin⁵⁹ karşısında, proletarya sınıfını evrensel sınıf olarak nitelendiren ve üretim ve mülkiyet ilişkilerinin yeniden düzenlenmesi yoluyla proletaryanın, başlarda burjuva devlet aygıtının yerine başkaca bir devlet

⁵⁵ Mannheim, s. 142.

⁵⁶ Mannheim, s. 143.

⁵⁷ Modern burjuvazi, oluşumu gereği başından beri çift yönlü bir toplumsal kökene sahiptir. Bir yanda bizatihi sermayenin taşıyıcıları, diğer yanda ise tek sermayeleri eğitimleri olan bireyler. Bu yüzden eğitimli sınıftan ve sermaye sınıfından ayrı bahsedilmektedir. Bkz. Mannheim, s. 180.

⁵⁸ Mannheim, s. 145; Burjuva demokrasininin ayrıntılı eleştirisi için Bkz. Althusser, Louis (Çeviren: Alp Tümertekin): *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, İthaki Yayınları, 3. Basım, İstanbul 2008, s. 11-59. Althusser, Lenin'in “burjuva demokrasisi, burjuvazinin diktatörlüğüdür” sözünü örnekleyerek bu akımın emekçiler bakımından ciddi sorunların merkezinde olduğunu savunmuştur.

⁵⁹ Liberal / kapitalist ekonomi, özel mülkiyete ve mallarla hizmetlerin gönüllü şekilde değişimine dayanan bir mübadele sistemi olmasının yanında üretimi ücret-emek ilişkisi doğrultusunda gerçekleştiren işletmelerin varlığını öngören bir istihdam sistemidir. Bu da belirli bir azınlığa -sermaye sahipleri ile onların temsilcilerine- özel amaçlarının karşılanmasında kullanabileceği etkili bir yönetim yetkisi vermektedir. Başka bir deyişle, piyasanın önemi kadar liberal düşünürlerin otoriter damgasını yapıştırmaya hazır oldukları kurumlar olan şirketlerin oynadıkları rol de büyük önem arz eder. Kapitalist ekonomi modeli ile liberal demokratik devlete dair farkların yer aldığı örnek için de ayrıca bkz. Bowls, Samuel / Gintis, Herbert (Çeviren: Osman Akınhay): *Demokrasi ve Kapitalizm*, Ayrıntı Yayınları, 1. Basım, İstanbul 1999, s. 128-129, 167.

aygıtı koyarak, sonrasında devlet iktidarının yıkılışını sağlamak için iktidarı ele geçirmesini savladığı sosyalist teori yer alır.⁶⁰

2. Meşrulaştırma İşlevi Olarak İdeoloji

İdeoloji sosyal düzlemde en basit anlaşılış şekliyle katı fikir kümelerinden oluşmaktadır. Bunun yanında iktidar meselelerine ilişkin önemli bir kavram olduğu da su götürmez bir gerçektir. İdeolojinin hâkim toplumsal grup veya sınıfın iktidarını meşrulaştırmakla ilişkisi olduğu veya tahakküm ilişkilerini sürdürmeye hizmet eden asli unsurlardan bir olduğu ideolojinin muhteviyatına dair görüşlerden en çok kabul edilenidir.⁶¹ Egemen iktidar meşrulaştırma sürecini ideolojik bağlamda altı farklı strateji kullanarak yapar.⁶² Öncelikle kendine yakın inanç ve değerlerin tutunmasını sağlar, bu tür inançları kendinden menkul ve görünüşte kaçınılmaz şekilde doğallaştırarak ve evrenselleştirerek kendisine meydan okumaya kalkışan fikirleri karalar.⁶³ Daha sonra ise rakip düşünce sistemlerini, açığa vurulmayan ama sistemli bir mantıkla dışlayarak, toplumsal gerçekliği kendine uygun yollarla çapraşıklaştırır.⁶⁴ Bu stratejiler uygulanırken mevcut veya geçmiş egemen iktidar ideolojisinin devletin organlarına yansıyış şekli, şiddeti ve derecesi demokrasi ve hukuk açısından büyük önem arz etmektedir.

(Siyasal) ideolojinin devlet organlarına tezahürü farklı şekillerde olmaktadır. Bu tezahürlerden ilki, farklı partilerden oluşan parlamentoların siyasal niteliğinden kaynaklı olarak, asli düzenleme yetkisini hukuksal endişelerin yanında politik amaçlara hizmet edecek şekilde kullanarak anayasanın ilke ve kurallarına aykırılık durumu meydana getirmesi ihtimalidir. Bu ihtimalde, yasama işlemlerinin anayasa yargısı tarafından denetlenmesi hususu gündeme gelmektedir. Bu tezahürün ikinci görünümü, anayasa yargıcının yasama işleminin anayasa ilke ve kurallarına aykırı olup olmadığını tespit etmekte izleyeceği yolda, yorum yönteminde kendini gösterir. Anayasa yargıcının anayasa kuralını

⁶⁰ Sosyalizmin ve komünizmin sosyalist teori olarak tek başlıkta yer verilmesinin nedeni, tarihsel olguların çokluğundan ziyade modern düşüncüyü özsel olarak belirleyen eğilimsel karşıtıkların olmasıdır. Bkz. Mannheim, s. 147.

⁶¹ Eagleton, s. 23.

⁶² Eagleton, s. 23.

⁶³ Eagleton, s. 23.

⁶⁴ Eagleton, s. 24.

yorumlarken, söz konusu kurala kendi önyargılarından veya ideolojik anlayışını yansıtacak bir yorum getirerek kendisini yasama organının yerine koyması veya anayasal sistematik içerisinde anayasa yargısı ve anayasal demokratik rejimin mantığına⁶⁵ en uygun olanı seçmesi tercihiinde bulunabilir.⁶⁶ İlkini tercihi durumunda anayasanın birleştirici hedefler ve değerler oluşturma amacına hizmet edilmiş olunurken, sübjektif yorum yapılması durumunda ise “yargıç ürünü hukuk” mantığından uzaklaşmaya neden olur.⁶⁷

Anayasa yargıcının kanunun anayasaya aykırılığı hususunda vereceği kararlar ideolojik bağlamda siyasi nitelik arz edebilir. Burada, karar verme sürecinde siyasi endişelerin hâkimiyeti hususu ön plana çıkar. Siyasi beklentiler doğrultusunda karar verme ise “yargıçlar hükümeti” ve “yerindelik denetimi” tartışmalarına neden olur.⁶⁸

3. Resmi İdeolojinin Mevcudiyeti Üzerine

Anayasacılığın esas itibarıyla liberal gelenek içinde doğduğu ve işlendiğinden yukarıda bahsedildi. Bu gelenek -hayat tarzı, dinî inanç, felsefî yaklaşım gibi açılardan birbirinden farklı olan bireyleri ve insan gruplarını oldukları gibi bir arada yaşatma arayışı içinde olmak- bizi ülkemizde de zaman zaman tartışılan “anayasanın bir ideolojisi olmalı mıdır?” sorusuna götürür. Çünkü anayasanın devlet içinde bir yapı oluşturmaya ek olarak her zaman geniş bir siyasi değerler, idealler ve hedefler dizisini temsil etme fonksiyonu bulunmaktadır.⁶⁹ Nitekim anayasalar daima, az veya çok aleniyetle ideolojik önceliklere bulaştırılmıştır.⁷⁰ Genellikle ulusal ideallerin ifadesi olarak iş gören bu

⁶⁵ Anayasalar, açıkça belirtilmese de tüm ilke ve kurallara hâkim belli bir düzen ve sistematik öngörür. Heywood, bunu anayasanın “birleştirici değer ve hedefler oluşturmak” amacı olarak açıklamıştır. Bkz. Heywood, s. 380.

⁶⁶ Hakyemez, s. 26.

⁶⁷ Hakyemez, s. 25.

⁶⁸ Hakyemez, s. 25.

⁶⁹ Heywood, 381.

⁷⁰ Althusser, devletin birbirinden ayrı ve özelleşmiş kurumlar biçiminde dolaysız olarak çıkan belirli sayıda gerçekliğinin listesini, yani devletin ideolojik aygıtlarının ampirik listesini şöyle vermiştir: Dinsel DİA (devletin ideolojik aygıtı), öğrenimsel DİA, hukuki DİA, siyasal DİA (değişik partileri de içeren sistem), sendikal DİA, haberleşme DİA’sı (basın, radyo-

hedefler, çoğunlukla anayasal belgelerin önsözlerinde açıkça ifade edilir.⁷¹ Bu idealler, demokrasinin özgürlüğün veya refah devletinin yürürlüğe konmasından, sosyalizm, federalizm veya İslam'daki bir inanca kadar geniş bir yelpazede değişebilmektedir.⁷²

İdeolojileri hakikati arayıcı-bulucu, empoze-edici ideolojiler ve farklı hakikat gruplarını barış içinde bir arada tutmayı-hedefleyen ideolojiler olarak ikiye ayırdığımızda⁷³, devletin hangi tür ideolojiyi benimsediği çıktığı meşruiyeti⁷⁴ açısından önemlidir.⁷⁵ Özgürlükçü liberal değerlerin özcü olmamasından ötürü ikinci grupta yer aldığı⁷⁶ ve anayasaların bu bağlamda sert-homojonize toplum algısını savunan otoriteryen rejimler yerine daha kapsayıcı mahiyette olması gerektiği söylenebilir.

Anayasa yapıcılarının rejimlerini bir bakıma ideolojik amaçla, birleştirici değerler dizisiyle ve siyasi davranışlarda kullanılabilen bir lügatle yetkilendirmeye çalıştıkları bir gerçektir.⁷⁷ Bir yandan bu

televizyon gibi), kültürel DİA (edebiyat, güzel sanatlar, spor gibi). Bkz. Althusser, s. 168-169.

⁷¹ Heywood, s. 381.

⁷² Heywood, s. 381.

⁷³ İdeoloji yazarlar tarafından farklı ayrımlanmıştır. Althusser ideolojiyi bölgesel içerikli (dinsel ideoloji, ahlakî ideoloji, hukuki ideoloji, siyasal ideoloji vb.) ve sınıfsal anlamlı olarak; Mannheim kısmî ve bütünlükçü ideoloji şeklinde; Mardin ise yumuşak ve sert ideoloji şeklinde ayrımlanmıştır. Bkz. Althusser, s. 79; Mannheim, s. 82-86; Mardin, s. 13-14.

⁷⁴ Oder, meşruiyeti, "girdi" ve "çıktı" kavramları üzerine yapılandırdığı meşruiyet ikilisi ile açıklamaktadır (Avrupa bütünlüşmesi, AB'nin demokratik meşruiyeti konusunda bu kavram ikilisini kullanmıştır). Girdi meşruiyetinde, siyasal iktidarın meşruiyetini belirlemek amacıyla kararların kim tarafından alındığı, vatandaşların veya temsilcilerinin veya farklı irade ve çıkarların anayasa yapıcılığı ve karar alma süreçlerine eşit katılımı önem taşır. Karar süreci sonucunda alınan kararın kalitesi ise, "çıktı meşruiyetini" belirler. Başka deyişle girdiler; baskı grupları ve basından gelen istemler, siyasal topluluğa, rejime ve siyasal otoriteye yönelen destekler şeklinde iken, çıktılar ise istem ve desteğin kaynağı ve yanıtı olan eylemler ve kararlar şeklinde tezahür eder. Bkz. Oder, s. 307, 308.

⁷⁵ Yayla, Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeoloji, s. 18.

⁷⁶ Belirli siyasi doktrinlerin savunucuları, savladıkları düşünce sisteminin ideoloji terimine dâhil olduğunu inkâr etmişlerdir. Bkz. Heywood, s. 71.

⁷⁷ Heywood, s. 381.

anayasanın, hukukun bağımsız ve tarafsız yorumlanması gerektiği savunulmakta iken, diğer taraftan yargıcın anayasada ifadesini bulan resmi ideolojinin belirleyicisi-somutlaştırıcısı- ve koruyucusu olup olmadığı gündeme gelir. Buradaki sorun, anayasanın önsözünde veya başlangıç ilkelerinde kendini belli belirsiz ifadelerle gösteren ideolojiye uygun şekilde yorumlama yapıp yapmaması, yani esasında yargıcın taraf sorunudur. Yargıç partiler, meclis, hükümet gibi siyasi organların etkisi ile yani dışsal taraflılık ile yorum yapabilir veya önyargılarından, ilgilerinden veya vesayetçi zihniyet gibi nedenlerden kaynaklanan içsel taraflılıkla karar verebilir.⁷⁸ Mesela, ABD'deki yargıçlar başkanlar tarafından, yargıcın partiye yakınlığına veya ideolojik eğilimine göre seçmekte, senato ise bu kişiyi aynı gerekçelerle reddedebilmektedir.⁷⁹

Anayasa yargısı siyasi organların faaliyetleri ile yakın ilişkide olduğundan, siyasi konularla ilgili olduğundan anayasa yargıçlarının anayasa hükümlerini normlandırırken dikkatli olmaları gerekmektedir. Çünkü siyasi konuların kural olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına özgü olması, Anayasa Mahkemesi kararının zaman zaman aktivist tutum sonucu verilmesi iddiası ile karşılaşmasına, kararın siyasallaştığı suçlaması ile karşı karşıya gelmesine yol açabilmektedir. Burada önemsenmesi gereken nokta, devletin kendi anayasasında belirlemiş olduğu ideolojidir, resmi ideolojidir. Yargıcın, anayasanın önsözünde veya başlangıç hükümlerinde kendini gösteren ve genelde belirsiz ve geniş kavramlarla anlatılan resmi ideolojisinin tesiri altında kalarak Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutum sergilediği sonucunu doğurmaktadır.⁸⁰ Başka deyişle, Anayasa Mahkemesi'nin "hak temelli" yaklaşımı değil de, "ideolojik temelli" yaklaşımı esas alması durumunda, mahkemenin bu aktivizmi demokratik teori açısından mahkemenin meşruiyetini tartışmalı hale getirecektir.⁸¹

C. Türkiye'de Durum

Anayasa Mahkemesi, anayasanın hukuksal anlamının belirlenmesi ile görevli olduğu için özel bir işleve sahiptir. Bu organa

⁷⁸ Heywood, s. 389.

⁷⁹ Heywood, s. 389.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, aktivist tutumunu hak ve özgürlükler lehine kullanırsa, bu tavır meşru kabul edilmektedir.

⁸¹ Işık, s. 418, 419.

anayasayı sadece normal bir yasa gibi yorumlama yetkisi verilmemiş, aynı zamanda onu geliştirme, mükemmelleştirme, kalitesini yükseltme görevi de verilmiştir.⁸² Dolayısıyla Anayasa Mahkemeleri, insan haklarının uygulanmasını sağlayarak demokratik yönetimin pekiştirilmesinde ve sürdürülmesinde önemli işlevlere sahiptir.⁸³

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin anayasada yer alan ilke ve kuralları anlamlandırma süreci, 1982 Anayasasında çok geniş ve belirsiz kavramların bulunması ve yargısal denetimle görevli yargıçların devletin kuruluş aşaması sırasında konulmuş ilkelere sıkı sıkıya bağlılığı noktasında tartışmalara sebebiyet vermektedir. Gerçekten de Anayasa’nın safını belli eden, hâkim ideolojisini gösteren başlangıç bölümünde yer alan “Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları⁸⁴ ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya

⁸² Bu bağlamda Kagi, anayasa ve anayasa yargısı arasındaki ilişkiyi “Anayasa yargısına ilişkin görüşünü söyle, nasıl bir anayasa anlayışına sahip olduğunu söyleyeyim” sözleriyle kısaca ifade etmiştir. Bkz. Gören, s. 271, 273.

⁸³ Turhan, s. 398.

⁸⁴ “Atatürk ilke ve inkılapları” ibaresi Anayasa’nın Başlangıç bölümüne ek olarak, 42., 58., 81., 103., 134. maddelerinde söz edilmiştir ve Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu ilkeye son derece önem vermiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında bu ilkeleri 1982 Anayasası’nın temel dayanağını oluşturan değerler olarak nitelendirmiştir. Bu ilke Anayasa’nın 26. maddesinde göre “Cumhuriyetin nitelikleri” görünümü ile ifade özgürlüğünün, 27/2. maddesine göre “bilim ve sanatı yayma” hakkının ve 28/son fıkraya göre basın hürriyetinin, 68/4. maddesine göre siyasi parti hürriyetinin sınırlarından birini oluşturmaktadır. Siyasi parti özgürlüğünün bu anlamda sınırnı, devletin bağımsızlığı, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, millet egemenliği, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkeleri oluşturmaktadır. Bu sınırın belli koşullarda aşılması siyasi partinin özgürlüğünün tehlikeye girmesine, hukuki varlığının sonlanmasına neden olabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2009’da verdiği kararında, Demokratik Toplum Partisi’nin, eylemlerinin yanında terör örgütüyle olan bağlantılarının Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin anlaşıldığına karar vererek parti hakkında kapatma kararı vermiştir. Kararlar için sırasıyla bkz. AMK E. 1983/2, K. 1983/2, T. 25.10.1983; E. 2007/1, K. 2009/4, T. 11.12.2009, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 14.03.2017.

kesinlikle karıştırılmayacağı...” ifadesi kavramsal olarak belirsizlik içermekte; aynı şekilde Anayasa'nın değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen ve devletin temel niteliklerini tanımlayan ilk üç maddesindeki “Atatürk milliyetçiliği, hukuk devleti, insan haklarına saygılı devlet, demokratik devlet, sosyal devlet, milli dayanışma, toplumun huzuru ...” gibi ifadeler de yoğun belirsizlik içermekte ve / veya kolaylıkla değişik şekillerde tanımlanmaya müsait halde bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, anayasada kavram olarak açıklanmaya ve sınırlarının belirlenmesine ihtiyaç duyan ilke ve kuralları anlamlandırırken müdahaleci tavır içinde Cumhuriyetin temel değerleri doğrultusunda yorumu, kendine yol haritası olarak belirlemiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1970 yılında verdiği kararda, Anayasa'nın 2. maddesinde sayılan Cumhuriyetin niteliklerini, Cumhuriyet ilkesine dâhil etmiş ve Cumhuriyet sözcüğü ile ifadeden kastın bir devlet sistemi, Cumhuriyet rejimi olduğunu savunarak anayasa değişikliklerini hem şekil ve hem de esas yönden denetleme yetkisini kendinde görmüştür.⁸⁵ Yine aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, kararlarında 1971 Anayasa değişikliği ile getirilen sadece şekil açısından denetim sınırlılığına rağmen, Anayasa'nın 2. maddesinde sayılan niteliklere aykırı anayasa değişikliğini şekil açısından denetim kapsamına almıştır.⁸⁶

Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma konusunda da benzer bir tavır olduğu söylenebilir. Anayasa'nın 68. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.” Demokratikliğin kurucu unsurlarından olan ve anayasa ile varlıkları güvence altına alınmış siyasi partilerin, Anayasa Mahkemesi tarafından birtakım değerler uğruna veya ideolojik kaygılar çerçevesinde mi, yoksa demokratik devlet kazanımını korumak adına mı kapatılma ile

⁸⁵ AMK. E. 1970/1, K. 1970/31, T. 16.06.1970, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 14.03.2017. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde bu denetim, şekil denetimi kapsamında sadece teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları çerçevesine indirgenmiştir.

⁸⁶ AMK E. 1973/19, K. 1975/87, T. 15.04.1975, E. 1976/38, K. 1976/46, T. 12.10.1976, E. 1976/43, K. 1977/4, T. 27.01.1977, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 14.03.2017.

yüzleştikleri hususu önem taşımaktadır.⁸⁷ Bu durumu, bu tür davalarda atıf yaptığı ve demokrasi ile aynı düzlemde aldığı Atatürk ilke ve inkılaplarına verdiği önem ile görmek mümkündür. Nitekim bunu Refah Partisi kararlarında olduğu gibi çeşitli kararlarında görmek mümkündür.⁸⁸

Anayasa koyucu Türkiye devletini tarafsız bir aygıt olarak değil, fakat belli bir ideolojiye göre işleyecek bir kurum olarak tasarlamıştır.⁸⁹ Resmi ideolojinin birçok unsuru bulunmakla birlikte, esasen Anayasa'nın başlangıç kısmında ifade edilen "Atatürk milliyetçiliği, inkılap ve ilkeleri" anayasaya hâkim düşünceyi yansıtmaktadır. Bu ilkelerden de laiklik ilkesinin özel bir yeri bulunmaktadır.⁹⁰ Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi ve bu ilkenin adeta ilkeler arasındaki hiyerarşik sıralamasındaki yerini kararlarında şöyle açıklamıştır⁹¹: "Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini

⁸⁷ Siyasi partilerin, ancak Anayasa'nın 69. maddesinde belirtilen sınırlı sayıdaki nedenlerle kapatılmaları mümkündür. Buna göre bir siyasi parti şu üç sebeple kapatılabilmektedir:

- Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68. maddenin 4. fıkrası hükümlerine aykırı bulunması (m. 69/5)
- Bir siyasi partinin 68. maddenin 4. fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerin işlendiği bir odak haline gelmesi (m. 69/6),
- Bir siyasi partinin yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması (m. 69/10).

Aykırı tüzük veya program veya aykırı hareket edilmesi halinde kapatma nedeni oluşturacak olan Anayasa'nın 68. maddesinin 4. fıkrası ise şöyledir: "*Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.*"

⁸⁸ Refah partisinin laiklik gerekçesiyle kapatılması ile ilgili karar için bkz. AMK, E. 1997/1, K. 1998/1, T. 16.01.1998, www.anayasa.gov.tr; erişim tarihi 14.03.2017.

⁸⁹ Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 175.

⁹⁰ Nitekim siyasi parti kapatma davalarında ve önceden verilen türban kararlarında hukuk mantığının değil, ideolojik reflekslerin baskın olduğunu ve laikliğin en yüce ilke farz edildiğini görmek mümkündür. Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 175.

⁹¹ Laiklik temelli siyasi parti kapatmaları hakkındaki kararlar için bkz. E. 1971/1, K. 1971/1, T. 20.05. 1971; E. 1983/2, K. 1983/2, T. 25.10.1983; E.

yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. ... Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir.”, “özgürlüklere kısırdılamayacak kadar önemi haiz en üstün anayasal ilkedir.”⁹²

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarda ölçüt olarak aldığı ilkeler zaman zaman anayasanın liberal-demokratik olma özelliği ile bağdaşmadığı için eleştiriye maruz kalmaktadır. Mahkemenin, kuruluşundan⁹³ itibaren verdiği kararlarda politik alanın sınırları katı bir şekilde resmi ideoloji tarafından belirlenmiştir.⁹⁴ Bu bağlamda mahkeme kendini evrensel hukuku gerçekleştirmekle görevli değil, Cumhuriyeti / Devleti korumakla birinci dereceden vazifeli addetmiştir.⁹⁵ Nitekim mahkeme temel ve siyasi haklara ilişkin kararlarda ihtiyatlı ve aşırı sınırlayıcı tutum sergilemiştir.⁹⁶ Bu tutumunun sonucu anayasa yargısının

1997/1, K. 1998/1, T. 16.01.1998; E. 1999/2, K. 2001/2, T. 22.06.2001; E. 1993/1, K. 1993/2, T. 23.11.1993, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 14.03.2017.

⁹² Türban yasağı hakkındaki bu karar için bkz. AMK E. 1989/1, K. 1989/12, T. 7.3.1989, Işık, s. 374. Dolayısıyla demokrasi ilkesi, laiklikle birlikte ele alınarak sınırlı ve dar biçimde yorumlanmaktadır. Bkz. Turhan, s. 390.

⁹³ Ülkemizde anayasa yargısı düşüncesinin benimsenmesi 1924 Anayasası'nın bulunduğu dönemde Anayasa'daki kural boşluğunun siyasal amaçlarla kötüye kullanılması sonucu, Anayasa'ya aykırı birçok yasanın mahkemelerce uygulanmasına tepki olarak ve sonuçta bir ihtiyaç olarak 1961 Anayasası ile gerçekleşmiştir. Bkz. Gören, s. 274.

⁹⁴ Laikliğin mahkeme kararlarındaki totaliter yorumunda, kurucu askerin dine bakış açısı ve sonradan yetişen aydınların pozitivist felsefeyi benimsemesi, Atatürk milliyetçiliğinin katı yorumunda geçmişinde sürekli toprak kaybeden bir neslin bu konudaki korkusu etkin rol almıştır ve bu da mahkemenin laikliği demokrasiye ve özgürlüğe tercih etmesine ve üst kimlik olarak Türklüğü ihdas etmesine neden olmuştur. Bkz. Işık, s. 415.

⁹⁵ Işık, s. 414.

⁹⁶ Demokrasinin ve özgürlüklerin belki de önceden olmadığı kadar çok vurgulandığı, evrensel nitelikte olan bu terimlerin resmi ideolojiden ari olarak değerlendirilmesi gerektiği anlamının çıkarıldığı tek dava, Ak Parti'nin kapatılması ile ilgili davadır. Nitekim dava son çare olarak görülen siyasi partinin kapatılması yaptırımını ile değil, hazine yardımından mahrum bırakılma yaptırımının uygulanması kararı ile sonlanmıştır. Bkz. AMK E.

demokratik meşruiyetinin sorgulanmasına, yargısal aktivizm tartışmalarıdır. Devleti resmi ideoloji çevresinde tutmaya çalışmanın⁹⁷ ve resmi ideoloji yönünde mahkeme kararları Türkiye’de haklar bakımından ağır olmuş ve şuna yol açmıştır: Vesayetçi siyasi sistemin hâkimiyeti.⁹⁸

Türk Anayasa Mahkemesi’nin aktivizmi diğer ülkelerdeki emsallerinin aktivizminden negatif anlamda daha özel bir yere konumlandırılmış durumdadır. Başka deyişle olumsuz aktivizm Anayasa Mahkemesi kararlarına hâkimdir. Çünkü mahkeme temel ve siyasi kararlarında aşırı derecede ihtiyatlı ve muhafazakâr bir tutum sergilemiş ve üniter, milli ve laik olarak tanımlanabilecek Cumhuriyetin temel değerlerine özgürlüklerle birlikte anabilecek kadar özel bir önem atfetmiştir.⁹⁹ Dolayısıyla Türk Anayasa Mahkemesi’nin aktivizmi temel hakların korunması yolunda bir aktivizm değil, devletin temel değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik müdahaleci bir aktivizmdir

IV. SONUÇ

Anayasa, ölçüsü tartışılmaya açık olmakla birlikte diğer hukuk dallarına oranla yapısı gereği daha genel, geniş ve belirsiz ilke ve kurallardan oluşmaktadır. Bu durum özellikle anayasadaki temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerde ortaya çıkmaktadır. Anayasa’nın bu özelliği ona bir yandan genel yapısını bozmayacak şekilde küçük değişiklikler yapma imkânı sağlayarak esnek olma özelliği vermekte, diğer yandan yargısal denetim gündeme geldiğinde anayasa yargısına yorum kalitesini maksimize etme imkânı tanımaktadır.

Anayasacılık hareketleri ile ortaya çıkan iktidarın sınırlandırılması düşüncesi ve daha sonraları benimsenen temel hak ve hürriyetlerin korunmasının zorunluluğu anlayışı; anayasa yargısına

2008/1, K. 2008/2, T. 30.7.2008, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 14.03.2017.

⁹⁷ Turhan, devleti resmi ideoloji etrafında tutmaya çalışanları sert şekilde şöyle eleştirmektedir. “Devlet ideolojisi temelinde bu ilkeleri savunanlar bu kavramlar etrafında kamplaşmalar yaratmakta, farklılıkları, eleştirileri rejim düşmanlığıyla özdeşleştirerek siyasette rejim tartışmalarını ortaya çıkarmaktadır.” Bkz. Turhan, s. 391.

⁹⁸ Işık, s. 414-417.

⁹⁹ Özbudun, Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasi Elitlerin Tepkisi, s. 264.

anayasada yer alan ilke ve kuralların tercümesi şeklinde bir görev veya birtakım endişeler ve beklentilerle siyasete yön verme görevi yüklememekte, aksine etki ve sonuçları bakımdan siyasi niteliğe haiz olsa da siyasal konular dâhil tüm konularda hak temelli, otoriteryenlikten uzak anlamlandırmalar yapması konusunda zemin oluşturmaktadır. Başka deyişle, yargısal denetimle görevli mahkemenin yorum yetkisini, anayasada bulunan resmi söylem doğrultusunda birtakım evrensel değerler üzerine inşa etmesi, onu tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde ‘siyasi bir mahkeme’ olma tehlikesinden uzaklaştırır; yargısal aktivizm uygulamalarının minimuma indirildiği ideal anayasalı devlet savına tedricen yakınlaştırır.

Yargısal denetimde olması gereken, anayasa yargıcının devlet gücünün dengelenmesi ve sınırlandırılması için anayasada yer alan ve geniş ve belirsiz ilke ve kuralların yorumu yoluyla serbest bırakılan hareket alanında, demokrasinin, hak ve adaletin gerektirdiği şekilde anlamlandırmalar yapmasıdır. Yargısal denetimle görevli mahkemenin belki de ilk, tek ve en önemli işlevi, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması misyonunu üstlenmiş olması gerekliliğidir. Böylece bu işlev, hukuk devletinin gelişiminde önemli bir adım olacaktır. Bu husus, Türkiye örneğinde farklılık arz etmektedir. Nedeni ise, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin, bazı hususlarda sözü edilen değer ve ilkeler yerine devletin kuruluş dönemine dayanan birtakım ilkeleri tercih yönünde desteklemesidir. Başka deyişle, Anayasa Mahkemesi ilke ve kuralları yorum işlevini diğer demokratik ülkelerdeki uygulamaların aksine, Cumhuriyet’in nitelikleri olarak kapsama aldığı birtakım vesayetçi değerler dizisi lehine kullanmış, demokrasinin ve bireysel hak ve özgürlüklerin Cumhuriyetin korunması adına ihlal edilebileceğini çeşitli kararları yoluyla göstermiştir. Mahkemenin bu yorum anlayışını, özellikle parti kapatma davalarında sergilediği tutum üzerinden sık sık görmek mümkündür. Fakat mahkemenin halkın önemli bir kesiminden oy alan ve iktidarda olan AK Parti ile ilgili kararını istisna tutmakta fayda vardır. Çünkü mahkeme, kararının verilmesinde önceliği laiklik yerine demokrasi olarak belirlemiş; günümüz demokrasilerinin partiler demokrasisi olarak adlandırılmasından mütevellit siyasi partilerin varlıklarının sürdürülmesinin esas alınması gerektiğine, kapatma yaptırımının son başvurulacak çare olduğuna karar vermiştir. Bu kararın verilmesinde, gerekçede belirtilen siyasi partinin serbest şekilde örgütlenmesinin ve parti özgürlüğüne kayıtsız önem vermenin mi, partinin oy oranının yüksekliğinin mi etkili olduğu tartışmaya açık bir konudur.

1982 Anayasası kapsam, anlam, sınır ve amaç bakımından muğlak düzenlemeler içermektedir. Anayasa'nın önsöz kısmında ve başlangıç hükümlerinde kendini gösteren bu düzenlemeler, birtakım ideolojik kaygılarla yargısal denetim yapılması durumunda olumsuz bir aktivist tutum oluşturma tehlikesine yol açar. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, bu düzenlemelerde geçen özellikle laiklik ve milliyetçilikten doğan bölünmez bütünlük ilkesini kararlarında vurgulayarak ve demokrasiyi sürekli bu ilkelerle birlikte değerlendirerek devletçi yapıyı kuvvetle somutlaştırmış ve genel siyasi ideolojisini yansıtmıştır. Bu durum da Türkiye'de liberal bir hukuk anlayışı ve hak temelli bir resmi ideoloji anlayışı hâkim olana kadar; anayasanın anlamlandırılması, siyasal çatışma ortamının mevcudiyeti, Anayasa Mahkemesi'nin demokratik meşruluğu ve yargısal aktivizm tartışmalarının şiddetlenerek devam etmesi demektir.

KAYNAKÇA

- ALTHUSSER, Louis (Çeviren: Alp Tümertekin): İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, İthaki Yayınları, 3. Basım, İstanbul 2008.
- BOWLS Samuel / GINTIS Herbert (Çeviren: Osman Akınhay): Demokrasi ve Kapitalizm, Ayrıntı Yayınları, 1. Basım, İstanbul 1999.
- COŞGUN, Uygur: Dünden Bugüne Anayasacılık, www.ankarabaru.org.tr, erişim tarihi 14.03.2017.
- EAGLETON, Terry (Çeviren: Mutallip Özcan): İdeoloji, Ayrıntı yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2005.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasa Hukuku, Orion Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2011.
- ERDOĞAN, Mustafa: Henry Roussillon'un Fransız Ana Konseyi: Tehlikeler Dönemi Başlıklı Tebliğinin Yorumu, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001, Ankara, s. 844-851.
- GÖREN, Zafer: Anayasa Hukuku, Yetkin Basımevi, 2. Baskı, Ankara 2011.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu, AÜSBF Dergisi, C. 61, S. 3, Y. 2006, s. 131-165.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2009.
- HEYWOOD, Andrew: Siyaset, Adres Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2013.
- IŞIK, Hüseyin Murat: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Resmi İdeolojisi, Adalet Yayınevi Ankara 2012.
- MANHEİM, Karl (Çeviren: Mehmet Okyayuz): İdeoloji ve Ütopya, Epos Yayınları, Ankara 2002
- MARDİN, Şerif: Din ve İdeoloji, İletişim Yayınları, 12. Baskı, İstanbul 2003.
- MARSHALL, Gordon (Çeviren: Osman Akınhay / Derya Kömürcü): Sosyoloji Sözlüğü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 1999.
- ODER, Bertil Emrah: AB'de Anayasa ve Anayasacılık, Anahtar Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2004.

- ÖZBUDUN, Ergun: Dünyada Anayasacılık Hareketleri ve Türkiye, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001, s. 38-44.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2002.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasi Elitlerin Tepkisi, AÜSBF Dergisi, C. 62, S. 3, Y. 2007, s. 257-268.
- ROUSSILLON, Henry: Fransız Ana Konseyi: Tehlikeler Dönemi, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001, Ankara, s. 821-844.
- SANDER, Oral: Siyasi Tarih İlk çağlardan 1918'e, İmge Kitabevi, 16. Baskı, Ankara 2007
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku (Genel İlkeler), Beta Yayınları, 17. Bası, İstanbul 2014.
- TURHAN, Mehmet: Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, AÜSBF Dergisi, C. 62, S. 3, Y. 2007, s. 379-404.
- www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 14.03.2017.
- www.wikipedia.org, erişim tarihi 14.03.2017.
- YAYLA, Atilla: Anayasa ve Devletin Sınırlandırılması, Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 66, Y. 2012, s. 9-11.
- YAYLA, Atilla: Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler, Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 66, Y. 2012, s. 13-22.

ÖZEL HUKUK

FAKTORİNG İŞLEMİ ÇERÇEVESİNDE ÇEKİ CİRO İLE TEMLİK ALAN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI ŞAHSİ DEF'İLERİN İLERİ SÜRÜLMESİ

Necat AZARKAN*

ÖZ

Gelişmiş ülkelerdeki yeni finansman tekniklerini benimseyen ve bu teknikleri gecikmeksizin uygulamaya koyan ülkemizde faktoring faaliyetleri ilk kez 1983 yılında başlamıştır. Alacakların takibi (istihbarat), tahsili, garanti edilmesi, finansman sağlanması, pazar araştırması, kredi istihbaratı yapılması, ticari risklerin üstlenilmesi ve muhasebe kayıtlarının tutulması gibi hizmetleri içeren faktoring, yeni bir finans tekniği olmasına rağmen ülkemizde özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerde çok hızlı bir gelişim göstermiş ve ortaya çıkan ihtiyaca paralel olarak 21.12.2012 tarihinde kabul edilen ve 12.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren “6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu” ile kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Finansal kuruluş olarak faaliyet gösteren finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinin kuruluş ve çalışma esasları ile finansal kiralama, faktoring ve finansman sözleşmelerine ilişkin usul ve esasları düzenleme amacını taşıyan 6361 sayılı Kanun’da düzenlenen hükümlerden sadece bir kısmının emredici nitelik taşımaları sözleşmelerde esnek ve faktoring faaliyetine uygun hükümlere yer verilebilmesine imkân sağlamaktadır. Bununla birlikte; factor ile temellük edilen

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: necatazarkan@gmail.com.
Makalenin Gönderim Tarihi : 24.11.2016.
Makalenin Kabul Tarihi : 06.03.2017.

Factoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiyeye Karşı Şahsi Def'ilerin İleri Sürülmesi

alacağın borçlusu arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmadığından, borçlunun müşterisine karşı sahip olduğu ve aralarındaki temel ilişkiden kaynaklanan def'ilerini factore karşı ileri sürüp süremeyeceği sorununun ortaya çıkarmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Factoring, kambiyo senedi, şahsi def'i, çek, ciro.

ERHEBUNG DER PERSÖNLICHEN EINWENDUNGEN GEGEN DEN INDOSSANTEN BEIM FAKTORINGVERFAHREN

ZUSAMMENFASSUNG

In unserem Land, in welchem die neuesten Finanztechniken angenommen und ohne Verzögerung angewandt werden, beginnen die Factoringleistungen erstmals im Jahre 1983. Factoring, welches sich in jüngster Zeit zu einer gefragten Finanzierungsalternative entwickelt hat, die besonders für kleine und mittelständische Unternehmen attraktiv ist, ermöglicht es einem Unternehmen die Betreuung und Garantierung von Forderungen, Liquiditätsgewinn, Kreditwürdigkeit Risikoabsicherung, Entlastung der Buchhaltung. Um den praktischen Bedarf zu decken, wurde am 21.12.2012 Leasing-, Factoring und Finanzunternehmensgesetz Nummer 6361 erlassen und am 12.12.2012 im Gesetzblatt veröffentlicht. Das Gesetz Nummer 6361, welches die zum Teil obligatorische Vorschriften zur Gründung und Regelung von Leasing-, Factoring-, und Finanzunternehmen sowie zur Grundlagen von Factoringverträgen beinhaltet, ermöglicht die flexible Gestaltung von Factoringverträgen. Dabei, da es zwischen dem Factor und dem Zedenten kein rechtliches Verhältnis besteht, kommt die Frage auf, ob der Schuldner, die persönlichen Einreden, die aus dem Grundverhältnis entstammen und sich gegen den Gläubiger richten, gegen den Factor geltend machen kann.

Stichwörter: Factoring, Wechsel, persönliche Einrede, Scheck, Indossament.

I. GİRİŞ

Yeni bir finans tekniği olmasına rağmen 1980'li yıllardan itibaren dışa açılmanın bir sonucu olarak Türkiye ekonomisinde yer alan factoring kurumu; öncelikle bankaların bünyesinde faaliyete geçmiş, daha sonra

bağımsız tüzel kişilik sahibi factoring şirketleri durumuna dönüşmüştür¹. Bankalarda kredi sürecindeki formaliteler ve ihtiyaç sahiplerinin ticari ilişkiden kaynaklanan mal satışları karşılığında düzenledikleri faturanın kısa süre içinde paraya tahvil edilmesi görevini üstlenmiş olan factoring firmaları, finans sektörünün önemli kurumlarından biridir². Faktor adı verilen bir banka veya factoring şirketi ile müşteri arasında, faktor'ün müşterinin yapacağı ticari satışlardan doğacak alacakları devralarak tahsilini üstlendiği bir ilişki olarak tanımlanabilecek olan factoring maliyet açısından daha avantajlı ve işletmeye finansal yönden daha yararlı olabilmektedir. Zira firmaların kısa vadeli sermaye ihtiyaçlarının bu şekilde giderilmesi ile ihracatçı işletme güvenle üretim yapmakta ve ülke ihracatının, iç ve dış ticaret hacminin artmasına yardımcı olmaktadır. Yine factoring işlemlerinin maliyeti, vade farkına dayalı maliyetlerinden daha düşük olduğu için, ülkede fiyatları ve enflasyonu düşürücü bir etki yapmaktadır³.

II. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı

Günümüzde tüm dünyada bilinen ve uygulanan bir finansman yöntemi olan factoring sözleşmelerinin tanımı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Kelimenin etimolojisi araştırıldığında latince “facere” fiilinden türemiş olduğu ve “bir şey yapmak, icra etmek” anlamına geldiği görülmektedir. Buna göre; “factoring”, “bir kimsenin bir başkası için bir şey yapması, bir şey icra etmesi” olarak tanımlanabilir⁴. Bazı yazarlar factoringi üreticilere alacak yönetimi, tahsilât yönetimi ve nakit yönetimi hizmeti veren, bu fonksiyonların yanı sıra danışmanlık, pazar araştırmaları ve bilgi işlem hizmetleri sunan bir

¹ Kaya, Özge: Factoring Sözleşmeleri, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_923, erişim tarihi 21.12.2016.

² Oy, Osman / Alkım, Seçkin / Yahya, Süleyman: Factoring, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 1.

³ İnal, Zehra: Factoring Uygulamaları Ve İşletmelerin Finansal Yapılarına Etkisi, İnönü Üniversitesi İşletme Anabilim Dalı Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Malatya 2006, s. 106.

⁴ Kocaman, Arif B.: Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1992, s. 16.

Factoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiyeye Karşı Şahsi Def'ilerin İleri Sürülmesi

finansal paket olarak tanımlarken⁵, bazı yazarlar tarafından yapılan tanıma göre ise faktoring, yurtiçi ve yurtdışı satış yapan firmaların bu satışlarından doğan kısa vadeli alacak ve haklarının factor olarak adlandırılan mali aracı kuruluş tarafından devralınmasıdır⁶. Öğretideki bu tanımları dikkate alan kanun koyucu 21.12.2012 tarihinde kabul edilen ve 12.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu”nun 38/1 maddesinde faktoring sözleşmesini şu şekilde tanımlanmıştır: “*Factoring sözleşmesi; mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle, faktoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya faktoring garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren sözleşmedir*”.

B. Tarihi Gelişimi

Factoringin dünyada bilinen ilk uygulamaları Mezopotamya'da M.Ö. 4000'li yıllarda “alacağın temliki” şeklinde görülmüştür⁷. Roma dönemlerinde ise factor kelimesinin “müessil, başka birinin ticari işlerini takip eden” anlamında kullanıldığı bilinmektedir⁸. 19. yüzyıl sonlarında Avrupalı tekstil üreticilerinin mallarını komisyoncular aracılığı ile değil doğrudan satmaya başlamalarıyla faktoring işlemleri önce Amerika'da daha sonra Avrupa ülkelerinde ve Japonya ve diğer Asya ülkelerinde hızla yayılmıştır. Kıta Avrupası'ndan Amerika'ya süregelen göçler nedeniyle 19. yüzyılda hızla çoğalan nüfus, tekstil ürünleri ağırlıklı olmak üzere, Avrupa mallarına gittikçe artan bir talep göstermişti. Talebe hemen cevap verebilmek için de stokta mal tutma ihtiyacı oluştu⁹. İlk factorler bu ihtiyaca cevap vermek amacıyla bir ücret karşılığında kuzey Amerikalı alıcıların ödemelerini garanti altına alan

⁵ Emen, İsmail: Faktoring, Mali Dünyamızın Yeni Kavramları: Faktoring, Leasing, Forfaiting, Futures ve Options, İstanbul Mülkiyeliler Vakfı, İstanbul, 1992, s. 75.

⁶ Çeker, Mustafa: Uluslararası Faktoring Sözleşmeleri ve Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar, BATİDER, 1994, C. XVII, S. 4, s. 111.

⁷ Kazmacı Uzun, Özge: Faktoring Sözleşmesi, İstanbul, 2014, s. 3.

⁸ Faktoring işlemlerinin tarihi gelişimi için bkz. Schwarz, Werner: Faktoring, 4. Aufl., Deutsche Sparkassenverlag, Stuttgart, 2002, s. 18.

⁹ Schwarz, ibid, s. 18.

İngiliz yünlü kumaş fabrikalarının Amerika'daki satış temsilcileri idi¹⁰. Ancak bu dönemde faaliyet gösteren factorlerin hizmetleri genellikle malların mülkiyetini alma, depolama, alıcı bulma, malı teslim etme ve alıcılardan tahsilat gerçekleştirme kapsıyordu. Zamanla sayıları giderek artan factorlar, kendilerine konsinye gönderilen mallar karşılığında ihracatçılara kredi vererek destek olma kabiliyetine eriştiler¹¹. Bu kredilerin teminatı, faktörün malların satışından kendini ramburse etme hakkı idi. Bu hak daha sonraları, faktörlere satıcının mallarına ipotek koyma hakkını veren 1889 tarihli Factor Act'ın yürürlüğe girmesi ile tescillendi. Bu hak, faktora kredi geri ödeninceye dek uhdesindeki malları tutma yetkisi tanıyordu. Ancak, 1890 yılında yürürlüğe giren ve tüm tekstil ürünlerine % 49,5 oranında koruma vergisi getiren McKinley-Vergi-Tarifesi nedeniyle 19. yüzyılın ikinci yarısında itibaren Amerikalı factorların rolü önemli oranda değişti. Vergilerin artması ve İngiliz üreticilerin Amerika pazarına yönelik ilgisinin giderek azalması ile ürünler numune kullanarak çalışan satış aracılıları tarafından doğrudan alıcıya satılmaya başlandı¹². Dolayısıyla, ihracatçılar factoring depolama, pazarlama ve dağıtım hizmetlerine artık ihtiyaç duymuyorlardı; ancak, finansal hizmetlerinden yararlanmayı sürdürmek istiyorlardı. Bu finansal hizmetlerin yasal zemini faktörün ürünleri satması ve finansman maliyetini buradan karşılaması idi. Ancak, değişen ortamda bu sistem artık işlemiyordu. İhracatçının alıcıya yapılan doğrudan satışlardan alacaklarının faktora temlik edilmesi gerekiyordu. Factoring, faktörlerin bu değişen ortamda müşterilerinin ihtiyaçlarını tanımları ile başlamıştır.

C. Hukuki Niteliği

Mevzuatımıza ilk olarak “90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile giren factoring işlemlerinin hukuki niteliği konusunda öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır¹³.

¹⁰ Schwarz, ibid, s. 18.

¹¹ Schwarz, ibid, s. 18.

¹² Schwarz, ibid, s. 18.

¹³ Factoring sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak alacak satımı nazariyesi, karz kredi nazariyesi ve karma muhtevalı sözleşme nazariyeleri çerçevesinde oluşmuş çeşitli görüşler bulunmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. Özakman, Cumhuriyet: Factoring Sözleşmeleri, İstanbul, 1989, s. 28; Toroslu, M. Vefa: Hukuksal ve Finansal Açısından Factoring, İstanbul, 2011, s. 203 vd.; Kocaman, op.cit., s. 45 vd.; Tiryaki, Betül: Factoring İşlemi ve Factoring

Her ne kadar öğretilerde bazı yazarlar faktoring sözleşmelerini gerçek ve gerçek olmayan faktoring sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayırmakta ve bu temel üzerinden hareketle, gerçek faktoring sözleşmelerinin satım sözleşmesi, gerçek olmayan faktoring sözleşmelerinin ise tüketim ödünçü sözleşmesi niteliğinde olduğunu ileri sürmekteyse de, öğretilerde ki baskın görüş, faktoring sözleşmelerinin münferit sözleşme tiplerine ilişkin edimleri taşıyan bir karma sözleşme olduğu yönündedir¹⁴. Buna göre, faktoring sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlığın çözümü için öncelikle içerdiği tipik akitlere ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanılmaya çalışılacak; bunun mümkün olmaması halinde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurarak çözüm bulunması denenecek; bunun da mümkün olmaması halinde ise, örf ve adet hukuku kurallarına başvurulacak; burada da soruna ilişkin bir çözüm bulunamaması durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi doğrultusunda hakim in hukuk yaratması yoluna gidilecektir¹⁵.

D. Faktoring İşleminin Tarafları ve Yükümlülükleri

Faktoring işlemine katılan taraf sayısı işleminin yurtiçinde ve yurtdışında gerçekleşmesine göre, farklılık gösterir. Tarafların her birisinin aynı ülkede bulunması nedeniyle “yurtiçi faktoring” olarak adlandırılan faktoring işlemi alacak sahibi (müşteri, işletme), alacakları devralan (factor) ve borçlu (malları satın alan) olmak üzere üç kişilik bir ilişkiyi işaret eder¹⁶. Faktoring işlemi / hizmetini talep eden kişi olan müşteri, borçlu ile yapmış olduğu sözleşme uyarınca malları sevk etmiş, hizmetleri ifa etmiş olmalı ve borçlunun herhangi bir kesinti, mahsup veya karşı alacak hakkı olmaksızın fatura bedelinin tamamı için yükümlü

İşleminin Hukuki Niteliği, DEUHF Dergisi, C. 8, S. 2, İzmir, 2006, s. 189 vd.; Kazmacı Uzun, op. cit., s. 48.

¹⁴ Kocaman, op.cit., s. 112; Şener, Oruç Hami: Faktoring'de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Ankara, 2005. s. 16.

¹⁵ Demir, Remzi: Faktoring Sözleşmesi, E-Journal Of Yasar University, C. 8, Özel Sayı, İzmir, 2013, s. 881.

¹⁶ Uluslararası faktoring işlemlerinde ise üç tarafa ek olarak birde yurt dışında bulunan borçludan alacağı tahsil edecek olan, ‘yurt dışındaki factor (muhabir factor) tarafı bulunur, bkz. Martinek, Michael: Moderne Vertragstypen, Band I, Leasing und Faktoring, München, 1991, s. 222.

olduğuna dair güvence vermelidir¹⁷. Müşterinin alacaklarını devir ve satın alarak, karşılığında nakit ödeyen şirket olarak tanımlanan¹⁸ factor ise, müşterinin malı teslim ederek, fatura suretlerini sunması üzerine derhal alacağın % 80-90'ını ödemekle yükümlü olup, bunun yanında, üçüncü şahıs borçluların kredi değerini sıkı bir şekilde kontrol etmek, müşterisine pazar ve üretim politikaları hakkında bilgi vermek ve alacaklara ilişkin muhasebeyi yapıp, ticari defterleri tutmak gibi görevleri vardır¹⁹. Satıcıdan vadeli olarak mal veya hizmet satın alarak ona borçlu duruma gelen kişi veya işletme olarak tanımlanabilecek²⁰ borçlu ise, vadesi geldiğinde borcunu factor'e ödemelidir.

E. Faktoring Sözleşmesinin Şekli

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 38/2 maddesi uyarınca faktoring sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesi zorunludur. Gerçekten de, Türk Borçlar Kanunu'nun 184. maddesinin birinci fıkrasında, alacağın devri yazılı şekle tabi tutulmuştur. Şekil şartı ispat şartı olmayıp, sıhhat şartıdır²¹. Sürekli borç ilişkisi halinde bulunan alacağın temlikine ilişkin özellikleri bünyesinde barındıran faktoring sözleşmesi, müşterinin alacaklarını önceden ve toptan şekilde temlikini içerdiğinden yazılı şekilde yapılması zorunludur. Tarafların iradelerini içeren adi yazılı şekil yeterli olup, resmi şekilde yapılmasına da engel yoktur. Resmi şekil, faktoring sözleşmesinin içeriği ve imzaların sıhhati açısından ispata ilişkin kolaylık sağlar. Bu sözleşme, uygulamada faktoring şirketleri tarafından matbu formda hazırlanmaktadır.

¹⁷ Satıcı firma buna ek olarak temlik edilen her alacağa ilişkin faturanın bir kopyasını faktoring şirketine vermeli, borçluya ancak faktoring şirketine ifa etmekle borcundan kurtulacağını bildirmeli ve borçluya ilişkin sahip olduğu tüm bilgileri faktoring şirketine iletmelidir. Satıcı firma ayrıca, hesap defterlerini usulüne uygun tutmak ve borç ilişkisinin konusunu oluşturan mal ve hizmetlere ilişkin vergileri ödemek ile yükümlüdür. Bkz. Demir, op.cit., s. 892.

¹⁸ Tiryaki, Betül: Faktoring İşlemi ve Faktoring İşleminin Hukuki Niteliği, DEÜHF Dergisi, C. 8, S. 2, İzmir, 2006, s. 192.

¹⁹ Martinek, op. cit., s. 222.

²⁰ Demir, op. cit., s. 891.

²¹ Kazmacı Uzun, op.cit, s. 76.

F. Alacağın Faktoring İşlemi İle Devri

Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesinin (2) numaralı fıkrası; "...faktoring şirketleri kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilemeyen alacakları satın alamazlar veya tahsilini üstlenemezler." hükmünü amirdir. Bu çerçevede, doğmuş alacaklar açısından faktoring işleminin gerçekleşmesi için alacağın fatura veya fatura yerine geçen belgeler ile tevsik edilmiş olması, doğacak alacaklar açısından ise temlik alınan alacakların fatura ve fatura yerine geçen belgeler ile tevsik edilebilir bir alacak olması ve alacağın hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı anda bu durumun fatura veya fatura yerine geçen belgeler ile tevsik edildiğinin faktoring şirketince takip edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu'nun 04.01.2011 tarihli "*Factoring Şirketleri Tarafından Doğacak Alacakların Temlik Alınabilmesinin Usul ve Esaslarına İlişkin Genelge*"si uyarınca mal veya hizmet satışına bağlı olarak doğacak alacağın temlik alınabilmesi için; faktoring şirketi ile faktoring şirketi müşterisi arasında doğacak alacağın temlikine yönelik bir sözleşme yapılması, söz konusu sözleşmede işin tanımının, alacağın niteliğinin, tutar veya tutarın hesaplanamaması durumunda, hesaplamaya temel oluşturacak veriler çerçevesinde belirlenen azami faktoring limiti ile ödeme şartlarının açıkça belirtilmiş olması, bahis konusu sözleşmedeki söz konusu hususların, faktoring şirketi müşterisi ile borçlu arasında imzalanan sözleşme, sipariş formu, proforma fatura ve / veya akreditif belgeleri ile varsa bunlara ilave olarak doğacak bir alacak olacağını gösteren diğer belgelerle tevsik edilmesi; mal veya hizmet satışından kaynaklanan bir ticari ilişki bulunduğunu ve temlike konu alacakların da bu ticari ilişki çerçevesinde doğacağını ispatlayacak şekilde bütün bu belgelerin doğruluğunun ve tutarlılığının bir bütün halinde kontrol edilerek değerlendirilmesi, bunların BDDK denetim elemanları tarafından yapılacak denetime hazır bir şekilde dökümante edilmesi; alacağın doğmasını müteakip düzenlenecek fatura veya fatura benzeri belgelerin mutlak suretle en kısa süre içerisinde faktoring şirketi tarafından müşteriden temin edilerek işlem dosyasına eklenmesi zorunluluk arz etmektedir.

III. ŞAHSİ DEF'İLERİN ÇEKİ FAKTORİNG İŞLEMİ ÇERÇEVESİNDE CİRO İLE TEMLİK ALAN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI İLERİ SÜRÜLMESİ

A. Def'i Kavramı

Def'i kavramı, gerek borçlar hukukunun gerek ticaret hukukunun kıymetli evrak kitabının önemli kavramlarından biridir. Genel olarak, borçlunun borçlu bulunduğu bir edimi, özel bir nedene dayanarak sürekli veya geçici olarak yerine getirmekten kaçınma hakkını tek taraflı irade beyanı ile kullandığı bir savunma yolu²² olarak tanımlanabilecek olan def'i borçlunun talepte bulunanın iddiasını kabul etmekle birlikte, talebe karşı olarak ileri süreceği bir hakka dayanarak edimin ifasını reddetmesi olanağı sağlar²³. Bu ret davalıya tanınmış bir hak olup, mevcut talep veya iddia karşısında davalıya “yükümlü olduğum halde yükümlümü yerine getirmeme hakkımı kullanıyorum” deme imkânı sağlar²⁴. Görüldüğü üzere mevcut bir talep üzerine kullanılan kaçınma yetkisi, bir borç ilişkisinde taraflar bakımından tali nitelikte haklar doğurur ve dar anlamda def'i olarak adlandırılır. Dar (teknik) anlamda def'i, herhangi bir hak talebi karşısında kalan borçlunun bu hakkın varlığını kabul etmekle birlikte, haklı bir nedene (yasa veya sözleşmenin verdiği bir yetkiye) dayanarak bunu yerine getirmek zorunda olmadığını bildirmesidir²⁵.

22 Erzurumluoğlu, Erzan: Medeni Hukukta İtiraz ve Defi, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. 9, S. 1-2, Ankara, 1977, s. 137 vd.; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, 19. Bası, İstanbul, 2015, s. 68 vd.; Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuka Giriş, 22. Bası, İstanbul, 2016, s. 118 vd.; Dural, Mustafa / Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku - Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2016, s. 145 vd.; Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul, 6. Baskı, 2015, s. 171; Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 1976, s. 35; Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 129; Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul, 2014, s. 36; Öztan, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 41. Bası, Ankara, 2016. s. 73; Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, Genişletilmiş 19. Baskı, Ankara, 2015, s. 19; Çukadar, Neslihan: Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, s. 19 vd.

23 Tunçomağ, op. cit., s. 35; Hatemi, op. cit., s. 129; Serozan, op. cit., s. 171.

24 Serozan, op. cit., s. 171.

25 İmregün, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2007, s. 20; Pulaşlı, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Ankara, 2015, s. 35;

B. Kambiyo Hukukunda Def'iler

6102 sayılı TTK'nın üçüncü kitabının dördüncü faslında düzenlenen kambiyo senetlerinin ortak özellikleri tedavül kabiliyetine sahip olma, emre yazılı olma, sıkı şekil şartlarına bağlı olma, kamu itimadına mazhar olma, para alacağı ihtiva etme ve müteselsil sorumluluk ilkesinin geçerli olmasıdır. Bir senedin tedavül kabiliyeti, içerdiği hakkın iktisadi anlamda değerlendirmeye elverişli olmasına ve bir senette belli bir tarzda mündemiç kılınmasına bağlıdır²⁶. Bu anlamda, "hakkın senetle belli bir şekilde mündemiç kılınmış olması" senedin emre veya hamiline kaydını içermesi anlamına gelmektedir ki²⁷, kambiyo senetleri zaten kanunen emre yazılı senetlerdendir. Bu nedenle emre yazılı senetler ciro ve teslim, hamiline yazılı senetler ise sadece teslim yoluyla devredilebilirler. Kambiyo senetlerinin bu şekilde devredilebilmeleri ve kambiyo senetlerinde hakkın belirli bir tarzda mündemiç kılınması, bu senetlerin tedavülünü kolaylaştırır²⁸. Bu bağlamda, el değiştirme fonksiyonuna sahip olan, diğer bir ifade ile tedavül ve ödeme araçları olarak işlem gören evrakta güven zorunlu olduğundan, bu tür evrakların bir kez yaratılıp piyasaya sürüldükten sonra mümkün olduğu ölçüde itiraza uğramamaları gerekir²⁹. Bu güven ise, senedi devredenden önceki hak sahiplerine karşı ileri sürülebilen def'ilerin senedi devralana karşı ileri sürülememesinin kabulü ile mümkün olabilir³⁰. Zira def'ilerin hepsinin her hamile karşı ileri sürülebilmesi kambiyo senetlerinin tedavül yeteneğinin büyük ölçüde ortadan kalkmasına neden olacak, buna karşılık, def'ilerin tümünün istisnasız reddedilmesi ise, senet borçlusu açısından tahammül edilemez riskleri beraberinde getireceğinden senet ilişkisine girmek imkansız hale gelecektir³¹. Bu nedenle kambiyo senetlerinde def'iler konusunda en önemli sorun, bir taraftan def'ileri senet borçlusunu tahammül edilemez riskler altında bırakmayacak şekilde

Budak, Levent / Çelik, Sengül: Emre Yazılı Senetlerde Def'iler, Adalet Dergisi, S. 4, Ankara, 1988, s. 44.

²⁶ Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 19. Baskı, Ankara, 2015, s. 69.

²⁷ Öztan, ibid., s. 70.

²⁸ Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku III – Ticari Senetler, Ankara, 1970, s. 54.

²⁹ İmregün, op. cit., s. 4.

³⁰ Tekinalp, Ünal / Poroy, Reha: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Baskı, İstanbul, 2013, s. 2.

³¹ Hueck, Alfred / Canaris, Claus-Wilhelm: Recht der Wertpapiere, 11. Aufl., München, 1977, s. 132.

düzenlemek, diğer taraftan da senedin tedavül yeteneğini azaltmamak noktasında toplanmaktadır³².

C. Kambiyo Senetlerinde Şahsi Def'iler

Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemeler incelendiğinde def'ilerin; senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler, senet metninden anlaşılan def'iler ve şahsi def'iler şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulduğu söylenebilir. Senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def'ileri, senet ve eklerinden anlaşılın veya anlaşılmasın, senedin bütün veya bir kısım sorumlular bakımından hükümsüz sayılmasını gerektiren def'iler³³, senet metninden anlaşılan def'ileri ise senedin muhtevassından, dış görünüşünden anlaşılıp da senedin hükümsüzlüğüne ilişkin olanların dışında kalan def'iler olarak tanımlamak mümkündür³⁴. Şahsi def'iler ise kambiyo senetlerindeki borç taahhüdünün objektif mevcudiyetine hiçbir etkisi olmayan, borçlu ile belli bir alacaklı arasındaki hukuki ilişkilerden doğan def'ilerdir³⁵. Hukuki görünüş ilkesi gereğince şahsi def'ilerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkün değildir³⁶. Bu şekilde bir def'i sınırlaması senedin tedavül senedi olma fonksiyonuna uygun olup, senedin sonraki müktesiplerinin korunması amacına da hizmet eder³⁷. Ancak bu kuralın istisnası poliçe ile ilgili düzenlemelerin yer aldığı TTK'nın 687. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun bu maddesine göre; “*Poliçeden dolayı kendisine başvurulmuş kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri başvuran hamile karşı ileri süremez; meğerki, hamil, poliçeyi iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun*”. Bu madde hükmü TTK'nın 778. maddesi gereğince bonolar, TTK'nın 818. maddesi gereğince çekler için de uygulanacaktır.

Benzer bir hüküm “6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu”nun 9/3 maddesinde düzenlenmiştir.

³² Akdeniz, Umur: Kambiyo Senetlerinde Def'iler, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2007, s. 10.

³³ Domaniç, Hayri: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 1960, s. 115.

³⁴ Cerrahoğlu, Fadlullah, Türk Ticaret Kanunu ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Bonoda Mutlak Def'iler, İstanbul, 1974, s. 50.

³⁵ Öztan, op.cit, s. 234.

³⁶ Bkz. Yargıtay 19. HD., 06.02.2003 tarih E. 2002/10843 K. 2003/1101. sayılı kararı (Legal Hukuk Dergisi, Mart 2003, s. 695 vd.).

³⁷ Baumbach / Hefermehl, s. 216.

Factoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiye Karşı Şahsi Def'ilerin İleri Sürülmesi

Anılan maddede “*Bir kambiyo senedinin ciro yoluyla factoring şirketine devri hâlinde, kambiyo senedinden dolayı kendisine başvuru olan kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri factoring şirketine karşı ileri sürmez; meğerki, factoring şirketi kambiyo senedini iktisap ederken bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun*” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinde “*Factoring şirketlerinin müşterilerine finansal hizmetler vermeleri, mal ve hizmet satımının tarafı olmamaları nedeniyle, ciro yoluyla factoring şirketine devredilen bir kambiyo senedinden dolayı kendisine başvuru olan kişinin, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri factoring şirketine karşı ileri sürmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Ancak factoring şirketi kambiyo senedini iktisap ederken, bile bile borçlunun zararına hareket etmiş ise bu hüküm uygulanmayacaktır. Bu bağlamda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun “Def'iler” başlıklı 687 nci maddesi ile paralellik sağlanması hedeflenmiştir*” denilmektedir. Böylelikle her ne kadar, Factoring şirketlerinin müşterilerine finansal hizmetler vermeleri, mal ve hizmet satımının tarafı olmamaları nedeniyle, ciro yoluyla factoring şirketine devredilen bir kambiyo senedinden dolayı kendisine başvuru olan kişinin, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri factoring şirketine karşı ileri sürmesinin engellenmesinin amaçlandığı belirtilmişse de, burada asıl amaç kanun koyucunun da açıkça belirttiği üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun “Def'iler” başlıklı 687 nci maddesi ile paralellik sağlanmasıdır.

Ancak kanımızca sözü edilen bu düzenlemelerin 6361 sayılı Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun³⁸ 9/2 hükmüyle birlikte değerlendirilmesi gerekir³⁹. Bu sonuncu hükme göre,

³⁸ Bu kanun 13.12.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup kanunun uygulanmasına yönelik uyuşmazlıklarda ihtilâfın ortaya çıktığı tarihlere göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

³⁹ Ülkemizde factoring ile ilgili kanuni bir düzenleme yapılmadan önce; bu kurum ilk olarak “Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile düzenlenmiştir. Bu kurumla ilgili ayrıntılı düzenleme ise zaman içerisinde değişikliklere uğrayan “Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları hakkında Yönetmelik” ile yapılmıştır. Bu yönetmelik 10.10.2006 gün ve 26315 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olup, Yönetmeliğin 33. maddesine göre,

“Faktoring şirketi Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilemeyen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilemeyen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir alamaz veya tahsilini üstlenemez. Aynı faturaya dayalı birden çok faktoring şirketine yapılan kısmi temliklerin toplam tutarı fatura tutarını aşamaz.” Keza aynı husus Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da *“...faktoring şirketleri kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilemeyen alacakları satın alamazlar veya tahsilini üstlenemezler”* şeklinde kaleme alınmıştır. Bu nedenle her ne kadar kanunda kambiyo senedini düzenleyen temel ilişkiye dayalı def'ilerin faktoring şirketine karşı ileri süremeyeceği düzenlenmişse de, yine aynı kanundaki ve kanunla ilgili yönetmelikteki faktoring şirketleri kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilemeyen alacakları satın alamazlar veya tahsilini üstlenemezler şeklindeki emredici düzenlemesi gereği keşideci, almak için anlaştığı; ancak alamadığı bir mala karşılık verdiği ve faktoring şirketlerinin de fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilemeyen alacak niteliğinde olan çeklerin içerdiği bedeli temellük edemeyeceğini ileri sürebilecektir.

Nitekim Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2003/11608 K. 2004/8248 T. 09.07.2004 sayılı kararında “21.12.1994 tarih 22148 Sayılı

Yönetmeliğin 23. maddesinin ikinci fıkrası 01.01.2008 tarihinde, diğer hükümleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliğin 32. maddesi ile; 28.04.1992 tarihli ve 21212 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “Finansal Kiralama Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik”, 08.07.1992 tarihli ve 21278 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “Finansal Kiralama İşlemlerinde Süre ve Sınırın Tespitine Dair Yönetmelik”, 21.12.1994 tarihli ve 22148 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “Faktoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik” ve 26.07.1994 tarihli ve 22002 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik” yürürlükten kaldırılmış; tüm bu konular tek bir yönetmelikte düzenlenmiş ve bu yönetmelik de 26.06.2009 gün ve 27270 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik “ ile değişikliğe uğramıştır.

Factoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiyeye Karşı
Şahsi Def'ilerin İleri Sürülmesi

Resmi Gazete'de yayımlanan Factoring Şirketlerinin kuruluş ve çalışma esasları hakkındaki yönetmeliğin 1. maddesinde factoring işlemlerine esas alınacak temlik konusu alacakların “faturaya veya mal veya hizmet satışından doğmuş olduğunu tevsik eden diğer belgelere dayalı bulunması” 8. maddenin (d) bendinde ise “kambiyo senetlerine dayalı olsa bile fatura veya alacağın bir mal veya hizmet satışından doğmuş olduğunu tevsik eden benzeri belgelerle ilişkilendirilmeyen alacakları satın alamayacakları” ifade edilmiştir. Buna göre davalılar arasındaki ilişki temlik ilişkisi olduğundan borçlu davacı temlik edene karşı haiz olduğu bütün def'i ve itirazları temellük edene (factoring şirketine) karşı ileri sürme imkânına sahiptir (BK 167/1)” yönünde hüküm kurmuş ve yine E. 2010/14085 K. 2011/7715 T. 9.6.2011 sayılı kararında da “Davalı U... Makina San. A.Ş. vekili, davaya cevap vermemiş, diğer davalı E... Factoring A.Ş. vekili, müvekkilinin çekleri factoring yönetmeliğine uygun olarak faturalarla birlikte aldığını, iyiniyetli hamil olduğunu, şahsi def'ilerin müvekkiline karşı ileri sürülemeyeceğini bildirerek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davacının davalı U... Makina San. A.Ş.'den alacağı mallara karşılık davaya konu çekleri verdiği halde davalı mal teslim etmediğinden çeklerin bedelsiz kalıp, davacının borcu bulunmadığı, çeklerin diğer davalı factoring şirketine U... Makina San. A.Ş. cirosu ile geçtiği, çek ile birlikte davacı adına düzenlenmiş iki adet faturanın da temlik alındığı, bu suretle factoring yönetmeliğine uygun hareket edildiği ve iyiniyetli yetkili hamil olduğundan şahsi def'ilerin bu davalıya karşı ileri sürülemeyeceği gerekçeleriyle, davanın davalı U... Makina San. A.Ş. yönünden kabulüne, davaya konu çeklerden dolayı davacının davalı U... Makina San. A.Ş.'ye borçlu olmadığına tespitine, diğer davalı hakkında açılan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. 10.10.2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren “Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik”in 22/2. maddesi hükmü uyarınca, factoring şirketleri kambiyo senetlerine dayalı olsa bile bir mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilemeyen alacakları satın alamazlar veya tahsilini üstlenemezler. Factoring şirketleri belirtilen yönetmelik hükmü uyarınca alacağı temlik alabilirler. Bu durumda, davacı keşideci lehtara karşı da ileri sürebileceği şahsi def'ileri davalı factoring şirketlerine karşı da ileri sürebilir. Somut olayda, davacının çekler sebebiyle davalı U... Makina San. A.Ş.'ye borçlu olmadığı mahkemece saptandığına göre, U... Makina San. A.Ş.'nin davacıya keşide ettiği faturalar gerçek bir alacağı göstermediğinden davanın diğer davalı factoring şirketi yönünden de kabulü gerekirken,

aksi düşüncelerle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.” demek suretiyle bu görüşünü muhafaza etmiştir. Son olarak Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2014/16857 K. 2015/3068 T. 5.3.2015 sayılı kararında da “...Davacı vekili, davalının müvekkili aleyhine çeke dayalı takip başlattığını, takibe konu çekin de aralarında bulunduğu bir kısım çeklerin müvekkilince dava dışı E. Ö.'e müvekkiline teslimi taahhüt edilen zeytinler karşılığında verildiğini, ancak adı geçen kişi tarafından malların verilmediğini, davaya konu çekin de bedelsiz kaldığını belirterek müvekkilinin borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin her türlü araştırmayı yaparak temlik işlemini gerçekleştirdiğini, daha önce de yapılan temlik işlemi üzerine davacının çek bedelini ödediğini, müvekkilinin iyiniyetli hamil olup şahsi def'ilerin müvekkiline karşı ileri sürülemeyeceğini bildirerek davanın reddi ile E. Ö.'in davaya dâhil edilmesini istemiştir. Mahkemece, toplanan delillere göre, davaya konu çekin karşılığında davacıya verilmesi gereken malların teslim edilmediği, böylece çekin bedelsiz kaldığı, bedelsizlik def'inin çeki temlik alan davalı Ş... Faktoring Şirketi'ne karşı da ileri sürülebileceği gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına...” bedelsizlik def'inin çeki temlik alan faktoring şirketlerine karşı ileri sürülebileceği yönünde görüş bildirmiştir.

IV. SONUÇ

Factoring, vadeli satış yapan firmaların her türlü mal ve hizmet satışından doğan alacak haklarını factor adı verilen finansal kuruluşlara satmak suretiyle kısa vadeli kaynak sağladıkları bir finansman tekniğidir. Çeşitli fonksiyonları içeren komple bir finansman ve hukuki yöntem olan bu uygulamaya factoring işlemi, taraflar arasında uygulandığı sözleşmeye ise, factoring sözleşmesi adı verilir. Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hükümler 21.12.2012 tarihinde kabul edilen ve 12.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun'da her ne kadar bir kambiyo senedinin ciro yoluyla faktoring şirketine devri hâlinde, kambiyo senedinden dolayı kendisine başvuru olan kişi, düzenleyen veya önceki

Faktoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiyeye Karşı
Şahsi Def'ilerin İleri Sürülmesi

hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri faktoring şirketine karşı ileri süremeyeceği düzenlenmişse de, yine aynı kanundaki ve kanunla ilgili yönetmelikteki faktoring şirketleri kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilemeyen alacakları satın alamazlar veya tahsilini üstlenemezler şeklindeki emredici düzenlemesi gereği keşideci, almak için anlaştığı; ancak alamadığı bir mala karşılık verdiği ve faktoring şirketlerinin de fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilemeyen alacak niteliğinde olan çeklerin içerdiği bedeli temellük edemeyeceğini ileri sürebilecektir.

KAYNAKÇA

- AKDENİZ, Umut: Kambiyo Senetlerinde Def'iler, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2007.
- BUDAK, Levent / ÇELİK, Sengül: Emre Yazılı Senetlerde Def'iler, Adalet Dergisi, Sayı: 4, Ankara, 1988.
- CERRAHOĞLU, Fadlullah: Türk Ticaret Kanunu ve Yargıtay İçtihatlarına Göre Bonoda Mutlak Def'iler, Hüsnütabiat Matbaası, İstanbul, 1974.
- ÇEKER, Mustafa: Uluslararası Faktoring Sözleşmeleri ve Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi (BATİDER), 1994, Cilt: XVII, Sayı: 4.
- ÇUKADAR, Neslihan: Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2014.
- DEMİR, Remzi: Faktoring Sözleşmesi, E-Journal Of Yasar University, Cilt: 8, Özel Sayı, İzmir, 2013, s. 877-902.
- DOMANIÇ, Hayri: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları İstanbul, 1960.
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku - Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2016.
- EMEN, İsmail: Faktoring, Mali Dünyamızın Yeni Kavramları: Faktoring, Leasing, Forfaiting, Futures ve Options, İstanbul Mülkiyeliler Vakfı, İstanbul, 1992.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 19. Bası, İstanbul, 2015.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Medeni Hukukta İtiraz ve Defi, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Ankara, 1977.
- HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- İMREGÜN, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku – Genel Hükümler / Kambiyo Senetleri / Makbuz Senedi / Varant, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2007.

Factoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiyeye Karşı Şahsi Def'ilerin İleri Sürülmesi

İNAL, Zehra: Factoring Uygulamaları Ve İşletmelerin Finansal Yapılarına Etkisi, İnönü Üniversitesi İşletme Anabilim Dalı Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Malatya 2006.

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku III – Ticari Senetler, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1970.

KAYA, Özge: Factoring Sözleşmeleri, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_923, erişim tarihi 21.12.2016.

KAZMACI UZUN, Özge: Factoring Sözleşmesi, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2014.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

KOCAMAN, Arif B.: Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1992.

MARTINEK, Michael: Moderne Vertragstypen, Band I, Leasing und Factoring, Verlag C.H. Beck, München, 1991.

OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami: Medeni Hukuka Giriş, Kaynaklar – Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

OY, Osman / ALKIM, Seçkin / YAHYA, Süleyman: Factoring, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

ÖZAKMAN, Cumhuriyet: Factoring Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1989.

PULAŞLI, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Güncelleştirilmiş 41. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

SCHWARZ, Werner: Factoring, 4. Aufl., Deutsche Sparkassenverlag, Stuttgart, 2002.

SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Necat AZARKAN

ŞENER, Oruç Hami: Faktoring’de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

TEKİNALP, Ünal / POROY, Reha: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

TİRYAKİ, Betül: Faktoring İşlemi ve Faktoring İşleminin Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, İzmir, 2006, s. 189-214.

TOROSLU, M. Vefa: Hukuksal ve Finansal Açıdan Faktoring, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: I, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.

YARGITAY İÇTİHATLARINA GÖRE MURİS MUVAZAASINDA MİRAS BIRAKANIN ASIL İRDESİNİN TAYİNİ

Zeynep Uyar HATİPOĞLU*

ÖZ

Yerleşik Yargıtay İçtihatlarında muris muvazaası nitelendirmesi yapabilmek için miras bırakanın asıl iradesinin ne olduğunun iyice araştırılması gerektiği vurgulanmaktadır. Çünkü, yüksek mahkeme, muris muvazaasının varlığını miras bırakanın yapılan muvazaalı işlemde “mirasçıdan mal kaçırma kastı”nın bulunup bulunmadığına bağlamaktadır. Yargıtay, miras bırakanın gerçek iradesinin ne olduğunun tespitini yaparken ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimler, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olguları esas almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Muvazaa, muris muvazaası, mirasçıdan mal kaçırma kastı, miras bırakanın asıl iradesi, paylaşırma kuralı.

* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: zeynepuozbek@yahoo.com.
Makalenin Gönderim Tarihi : 14.04.2017.
Makalenin Kabul Tarihi : 09.05.2017.

DESIGNATION OF THE ACTUAL WILL OF THE LEGATORIN DECEASED COLLUSION IN ACCORDANCE WITH SUPREME COURT CASE LAW

ABSTRACT

It was emphasized that the actual will of the legator shall be investigated deeply in order to specify deceased collusion in accordance with the established Supreme Court Case Law, because the supreme court relates the existence of deceased collusion with the legator's "intention of property abduction from the inheritor" in the collusion. When detecting the actual will of the legator The Supreme Court considers the facts as traditions of the country and region, inclinations of the society, usual flow of events, whether the legator has valid and reasonable cause to conclude a contract, whether the defendant has purchasing power, the price gap between the sales price and the actual value on the contract date and human relations between the parties and the legator.

Key Words: Collusion, deceased collusion, intention of property abduction from the inheritor, actual will of the legator, scheme of inheritance.

I. GİRİŞ

Miras bırakanların çeşitli nedenlerle mirasçılarında mal kaçırmaları söz konusu olabilmektedir. Bu mal kaçırma, miras bırakan ve sözleşmenin karşı tarafının görünürde bir sözleşme yapması ancak bu sözleşmenin arkasına asıl niyetlerini içeren başka bir sözleşmeyi gizlemesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Muris muvazaası olarak adlandırılan bu durum kanunlarımızda yer almamakla birlikte uygulamada sıkça rastlanan bir olgudur. Muris muvazaası terimi, Yargıtay içtihatlarıyla hukuk sistemimize girmiştir. Kişiler, ülke ve yörenin gelenek ve göreneklerinin, toplumsal eğilimlerin etkisi ile muvazaalı sözleşmeler yapmışlar veya yapmak zorunda kalmışlardır.

Muris muvazaası, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 01.04.1974 tarihinde verdiği 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla hukukumuzda girmiştir. 74 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararındaki esaslar yine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 22.05.1987 tarihinde verdiği 4/5 sayılı kararıyla (usuli düzenlemeye ilişkin eklemeler hariç) teyit edilmiştir. 16.03.1990 tarihli 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında da içtihat değişikliğine yer

olmadığı yönünde karar verilmiş ve “muris muvazaası” kavramı kurumsallaşmıştır.¹

Miras bırakanı muvazaalı işlem yapmaya iten nedenler şunlardır: Miras bırakanın yaşlılığında ve ölümünden çok kısa süre önce tasarrufta bulunması, erkek çocukların kız çocuklardan üstün tutulması, ikinci ya da son eş faktörü, zayıf durumda bulunan mirasçının güçlendirilmesi, psikolojik nedenler. Muris muvazaasında miras bırakanın amacı mirasçılarını miras hakkından yoksun bırakmaktır.

Birçok Yargıtay içtihadında vurgulandığı üzere; toplumun bazı kesimlerinde erkek evladın kız evlattan üstün tutulması, miras bırakan birkaç kez evlenmiş ise son eşin baskısı, miras bırakanın zayıf durumda olan mirasçısını koruma isteği, yaşlı kişilerin yakınlarındaki mirasçılarının baskısı gibi nedenlerden dolayı miras bırakan kişiler muvazaalı sözleşme yapma yoluna gitmektedir.

Miras bırakan ölümüne yakın zamanda mallarının bir kısmını veya tamamını mirasçılardan birine veya birkaçına bağışlamakta ancak bu bağışı mirasçılardan bir veya birkaçıyla yaptığı satış sözleşmesinin arkasına gizlemektedir. Burada miras bırakanın amacı mirasçılarını miras hakkından kısmen veya tamamen yoksun bırakmaktır.²

Çalışmada genel olarak muvazaayı inceledikten sonra “muris muvazaası” ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Muris muvazaasının hukuk sistemimizdeki yeri üzerinde durduktan sonra muris muvazaasının oluşumunda miras bırakanın asıl iradesinin saptanmasının önemine değinilecektir. Çalışmamda teorik bilgilerin yanında ağırlıklı olarak Yargıtayın son yıllarda konuyla ilgili verdiği kararlara yer vereceğim.

II. MUVAZAA

Muvazaa, tarafların anlaşmak suretiyle iradelerinde bilerek ve isteyerek meydana getirdikleri bir uygunsuzluk halidir.³ Muvazaada tarafların esas amaç ve niyetleri, görünürdeki sözleşmenin hukuki

¹ Kayhan, Fahrettin: Ankara Barosu Dergisi, 2000-3, s. 178.

² Günay, Erhan: Mirastan Mal Kaçırma, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 14.

³ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 345.

sonuçlarını doğurmaması ve bu yolla üçüncü kişilerin aldatılmasıdır. Taraflar gerçek iradelerine uymayan görünürdeki bir sözleşme için anlaşmakta ve böylece her iki taraf da beyan ve iradeleri arasındaki uygunsuzluğun bilinci içinde bulunmaktadır.⁴

Muvazaa, iki şekilde gerçekleşebilir. Birinci çeşit muvazaa, tarafların gerçekte herhangi bir işlem yapmayı düşünmedikleri halde, sırf üçüncü kişilere karşı onları aldatmak amacıyla görünürde bir işlem yapmaları şeklinde karşımıza çıkan “mutlak muvazaa”dır.⁵ İkinci çeşit muvazaa, tarafların aralarında kurdukları bir sözleşmeyi kendi iradelerine uymayan ve dışa karşı yaptıkları başka bir işlem ile gizlemeleri şeklinde karşımıza çıkan “nispi muvazaa”dır.⁶ Nispi muvazaa yerine doktrinde “nitelikli, vasıflı, mevsuf muvazaa” terimleri de kullanılmaktadır.⁷

Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak kastıyla, yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmayacağı veya görünürdeki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğuracağı hususunda anlaşmalarıdır.⁸ Muvazaa varsa görünürdeki işlem muvazaa nedeniyle geçersiz olur. Muvazaalı sözleşmenin arkasına gizlenen sözleşmenin akıbeti için ise, o sözleşme için kanun bir geçerlilik şekli arıyorsa bu şekil şartının yerine getirilip getirilmediğine bakılarak karar verilir. Eğer gizli sözleşme için aranan şekil şartına uyulmuşsa gizli sözleşme geçerli olur. Ancak gizli sözleşme için kanunun aradığı şekil şartı yerine getirilmemişse gizli sözleşme de geçersiz olur.⁹

Muvazaalı olarak yapılan görünürdeki sözleşmenin akıbetinin ne olacağı konusunda Türk Borçlar Kanununda (TBK) açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, TBK m. 19 irade teorisini kabul etmiştir. Bu teoriye göre, muvazaalı sözleşmenin taraflarının iradesinin de muvazaalı işlemin meydana gelmemesi, yani hüküm ve sonuç doğurmaması olduğu

⁴ Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Legal Yayıncılık, Eylül 2016, s. 279; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 365.

⁵ Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Beta Yayıncılık, Eylül 2016, s. 55; Eren, s. 369.

⁶ Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Beta Yayıncılık, Eylül 2014, s. 103; Eren, s. 369; Akıntürk / Ateş Karaman, s. 55.

⁷ Antalya, Borçlar, s. 282.

⁸ Antalya, Borçlar, s. 280; Eren, s. 366.

⁹ Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 91.

bir gerçektir. Bunun sonucu olarak görünürdeki sözleşme geçersizdir.¹⁰ Geçersizliğin türü ise, kesin hükümsüzlük'tür. Buna göre; muvazaalı sözleşme baştan itibaren geçersiz olup, ileri sürülmesi için herhangi bir zaman aşımı süresi söz konusu değildir. Yani söz konusu geçersizlik her zaman ileri sürülebilir.¹¹ Muvazaalı sözleşme geçersiz olduğundan taraflar için herhangi bir alacak veya borç doğmaz. Muvazaalı sözleşmenin geçersizliği taraflardan biri veya onların külli halefleri tarafından her zaman ileri sürülebilir. Taraflar muvazaa nedeniyle geçersizliği ileri sürmeseler dahi hakim, sözleşmenin muvazaalı olduğunu resen nazara alabilir. Muvazaa nedeniyle geçersiz olan bir sözleşme, belli bir zaman geçmesiyle veya tarafların bu sözleşmeye icazet vermesiyle geçerli hale gelmez.¹²

Muvazaalı sözleşmenin arkasına saklanan gizli sözleşme ise tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için, kanunun öngördüğü geçerlilik unsurlarını taşıyorsa, muteberdir. Yani gizli sözleşme geçerlilik şekline tabi tutulan tipte bir sözleşmeye ilişkin ise, sözü edilen şekil şartı gerçekleşmiş olmadıkça gizli sözleşme geçerli olmaz.¹³ Gizli sözleşme aynı zamanda hukuka ve ahlaka aykırı olmamalı ve konusu da imkansız olmamalıdır.¹⁴ Ayrıca gizli işlemin yanı sıra, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma gibi sebeplerden biriyle sakatlanmamış olması da gerekir. Gizli işlemin salt muvazaalı işlemle birlikte yapılmış olması onun da geçersiz olması sonucunu doğurmaz.¹⁵

¹⁰ Antalya, Borçlar, s. 285; Eren, s. 372; Nomer, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Beta Yayıncılık, 2015, s. 74; Hatemi / Gökyayla, s. 84; Akıntürk / Ateş Karaman, s. 56.

¹¹ Reisoğlu, s. 104; Hatemi / Gökyayla, s. 84; Antalya, Borçlar, s. 285. Doktrinde, görünürdeki işlem açısından geçersizliğin türünün kesin hükümsüzlük olmadığını, muvazaalı işlemde ciddi beyan iradesi olmadığı için hukuken yok hükmünde olduğunu savunan yazarlar vardır. Bu yazarlara göre; taraflar beyan iradesinin yokluğu hususunda anlaşmakta bunun sonucu olarak da sözleşmenin kurulmadığını kabul etmek gerektiğine vurgu yapmaktadırlar. Bkz. Eren, s. 372-373; Kocayusufpaşaoğlu, s. 354.

¹² Esener, Turhan: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956, s. 54-55.

¹³ Hatemi / Gökyayla, s. 85; Akıntürk / Ateş Karaman, s. 56; Reisoğlu, s. 106.

¹⁴ Antalya, Borçlar, s. 287-288; Esener, s. 61.

¹⁵ Eren, s. 377; Nomer, s. 74.

III. MURİS MUVAZAASI

Muris muvazaası, miras bırakan ile lehine tasarrufta bulunulan karşı tarafın, mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla aralarında yaptıkları gizli anlaşmaya dayanan (bağış sözleşmesi genellikle görünüşteki satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle gizlenmektedir) muvazaa türüdür.¹⁶ Muris muvazaası niteliği itibariyle bir nispi muvazaadır. Muris muvazaası, TBK m. 19'da düzenlenen nispi muvazaanın özel bir uygulaması olarak gelişmiş, miras hukukuna özgü bir muvazaadır.¹⁷ Muris muvazaasında miras bırakan mirasçılarını aldatma kastındadır.¹⁸

Muris muvazaasında miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için asıl amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.¹⁹ Öğretide muris muvazaası için

¹⁶ Özmen, İhsan / Özkaya, Eraslan: Muvazaa Davaları, 1993, s. 165; Ruhi, Canan / Ruhi, Ahmet Cemal: Muris Muvazaası, Seçkin Yayınları, 2016, s. 197. Yargıtay da vermiş olduğu birçok kararda muris muvazaasının tanımını aynı şekilde yapmaktadır: “*Bilindiği üzere, uygulamada ve öğretide ‘muris muvazaas’ olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (mevsufvasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.*” Bkz. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/12077 Karar: 2016/7264, Karar Tarihi: 14.06.2016; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/18041, Karar: 2016/7139, Karar Tarihi: 13.06.2016; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/13646, Karar: 2016/7049, Karar Tarihi: 09.06.2016; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/16581, Karar: 2016/7037, Karar Tarihi: 09.06.2016; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2016/7011, Karar: 2016/6974, Karar Tarihi: 08.06.2016; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/10447, Karar: 2016/6960, Karar Tarihi: 07.06.2016; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2016/3940, Karar: 2016/6926, Karar Tarihi: 07.06.2016.

¹⁷ Antalya, Gökhan / Sağlam, İpek: Miras Hukuku, Legal Yayıncılık, Eylül 2015, s. 309.

¹⁸ Antalya / Sağlam, s. 310.

¹⁹ Günay, s. 13.

yapılan başka bir tanım ise şu şekildedir: “Miras bırakanın saklı paylı mirasçıları olan kızlarından mal kaçırmak için tarlasını askerden yeni gelmiş oğluna bağışladığı halde, tapuda sanki ona satmış gibi işlem yapması ‘muris muvazaası’dır.”²⁰

Muris muvazaasına ilişkin ilk Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 01.04.1974 tarihli 1/2 sayılı karardır. Söz konusu kararda; “bir kimsenin mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmaz hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmesi halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın, miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar görünürdeki satış sözleşmesinin danışıklı (muvazaalı) olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de biçim koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilirler.”²¹ demek suretiyle muris muvazaasının varlığı kabul edilmiştir.

A. 01.04.1974 tarihli 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (YİBK)

“... Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu arasındaki görüş ayrılığı, bir kimsenin mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla; tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malını, gerçekte bağışlamak istediği halde, Tapu Sicil Memuru önünde iradesini satış biçiminde açıkladığının gerçekleşmiş olması durumunda, saklı pay sahibi olan mirasçıların, tenkis ya da mirasta iade davası açmak haklarını kullanmayıp Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaa nedeniyle tapu kaydının iptalini isteyebilip isteyemeyecekleri ve saklı pay sahibi olmayan mirasçıların da aynı davayı açmak yetkisine sahip olup olmadıkları ... konusundadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararlarında; mirasçiyi miras hakkından yoksun etmek amacıyla miras bırakanın muvazaalı olarak yapmış olduğu tasarruf işlemlerinin iptalini dava etmek hakkı, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın tüm mirasçılara tanınmış ve tenkis ve mirasta iade ile ilgili hükümleri aslında geçerli tasarruflar için uygulanabileceği açıklanmıştır. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi kararlarında ise böyle bir dava hakkı tanınmamış; sadece saklı pay sahiplerinin Medeni Kanunun 507. maddesinin 4. fıkrası gereğince tenkis davası açabilecekleri ve miras

²⁰ Akıntürk / Ateş Karaman, s. 55.

²¹ www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T: 08.03.2017).

bırakanın bu davranışının Medeni Kanununun 603. maddesinin 2. fıkrası gereğince o taşınmazı iade etmekten ayırık tuttuğu anlamına geldiği kabul edilmiştir. İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda konu, sadece sevk edildiği olayla sınırlı olarak ele alınmıştır. Daha açık bir deyimle; tasarruf işleminin tapu sicilinden kayıtlı olan, taşınmaz malın, görünüşte satış ve gerçekte ise hibe biçiminde oluştuğu olayıyla sınırlandırılmıştır.

...

Muvazaa nedeniyle satış sözleşmesi geçersiz sayılsa bile gizli hibe akdi geçerli olacağından mirasçının Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayanarak açacağı davada yarar bulunmadığı ve bu nedenle bir sonuç doğurmayacağı düşüncesini de kabul etmek olanaksızdır. Gerçekten böyle bir davayı açacak kimsenin, davada yararının bulunması zorunludur. Ve ilke olarak da gizli akit geçerlidir. Ancak gizli akdin geçerli sayılabilmesi için tüm koşulların oluşmuş olması zorunludur. İçtihadı Birleştirmeye konu, tapuda kayıtlı bir taşınmaz malın muvazaalı olarak satışındadır. Böyle bir durumda gizli akdin geçerli sayılabilmesi için gizli akit, biçim koşuluna (şekil şartına) bağlı ise biçim koşulunun da gerçekleşmiş olmasında zorunluluk vardır. Aksi durumda hibe sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Çünkü Tapu Memuru önünde açıklanan irade, bir ivaz karşılığı mülkiyetin aktarılması iradesidir ki, sadece bu iradeye resmîyet verilmiştir. Satışa ilişkin resmi işlemin gizli akdi de içine alacağı kabul edilemez.

...

Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında Tapu Sicil Memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklanmış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medeni Kanunun 507. ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayacağına Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1.4.1974 günlü ikinci toplantısında oyçokluğuyla karar verildi.”²²

²² www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 08.03.2017).

Bu karardaki önemli noktaları şu şekilde tespit edebiliriz:

1. Muris muvazaasından söz edebilmemiz için öncelikle üzerinde işlem yapılan malvarlığı değeri tapuya kayıtlı bir taşınmaz olmalıdır.
2. Miras bırakanın amacı mirasçısından mal kaçırmak olmalıdır.
3. Saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçılar (muvazaalı işlemin yapılmasından sonra mirasçılık sıfatını kazananlar da dahil) davacı sıfatına sahiptirler.
4. Dava tapu sicilinin düzeltilmesi davasıdır. (Yargıtay 22.05.1987 tarihli 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında 74 tarihli karar aynen benimsenmiş, buna ek olarak mirasçıların muvazaa nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası yanında kademeli olarak tenkis davası da açabileceklerine hükmedilmiştir.)²³
5. Zamanaşımı süresi söz konusu değildir.

Muris muvazaasından söz edebilmemiz için, 74 tarihli YİBK da vurgulandığı üzere, devredilen taşınmazın mutlaka tapuya kayıtlı bir taşınmaz olması gerekir. Tapusuz taşınmazların zilyetliği devredilerek yapılan satışa karşı muvazaa yoluyla iptal istenemez. Tapusuz taşınmazlar hukuken taşınır mal niteliğindedir ve bu nedenle satış sözleşmesinin bağışlama arkasına gizlenmesi halinde hakkın devrine ilişkin sözleşme hiçbir şekil şartına bağlı olmadığından geçerlidir.²⁴ Taşınır malların satış şeklinde gösterilen muvazaalı bir sözleşme ile mirastan mal kaçırmak kastıyla da olsa bağışlanması hukuken geçerlidir.

²³ Yargıtay 22.05.1987 tarihli 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında "... miras bırakanın yaptığı temlik tasarruflardan zarar gören mirasçıların tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile Borçlar Kanununun 18. maddesine dayalı muvazaa nedeniyle iptal-tescil davası açabileceklerinin kabulü ile içtihat aykırılığının bu suretle giderilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Miras bırakanın yaptığı temlik tasarruflardan zarar gören mirasçıların tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile Borçlar Kanununun 18. maddesine, dayalı muvazaa nedeniyle iptal-tescil davası da açabileceklerine karar verilmiştir." ifadelerine yer verilmiştir.

²⁴ Günay, s. 14.

Çünkü taşınır malların satışı ve zilyetliğinin devri konusunda yasada bir geçerlilik şekli öngörülmemiştir.²⁵

Yargıtayın yerleşmiş içtihatlarına göre de, tapusuz taşınmazlardaki zilyetliğin devrinden ibaret olan sözleşmeler hiçbir şekil şartına bağlı olmadığından geçerlidir ve bu tür sözleşmeler hakkında 01/04/1974 tarih, 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama olanağı yoktur. Yani tapusuz taşınmazların devrine ilişkin muvazaa nedeniyle iptal davası açılmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2/476-1 sayılı, 11.06.1976 tarihli kararında: “*Taşınır malların satış şeklinde gösterilen muvazaalı bir sözleşme ile mirastan mal kaçırma kastıyla da olsa bağışlanması hukuken geçerlidir. Çünkü taşınır malların satışı ve zilyetliğin devri konusunda yasada bir geçerlilik şekli öngörülmemiştir. Mirasçı olan davacıların ancak tenkis hükümlerine dayanarak davalının dayandığı satış sözleşmesindeki tasarrufun tenkisini dava hakları vardır.*” diyerek bu durumu vurgulamıştır. Yargıtay konuya ilişkin birçok içtihadında da aynı yönde şu şekilde karar vermiştir: “*Butlan sonucunu doğurarak, murisin temliki tasarruflarının iptaline imkan tanıyan içtihat kararının uygulanabilmesi için, temliki tasarrufa konu yapılan taşınmazın murisin tapulu malı olması, gerçekte bağışlamak istediği bu malı ile ilgili olarak tapu memuru huzurunda iradesini satış doğrultusunda açıklaması ya da eşdeğer sonuç doğuran Kadastro Kanununun 12/B-a maddesi uyarınca kadastro teknisyeni huzurunda bu doğrultuda beyanda bulunması gerekir. Tapusuz taşınmazlardaki zilyetliğin devrinden ibaret olan sözleşmeler hiçbir şekil şartına bağlı olmadığından geçerlidir ve bu tür sözleşmeler hakkında 01/04/1974 tarih, 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama olanağı yoktur.*”²⁶

Ancak Yargıtayın bu uygulaması eleştirilebilir. Şöyle ki; muris muvazaasına konu olan mal ister tapuya kayıtlı bir taşınmaz, ister tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaz, ister taşınır bir mal olsun hepsinde miras bırakanın iradesi aynıdır ve amaç mirasçılardan mal kaçırmaktır. Bu

²⁵ Günay, s. 15.

²⁶ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2015/338, Karar: 2015/2240, Karar Tarihi: 17.02.2015 sayılı ilamı; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2013/21969, Karar: 2014/11345, Karar Tarihi: 09.06.2014 sayılı ilamı; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2013/16686, Karar: 2014/1897, Karar Tarihi: 11.02.2014 sayılı ilamı; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2012/14054, Karar: 2012/12038, Karar Tarihi: 31.10.2012 sayılı ilamı; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2011/144, Karar: 2011/5255, Karar Tarihi: 03.05.2011 sayılı ilamı. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 01.04.2017).

noktada muvazaalı olarak devredilen bir taşınır mal veya tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaz malın iptal davası sonucu terekeye geri dönmesine veya tenkis davası sonucu saklı paylara kavuşulmasına olanak tanımayıp sadece tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından bu imkanları benimsemek adalet duygusunu incitecek niteliktedir.

Muvazaalı devir, mirasçılar dışındaki kişilere de yapılmış olabilir. Mesela, miras bırakan mirasçılarında birine devredilmek üzere taşınmaz malını önce üçüncü kişiye satar ondan da miras bırakanın arzu ettiği mirasçısı devralırsa burada yine muris muvazaası vardır diyebiliriz.²⁷ Miras bırakan yine mirasçılarında mal kaçırma kastındadır ve bu amaca ulaşmak için aracı malik kullanmaktadır.

B. Muris Muvazaasının Unsurları

1. Görünürdeki İşlem

Görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olarak yapmak istedikleri işlem değildir. Yani bu işlem tarafların aralarında yaptıkları anlaşma uyarınca hüküm ve sonuç doğurmayacak olan sözleşmedir. Sözleşmelerin geçerli olabilmesi için tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Oysa muris muvazaasında miras bırakan ve sözleşmenin karşı tarafının iradesi muvazaalı işlemin meydana gelmemesi konusunda birbirine uygundur.²⁸ Bu nedenle görünürdeki işlem geçersizdir.²⁹

Görünürdeki işlemin muvazaası nedeniyle geçersizliğini taraflar veya hukuki yararı olan üçüncü kişiler ileri sürebilirler. Hakim de önüne gelen bir davada işlem muvazaalıysa bunu re'sen nazara alabilir.³⁰

2. Gizli İşlem

Miras bırakan ve sözleşmenin karşı tarafının görünürdeki sözleşmenin arkasına saklayarak, kendi aralarında yaptıkları ve hüküm ve sonuç doğurmasını istedikleri sözleşmedir. Burada görünürdeki sözleşmenin aksine tarafların irade ve beyanları arasında uygunluk söz

²⁷ Ayan, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 208.

²⁸ Eren, s. 372.

²⁹ Kocayusufoğlu, s. 355; Serozan, Rona / Engin, Baki İlkey: Miras Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 234.

³⁰ Reisoğlu, s. 104.

konudur. TBK m. 19 irade teorisini esas aldığından, miras bırakan ve sözleşmenin karşı tarafı arasında yapılan bu gizli işlem tarafların gerçek iradelerine uygun olmasından dolayı geçerlidir.³¹ Yeter ki kanunen aranan şekil şartlarına haiz olsun.³²

Miras bırakanın muvazaalı işlemi bir örnekle açıklayacak olursak; saklı paylı mirasçısından mal kaçırmak için üçüncü kişiye bir taşınmazını devretmek isteyen miras bırakan, ileride saklı paylı mirasçısının açacağı tenkis davasından kurtulmak için, bağışlama sözleşmesini satış sözleşmesi arkasına gizlemektedir. Burada görünürdeki işlem olan satış sözleşmesi, tarafların gerçek iradelerine uymadığı yani muvazaalı olduğu için kesin geçersizdir. Bununla beraber gizli işlem olan bağışlama sözleşmesi de gerekli şekil şartlarına uyulmadığı için kesin geçersizdir. Çünkü taraflar satış sözleşmesinde, bir ivaz karşılığında iradelerini açıklamaktadırlar. Oysa bağışlama sözleşmesinde ivaz olmaması hukuki işlemin esas unsurudur.³³

Sonuç olarak, görünürdeki işlem olan satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizli işlem olan bağışlama sözleşmesi de kanunda öngörülen şekil şartına uyulmadığı için geçersizdir.³⁴

3. Muvazaa Anlaşması

Muvazaa anlaşması, miras bırakan ile sözleşmenin karşı tarafının muvazaalı işlemi mirasçıları aldatmak amacıyla yaptıkları ve kendi aralarında bu sözleşmenin hüküm ifade etmeyeceği konusunda vardıkları anlaşmadır.³⁵

Muvazaa anlaşmasında tarafların muvazaayı kararlaştırması zorunludur. Bu anlaşma sözleşmeyi yapan taraflar arasında, onların istekleriyle gerçekleşir.³⁶

Muris muvazaasında taraflar arasında yapılan anlaşma herhangi bir şekle tabi değildir. Yazılı yapılabileceği gibi sözlü de yapılabilir.

³¹ Dural, Mustafa / Öz, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 262.

³² Antalya, Borçlar, s. 279.

³³ Eren, s. 378.

³⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 382; İmre, Zahit / Erman, Hasan: Miras Hukuku, 12. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 278.

³⁵ Nomer, s. 73.

³⁶ Antalya, Borçlar, s. 281.

Görünürdeki işlemin şekle tabi bir işlem olsa da, muvazaa sözleşmesinin, o şekle uygun olarak yapılmasına zorunluluğu yoktur.

Muvazaa anlaşması, görünürdeki işlem ile aynı anda yapılabileceği gibi, ondan önce de yapılabilir. Ama en geç görünürdeki işlemle birlikte yapılmalıdır, görünürdeki işlemden sonra yapılamaz.

Muvazaada, tarafların muvazaa hususunda anlaşmalarını zorunludur. Bu muvazaa anlaşması bazen gizli sözleşme içinde yapılmış gibi görünse de, yine de muvazaa anlaşması, gizli muameleden bağımsızdır.

Muvazaa anlaşmasında taraflar, ya görünüşteki sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının kendi aralarında uygulanmayacağı hususunda anlaşılır veya görünüşteki sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının kendi aralarında uygulanmayacağı buna ek olarak gizli sözleşme hükümlerinin kendi aralarında hüküm ve sonuçlarını doğuracağı hususunda anlaşılır.³⁷

4. Mirasçılarını Aldatma Kastı

Muris muvazaasının oluşabilmesi için, miras bırakan ve sözleşmenin karşı tarafı sözleşmenin gerçek niteliğini mirasçılardan gizleyerek onları aldatma kastı içinde olmalıdır.

Yargıtayın yerleşik içtihatlarına göre muris muvazaasının oluşması için mutlaka miras bırakan muvazaalı işlemi yaparken mirasçılarını aldatma kastı içinde bulunmalı ve muvazaalı işlemi yapmadaki amacı mirasçılardan mal kaçırmak olmalıdır. Eğer miras bırakanın mirasçılarını aldatma kastı ispat edilemezse Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 74 tarihli kararının uygulama olanağının bulunmadığı ilgili daireler tarafından verilmiş birçok kararda tekrarlanmıştır.

Muvazaaya dayalı sözleşmenin yapıldığı sırada, miras bırakanın mal kaçırmak istediği mirasçısının veya mirasçılarının bulunması, aldatma kastının gerçekleşmesi için yeterlidir. Muvazaalı işlemin yapıldığı tarihte miras bırakanın mirasçısının olmadığı halde, miras bırakanın öldüğü tarihte mirasçısı olursa, mirasçının yapılan muvazaalı işleme karşı muvazaanın tespiti açısından dava açmakta hukuki yararının ve hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.³⁸

³⁷ Antalya, Borçlar s. 281.

³⁸ Özmen / Özkaya, s. 167.

Mirastan mal kaçırma kastı olmakla birlikte doğrudan bir taşınmazın devri yerine murisin lehine kazandırmada bulunmak istediği kimsenin üçüncü kişiden satın aldığı taşınmazın bedelini ödemesi durumunda muvazaa söz konusu olmaz, fakat yapılan bu bağışlama için saklı paylı mirasçılar tenkis hükümlerine başvurabilir.³⁹

C. Muris Muvazaasında “Miras Bırakanın Asıl İradesi”nin Tayini

Yerleşik Yargıtay İçtihatlarında muris muvazaası nitelendirmesi yapabilmek için miras bırakanın asıl iradesinin ne olduğunun iyice araştırılması gerektiği vurgulanmaktadır. Çünkü, yüksek mahkeme, daha önce de belirtildiği gibi, muris muvazaasının unsurlarını görünürdeki işlem, gizli işlem ve mirasçılardan mal kaçırma kastı olmak üzere üç başlıkta toplamaktadır. Tapulu bir taşınmaz mal gerçekte bağışlanmasına rağmen tapuda satış gibi gösterilerek devredilmişse, Borçlar Hukuku anlamında muvazaa vardır; ancak muris muvazaasından söz edebilmemiz için bu devrin yapılma amacının mirasçılardan mal kaçırmak olması gerekmektedir. Bu bakımdan miras bırakanın yaptığı muvazaalı işlemdeki asıl iradesinin tespiti hukuki nitelendirme yapabilmek için oldukça önemlidir.

Yargıtay, miras bırakanın gerçek iradesinin ne olduğu tespitini yaparken esas alınması gereken olguları şu şekilde sıralamaktadır:⁴⁰

³⁹ Nomer, s. 76.

⁴⁰ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2014/14061, K. 2016/9522, T. 18.10.2016 tarihli kararı: “her ne kadar akitte gösterilen bedel akit tarihindeki gerçek bedelden düşük ise de, salt bedeller arasındaki oransızlığın tek başına muvazaanın delili olamayacağı açıktır.” Yargıtay 1. Hukuk Dairesi E. 2014/13254, K. 2016/9518, 18.10.2016 tarihli kararı: “miras bırakanın ölümü ile geriye 3 farklı bağımsız bölüm ile bir miktar paranın kaldığı, bunlarında 17.09.2009 tarihli miras taksim sözleşmesi ile taraflar arasında paylaşıldığı, öte yandan tanık anlatımlarına göre murisin bakımı ile davalı ve eşinin ilgilendiği, hastalığı ve ameliyatı sebebi ile birçok masraf yapıldığı, bütün masraflara davalın ve ailesinin katlandığı anlaşılmaktadır. bu tür uyumsuzlukların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu

- Ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri,
- Toplumsal eğilimleri,
- Olayların olağan akışı,
- Miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı,
- Davalı yanın alış gücünün olup olmadığı
- Satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark,⁴¹

yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alım gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır. Öte yandan; satışa konu edilen bir malın devrinin belirli bir semen karşılığında olacağı kuşkusuzdur. Semen bir başka ifade ile malın bedelinin ise mutlaka para olması şart olmayıp belirli bir hizmet veya bir emekte olabileceği kabul edilmelidir. Esasen yukarıda da değinildiği üzere muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan davaların hukuki dayanağını teşkil eden 01/04/1974 tarih ve ½ sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında miras bırakanın gerçek iradesinin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı olması halinde uygulanabilirliğinin kabulü gerekir. Başka taşınmazları ve bir miktar parası olan miras bırakanın ölümünden sonra miras taksim sözleşmesi ile taşınır-taşınmaz malların paylaşıldığı, dava konusu taşınmazın temlikinde ise miras bırakanın gerçek irade ve amacının diğer mirasçılardan mal kaçırma olmadığı, davalının kendisi ve eşi ile ilgilenmesi, maddi ve manevi destekte bulunmasından duyduğu minnet sonucu devri yaptığının kabulü gerekir.” www.kazanci.com (E.T: 01.04.2017).

⁴¹ Bir satışta satış bedeliyle malın gerçek bedeli arasındaki aşırı fark muvazaaya karine sayılır; ancak diğer deliller bunun aksini gösteriyorsa salt bedel farkı miras bırakanın mal kaçırma kastının olduğunu göstermez. Oğuzman, Kemal: Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 275.

Miras bırakanın malını az bir bedelle devretme işlemi bedelde muvazaa ile karıştırmamak gerekir. Burada miras bırakan mirasçıdan mal kaçırmak amacıyla hareket ettiğinden, malın gerçek değeri ile satış değeri arasındaki fark nispetinde bağış yaptığı kabul edilir. Miras bırakan aldığı bedeli sözleşmeye aynen yansıtır. Oysa bedelde muvazaada, taraflar sözleşme bedelini gizlemektedirler. Taraflar, sözleşmede aralarında

- Taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki.⁴²

1. Kadastro Tespiti Sırasında Miras Bırakanın İrade Beyanının Miris Muvazaası Açısından İncelenmesi

Miras bırakan mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla tapulu taşınmazının bulunduğu bölgede yapılan kadastro çalışmasından yararlanmak suretiyle taşınmazın tespitini temlik etmek istediği kişi üzerine yaptırarak o kişi adına tapu oluşmasını sağlarsa burada miris muvazaasından söz edilemez. Devir kanunen aranan şartları taşıyorsa açılacak dava yolsuz tescilin düzeltilmesi davası olacaktır.⁴³ Çünkü, miris muvazaasının unsurlarından görünürdeki işlem, gizli işlem ve muvazaa anlaşması mevcut değildir. Sadece miras bırakanın “mirasçıları aldatma kastı” söz konusudur. Bu da tek başına işlemin muvazaa nedeniyle geçersizliği sonucunu doğurmaz ve işlemin iptali istenemez.⁴⁴

Miras bırakanın taşınmazın tapulama tespiti sırasında verdiği muvafakate ilişkin yaptığı işlem şekil yönünden hukuka uygundur, burada muvazaadan söz edilemez.

Yargıtay vermiş olduğu birçok kararda kadastro tespiti sırasında miras bırakanın verdiği muvafakat açısından; 01.04.1974 tarih, 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanabilmesi için, temlik tasarrufa konu yapılan taşınmazın mirisin tapulu malı olması ve gerçekte bağışlamak istediği bu malı ile ilgili olarak tapu memuru huzurunda, iradesini satış doğrultusunda açıklaması gerektiğini vurgulamaktadır. Bununla beraber, kadastro tespitine konu taşınmazların mülkiyetinin üçüncü kişilere devrini sağlayacak bir sözleşme mevcut olmayıp, tescil isteği niteliğinde bulunan ve tapulama teknisyeni huzurunda tek taraflı olarak yapılan tescile muvafakat beyanının Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama alanında olmadığını belirtmektedir.⁴⁵

kararlaştırılan bedelden daha az veya daha fazla bir bedel göstermektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen / Özkaya, s. 191-192.

⁴² Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/13646 Karar: 2016/7049 Karar Tarihi: 09.06.2016. www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 01.04.2017).

⁴³ Özmen / Özkaya, s. 197

⁴⁴ Günay, s. 112.

⁴⁵ YHGK 2014/1-52 Esas, 2015/1524 Karar, 10.06.2015 tarihli kararı: “*Dava konusu taşınmazların davalılar adına tapu kayıtlarının oluşmasının dayanağının müşterek miras bırakanın tapulama sırasında tapulama teknisyeni huzurunda verdiği ve imzası tahtında tapulama tutanağına alınan*

2. Miras Bırakanın İradesinin Paylaştırma Kuralı Olarak Nitelendirilmesi

Miras bırakan, sağlığında hak dengesini gözeterek kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçıları kapsar nitelikte bir paylaşım yapmışsa; bu durumda artık miras bırakanın mirasçılardan mal kaçırma kastının olmadığı söylenebilir. Burada miras bırakanın iradesinin mirasta denkleştirmeyi sağlamaya yönelik olduğunun kabulü gerekir.

Miras bırakanın iradesinin “paylaştırma kuralı” olarak kabul edilebilmesi için, paylaşımın tüm mirasçılar arasında yapılması ve makul bir denge kurulması gereklidir. Miras bırakan, mirasçılardan birine veya bir kaçına kazandırmada bulunmuşsa mal kaçırma kastıyla hareket ettiği söylenebilir.⁴⁶

Yargıtay birçok kararında, miras bırakan hayattayken mirasçıları da kapsayan bir paylaşım yapmışsa mal kaçırma kastından söz edilemeyeceğini vurgulamaktadır. Bu nedenle miras bırakanın asıl iradesinin paylaşım mı yoksa mirasçılardan mal kaçırma mı olduğunun araştırılması gerektiğine vurgu yapmaktadır.

Miras bırakan sağlığında tüm mirasçıları kapsar nitelikte, hak dengesini gözeterek, kabul edilebilir ölçüde bir paylaşım yapmış olabilir. Bu durumda 01.04.1974 tarih, 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uygulanmaz ve muris muvazaasından söz edilemez.⁴⁷

bu yerlerin davalılar adına tespitine muvafakatini içeren tek taraflı beyanı olup, taşınmazların davalılara devrini sağlayan bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından muris muvazaasına ilişkin 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanamayacağı anlaşıldığından, yerel mahkemenin usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekir.” www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T: 21.03.2017). Yargıtayın aynı yönde kararları için bkz. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2015/338, Karar: 2015/2240, Karar Tarihi: 17.02.2015; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2013/21969, Karar: 2014/11345, Karar Tarihi: 09.06.2014; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2013/16686, Karar: 2014/1897, Karar Tarihi: 11.02.2014; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2012/14054, Karar: 2012/12038, Karar Tarihi: 31.10.2012; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2011/144, Karar: 2011/5255, Karar Tarihi: 03.05.2011.

⁴⁶ Ruhi / Ruhi, s. 198.

⁴⁷ Yargıtayın bu uygulaması, herhangi bir yasal dayanağı bulunmaması gerekçesiyle, Dural / Öz tarafından eleştirilmektedir. Bkz. Dural / Öz, s. 267.

Miras bırakanın hayattayken mirasçılara yönelik yaptığı kazandırmalarda eşitlik aranmaz. Bu nedenle eğer miras bırakan tüm mirasçıları kapsar nitelikte paylaşırma yapıyorsa; temliklerin mal kaçırma kastıyla yapıldığından söz edilemez.⁴⁸ Bununla beraber, miras bırakanın mirasçılarında mal kaçırma kastıyla hareket etmediği kanısına varabilmek için miras bırakanın hayattayken malvarlığının tamamını veya bir kısmını, mirasçıları arasında hoşgörü ile karşılanabilecek makul ölçüler içerisinde paylaşırması gerekir.⁴⁹

3. Muris Muvazaasına Dayalı Tapu İptali Davasında Davacı

Muris muvazaasının varlığından söz edebilmemiz için gerekli olan şartlardan biri miras bırakanın terekeden mal kaçırma kastıyla hareket etmesidir. Bundan dolayı, her mirasçının muvazaalı olması nedeniyle geçersiz bir sözleşme ile şeklen bir başkasına devredilen taşınmazın tapu iptali için dava açma hakkı vardır. Yani bir mirasçının muvazaa nedeniyle tapu iptali davası açabilmesi için, miras bırakanın mal kaçırma kastının o mirasçıya yönelmesi gerekmez.⁵⁰

Muvazaalı olarak yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinde görünüştteki işlem muvazaa nedeniyle, gizli işlem olan bağışlama sözleşmesi de kanunen aranan şekle uygun olmadığından geçersiz olacaktır. Bunun sonucu olarak da tapudaki tescil yolsuz olacağından mülkiyet karşı tarafa hiç geçmemiş olacak ve saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçılar tapu kaydının düzeltilmesini talep edebileceklerdir.⁵¹

74 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre; muvazaa nedeniyle iptal davası açacak mirasçıların bu dava hakkı miras bırakandan

⁴⁸ Yargıtay 1. HD Esas: 2016/3940, Karar: 2016/6926, Karar Tarihi: 07.06.2016 www.kazanci.com.tr (E.T. 25.03.2017).

⁴⁹ Yargıtay 1. HD Esas: 2012/3117, Karar: 2012/6467, Karar Tarihi: 31.05.2012. Yargıtay 1. HD Esas: 2011/13229, Karar: 2012/1610, Karar Tarihi: 16.02.2012. Yargıtay 1. HD Esas: 2010/7195, Karar: 2010/8319, Karar Tarihi: 15.07.2010 www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 25.03.2017).

⁵⁰ Topuz, Murat: Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, Temmuz 2016, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan (Özel Sayı), Cilt II, s. 709-728.

⁵¹ Oğuzman, M. Kemal: Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990, s. 189; Serozan / Engin, s. 234; Dural / Öz, s. 263.

kendilerine intikal eden bir hak değildir. Yani davacı mirasçının bu dava hakkı miras bırakanın külli halefi olmasının bir sonucu değildir. Aksine bu hak, muvazaalı işlem bakımından üçüncü kişi olan mirasçılarının bizzat kendi şahıslarında doğmaktadır.⁵² Bunun sonucu olarak mirasçılar, muvazaalı işleme taraf olmadıklarından muvazaayı her türlü delille ispat edebileceklerdir.⁵³ Bu görüşün aksini savunan yazarlar ise; kanunen saklı paylı olmayan mirasçılar saklı paylı mirasçılara göre daha az korunduklarından ve miras bırakanın tasarruf nisabını aşan kazandırmalarına karşı tenkis davası da açamayacaklarından ancak miras bırakanın külli halefi sıfatıyla muvazaanın nedeniyle iptal davası açabileceklerini düşünmektedirler. Miras bırakanın külli halefi olarak dava açmalarının sonucu da davada üçüncü kişi değil taraf olarak hareket etmeleri ve muvazaayı sadece yazılı delille ispat etmek zorunda olmalarıdır.⁵⁴ Dural-Öz ise; Yargıtayın muris muvazaasına ilişkin 74 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararını, eğer miras bırakan muvazaaya başvurmayıp malını bağışlasaydı hiçbir hakka sahip olmayan saklı paya sahip olmayan mirasçılarının ve saklı payları dışında hiçbir şey talep edemeyecek olan saklı paylı mirasçılarının sırf miras bırakan muvazaaya başvurdu diye fazladan hakka sahip olmalarına imkan vermesi bakımından eleştirmektedir.⁵⁵

Muvazaalı işlemin yapıldığı tarihte mirasçı sıfatına sahip olmamakla birlikte sonradan bu sıfatı kazananlar da işlemin iptalini isteyebilirler.⁵⁶

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1996/1-596 esas, 1996/737 karar, 06.11.1996 tarihli ilamı da bu durumu destekler niteliktedir. Söz konusu karar şu şekildedir:

“Muvazaanın dayanan mirasçının, miras hakkından yoksun bırakılmak istenen mirasçı olmasında zorunluluk yoktur. Diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl amacı dava eden mirasçıdan değil, başka

⁵² Sungurbey, İsmet: Miras bırakanın Muvazaası Durumuna İlişkin Yargıtay'ın 1.4.1974 Gün, 1/2 Sayılı Doğru İçtihadı Birleştirme Kararı Değiştirilemez, Medeni Hukuk Sorunları, Cilt 6, İstanbul 1994, s. 21.

⁵³ Dural / Öz, s. 264.

⁵⁴ Oğuzman, Postacıoğlu'na Armağan, s. 226; Karayalçın, Yaşar: Mirasçının Muvazaanın Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır?, Yargıtay Dergisi; 1989/14-4, s. 323.

⁵⁵ Dural / Öz, s. 266.

⁵⁶ Ayan, s. 210.

bir mirasçıdan mal kaçırmak olsa dahi, tapulu taşınmazı muvazaalı işlemle devralan kişinin haricinden kalan tüm mirasçılar ve bu arada davacı da, yapılan temlikte zarar gördüklerinden ve iptalinden de hukuki yararları bulunduğundan dava açabilirler. Muris muvazaasında yapılan temlikin geçersiz olması için belirli bir mirasçı veya mirasçılardan mal kaçırmak istenmesi koşulu yoktur. Her hangi bir mirasçıdan veya mirasçılardan mal kaçırılması yeterlidir. Daha açık bir anlatımla, muris muvazaası nedeniyle açılan iptal davalarında davacının yapacağı iş kendisinden değil, terekeden mal kaçırılmak için tapulu taşınmazın muvazaalı temlik edildiğini, dava tarihinde kendisinin de mirasçı olduğunu ispat etmekten ibarettir. Söz konusu kişi başka bir mirasçı tarafından açılan ve terekeye döndürülen taşınmazdan da aynı koşullar altında veraset ilamına göre, pay sahibi olmaktadır. Bu nedenlerle, iptal davasının açıldığı tarihte mirasçı olan birinin, muvazaalı sözleşmenin yapıldığı tarihte mirasçı olup olmadığına aranmasına gerek yoktur.”⁵⁷

⁵⁷ www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T: 20.03.2017). Karşı oy yazısı da: “Muris muvazaasından söz edebilmek için miras bırakanın gerçek irade ve amacının yani temlik tasarrufu yaparken murisin, mirasçısını miras hakkında yoksun etmek düşüncesini taşıyıp taşımadığının açıklıkla ortaya konması lüzumu tartışılmazdır. Böyle bir amaç saptanamadığı takdirde İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanma olanağı kalmaz. Somut olayda, davacının muristen hak talebi satıştan sonra kurulan evlatlık ilişkisine dayanmaktadır. Miras bırakanın davaya konu edilen temlik tasarrufları ise, evlatlık ilişkisi kurulmayan önceki zamanlara rastlamaktadır. Bu durumda, murisin henüz evlatlık ilişkisi kurulmayan akdi mirasçısından bu akit öncesinde yaptığı tasarrufları ile mal kaçırmaya amacını taşıdığını söylemek mümkün değildir. Aksi düşünce tarzının, kişilerin irade serbestisine, tasarruf ehliyetine aşırı müdahale olacağı kuşkusuzdur. Burada üzerinde önemle durulması gereken bir husus da Yargıtay İnançları Birleştirme Kararlarının niteliğidir. Bilindiği üzere İçtihadı Birleştirme Kararları konularıyla sınırlı gerekçeleri ile açıklayıcı, sonuçlarıyla da bağlayıcıdır. Bu bakımdan bağlayıcı bulunan sonuç bölümü dikkate alınarak olaylara uygulanmasına özen gösterilmeli, kapsamının genişletilmesinden kaçınılmalıdır. Şu halde, ‘mirasçıdan mal kaçırmaya’ halini geçersizlik sebebi sayan İçtihadı Birleştirme Kararının sonuç kısmındaki ifade ve amacı ‘terekeden mal kaçırmaya’ biçiminde yorumlayan sayın çoğunluk görüşüne katılma olanağı yoktur. Açıklanan nedenlerle, akde dayalı olarak kurulan mirasçılık ilişkilerinde, miras bırakanın akit öncesi yaptığı temlik tasarruflarda henüz olmayan mirasçısından mal kaçırmaya irade ve amacını taşıdığını söyleme olanağı yoktur. Hal böyle olunca bu tür olaylara 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı

Muris muvazaasına dayalı iptal davası açmak için herhangi bir zamanaşımı süresi söz konusu değildir.⁵⁸

4. Yargıtayın Muris Muvazaası Açısından “Miras Bırakanın İradesi”nin Saptanmasına Vurgu Yaptığı Örnek Kararlar

Yargıtayın muris muvazaasının oluşması bakımından miras bırakanın “mirasçıdan mal kaçırma” kastının varlığının araştırılmasının önemine vurgu yaptığı kararlardan bazıları şu şekildedir:

a. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/13646, Karar: 2016/7049, Karar Tarihi: 09.06.2016

“... murislerin ... kız çocuklarından mal kaçırmalarını gerektiren bir nedenin dosya kapsamı ve tanık beyanları ile sabit olmadığı,

İnançları Birleştirme Kararının uygulanamayacağını düşünüyoruz.” şeklindedir.

⁵⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2014/1-560, K. 2015/2371, 4.11.2015 tarihli kararında “*Dava ve birleşen dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal, tescil ve tenkis isteklerine ilişkindir. Muvazaa iddiasına dayalı davaların zamanaşımına ve hak düşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman açılabilceği yargısal uygulamayla benimsenmiştir. Muvazaa sebebinin ortadan kalkması veya bir zamanın geçmesi ile görünürdeki işlemin geçerli hale gelemeyeceği kuşkusuz bulunduğundan, muvazaa iddiası her zaman ileri sürülebilir. Bu nedenle muvazaa iddialarında zamanaşımı kabul edilmemiştir. Öyle ise yasanın kişilere tanıdığı bir hakkın kullanılması da kötü niyetle bağdaştırılmaz. Kaldı ki, işlemin muvazaalı olduğunun belirlenmesi durumunda işlemin tarafı olan kişiler iyi niyetli olamayacakları gibi süre geçmekle de iyi niyetli kabul edilmelerine yasal olanak bulunmamaktadır. Bu tür uyumsuzlukların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Öte yandan, davaya konu bir parsel yönünden miras bırakanın üçüncü kişiden bedelini ödeyerek satın alıp davalılar adına tescil ettirmesi şeklindeki işlem (gizli bağış) yönünden İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama yeri bulunmadığı, koşulların bulunması halinde Türk Medeni Kanununun tenkis hükümlerinin uygulanması suretiyle bir karar verilmesi gerekeceği açıktır.” Demek suretiyle zamanaşımı süresinin söz konusu olmadığını vurgulamıştır. www.kazanci.com (E.T. 20.03.2017).*

*davacıların kendi murisleri olan kök murislerden sonra ölmelerine rağmen sağlıklarında anılan taşınmaz temliklerinin muvazaalı olduğu iddiasıyla bir dava açmadıkları, murislerin oğlu ...'in ... alım gücünün bulunduğu, diğer taraftan, temlik tarihi itibarıyla çekişmeli taşınmaz paylarının değersiz oldukları, ayrıca, bazı temliklerde davacıların murislerinin de aynı akitle pay temlikleri yaptıkları görülmektedir. ... taşınmaz paylarının ... temliklerinin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olmadığı sonucuna varılmaktadır.*⁵⁹

b. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/16166, Karar: 2016/5445, Karar Tarihi: 03.05.2016

“... ”

*Somut olaya gelince; 997 ada 27 parsel sayılı taşınmazdaki 11 nolu bağımsız bölümün tarafların miras bırakanı ... ve davalının babası ... adına ½ şer payla kayıtlı iken, ... in ölümü ile 5/8 payla miras bırakan ... ve 3/8 payla davalı adına intikalen tescil edildiği, her ikisinin de paylarını 05/01/1994 tarihinde dava dışı 3. şahsa sattıkları, eldeki davada dava konusu olan 991 ada 22 parsel sayılı taşınmazdaki 6 nolu bağımsız bölümün ise bu satıştan bir süre sonra 08/09/1994 tarihinde miras bırakan tarafından satın alındığı, davalı tanıklarının da davalı savunmasını doğruladığı görülmektedir. Somut olaya yukarıdaki ilkeler ışığında bakıldığında; temlikteki gerçek amaç ve iradenin mirastan mal kaçırma olmadığı kabulü gerekir.*⁶⁰

c. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/16629, Karar: 2016/5200, Karar Tarihi: 28.04.2016

“... murisin sağlık sorunlarının bulunduğu, miras bırakanın eşi öldükten sonra 15 yıl kadar davalının yanında kaldığı, miras bırakana davalının bakıp ilgilendiği, ayrıca çekişme konusu taşınmazın minnet duygusu ile davalıya verildiği hususunun davacının da kabulünde olduğu anlaşılmaktadır. Hemen belirtilmelidir ki, satışa konu edilen bir malın değerinin belirli bir semen karşılığında olacağı kuşkusuzdur. Semen, başka bir ifadeyle, malın bedelinin ise mutlaka para olması şart olmayıp

⁵⁹ www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 28.03.2017). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 1. HD Esas: 2014/16581, Karar: 2016/7037, Karar Tarihi: 09.06.2016. Yargıtay 1. HD Esas: 2014/17310, Karar: 2016/6925, Karar Tarihi: 07.06.2016. Yargıtay 1. HD Esas: 2014/18073, Karar: 2016/6802, Karar Tarihi: 02.06.2016.

⁶⁰ www.kazanci.com.tr (E.T. 01.04.2017).

*belirli bir hizmet veya emek de olabileceği kabul edilmelidir. ... miras bırakanın yapmış olduğu temlikle ilgili olarak gerçek amaç ve iradesinin mirastan mal kaçırmak olmadığı kabul edilmelidir.*⁶¹

d. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2016/798, Karar: 2016/4844, Karar Tarihi: 20.04.2016

“... davalının 12 yıl süre ile muris ile birlikte yaşadığı, tanık beyanlarına göre murisin ölene kadar bakımının davalı tarafından yapıldığı, bakım karşılığı olarak dava konusu yerlerin davalıya devredildiği anlaşılmaktadır. Hemen belirtilmelidir ki; satışa konu edilen bir malın devrinin belirli bir semen karşılığında olacağı kuşkusuzdur. Semen bir başka ifade ile malın bedelinin ise mutlaka para olması şart olmayıp belirli bir hizmet ya da emek de olabileceği kabul edilmelidir. ... miras bırakanın dava konusu taşınmazdaki payını temlikinde gerçek irade ve amacının diğer mirasçılardan mal kaçırmak olmadığı, yıllardır kendisi ile ilgilenen, bakımını yapan (eşine) duyduğu minnet sonucu devri yaptığı sonucuna varılmaktadır.”⁶²

e. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/16648, Karar: 2016/4755, Karar Tarihi: 19.04.2016

“...miras bırakanın dava konusu taşınmazı temlikinde gerçek irade ve amacının davacılarından mal kaçırmak olmadığı, çocuğu olmayan eşini korumaya almak olduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan akitte gösterilen bedel ile gerçek bedel arasındaki farkın tek başına muvazaanın kanıtı sayılamayacağı da açıktır.”⁶³

f. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Esas: 2014/6857, Karar: 2015/7095, Karar Tarihi: 12.05.2015

“... davacı tanıkları, murisin çocuğu olmadığı için ölümü halinde mirasçılardan davalı eşini evden çıkaracakları endişesi ile temlik yaptığını bildirmişler, davalı tanıkları ise murisinden intikal eden taşınmazın satışından elde edilen paradan davalının miras payını aldığını, bu paranın murise verildiğini, karşılığında taşınmazın devredildiğini ifade

⁶¹ www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 01.04.2017).

⁶² www.kazanci.com.tr (E.T. 05.04.2017). Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 1. HD Esas: 2014/6271, Karar: 2015/8358, Karar Tarihi: 04.06.2015. Yargıtay 1. HD Esas: 2014/3643, Karar: 2015/3598, Karar Tarihi: 16.03.2015. Yargıtay 1. HD Esas: 2014/4079, Karar: 2015/3597, Karar Tarihi: 6.03.2015.

⁶³ www.sinerjimevzuat.com.tr (E.T. 03.04.2017).

*etmişlerdir. ... murisin gerçek irade ve amacının diğer mirasçılardan mal kaçırarak olmayıp, çocukları olmadığından ölümü halinde eşini güvenceye almak olduğu sonucuna varılmaktadır.*⁶⁴

IV. SONUÇ

Kaynağını Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 01.04.1974 tarihli 1/2 sayılı kararından alan muris muvazaası kavramının varlığından söz edebilmemiz için, İBK.da değinildiği üzere, miras bırakanın muvazaalı işlem yapmadaki amacı mutlaka mirasçılardan mal kaçırarak olmalıdır.

Muris muvazaasında, miras bırakanın iradesinin mirasçılardan mal kaçırarak olup olmadığını, her somut olayın durumuna göre detaylı bir inceleme yaparak hakim takdir edecektir. Miras bırakanın mal kaçırma kastının olduğuna yönelik emareler varsa bunun olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir, bu konuda genel geçer bir kural aramak adil olmayan sonuçlar doğurabilir.

Yargıtay, muris muvazaası nitelendirmesi yapabilmek için; uyumsuzlukların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlamaktadır. Bu itibarla, yüksek mahkeme verdiği birçok kararda, bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında, birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesinin de büyük önem taşıdığını vurgulamaktadır.

Yargıtay miras bırakanın gerçek iradesinin ne olduğunun tespitini yaparken şu olgulardan yararlanmaktadır:⁶⁵

- Ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri,
- Toplumsal eğilimler,
- Olayların olağan akışı,
- Miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı,
- Kazandırmanın denkleştirme amacı taşıyıp taşımadığı,

⁶⁴ www.kazanci.com.tr (E.T. 04.04.2017).

⁶⁵ Topuz, s. 726.

- Miras bırakanın bakımını üstlenen kişiye karşı duyduğu minnet duygusu,
- Miras bırakanın çocuğu olmayan ikinci eşi güçlendirme arzusu,
- Bazı mirasçılarının taşınmazı aracı malikten devralmaları,
- Davalının maddi olarak taşınmazı alacak gücünün bulunmaması veya bunun tam tersi olarak mirasçının muvazaalı satışa ihtiyacı olmayacak kadar maddi gücünün yerinde olması,
- Miras bırakanın maddi olarak ihtiyacı olmamasına rağmen satış yapması,
- Davalı yanlı alış gücünün olup olmadığı,
- Satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark,
- Taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki v.s.

Yargıtay uygulaması, miras bırakanın birlikte yaşadığı mirasçısına yaptığı devirde diğer mirasçılardan mal kaçırma kastının olmadığı, kendisine bakan mirasçısına duyduğu minnet⁶⁶ duygusundan dolayı tapulu taşınmazını devrettiği bu nedenle muris muvazaasının şartları oluşmadığı, YİBGK'nun 74 tarihli İBK'nın uygulanamayacağı yönündedir. Yine aynı şekilde mirasçının malvarlığı itibariyle alım gücünün yüksek olması ve devredilen taşınmaz malların değerinin düşük olması miras bırakanın mal kaçırma kastıyla hareket etmediğine emare oluşturduğunu kabul etmektedir.

Yüksek mahkeme, muris muvazaasına hükmedebilmek için davacının, miras bırakan kişinin mirasçıdan mal kaçırmasını gerektirecek bir sebebi ortaya koymasını aramaktadır.

⁶⁶ Yargıtay, semenin başka bir ifadeyle malın bedelinin mutlaka para olmasını şart görmemekte belirli bir hizmet veya emeğin de semen olabileceğini kabul etmektedir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 25. Baskı, Eylül 2016.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Legal Yayıncılık, Eylül 2016.
- ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, Legal Yayıncılık; Eylül 2015.
- AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- BERKİ, Şakir: Miras Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 21. Baskı, 2017.
- ESENER, Turhan: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956.
- GÜNAY, Erhan: Mirastan Mal Kaçırma, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015.
- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 12. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2016.
- KAYHAN, Fahrettin: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muris Muvazaası, Ankara Barosu Dergisi, 2000-3.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır? Yargıtay Dergisi; 1989/14-4.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1978.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Zeynep Uyar HATİPOĞLU

NOMER, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

OĞUZMAN, Kemal: Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.

OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990.

ÖZMEN, İhsan / ÖZKAYA: Eraslan: Muvazaa Davaları, 1993.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 25. Baskı, Eylül 2014.

RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: Muris Muvazaası, Seçkin Yayınları, 2016.

SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

SUNGURBEY, İsmet: Miras bırakanın Muvazaası Durumuna İlişkin Yargıtay'ın 1.4.74 Gün, 1/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı Değiştirilemez, Medeni Hukuk Sorunları, Cilt 6, İstanbul 1994.

TOPUZ, Murat: Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler; İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, Temmuz 2016, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan (Özel Sayı), Cilt II, s. 709-728.

YAVUZ, Cevdet: Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Mevzuatı, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, 2014.

www.sinerjimevzuat.com.tr.

www.kazanci.com.tr.

TÜKETİCİ MAHKEMELERİNİN GÖREVLİ OLDUĞU UYUŞMAZLIKLAR

Kemal DÖNER*

ÖZ

Çalışmamızda öncelikle hukuki işlemin zayıf tarafı olarak kabul edilen tüketiciyi koruma anlayışı uyarınca mevzuatta yapılan düzenlemelerden olan 07.11.2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile getirilen hükümler incelenmiştir. Bu doğrultuda tüketici ve tüketici işlemi kavramlarının tanımlarına bakılarak, tüketici mahkemelerinde kimlerin davacı ve davalı sıfatına sahip olabileceği üzerinde durulmuştur. Bahsi geçen kavramlar açıklandıktan sonra tüketici mahkemelerinin görevli olduğu uyuşmazlıklar konusunda tüketici mahkemelerinin görevine ilişkin genel açıklamalar yapılarak uygulamada sıkça karşılaşılan bir takım özel uyuşmazlıklarda görevli mahkeme sorunu incelenmiştir. Son bölümde ise tüketici uyuşmazlıklarına özel olarak tüketici hakem heyeti ile tüketici mahkemelerine başvuru açısından parasal sınıra ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketici hukuku, tüketici mahkemesi, görevli mahkeme, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.

* Avukat (Kocaeli Barosu), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, E-Mail: k.dnr@hotmail.com.

Makalenin Gönderim Tarihi : 10.04.2017.

Makalenin Kabul Tarihi : 05.05.2017.

COMPETENCE OF THE CONSUMER COURTS

ABSTRACT

In our work, first of all, the provisions, which are provided with the Law on Protection of Consumer, no. 6502 and dated 07.11.2013 that is one of the regulations in the legislation pursuant to the comprehension on protection of consumer which is considered as the weak side of legal procedure, were studied. On this basis, the definitions of concepts of consumer and consumer transactions were considered, and it was discussed who might be the claimant and respondent before the consumer courts. After the aforesaid concepts were explained, the general explanations were provided related to the task of consumer courts on disputes referred to the consumer courts, and the problem on the court in charge with some disputes, which were frequently encountered in the application, was studied. In the last chapter, the explanations were provided related to the monetary limits regarding the application for consumer disputes specially referred to the consumer arbitration committee and consumer courts.

Keywords: Consumer, consumer law, consumer court, competent court, Law on Protection of Consumer, no. 6502.

I. GİRİŞ

Hukukumuzda tüketici sıfatı ile yapılan sözleşmelerde, hukuki işlemlerde, mukayeseli hukuka paralel biçimde zayıf konumda olduğu kabul edilen tüketicinin korunması anlayışı ilk olarak 1982 tarihli Anayasanın 172. maddesinde “Devlet tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder” ifadesi ile kendine yer bulmuştur. Sonrasında 23.02.1995 tarihli 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Son olarak 07.11.2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun önceki kanunun yerini almıştır. 6502 sayılı TKHK’nın 86. maddesi “23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer mevzuatta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır.” şeklindedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile amaçlanan zayıf konumda olan tüketiciyi korumaktır¹. Tüketiciyi koruma amacı taşıyan düzenlemeler bu doğrultuda genel işleyişten ayrılarak bir takım şartları taşıması halinde uyuşmazlıkların tüketici hakem heyeti veya tüketici mahkemelerinde çözülebilmesi imkânı tanımaktadır.

6502 sayılı Yasanın 66. maddesine göre Tüketici Hakem Heyetlerinde başkanlığın illerde ticaret il müdürü, ilçelerde ise kaymakam veya bunların görevlendireceği bir memur tarafından yürütüleceği, üyelerin ise; belediye başkanının konunun uzmanı belediye personeli arasından görevlendireceği bir üye, baronun mensupları arasından görevlendireceği bir üye, satıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odasının; satıcının esnaf ve sanatkâr olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkârlar odaları birliğinin, ilçelerde ise en fazla üyeye sahip esnaf ve sanatkârlar odasının görevlendireceği bir üye, tüketici örgütlerinin kendi aralarından seçecekleri bir üye, olmak üzere başkan dâhil beş üyeden oluşacağı hüküm altına alınmıştır.

Çalışmamızda öncelikle tüketici hukukunun temel kavramları olmaları sebebiyle kimlerin tüketici sıfatına sahip olabileceği ve hangi tür işlemlerin tüketici işlemi olarak kabul edilebileceği incelenecek, tüketici mahkemeleri önündeki uyuşmazlıklarda davacı ve davalı konumunda kimlerin yer alabileceğine değinildikten sonra çalışmamızın esas konusunu oluşturan tüketici mahkemelerinin görevli olduğu uyuşmazlıklar doktrin ve Yargıtay kararları ışığında ele alınacaktır.

II. TEMEL KAVRAMLAR

A. Tüketici

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/1-k'da tüketici "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Tüketici, somut hukuki ilişkiye girerken özel bir amaç takip eden, yani mal ya da hizmeti elde ederken,

¹ Çabri, Sezer: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s. 1; Sirmen, Lale: Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt III, s. 2466.

kişisel, ailevî veya özel kullanıma özgü bir amaç taşıyan kişidir². Böylece, burada bir hukuki ilişkinin tarafının tüketici olarak nitelendirilmesi bakımından, onun hukuki işlem iradesi esas alınmakta, özel bir amaçla hukuki ilişkiye giren tarafın, aynı zamanda tacir ya da bağımsız olarak yürütülen bir meslek sahibi olması önem taşımamaktadır³. Bu anlamda, ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişiler kendi işletme ya da işyerlerinde kullanılmak üzere, ticari-mesleki faaliyet ya da uzmanlık alanına yabancı bir alanda sözleşme yaptıkları takdirde tüketici olarak nitelendirilme imkânına sahip olmaktadırlar⁴. Buna karşılık ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden, bu doğrultuda hukuki işlemin tarafı olan kişi tüketici olarak kabul edilmeyecek, yasanın sağlanmış olduğu korumalardan faydalanamayacaktır⁵.

B. Tüketici İşlemi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tüketicilerin taraf olduğu her türlü hukukî işlemi değil, sadece tüketici işlemlerini esas almaktadır. 6502 sayılı TKHK m. 3/1-1 hükmüne göre; “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” tüketici işlemi olarak tanımlanmıştır. Satıcı veya sağlayıcının tüketici ile yapmış olduğu bütün hukuki işlemler tüketici işlemi olarak kabul edilmektedir⁶. Bu kapsama giren bir sözleşmeye, Kanun’un tüketicilere tanıdığı hükümler uygulanabilir⁷. Bu sebeple TKHK’nın uygulamasından ve tüketici

² Aydoğdu, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 61.

³ Çabri, s. 63.

⁴ Ozanoğlu, Hasan Seçkin: Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanma Alanı, AÜHFD, 2001/1, s. 72.

⁵ Ozanoğlu, s. 59; Çabri, s. 60-61.

⁶ Çabri, s. 67.

⁷ Petek, Hasan: Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 982; Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 3. Bası, Bursa 2006, s. 10; Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2006, s. 37; Yavuz, Nihat: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Bası, Ankara 2010, s. 11 vd.

mahkemelerinin görevinden bahsedebilmek için öncelikle bir tüketici işlemi var olmalıdır aksi halde, örneğin ortada tüketici işlemi değil de bir haksız fiil varsa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına giren ve tüketici mahkemesinin görevli olduğu bir uyuşmazlıktan söz edilemez⁸. Önemle belirtmek gerekir ki yasa ile tüketici işlemi kavramı sınırlandırılmamıştır. Yasada tüketici işlemine örnek olarak sayılan sözleşmelerin yanında tüketicilerin ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek yahut tüzel kişiler ile akdetmiş oldukları tüm sözleşmeler tüketici işlemi olarak TKHK kapsamında yer almaktadır⁹.

III. TÜKETİCİ MAHKEMESİNDE AÇILACAK DAVANIN TARAF LARI

A. Davacı

TKHK’da tüketici mahkemelerinde kimlerin davacı olabileceğine ilişkin açık bir hüküm yer almamakla birlikte m. 73/f. 2’de yer alan; *“Tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda düzenlenen harçlardan muaftır.”* ibaresi davacıların kimler olabileceğine ilişkin fikir vermektedir. Bu doğrultuda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın, tüketicilerin ve tüketici örgütlerinin tüketici mahkemelerinde davacı olarak yer alabileceğini söyleyebiliriz.

TKHK m. 70/f. 3’te tüketici hakem heyeti kararlarına karşı itiraz usulü düzenlenmiştir. Hükme göre taraflar tüketici hakem heyetinin

⁸ Petek, s. 983; “Davalı banka ile kredi kartı sözleşmesini akdedenin davacı değil, davacının kimliğini bulan dava dışı üçüncü kişiler olduğunun anlaşılması karşısında, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığından söz edilemeyeceği açıktır. Bunun yanı sıra davacının zararı; davalının, hukuka aykırı ve kusurlu eylemi sonucu doğmamıştır. Yine davalı bankanın, alacağını tahsil için icra takibine girişmesinin bir sebepsiz zenginleşme oluşturmadığı duraksamadan uzaktır. Şu da eklenmelidir ki, somut olgunun kendine özgü yapısı itibariyle, davalının sorumluluğunu öngören bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Hal böyle olunca; taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından ve uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişki, haksız fiilden kaynaklandığından, eldeki davaya genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerekir.” Yargıtay HGK, 2010/4-61 E., 2010/84 K., 17.02.2010 (www.kazanci.com).

⁹ Çabri, s. 18.

kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilirler. Bu noktada doktrinde bir kısım yazarlarca tüketici mahkemelerinde davacı tarafta yalnızca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın, tüketicilerin ve tüketici örgütlerinin değil satıcıların da yer alabileceği ve bu davanın tüketici hakem heyeti kararlarına itirazla sınırlı kalmayıp TKHK kapsamında kalan herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin olabileceği görüşü savunulmaktadır¹⁰. Buna karşılık doktrindeki bir kısım yazarlarca lafzi yorum yapılarak, tüketici mahkemelerinde sadece tüketicilerin, tüketici örgütlerinin ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın dava açabileceği, satıcıların ise sadece tüketici hakem heyeti kararına itiraz edebileceği görüşü savunulmaktadır¹¹. Yargıtayın bu konuda her iki görüş doğrultusunda da kararları bulunmaktadır fakat güncel kararlara bakıldığında satıcı ve sağlayıcıların da tüketici mahkemelerinde davacı olabileceğine ilişkin kararların ağırlıkta olduğu görülmektedir¹².

¹⁰ Ulukapı, Ömer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1-2, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, 1996, s. 95; Zevkliler, Aydın / Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 445-446; Çabri, s. 1046.

¹¹ Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 23. Bası, Ankara, Yetkin, 2012, s. 776; Şimşek Ayşe Neşe: Medeni Usul Hukukunda Tüketicinin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Tez no. T-0875, Ankara, 2004, s. 67; Yavuz Nihat: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 1211; Tek, Gülşah Sinem: Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2012, C. 8, S. 99-100, s. 132.

¹² Satıcı ve sağlayıcıların tüketici mahkemelerinde davacı olamayacaklarına ilişkin bir karar şöyledir: “Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak, çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır. Tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır. Görüldüğü üzere Tüketici Mahkemeleri nezdinde dava açabilmenin koşulları şunlardır: 1- Uyuşmazlık, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun uygulanmasıyla ilgili olmalı ve 2- Davanın tüketiciler, tüketici örgütleri veya Bakanlıkça açılması gerekmektedir. Zira çözümünün uzmanlık gerektiren Tüketici Mahkemelerinde dava açılmasını kolaylaştırmak için bu davaların vergi,

resim ve harçtan muaf olmaları hususu başka türlü açıklanamazdı. Uyuşmazlık konusu olayda davacı (satıcı), davalı tüketiciye karşı sattığı malın bedelini Sulh Hukuk Mahkemesinde açtığı dava ile talep etmektedir. Bu haliyle ihtilafın 4077 sayılı Yasanın uygulanmasıyla ilgili olduğu söylenemez. O halde davanın özel mahkemede çözümlenmesine dair hukuksal nedenler bulunmamaktadır. Mahkemece işin esasına girilerek varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmek gerekirken görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 3. HD., 1998/11141 E., 1998/12254 K., 15.11.1998 (www.kazanci.com); benzer şekilde Yargıtay 19. HD., 2002/8638 E., 2003/4611 K., 16.06.2003 (www.kazanci.com). Satıcı ve sağlayıcıların tüketici mahkemelerinde davacı olabileceklerine ilişkin bir karar ise şu şekildedir: “Bilindiği üzere 01/03/2006 tarihinde yürürlüğe giren 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 44. Maddesine göre; kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamilleri aleyhine açılacak davalarda 1086 sayılı HUMK’nun görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanır. hükmü yer almaktadır. Buna göre bankalarca kart hamili aleyhine açılan alacak ve itirazın iptali davaları 2014/46549-2014/42007 yürürlükten kalkan 1086 sayılı HUMK’nın görev ve yetkiye ilişkin hükümlerine ve dava konusunun değerine göre genel mahkemelerde görülmekteyken 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesi tüketici işleminin kapsamını esaslı biçimde değiştirmiş, aynı yasanın 83/2. maddesinde ise ‘tarafardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile diğer kanunlarda düzenleme yapılması bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu kanunun görev yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.’ diyerek kanunun uygulama alanını daha da genişletmiştir. Gerçekten 6502 sayılı Kanunun 3. maddesinde ‘tüketici işlemi; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere kurulan her türlü sözleşme ve işlemi ifade kapsar.’ şeklinde yeniden tanımlanmıştır. Bu hüküm mülga 4077 sayılı Yasanın 3/h bendindeki tüketici işlemi tanımından daha kapsamlıdır. Bundan böyle 6502 sayılı Yasanın tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamaların tüketici mahkemelerinde çözümünü öngören 73. maddesi hükmü ile içeriği az yukarıda yer alan 83/2. maddesinin açık hükmü nedeniyle yukarıda sayılan sözleşme ve işlemler tüketici mahkemesinin görev alanına girmiştir. Tüm bu nedenlerle 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 44. Maddesinde yer alan ‘kart hamilleri aleyhine açılacak davaları 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanır.’ hükmünün de artık uygulanma imkânı kalmamıştır. Anılan yasa hükümleri gereği, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girdiği 28.05.2014 tarihinden sonra davacı bankanın kredi kartı hamili olan tüketiciye karşı açtığı davaya bakma görevi tüketici mahkemesine aittir. Hal böyle olunca, mahkemece işin esasına girilerek sonucuna uygun bir karar

Tüketici örgütlerinin ve Bakanlığın davacı olması TKHK m. 73/f. 6 gereği “haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla” mümkün olabilecektir. Kanunun tüketici örgütlerine ve Bakanlığa tanımış olduğu bu imkân usul ekonomisi ve tüketicinin kolektif biçimde korunması yönünden olumlu görülmektedir¹³. Hakkı bireysel olarak ihlal edilen tüketici hukuki yollara başvurmamış olsa dahi tüketici örgütleri veya Bakanlığın açacağı dava ile hakları korunabilecektir¹⁴. HMK m. 113’te de topluluk davası “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.” biçiminde düzenlenmiş bulunmaktadır. Topluluk davasında birden fazla gerçek veya tüzel kişi aynı davalıya karşı olan taleplerinin bir tek dava içinde karara bağlanmasını talep etmektedir. Mahkemece verilen hüküm ise topluluğu oluşturan tüm kişiler için bağlayıcı olmaktadır¹⁵.

Doktrinde HMK m. 113 düzenlemesinin Anglo-Sakson hukuku anlamında bir grup davası olmadığı, sadece Türk hukuk sisteminde zaten mevcut olan bir kurumun kavramsal olarak düzenlenmesinden ibaret bulunduğu ifade edilmektedir. Gerekçe olarak ise öncelikle HMK uyarınca gerçek kişilerin grup davası açma imkânının bulunmadığı buna

verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13. HD., 2014/46549 E., 2014/42007 K., 20/10/2014 (www.karartek.com).

¹³ Karaaslan / Eroğlu: Amerikan hukuku kapsamında “Davacı veya davalı tarafın çok sayıda kişiden oluştuğu grup davalarının tek bir dava olarak görülmesi doğal olarak usul ekonomisine hizmet etmekte, davalar daha kısa sürede daha az masraf ile sonuçlanmaktadır.” ifadeleri ile grup davalarının olumlu yanlarını belirtmektedir. Bkz. Karaaslan, Varol / Eroğlu, Muzaffer: Kollektif Hukuki Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları, EÜHFD, C. XIII, S. 3-4, 2009, s. 209.

¹⁴ Tek, s. 136.

¹⁵ Pekcantez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, 13. Bası, Ankara, Yetkin, 2012, s. 415-416.

karşılık Anglo-Sakson hukukunda hem gerçek hem de tüzel kişilerin grup davası açma hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Ayrıca Anglo-Sakson hukukundaki grup davasının asıl amacı olan tazminat davası açma imkânının HMK m. 113 ile dernekler ve diğer tüzel kişilere tanınmadığı, HMK m. 113 uyarınca yalnızca ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesinin talep edilebileceği belirtilmektedir¹⁶.

B. Davalı

Tüketici mahkemelerinde önemli oranda davalı olarak satıcılar, sağlayıcılar yer alacaklardır. Bununla birlikte TKHK m. 70/f. 3 gereği tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı satıcıların da itiraz edebileceği; bu durumda tüketicilerin de davalı konumunda bulunabileceğini yukarıda belirtmiştik. Tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına itirazın bir kanun yolu olmadığını belirtmek gerekir; zira karara karşı başvuru yolu, kanun yolu olarak nitelendirilebilmesi için, kararın bir üst derece mahkemesince incelenmesi gerekmektedir. Fakat tüketici sorunları hakem heyeti mahkeme olarak kabul edilemeyeceğinden hakem kararlarına itirazı kanun yolu olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır¹⁷.

Tüketicinin açtığı davalarda davalı konumunda sözleşmenin niteliğine göre satıcının yanında TKHK gereğince satıcı ile müteselsilen sorumlu tutulan kişiler de yer alabilir. Satıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici, ithalatçı, kredi veren ya da konut finansman şirketi uyumsuzluğa sebebiyet veren sözleşmenin tarafı olmamalarına rağmen, kanun gereği

¹⁶ Karaaslan / Eroğlu grup davasının Türk hukukunda uygulanabilirliği konusunda bir takım tespit ve önerilerde bulunmuştur. Öncelikle tasarruf ilkesi uyarınca kişinin karşı taraf ile arasındaki uyumsuzluğu mahkeme önüne getirmesi halinde yargılama yapılabileceği, taraflar yargılama sırasında kendi iradeleri ile yargılamayı şekillendirebilecekleri belirtilmiş ve grup davalarının bu yönü ile Türk medeni yargılama hukukundaki önemli ilkelerden biri olan tasarruf ilkesi ile çeliştiği ifade edilmiştir. Grup davalarında grubu temsilen dava açan kişilerin yargılamada aktif role sahip oldukları, yargılamaya katılmayan üyelerin ise pasif durumda kaldıklarına dikkat çekilerek bu durumun neticesinde grubu temsil eden kişilerin kendi menfaatleri öne çıkarma tehlikesi ile karşılaşılacağı vurgulanmıştır. Detaylı inceleme için bkz. Karaaslan / Eroğlu, s. 214 vd.

¹⁷ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 812-814.

satıcı ile müteselsil sorumlu tutuldukları için, tüketicinin açtığı davada, davalı tarafında yer alabileceklerdir¹⁸.

IV. TÜKETİCİ MAHKEMELERİNİN GÖREVİ

Bir uyuşmazlığın hangi mahkeme önünde görülebileceği, mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığa bakma gücünün olup olmadığı kısacası bir yargı yolundaki uyuşmazlığın hangi mahkemede çözümleneceği mahkemenin görevi ile ilgilidir¹⁹. Uyuşmazlık konusunun görüleceği görevli mahkeme tespit edilirken ilk yapılması gereken uyuşmazlık konusu hakkında özel görevli bir mahkemenin bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır zira özel mahkemelerin görevi genel mahkemelerin görevinden önce gelmektedir²⁰. Tüketici mahkemelerinin görevinin tespitinde, tüketici mahkemelerinin genel mahkemeler ile ilişkisi yanında tüketici sorunları hakem heyetinin görev alanı da dikkate alınmalıdır²¹.

TKHK m. 1’de kanunun amacı “*kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye*

¹⁸ Ertabak, Ünal: Tüketici Mahkemelerinde Çözülmesi Gereken İhtilaflar, Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 115, Temmuz 2012, s. 48.

¹⁹ Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s. 87 (Medeni Usul Hukuku); Postacıoğlu, s. 111; Üstündağ, s. 139; Bilge / Önen, s. 134-135; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 117; Karslı, Abdürrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul, Alternatif, 2011, s. 404; Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 867; Gençcan, Ömer Uğur: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 636; Ulukapı, Ömer: Medeni Usul Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 255.

²⁰ Kuru, Medeni Usul Hukuku, s. 87.

²¹ “Tüketici hukukundan kaynaklı olmayan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli değildir. Göreve ilişkin hususlar kamu düzenini ilgilendirdiğinden yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından resen dikkate alınır.” Yargıtay 19. HD., 2003/6059 E., 2003/7642 K., 10.07.2003 (www.kazanci.com).

ilişkin hususları düzenlemektir” biçiminde ifade edilmiştir. Buradan hareketle kanun koyucunun tüketici sorunlarına ilişkin uyuşmazlıklarda zayıf konumda olan tüketiciyi koruma amacıyla olduğu ve bu kanun hükümlerinin kamu yararı gözetilmesi sebebiyle kamu düzeninden olduğu kabul edilmelidir.

Uygulamada TKHK'nın tüketiciler lehine getirmiş olduğu korumayı etkisizleştirmek amacıyla tüketici sözleşmelerine özellikle genel işlem şartı olarak tüketici mahkemeleri ve tüketici hakem heyetlerinin görevini ortadan kaldıran tahkim hükümleri getirilmektedir. Kamu düzenine ilişkin hükümler içeren kanunun düzenleme alanına giren herhangi bir uyuşmazlık hakkında yapılacak tahkim anlaşmalarının TKHK'nın amacı da dikkate alınarak hükümsüz olacağı kabul edilmelidir²².

Tüketici mahkemelerinin görevini tespit ederken öncelikle uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinin görev alanına girip girmediğinin dikkate alınması, sonrasında ise uyuşmazlığın parasal değerinin belirlenmesi gerekir. Zira aşağıda inceleyeceğimiz üzere TKHK'da belirli tutarın altındaki uyuşmazlıkların tüketici hakem heyetlerince çözüme bağlanacağı belirtilmiştir.

²² “Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 sayılı kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22. maddesi ile tüketici sorunları hakem heyeti olarak bir hakem heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı, 23. maddesindeki bu kanunun uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması gerektiği, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulü gerekir.... Somut olayda, taraflar arasındaki paket tur tatil sözleşmesinden doğan ihtilaf, 4077 sayılı kanunun 1, 2, 3/c-f ve 23. maddeleri nazara alındığında bu yasa kapsamında kalmakta ve ihtilafi çözümede tüketici mahkemeleri görevli olduğundan, sözleşmedeki tahkim şartı geçersizdir. Uyuşmazlığın hakemler vasıtası ile çözümlenme olanağı yoktur.” Yargıtay 13. HD., 2008/6195 E., 2008/12026 K., 20.10.2008 (www.kazanci.com).

A. Tüketici Mahkemelerinin Görevine Giren Konular

1. Genel Olarak

TKHK m. 73/1 tüketici mahkemelerinin görevini “*Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.*” şeklinde belirlemiştir. Bu noktada TKHK m. 3/1-1’de “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” biçiminde tanımlanan tüketici işlemi kavramı gündeme gelmektedir. TKHK tartışmaya mahal bırakmayacak biçimde tüketici işlemi kavramını örneklerle de pekiştirerek açıklamış, her türlü sözleşme ve hukuki işlemi tüketici işlemi olarak adlandırmıştır²³.

4077 sayılı TKHK döneminde tüketici mahkemelerinin görevine giren konular Kanunda 6502 sayılı TKHK kadar açık biçimde ifade edilmediğinden yalnızca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da düzenlenmiş sözleşmelerden doğacak her türlü ihtilafın tüketici mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir görüşü doktrinde bir kısım yazarlarca savunulmuştur²⁴. Bu görüşün tüketicinin etkin biçimde

²³ Aydoğdu, Murat: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, s. 6 (Yenilikler).

²⁴ Aras, Aslı: Tüketici Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009, s. 82; “Dava, kaçak elektrik bedelinin tahsili amacıyla yapılan icra takibine vaki itirazın iptali talebine ilişkindir. Davalının dava konusu eylemi, 4077 SK kapsamında ‘tüketici işlemi’ ya da ‘hukuki işlem’ olmayıp haksız eylem niteliğindedir. 4077 Sayılı Kanundan kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunmadığından tüketici mahkemesi görevli değildir. Buna rağmen tüketici mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 4. HD., 2006/1778 E., 2006/2420 K., 09.03.2006 (www.kazanci.com); “Dava, menfi tespit ve istirdat istemine ilişkindir. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından ve uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişki, haksız fiilden kaynaklandığından, eldeki davaya genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde

korunmasına hizmet etmediği düşüncesinde olan bir kısım yazarlar ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da özel olarak düzenlenmiş konuların tüketici mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği görüşünü savunmuşlardır²⁵. 6502 sayılı yasada tüketici işlemi olarak; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık gibi sözleşmelerin sayılmış olmasının esas nedeni de 4077 sayılı yasa dönemindeki uygulamalardır. 6502 sayılı yasa ile birlikte herhangi bir sınırlama olmaksızın tüm sözleşmeler, tüketicinin taraf olması koşuluyla, tüketici işlemi olarak kabul edilecek ve bu nedenle tüketici mahkemelerinin görev alanına girecektir²⁶.

6502 sayılı TKHK'da yukarıda belirtildiği gibi tüketici mahkemelerinin görevine giren konular daha geniş tanımlanmış olsa dahi hem TKHK kapsamında yer alan hem de diğer kanunlarla bağlantısı olabilecek uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin görevli olup olmadığını tespit etmek esas problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Örnek olarak iş görme edimini konu alan eser ya da vekâlet sözleşmeleri,

bakılması gerekir.” Yargıtay HGK., 2010/4-6 E., 2010/8 K., 17.02.2010 (www.kazanci.com); “Somut uyuşmazlıkta, davacının alışveriş yapmak amacıyla davalıya ait mağazanın rafları arasında dolaştığı sırada, raftan kafasına koli düşmesi sonucu yaralandığı ve bunun üzerine eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır...Yukarıda da belirtildiği üzere sözleşme bir süreç olup, bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce de taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Bu görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi, diğer bir deyişle birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme ve koruma yükümlülükleri doğar. Bu bağlamda, davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi isteği ve bu isteğin kabulü, bir icap-kabul niteliğinde olup, hukuksal işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek amaçlanmaktadır. Bu aşamada davacının vücut bütünlüğüne, davalı veya yardımcıları tarafından verilen bu zararı, davalı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca karşılamalıdır. Olayın görev yönünden değerlendirilmesine gelince; sözleşmenin taraflarından birinin tüketici, diğerinin satıcı ve uyuşmazlığın da tüketici işlemine ilişkin olmasına göre, taraflar arasındaki uyuşmazlığın 4077 sayılı Kanun kapsamında kaldığı belirgindir.” Yargıtay HGK., 2010/13-593 E., 2010/623 K., 01.12.2010 (www.kazanci.com).

²⁵ Aslan, s. 640.

²⁶ Çabri, s. 17-18.

Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu sebeple 4077 sayılı TKHK m. 23/1 gereği Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulama alanına kural olarak dâhil değillerdir²⁷. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83. maddesinin ikinci fıkrasında; “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez*” hükmünün yer alması ve m. 3/1-1 bendinin tüketici işlemi “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” olarak tanımlaması sonucu Yargıtayın 4077 sayılı kanun dönemindeki yerleşmiş içtihadına rağmen, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereği taraflarından birinin tüketici olduğu eser sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinde görülebilecektir²⁸.

Tüketici mahkemelerinin görevli olduğu uyuşmazlıklarda karşı davanın açılması usulü de özellik göstermektedir. Açılmış ve görülmekte olan bir davada, davalının aynı mahkemede, davacıya karşı açtığı davaya, karşı dava denilmektedir²⁹. Asıl davanın görüldüğü mahkeme özel yetkili bir mahkeme ise, açılacak karşı davanın da bu mahkemede görülmesi gerekmektedir³⁰. Öte taraftan asıl dava bir genel mahkemenin, karşı dava

²⁷ “Yasada kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri olağan tüketim işleri kapsamına alınmıştır. Aksinin düşünülmesi halinde üst düzey teknolojiyle gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin dahi yasa kapsamında kaldığının ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların da ‘yasanın amacına rağmen’ tüketici mahkemelerinde bakılması gerekeceğinin kabulü icap eder. Bundan dolayı somut olayda olduğu gibi istisna (eser) sözleşmelerinden doğan ilişkilerde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerinin uygulanması hukuken olanaklı değildir.” Yargıtay 15. HD., 2005/7349 E., 2005/7115 K., 27.12.2005 (www.kazanci.com).

²⁸ Aydoğdu, s. 7; Çabri, s. 18-19.

²⁹ Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt 4, Sevinç Matbaası, Ankara, 1982, s. 458; Postacıoğlu, İlhan E. / Altay, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 454; Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s. 503 vd.

³⁰ Sungurtekin-Özkan, Meral: Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup

ise özel mahkeme olarak tüketici mahkemesinin görev alanına giriyorsa bu durumda genel mahkemede dava açılmayacak, tüketici mahkemesinde bağımsız bir dava açmak gerekecektir³¹.

Ayrıca TKHK’da düzenlenmiş bir uyuşmazlık olsa dahi tüketici mahkemelerinin görevli olmadığı uyuşmazlıklar da bulunmaktadır. Örneğin TKHK kapsamında hükmedilen idari yaptırımlara karşı m. 78/2 gereği 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulması gerekmektedir.

Tüketici mahkemelerinin görevli olduğu uyuşmazlıklara ilişkin genel düzenlemeler bu şekilde olmakla birlikte doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında hem tüketici mahkemelerinin hem de bir başka genel veya özel mahkemenin görevli olduğu düşünülebilecek birkaç uyuşmazlık konusunu aşağıda inceleyeceğiz.

2. Özel Durumlar

a. Taşınmazlara İlişkin Uyuşmazlıklar

Hangi malların TKHK kapsamında olduğu kanunun tanımlar başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının h bendinde sayılmıştır. Buna göre “*Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar*” bu kanunun tüketiciye tanıdığı koruma kapsamında yer almaktadır. Ek olarak ayıplı ifade tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklarından onarım hakkını seçmesi halinde konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ayıbın hangi sürede giderileceği TKHK m. 11/4’te ayrıca belirtilmiştir. Bu sebeple konut veya tatil amaçlı satın alınan taşınmazlarda ortaya çıkan ayıplardan doğan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde görüleceği söylenebilir³². Konut

Bulunmadığı Meselesi, (YD 1990/4, s. 471-489), s. 229; Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 545; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 525.

³¹ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 536.

³² “Davacı; dilekçesinde, davalı B. İnşaat Ticaret Kolektif Şirketinin yaptığı binadan konut amaçlı daire satın aldığını, bu nedenle satın alınan dairenin tapusunun iptali ile adına tescilini istemiştir. Davaya konu inşaatın yapıldığı taşınmaz, 14816 parsel numarası ile davalı şirketin de paydaşı olduğu arsa olup davalı şirket arsada pay sahibi olduğu gibi, somut olayda aynı zamanda binanın yapımını da üstlenmiş olup olayda yapsatçı durumundadır. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasada değişiklik yapan 4822 Sayılı Yasanın 3/c maddesindeki ‘konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar’ da

veya tatil amaçlı taşınmaz mallara özel bir başka düzenlemeye TKHK m. 12’de zamanaşımı bakımından yer verilmiş, ayıplı maldan sorumluluğun konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda taşınmazın teslim tarihinden itibaren en az beş yıl olduğu belirtilmiştir.

TKHK m. 40’ta ön ödemeli konut satış sözleşmeleri “*tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Bu sözleşme türü gerek TKHK’da bizzat düzenlenmiş olması gerekse bu tip sözleşmelerde satın alan kişinin tüketici sıfatına sahip olması nedenleriyle doğacak uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli olacaktır. Örneğin tüketici taşınmazın bedelini sözleşmeye uygun biçimde satıcıya ödemiş olmasına rağmen taşınmazın tüketiciye devredilmemesi halinde açılacak tescile zorlama davasında görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır.

Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmetleri sözleşmesi TKHK m. 50’de düzenlenmiştir. Buna göre “*bir yıldan uzun süre için kurulan ve tüketiciye bu süre zarfında birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik konaklama imkânı veren sözleşmeler*” devre tatil

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa kapsamına alındığından aynı yasanın 23. maddesine göre, anılan yasanın uygulanması ile ilgili olarak çıkacak her türlü uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde görüleceği açık hükmü karşısında, somut olayda uyuşmazlığın çözümü için Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açılmayacağı nedeniyle görevsizlik kararı verilecek yerde göreve ilişkin kural gözden uzak tutularak davaya bakılması yasaya aykırı bulunduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 14. HD., 2004/7853 E., 2005/1583 K., 07.03.2005 (www.kazanci.com); “Olayda, davacı davalının yaptığı taşınmazda daireyi kaba inşaat halinde satın almış eksik işleri tamamlamış ancak tapu devri yapılmamıştır. Davacı, yaptığı işler tutarını talep etmektedir. Buna göre, taraflar arasındaki ilişki 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığından ve anılan yasanın 23. maddesine göre bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara bakmaya tüketici mahkemesi görevli olduğundan, görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilmesi gereği karşısında mahkemece, ayrı bir tüketici mahkemesi var ise görevsizlik kararı verilmesi ayrı bir tüketici mahkemesinin bulunmaması halinde ise ara kararı ile davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakıldığına karar verilmesi gerekir.” Yargıtay 13. HD., 2004/18641 E., 2005/6430 K., 14.04.2005 (www.kazanci.com).

sözleşmesidir. Devre tatil sözleşmeleri yapısı gereği bir taşınmazı konu edinecektir. Yukarıdaki gerekçelerle bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda da tüketici mahkemeleri görevli olacaktır³³.

Uygulamada çokça karşılaşılan sözleşme tiplerinden biri olan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar 4077 sayılı TKHK döneminde arsa malikinin tüketici olarak kabul edilmemesi sebebiyle tüketici mahkemelerinin görev alanına girmemekteydi. Fakat 6502 sayılı TKHK m. 73/1'de tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu açık biçimde ifade edildiğinden artık bu tip uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiği söylenebilir³⁴. Arsa malikinin kendi payına düşen bağımsız bölümler üzerinde tasarrufla bulunduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar karşı taraf tüketici sıfatına sahip olsa dahi arsa maliki yüklenici konumunda

³³ “Taraflar arasında düzenlenen 19.1.1999 tarihli Ilgaz M.R. Üyelik Sözleşmesi 4822 sayılı kanunla değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6/B maddesinde tanımlanan devre tatil sözleşmesi olup, somut olayda davalı satıcının davacı alıcıya hizmet satmayı üstlendiği ve taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır. 4077 sayılı yasanın 23. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 13. HD, 20.01.2004 tarih ve 2003/11144 E. 2004/376 K. sayılı kararı; “Somut uyuşmazlıkta davacı ile davalı arasındaki devre mülk satışına ilişkin sözleşme imzalandığı, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.” Yargıtay 13. HD-13.11.2014 - 40070/35769 (www.kazanci.com).

³⁴ “Somut uyuşmazlıkta, davalı müteahhit olup, davacı ile davalı arasında mülga 4077 sayılı kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tanımlanan şekilde satış sözleşmesi ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Mülga 4077 sayılı Yasanın 23. maddesi ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/1 maddesinde, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu öngörülmüş olup, davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir.” Yargıtay 13. HD, 13.10.2014 -2013/29698-2014/31024 (www.kazanci.com).

olmadığından tüketici mahkemelerinin görev alanı dışında kalmaktadır³⁵. Bu doğrultuda kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenici tarafı ile üçüncü kişiler arasında kurulacak taşınmaz satış sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli olacaktır³⁶.

³⁵ Özdamar, Naci: Tüketici Haklarına Genel Bir Bakış, İBD Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Özel Sayı No: 6, Kasım 2007, s. 50; “Dosya içerisinde toplanan tüm deliller, kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve tüm dosya içeriğine göre, dava konusu bağımsız bölümün davacı tüketiciye davalı arsa sahibi İsmail Dumankaya tarafından satıldığı, arsa sahibinin 4077 sayılı Kanun 3/f maddede belirtilen satıcı olarak kabul edilemeyeceği, arsa sahibinin bu işlemi arızı olarak yaptığı, taraflar arasındaki ilişkinin ticari ve mesleki amaçlı satış kapsamında sayılamayacağı anlaşıldığından, Mahkememizin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine, karar kesinleştiğinde ve süresinde müracaat halinde dosyanın HUMK 1, 7; TTK. 4, 5 maddeleri uyarınca görevli ve yetkili Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 7. HD, 2010/37 E. 2010/202 K. (www.kazanci.com).

³⁶ “Önemle vurgulanmalıdır ki, konut alım satımına dair uyuşmazlıkların 4077 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi için mutlaka yapılmış veya kat mülkiyeti oluşturulmuş bir konutun alım-satımına konu olması gerektiği gibi, bir an gerektiğinin kabul edilmesi halinde dahi bu husus 4077 sayılı Kanunun amacına da aykırıdır. Nitekim açıklanan ilkeler Hukuk Genel Kurulu’nun 05.10.2005 gün ve 2005/14-490 E. 563 K., 14.12.2005 gün ve 2005/13-637 E. 731 K., 15.11.2006 gün ve 2006/13-644 E. 2006/707, 31.01.2007 gün ve 2007/13-60 E. 45 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir. Somut olaya gelince; davalı yüklenici ile dava dışı arsa maliki arasındaki sözleşme, eser sözleşmesi olup; imal edilecek konutlar henüz tamamlanmadan satış sözleşmeleri ile davacılara satılmıştır. Şu durumda davacılar ile davalı arasındaki sözleşme hukuki nitelikçe satış sözleşmesi olup, eser sözleşmesi değildir. Dava konusu inşaat tamamlanmadan veya kat mülkiyeti oluşturulmadan konut olarak kullanılmak üzere ticari ve mesleki olmayan amaçla bağımsız bölümleri satın alan davacıların, yukarıda ayrıntısıyla açıklanan yasal hükümler karşısında tüketici; davalının da satıcı sıfatını taşıdığı açıktır. Dolayısıyla tüketici ile satıcı arasındaki hukuki işlem de tüketici hukuku işlemidir. Tüketici hukuku; tüketicinin taraflardan birisini oluşturduğu her türlü tüketici işlemi kapsadığına göre; davacının bu sıfatla yaptığı işlem de tüketici hukuku kapsamında ve onun koruması altındadır. Diğer yandan eldeki davanın, eser sözleşmesinin tarafları olan arsa sahibi ile yüklenici arasında görülen bir dava olmadığı da belirgindir. Bu nedenle uyuşmazlığın, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olduğu ve bu Kanuna göre çözümü gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır. Anılan

Son olarak TKHK m. 32’de düzenlenen konut finansmanı sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların da tüketici mahkemelerinin görev alanına dâhil olduğunu belirtmek gerekir.

b. Sözleşmenin İfasına İlişkin Uyuşmazlıklar

Tüketici sözleşmelerinin ifasına ilişkin uyuşmazlıklar sözleşmenin ayakta olup olmamasına göre iki ihtimal dâhilinde incelenebilir. Sözleşmenin sona erdirildiği hallerde hangi mahkemenin, sözleşmenin sona erdirilmediği hallerde hangi mahkemenin görevli olacağı somut uyuşmazlık kapsamında farklılık göstermektedir.

Öncelikle sözleşmenin sona erdirilmediği hallerdeki uyuşmazlıklarda görevli mahkemeyi inceleyeceğiz. Burada da sözleşmede tüketicinin yahut satıcı ya da sağlayıcının borcunu ifa etmemesinden doğan uyuşmazlıkları ayrı ayrı incelemek gerekecektir³⁷.

Satıcı ya da sağlayıcının borcunu ifa etmemesinden doğan uyuşmazlıklar kural olarak tüketici mahkemelerinin görevine dâhildir. Zira TKHK’nın amacı tüketicinin menfaatini korumaktır ve tüketici

Kanunun 23. maddesinde; bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü uyuşmazlıklara tüketici mahkemelerinde bakılacağı, hükme bağlanmıştır. O halde, taraflar arasındaki ilişkinin, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenle davaya bakmanın tüketici mahkemesinin görev alanında olduğu gerekçesiyle verilen direnme kararı usul ve yasaya uygun ve yerindedir.” Yargıtay HGK, 2010/15-560 E. 2010/589 K., 10.11.2010 (www.kararara.com); “Davada, davalılar arasındaki arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca davalı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümün yükleniciden satın alındığı iddiasıyla tescilli istenmiştir. İddia şekline göre; davacının konut olan bu yeri oturmak amacıyla satın aldığı anlaşılmaktadır. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasada değişiklik yapan 4822 Sayılı Yasanın 3/c maddesi ile ‘konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar’ da tüketicinin korunması hakkındaki yasa kapsamına alınmıştır. Aynı yasanın 23. maddesi uyarınca tüketicinin korunması hakkındaki yasa uygulamasından kaynaklanan her türlü uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde görülmesi gerekir. Açıklanan bu olgu karşısında, mahkemece ayrı bir tüketici mahkemesi varsa görevsizlik kararı verilmesi yok ise davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılarak karar verilmesi yerine asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması bozma nedenidir.” Yargıtay 14. HD, 2006/3045 E. 2006/7458 K., 27.06.2006 (www.kazanci.com).

³⁷ Tek, s. 149.

mahkemeleri de bu nedenle kurulan (ihdas edilen) mahkemelerdir. Satıcı ya da sağlayıcının tüketici sözleşmesinde borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde, örneğin satılanın ayıplı olmasından doğan uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinde görülecektir³⁸.

Tüketici sözleşmelerinde tüketicinin borcunu ifa etmemesi yani sözleşme konusu mal veya hizmet karşılığı ödemesi gereken ücreti ödememesi halinde doğan uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin görevli olduğuna dair Yargıtayın farklı kararları bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay bir kararında abonelik sözleşmelerinde tüketicinin borcunu ifa etmemesi yani almış olduğu hizmetin karşılığını ödememesinden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu ifade etmiştir³⁹. Bankaların kredi alacaklarından doğan davaların da Yargıtaya göre tüketici mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir⁴⁰.

³⁸ “Bir hukuki işlemin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldırılmasının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davalının (satıcı) davacıya (alıcı) elektrik sattığı ve taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldırıldığı anlaşılmaktadır. 4077 sayılı yasanın 23. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldırılmasına göre davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re’sen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Mahkemece ayrı bir tüketici mahkemesi varsa görevsizlik kararı verilmesi yok ise davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13. HD, 06.11.2008, 2008/6128 E, 2008/13130 K (www.kazanci.com).

³⁹ “Bir hukuki işlemin 4077 sayılı Yasa kapsamında kaldırılmasının kabul edilmesi için, yasanın amacı içerisinde yukarıda da tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut olayda abonelik sözleşmesinin ticari (işyerine) ait olup olmadığı tespit edilememiştir. Bu husus kesin olarak açıklığa kavuşturulmadan eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. Mahkemece, davalı adına yapılan aboneliğin işyerine mi, meskene mi ait olduğu etraflıca araştırılıp bu yönde taraf delilleri toplandıktan sonra, aboneliğin ticari işyerine ait olduğunun tespiti halinde genel mahkemelerin görevli olduğu, aksi takdirde tüketici mahkemelerinin görevli bulunduğu gözetilerek uygun sonuç çerçevesinde karar verilmelidir.” Yargıtay 3. HD, 03.05.2007,

Tüketici hakem heyeti ya da tüketici mahkemesine başvurulmaksızın tüketici aleyhine başlatılan icra takibine tüketicinin itirazı üzerine satıcı tarafından açılacak itirazın iptali davasının da Yargıtaya göre tüketici mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir⁴¹.

Sözleşmenin sona erdirildiği hallerde tazminat talepleri Yargıtayca ifaya ilişkin uyuşmazlıklar çerçevesinde ele alınmaktadır. Satıcının borca aykırı davranışı ile temerrüde düşmesi, tüketicinin de seçimlik haklarından sözleşmenin feshi seçeneğini kullanıp satıcıdan tazminat talep etmesinden doğan uyuşmazlıklarda Yargıtay, tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmektedir⁴².

2007/6878 E, 2007/7203 K (www.kazanci.com); “Sunulan hizmetten ‘mesleki amaçla’ yararlanılan doğalgaz abonesi davalı Dekanlık, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında tüketici kavramına girmediğinden doğalgaz tüketim bedelinin icra yoluyla takibine yapılan itirazın iptali davasında görevli mahkeme tüketici mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemesidir.” Yargıtay 13. HD, 30.12.2004, 2004/11573 E, 2004/19219 K (www.kazanci.com).

⁴⁰ Çabri, s. 19-20; Tek, s. 149-150; 19. HD, 14.02.2005 tarih ve 7287/1190 sayılı kararı; 11. HD, 06.12.2004, 2391/11921 sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com).

⁴¹ “Davacı, davalı şirket tarafından inşa edilen binadan daire satın aldığını, dairenin zamanında teslim edilmediğini ileri sürerek kira kaybı olarak ödenmesi gereken miktarın tahsili için yaptığı icra takibine vaki itirazın iptalini istemiştir. Mahkemece, (sulh hukuk mahkemesi) davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Bir hukuki işlemin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde kanunda tanımlanan taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davacı ile davalı şirket arasında konut alım satımına ilişkin sözleşme imzaladığı, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır. 4077 sayılı yasanın 23. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir.” Yargıtay 13. HD, 2.9.2014-24683-24512 (www.kazanci.com).

⁴² Tek, s. 150; Yargıtay 3. HD, 22.05.2002 tarih ve 5392/5974 sayılı kararında, taraflar arasındaki 30 yıl için akdedilmiş devre tatil sözleşmesinin feshi sonucunda ödenen paraların iadesi için tüketici mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir. Kararda, bir tarafın satıcı, diğer tarafın tüketici

c. Sözleşmenin Geçersizliğine İlişkin Uyuşmazlıklar

TBK’da şekle aykırılık (m. 12), sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, genel ahlâka veya kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olması (m. 27), sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarında sakatlık bulunması, irade beyanlarının muvazaalı olması (m. 19) ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gabin bulunması (m. 28) geçersizlik nedenleri olarak düzenlenmiştir⁴³.

TKHK’da sözleşmenin geçerlilik şartlarına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple ehliyetsizlik; sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, genel ahlâka veya kişilik haklarına aykırılığı ya da imkânsız olması; sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarındaki sakatlık ya da irade beyanlarının muvazaalı olmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar genel mahkemelerin görev alanına girecektir. Bununla birlikte tüketici sözleşmelerinin gabin sebebiyle iptali konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiği yönünde Yargıtay kararları bulunmaktadır. Yargıtayın tüketici sözleşmelerinin gabin sebebiyle iptali talebinin tüketici mahkemesine yöneltilmesi gerektiği görüşünün gerekçesi olarak burada TKHK’nın uygulama alanına giren bir uyuşmazlık bulunduğu ifade edilmektedir⁴⁴.

olmasından yola çıkılarak; uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girdiği sonucuna varılmıştır (www.sinerjimevzuat.com).

⁴³ Oğuzman, Mustafa Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 204-211; Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 344-356; Dural, Mustafa / Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, C. I, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012, s. 207-214; Gabin halinde sözleşmenin hükümsüz kılınacağı yahut iptal edilebileceği hakkında detaylı inceleme ve tartışmalar için bkz. Aslan, Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları Ve Hukuki Sonuçları (BK. m. 21), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2003, s. 86 vd.

⁴⁴ Tek, s. 148’den naklen: “Yargıtay 3. HD, 08.10.2001 tarih ve 8675/8803 sayılı kararı gereğince, gabin sebebi ile iptal edilmiş halı yıkama makinesine ilişkin taksitle satış sözleşmesinde ödemelerin iadesine ilişkin uyuşmazlıkta tüketici mahkemesi görevlidir.”; “Yargıtay 13. HD, 17.05.2005 tarih ve 2236/8413 sayılı kararında, tıp fakültesinde ameliyat edilecek oğlunun ameliyatında kullanılmak üzere davalı şirketten 3578 dolar karşılığı satın

Sözleşmenin geçersizliğiyle ilgili son olarak TKHK'nın çeşitli hükümlerinde sözleşmenin şekline ilişkin düzenlemelerin yer aldığı belirtilmelidir. Örneğin TKHK m. 41 ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinin tapuda tescil edilmesini satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılmasını emretmiş, ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde resmi şekil aramıştır. Şekle aykırılıktan doğan uyuşmazlıklar hakkında Yargıtayın geçersiz sözleşmelerin TKHK kapsamında ele alınamayacağı gerekçesiyle tüketici mahkemelerinin görevli olmadığı yönünde kararları⁴⁵ bulunsa da güncel kararlara bakıldığında şekle aykırılık hallerinde dahi esasen TKHK kapsamında bir uyuşmazlık mevcut ise tüketici mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmektedir⁴⁶.

almak zorunda kaldığı tıbbî malzemenin, Maliye Bakanlığı ile ilgili firmalar arasındaki protokol uyarınca 2399 dolar olarak belirlendiğini ileri süren ve gabin sebebi ile oluşan zararını talep eden tüketicinin açtığı davanın, tüketici mahkemelerinin görev alanına girdiğini kabul etmiştir (www.sinerjimevzuat.com).”

⁴⁵ Yargıtay 13. HD, 04.01.2006 tarih ve 15059/76 sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁴⁶ “Bir hukuki işlemin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davacı ile davalı yüklenici İ... Ltd. Şti arasında 4077 sayılı yasa tanımlanan şekilde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, dairemizin içtihatlarına atf ile ‘sözleşmenin geçersiz bulunduğu, bu nedenle bir tüketici işleminin bulunmadığı’ gerekçesi ile görevsizlik kararı verildiği anlaşılmış ise de; Dairemizin son zamanlardaki uygulamalarına göre; tüketiciler ile yükleniciler arasında gerçekleşen harici satış vaadi sözleşmelerinde sözleşmenin geçerli olup olmadığına bakılmaksızın, tüketici mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmektedir. Hal böyle olunca, taraflar arasındaki uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığı anlaşılmış olmasına göre davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece işin esası incelenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir.” Yargıtay 13. HD, E. 2011/6054 K. 2011/11003 T. 4.7.2011 (www.kazanci.com).

d. Mutlak Ticari Davalara İlişkin Uyuşmazlıklar

Tüketici hukukunun temelini tüketici ve tüketici işlemi oluşturmaktadır. Tüketici, bir mal ve hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan kişi olarak tanımlanmaktadır. Tüketicinin işlem yaptığı karşı taraf, özelliklerine göre bazen satıcı, bazen kredi veren, bazen sağlayıcı, bazen de bunların hepsini kapsayacak şekilde “ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden” veya “sözleşmeyi düzenleyen” gibi ifadelerle anılan gerçek ya da tüzel kişiler oluşturmaktadır⁴⁷. Bu bakımdan tüketici mahkemesinin görevli olduğundan söz edebilmek için her şeyden önce uyuşmazlığın tüketici işlemi kapsamında olması gerekmektedir. Ticari dava mahiyetindeki uyuşmazlıklar tüketici mahkemesinin görevi dışında kalmaktadır⁴⁸.

Mutlak ticari davalar TTK m. 4’te sayılmıştır. Buna göre, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK’da öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari davadır. Örneğin uyuşmazlık konusunun bono, çek veya poliçe olduğu davalar, taraflar tacir olmasalar dahi, ticari davadır⁴⁹. Tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK’da düzenlenen konulardan doğan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava niteliğinde olduğundan bu davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir (TTK m. 5). Bununla birlikte TKHK m. 83/2’de “*taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*” hükmü yer almaktadır. 4077 sayılı TKHK’den farklı olarak artık taraflardan birinin tüketici olduğu her türlü tüketici işlemi örneğin; bankacılık işlemine dayalı alacak, talep olmadan murisin adına kredili mevduat hesabı açılması sebebiyle uğranılan zararın tazmini açılan hesabın kapatılması istemi, bankaya teslim edilen zati ziynet eşyasının

⁴⁷ Güleç, Nuri: 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Hakem Heyetlerine İlişkin Tüketici Hukuku Ve Usul Uygulamaları, Ankara Barosu Eğitim Merkezi, Ankara, 2013, s. 2.

⁴⁸ “Kullanılan kredi ticari araç alımına ilişkin olup düzenlenen sözleşmenin de ticari nitelikli Genel Kredi Sözleşmesi olması ve nihayet uyuşmazlığın niteliği tüketici mahkemesi ile ticaret mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlığı bakımından görevsizlik kararı verilmiş olmasında da bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Yargıtay 11. HD, E. 2001/8035, K. 2002/325, Tarih: 21.01.2002 (www.kazanci.com).

⁴⁹ Kuru, Medeni Usul Hukuku, s. 91.

zarara uğraması, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan ölüm tazminatının tahsili, haksız olarak alınan bireysel kredi taksitinin iadesi ve kalan taksitlerin iptali istemi, TTK'nın 856 vd. maddelerinde düzenlenen taşıma sözleşmesinden kaynaklanan tazminat davaları tüketici mahkemelerinin görevi kapsamında yer alacaktır⁵⁰. 6502 sayılı TKHK ile birlikte tüketicinin taraf olduğu bütün hukuki işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme tüketici mahkemeleri olarak düzenlenmiştir. TKHK m. 83/2, tüketici işlemi konusunda taraflardan birinin tüketici olmasını yeterli görerek tüketici mahkemelerinin görevine ilişkin diğer kanunlardaki aksine hükümlerin uygulanmayacağını belirtmektedir⁵¹.

e. Avukat ile Müvekkil Arasındaki Uyuşmazlıklar

4077 sayılı TKHK döneminde avukat ile müvekkil arasındaki uyuşmazlıkların genel mahkemelerin görevine dâhil olduğu kabul

⁵⁰ Güleç, s. 2.

⁵¹ Çabri, s. 1044; “28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesi, tüketici işleminin kapsamını esaslı biçimde değiştirmiş, aynı Kanunun 83/2. maddesi ise ‘Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile diğer kanunlarda düzenleme yapılması bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.’ diyerek kanunun uygulama alanını daha da genişletmiştir. 6502 sayılı Kanunun 3. maddesinde ‘Tüketici işlemi; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere kurulan her türlü sözleşme ve işlemi kapsar.’ şeklinde yeniden tanımlanmıştır. Bu hüküm mülga 4077 sayılı Kanunun 3/h bendindeki tüketici işlemi tanımından daha kapsamlıdır. Bundan böyle, 6502 sayılı Kanunun tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamaların tüketici mahkemelerinde çözümünü öngören 73. maddesi hükmü ile içeriği az yukarıda yer alan 83/2. maddesinin açık hükmü nedeniyle yukarıda sayılan sözleşme ve işlemler tüketici mahkemesinin görev alanına girmiştir. Somut olayda, davacılar, murisi ile davalı arasında imzalanmış olan hayat sigortasından kaynaklanan alacağın tahsilini talep etmiş olup, dava tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3, 73/1 ve 83/2 maddeleri uyarınca sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan davalara bakma görevinin tüketici mahkemelerine ait olduğu nazara alındığında uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.” Yargıtay 20. HD, E: 2015/14498, K: 2015/12180, Tarih: 03.12.2015 (www.emsalyargi.com).

edilmekteydi⁵². 6502 sayılı TKHK m. 3/1-1'de tanımlanan tüketici işlemleri arasında vekâlet sözleşmesi de özel olarak sayılmıştır. Bir hukuki işlemin TKHK'da düzenlenmiş olması tek başına o işlemde kaynaklanan her uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesi sonucunu doğurmaz⁵³. Aynı zamanda işlemin tüketici işlemi olması ve

⁵² Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s. 1007-1008; Çabri, s. 17-18; “Davacı avukat olduğunu, davalı adına işçilik alacakları için iş mahkemesinde tazminat davası açtığını, kısmen kabulüne karar verildiğini, davalının kendisini vekâletten azlettiğini ve ücretinin ödenmediğini, başlatılan icra takibine de haksız itiraz edildiğini öne sürerek, itirazının iptaline ve takibin devamına, %40 icra inkâr tazminatının tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı, davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, iş mahkemesinin görevli olduğu gerekçesi ile mahkemenin görevsizliğine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı avukat bu davada, davalının vekili sıfatıyla davalı adına takip ederek sonuçlandırdığı dava dolayısıyla ödenmeyen vekalet ücret alacağının tahsilini istemiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık vekalet akdinden kaynaklanmaktadır. Bu durum karşısında davanın çözüm yeri genel mahkemedir. Mahkemenin bu yönü göz ardı ederek yazılı şekilde davanın görev yönünden reddine karar vermesi doğru değildir. O halde mahkemece işin esası incelenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13. HD., 23.1.2013, 2012/19704-2013/1150; “Mahkemece, davanın vekalet ücret sözleşmesine dayalı olduğu, sözleşmeye konu davaların başka mahkemelerde görülüp karara bağlandığı, ücret sözleşmesine yönelik davaların HUMK.nun 15. maddesi doğrultusunda asıl davanın görüldüğü mahkemelerde görülme zorunda olan davalardan olduğu gerekçesiyle mahkemenin görevsizlik ve yetkisizliğine, dosyaların ilgili mahkemelere gönderilmesine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. HUMK. 15. maddesi bir dava münasebetiyle iki taraf arasındaki vekâlet ücreti ve masraflara ilişkindir. Oysa inceleme konusu dava, vekili ile müvekkili arasında vekâlet ücretinden doğan alacağın tahsili isteği ile ilgili olduğundan bu davada HUMK'nun 15. maddesi uygulanamaz. Bu davaya bakmaya miktar itibariyle Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir. Mahkemece işin esasına girilip taraf delillerine göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13. HD., 16.4.2009, 2008/15869 - 2009/5374 (www.kazanci.com).

⁵³ “Vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların 6502 sayılı yasa kapsamında olması için mutlak surette taraflardan en az birisinin tüketici vasfını taşıması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davalı kooperatif, tüketici yasasında tanımı yapılan tüketici kapsamında olmadığından, taraflar

tarafından birinin tüketici olması gerekmektedir⁵⁴. Tüketicinin mesleki ve ticari olmayan amaçla avukata vekâlet vermesi aranan şartları sağladığından bu işlemde doğacak uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinin görevine girecektir⁵⁵.

arasındaki ilişkinin 6502 sayılı Yasa kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır.” Yargıtay 13. HD., 2014/40852 E., 2014/34627 K., 06.11.2014 (www.kazanci.com); “Eldeki davada, davalı şirket, davalı avukatın vekalet görevini kötüye kullanarak bilgisi haricinde karşı tarafla sulh olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiyle eldeki davayı açmıştır. Davacı ticari şirket olup 6502 sayılı yasa tanımlanan tüketici vasfını taşımamaktadır. Vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların 6502 sayılı yasa kapsamında olması için mutlak surette taraflardan en az birisinin tüketici vasfını taşıması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davacı şirket, tüketici yasasında tanımlanan tüketici kapsamında olmadığından, taraflar arasındaki ilişkinin 6502 sayılı yasa kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır.” Yargıtay 13. HD., 2014/43747 E., 2014/40101 K., 15.12.2014 (www.kazanci.com).

⁵⁴ “Ankara 2. Tüketici Mahkemesi’nce; 6502 sayılı Yasa’nın 3/1-1.ncü maddesi uyarınca ‘vekâlet’ ilişkisi tüketici işlemleri arasında sayılmakla birlikte Avukatlık Ücret Sözleşmesi’nin kendine özgü niteliği ve bu itibarla da sözleşmenin taraflarının ‘tüketici’ kavramı içinde değerlendirilmesinin mümkün olmaması nedeniyle davaya bakma görevinin Asliye Hukuk Mahkemesine ait olduğundan bahisle: Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi ise söz konusu vekalet ilişkisinde davalı tarafın ticari veya mesleki amaç ile hareket etmediği, bu itibarla her iki tarafın da tüketici konumunda olduğundan yargılama görevinin 6502 sayılı Kanun’un 73.ncü maddesi uyarınca Tüketici Mahkemelerine ait olduğundan bahisle, görevsizlik kararları verilmiş ve her iki hüküm de yargı yoluna başvurulmaksızın kesinleşmiştir. Yapılan incelemede, Avukatlık Ücret Sözleşmesi’nin Avukatlık Kanunu’nda özel olarak düzenlenmesi, aynı Yasa’da Avukatlık mesleğinin kamu görevi olarak vasıflandırılması ve ücret sözleşmesinin kendine özgü niteliği birlikte değerlendirildiğinde sözleşmenin taraflarının 6502 sayılı Yasa’da belirtilen ‘tüketici’ olarak kabulü mümkün değildir.” Ankara Bölge Adliye Mah. 27. HD., 2016/19 E., 2016/15 K., 10.10.2016 (www.karartek.com).

⁵⁵ Çabri, s. 19-20; “Dosya kapsamından, taraflar arasında düzenlenen vekâlet sözleşmesi uyarınca ödenmeyen avukatlık ücretinin tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptali talep edilmektedir. Davanın yukarıda belirtilen niteliği ve tarafların yargılama sırasındaki iddia ve savunmaları değerlendirildiğinde, Davacının 6502 sayılı Kanunda belirtilen ‘tüketici’ tanımına girdiği anlaşılmakla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp,

f. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa culpa in contrahendo sorumluluğu denilmektedir. Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan biri kusurlu davranışlarıyla karşı tarafı zarara uğrattırsa bu davranışının doğurduğu sonuçları yüklenmelidir. Bu kişilere karşı sorumluluk yollarına başvuracak kimselere haksız fiil sorumluluğundan daha kapsamlı bir koruma sağlayacak sorumluluk türü olarak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo sorumluluğu) esası kabul edilmiştir⁵⁶

Tüketici hukukunun temelini tüketici sözleşmeleri oluşturmakla birlikte yalnızca tüketici sözleşmeleri değil, tüketici sözleşmesi üzerinde anlaşmaya varılmadan önce, sözleşmenin kuruluşu sırasında ve tarafların iradelerinin karşılıklı uyuşmasından sonra gerçekleştirilen uygulamalar da TKHK'nın kapsamına dâhil olmaktadır. Sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafın tüketiciye karşı gerçekleştirmiş olduğu kusurlu hareketi haksız fiil olarak değerlendirilebilir ancak TKHK'nın tüketiciyi koruma anlayışı göz önünde tutularak bahse konu hareketten doğan uyuşmazlığın sözleşme öncesi sorumluluk ilkeleri doğrultusunda çözülmesi daha uygun olacaktır. Hareketin haksız fiil olarak değerlendirilmesi halinde iddia ve ispat yükü davacı tüketicide olacaktır.

sonuçlandırılması gerekmektedir.” Yargıtay 17. HD., 2014/24250 E., 2014/19620 K., 25.12.2014 (www.kazanci.com); “Somut uyuşmazlıkta davalı şirket, tüketici yasasında tanımı yapılan tüketici kapsamında olmadığından, taraflar arasındaki ilişkinin 6502 sayılı yasa kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamı dışında kaldığına göre davaya bakma hususunda genel mahkemeler görevlidir. Eldeki davada Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında bulunmadığından mahkemenin işin esasına girerek hasil olacak sonuca uygun karar vermesi gerekir. Mahkemece, değinilen bu yön gözetilerek işin esasına girilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13. HD., E., 2015/2251, K., 2015/5111, 23.2.2015 (www.kazanci.com).

⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, 5. Baskı, İstanbul 2009, s. 249; Oğuzman, Mustafa Kemal / Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2010, s. 35, 322; Serozan, Rona: Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarının Sözleşme Sorumluluğu İle Kapatma Eğilimi, Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 717.

Görevli mahkeme uyuşmazlığın konusuyla ilgili olarak genel mahkemeler olacaktır. Oysa söz konusu hareketin sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında olduğunun kabulü halinde kusursuzluğunu ispat yükü altında olan satıcı / sağlayıcı olacaktır. Görevli mahkeme ise tüketici mahkemesi olacaktır⁵⁷.

B. Parasal Sınır

TKHK belirli bir parasal sınırın altındaki tüketici uyuşmazlıklarının tüketici hakem heyetinde görülmesi gerektiğini düzenlemiştir. 4077 sayılı TKHK döneminde tüketici hakem heyetine yapılacak başvuruların ikiye ayrılabilmesi; bunlardan ilkinin, kanunda ön görülen parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklar olduğu, bu uyuşmazlıklar bakımından tüketici hakem heyetine başvurunun zorunlu olduğu ve heyetin verdiği kararların icra kabiliyetine sahip olduğu söylenmekteydi. Ayrıca Kanunda öngörülen meblağı geçen uyuşmazlıklar bakımından ise, tüketici hakem heyetine başvurunun ihtiyarî olduğu; bu ihtimalde heyetin kararlarının ilâmların icrası yolu ile yerine getirilebilme kabiliyetinin olmadığı, bu kararların ancak tüketici mahkemesinde delil olarak ileri sürülebileceği söylenilmekteydi⁵⁸. 6502 sayılı TKHK m. 68/1’de başvurulardaki parasal sınır “*Değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki*

⁵⁷ “Davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi isteği ve bu isteğin kabulü, bir icap-kabul niteliğinde olup, hukuksal işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek amaçlanmaktadır. Bu aşamada davacının vücut bütünlüğüne, davalı veya yardımcıları tarafından verilen bu zararı, davalı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca karşılamalıdır. Olayın görev yönünden değerlendirilmesine gelince; sözleşmenin taraflarından birinin tüketici, diğerinin satıcı ve uyuşmazlığın da tüketici işlemine ilişkin olmasına göre, taraflar arasındaki uyuşmazlığın 4077 sayılı Kanun kapsamında kaldığı belirgindir.” Yargıtay HGK., 2010/13-593 E., 2010/623 K., 01.12.2010 (www.kazanci.com).

⁵⁸ Ermenek, İbrahim: Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 566; Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Görev Alanı Sorunu, İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Kasım 2007, s. 4.

bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.” biçiminde düzenlenmiştir. Buna göre artık kanunda öngörülen sınırın üzerindeki uyuşmazlıklar için ihtiyari de olsa tüketici hakem heyetlerine başvuruda bulunmak mümkün olmayacaktır⁵⁹. Ayrıca m. 68/4’te ilk fıkrada belirtilen parasal sınırların her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere yeniden değerlendirilme oranında artırılacağı düzenlenmiştir⁶⁰. Ayrıca TKHK m. 68/5’te tüketicilerin alternatif

⁵⁹ “Hâkim, önüne gelen bir davada, dava şartlarının mevcut olup olmadığını re’sen gözecektir. Olumlu dava şartlarından biri de 6100 sayılı HMK m. 114 1/h bendinde ifade edildiği üzere davacının o davayı açmakta hukuki yararının bulunmasıdır. Açılmasında davacısı yönünden hukuki yarar bulunmayan bir dava, dava şartının yokluğu nedeniyle reddedilmelidir. Hukuki yararın varlığı koşulunun mevcut olup olmadığı, her bir davada o davaya konu olayın somut özellikleri çerçevesinde hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Kredi sözleşmesi hükümlerine göre sözleşme iki nüsha olarak tanzim edilmiş ve sözleşmenin bir nüshası, geri ödeme planının bir sureti ve kredi kullandırma dekontu ile ilgili belgeler davacıya teslim edilmiştir. Dolayısıyla davacının ne kadar kredi kullandığı, kendisine fiilen ne kadar ödeme yapıldığı, ne miktarda ödeme yapacağı ve kullanılan kredi tutarının ne kadarının masraf ve komisyon olarak tahsil edildiği davacıya verilen bu belgelerden açıkça anlaşılmaktadır. Davacının sureti kendisinde bulunan belgeleri yeniden bankadan talep ederek muaraza yaratması hukuken korunamaz. Kaldı ki davacı tarafından haksız olarak yapıldığı iddia edilen kesintinin iadesi için miktar belirtmeksizin tüketici sorunları hakem heyetine harçsız olarak başvurulması mümkündür. Yapılan kesinti tutarına göre hakem heyetince verilen karar kesin veya tüketici mahkemesinde açılacak dava için kesin delil niteliği taşıyacaktır. Bir başka anlatımla davacı yanın amacı, kredi kullanımı esnasında haksız olarak yapıldığı ileri sürülen kesintinin iadesinin sağlanmasıdır. Bu amaçla başvurulacak hukuki mercilerce öncelikle bankaca yapılan kesinti tutarının belirleneceği göz önüne alındığında davacının isteminin ayrı bir dava şeklinde ileri sürülmesinde hukuki yararı da bulunmamaktadır. O halde mahkemece, davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulü yönünde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 13. HD., 2014/716 E., 2014/11205 K., 11.04.2014 (www.kazanci.com).

⁶⁰ 03.12.2016 tarihli 29907 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’na ait tebliğin 3. maddesi uyarınca 2017 yılında geçerli olmak üzere “(1) 2017 yılı için tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurularda değeri: a) 2.400 (iki bin dört yüz) Türk Lirasının altında

uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurabilecekleri belirtilmiştir. Buna göre tüketici, parasal sınıra göre tüketici hakem heyetine yahut tüketici mahkemesine başvurabilme imkânının yanında, karşı tarafın da katılımıyla uyuşmazlığın arabulucu yahut tahkim yoluyla çözülmesi yollarına başvurma fırsatına sahiptir.

Son olarak tüketici mahkemesi yahut tüketici hakem heyetinin hangisinin görevli olduğu tespit edilirken hangi andaki parasal değer göz önüne alınacağı konusu doktrinde tartışılmış, amaca göre yorum yapılarak tüketicinin tüketici hakem heyetine başvuru yapmasına imkân tanıyan çözüm desteklenmelidir görüşü ileri sürülmüştür⁶¹. Buna karşılık tüketicinin bu ölçüde lehine yorum yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı ve görevin tespitinde başvurunun yapıldığı andaki parasal değer dikkate alınması gerektiği görüşü savunulmuştur⁶². Bir mal veya hizmetin ayıplı olarak kabul edilebilmesi için ayıbın teslim, hizmetin ifası

bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetleri, b) Büyükşehir statüsünde olan illerde 2.400 (iki bin dört yüz) Türk Lirası ile 3.610 (üç bin altı yüz on) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetleri, c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde 3.610 (üç bin altı yüz on) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetleri, ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde 2.400 (iki bin dört yüz) Türk Lirası ile 3.610 (üç bin altı yüz on) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetleri, görevlidir.”

⁶¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 145-146.

⁶² Tutumlu, Mehmet Akif: Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi, Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 44-45; “Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı dava konusu asıl alacağın miktarını 2.980,00 TL göstermiş olup 4077 sayılı Yasa döneminde ilam niteliğinde olmayan İlçe Tüketici Hakem Heyeti kararını ilamsız takibe koyarak itiraz üzerine de 28.05.2014 tarihinden sonra 14.8.2014 tarihinde iptali istemiyle eldeki davayı açmıştır. 6502 sayılı kanunun uygulamasından kaynaklanan ve değeri kanunda belirtilen sınırın altında olan uyuşmazlıklarda hakem heyetine başvurulmadan doğrudan tüketici mahkemelerine başvurulamaz. Görev kamu düzenine ilişkin olup taraflarca ileri sürülmesi dahi res'en göz önünde bulundurulması zorunludur. Görev konusunda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Öyle olunca asıl alacak miktarı 2014 yılı itibariyle 3.000,00 TL'nin altında olduğundan davacının mahkemede dava açılabilmesi şartı gerçekleşmemiştir. Mahkemece bu nedenlerle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde aksi düşüncelerle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13. HD., 2015/23582 E., 2015/31577 K., 02.11.2015 (www.karartek.com).

anında var olması gerekmektedir. Bir başka ifade ile mal veya hizmet teslim edildiğinde, ifa edildiğinde, hâlihazırda ayıplıdır. Ayıbın açık yahut gizli olması zaten var olan ayıbın ortaya çıkması açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle bizim görüşümüze göre teslim anında, hizmetin ifası anında ayıplı olan mal veya hizmet için malın teslimi, hizmetin ifası anındaki parasal değer dikkate alınarak tüketici mahkemesi yahut tüketici hakem heyetinin görevli olduğuna karar verilmesi gerekmektedir.

V. SONUÇ

4077 sayılı TKHK ile 6502 sayılı TKHK'yı tüketici mahkemelerinin görevi açısından kısaca karşılaştırmak gerekirse, 4077 sayılı TKHK döneminde kanunda tüketici işlemi kavramının dar olarak tanımlanması ve yine kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinin çok az sayıda olması nedeniyle tüketici uyuşmazlıklarında dahi tüketici mahkemelerinin görevli olduğu haller sınırlı kalmaktaydı zira 4077 sayılı TKHK'nın uygulamasında tüketici mahkemelerinin görevli olabilmesi için uyuşmazlığın TKHK kapsamında yer alması ve taraflardan en az birinin tüketici olması gerekmektedir. 6502 sayılı TKHK ise tüketici ve tüketici işlemi kavramlarını oldukça geniş tanımlamış, kanunda çok sayıda tüketici sözleşmesi hükümlerine yer vermiş ek olarak 83. madde düzenlemesi ile tüketici işlemine konu uyuşmazlıkla ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının tüketici mahkemelerinin görevini ortadan kaldırmayacağını düzenlemiştir.

İlk olarak Anayasada yer alan tüketicinin korunması doğrultusundaki anlayışın 4077 sayılı TKHK ve devamında 6502 sayılı TKHK ile güçlenerek devam ettiği söylenebilir. Yargıtay uygulaması da 6502 sayılı TKHK'nın tüketici mahkemelerinin görevini geniş yorumlamasıyla birlikte 4077 sayılı TKHK döneminde genel mahkemelerin görevinde olan uyuşmazlıkların artık tüketici mahkemelerinin görevine dâhil olduğu yönünde gelişmektedir. Örnek olarak avukat ile müvekkil arasında akdedilen, tüketicinin mesleki ve ticari olmayan amaçla avukata vermiş olduğu vekâlet ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların 4077 sayılı TKHK döneminde genel mahkemelerin görevine girmekte iken 6502 sayılı TKHK döneminde tüketici mahkemelerinin görevine girdiğini belirten Yargıtay kararlarını gösterebiliriz.

Son olarak belirtmek gerekir ki TKHK kapsamında yer alan uyuşmazlıkların çözümünde tüketici hakem heyeti ve tüketici

Kemal DÖNER

mahkemeleri olarak iki yol bulunmaktadır. Kanun tüketici hakem heyeti ile tüketici mahkemesi ayrımını uyuşmazlık konusunun değeri üzerinden yapmaktadır. TKHK m. 68’de belirtilen parasal sınırın üzerinde bir değere sahip olan uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinde, altında bir değere sahip olan uyuşmazlıklar ise tüketici hakem heyetlerinde çözüme kavuşturulacaktır. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki maddi değere sahip olmayan, maddi değeri hesaplanamayan bir şeyin uyuşmazlık konusu olması halinde artık tüketici hakem heyetinin görevli olması söz konusu olmayacak, uyuşmazlık tüketici mahkemesinde görülecektir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016.
- ASLAN, Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları Ve Hukuki Sonuçları (BK. m. 21), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2003.
- ASLAN, İsmail Yılmaz: Tüketici Hukuku, 3. Bası, Bursa 2006.
- ASLAN, İsmail Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2006 (Tüketici Dersleri).
- ASLAN, İsmail Yılmaz: Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Görev Alanı Sorunu, İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Kasım 2007, s. 3-23 (Tüketici Görev).
- ARAS, Aslı: Tüketici Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2009.
- AYDOĞDU, Murat: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, s. 1-62 (Yenilikler).
- AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- ÇABRİ, Sezer: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, C. I, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012.
- ERMENEK, İbrahim: Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, s. 563-630.
- ERTABAK, Ünal: Tüketici Mahkemelerinde Çözülmesi Gereken İhtilaflar, Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 115, Temmuz 2012, s. 39-81.

Kemal DÖNER

- GENÇCAN, Ömer Uğur: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- GÜLEÇ, Nuri: “6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Hakem Heyetlerine İlişkin Tüketici Hukuku Ve Usul Uygulamaları”, Ankara Barosu Eğitim Merkezi, Ankara, 2013.
- KARA, İlhan: Tüketici Hukuku, Ankara 2012.
- KARAASLAN, Varol / EROĞLU, Muzaffer: Kollektif Hukuki Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları, EÜHFD, C. XIII, S. 3-4, 2009, s. 201-221.
- KARSLI, Abdürrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul, Alternatif, 2011.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, 5. Baskı, İstanbul 2009.
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 23. Bası, Ankara, Yetkin, 2012.
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı (Tıpkı Basım), Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt 4, Sevinç Matbaası, Ankara, 1982.
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016 (Medeni Usul Hukuku).
- OĞUZMAN, Mustafa Kemal / BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- OĞUZMAN, Mustafa Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2010.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanma Alanı), AÜHFD 2001/1, s. 55-90.

- ÖZDAMAR, Naci: Tüketici Haklarına Genel Bir Bakış, İBD Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, Özel sayı no. 6, Kasım 2007, s. 47-51.
- PEKCANITEZ Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara, Yetkin, 2012.
- PETEK, Hasan: Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 969-1017.
- POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- SEROZAN, Rona: Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu İle Kapatma Eğilimi, Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 715-741.
- SİRMEN, Lale: Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt III, s. 2465-2476.
- SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral: Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi, YD 1990/4, s. 471-489.
- ŞİMŞEK, Ayşe Neşe: Medeni Usul Hukukunda Tüketicinin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Tez no. T-0875, Ankara, 2004.
- TEK, Gülşah Sinem: Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y: 2012, C: 8, S: 99-100, s. 127-171.
- TUTUMLU, Mehmet Akif: Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi, Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Kemal DÖNER

ULUKAPI, Ömer: Medeni Usul Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2014.

ULUKAPI, Ömer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1-2, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, 1996, s. 77-101.

YAVUZ Nihat: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

ZEVKLİLER, Aydın / AYDOĞDU, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.