

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



Erzincan Law Review

CİLT/VOL: XXIV SAYI/NO: 1 - 4 ARALIK/DECEMBER 2020

KAMU HUKUKU ♦HAMDEMİR, Türkiye’de Yüce Divan: Eleştiriler ve Çözüm Önerileri ♦BÖLÜKBAŞI, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakanlıkların Statüsü (Önceki Hükümet Sistemi İle Mukayeseli Olarak).

ÖZEL HUKUK ♦ÖZBAY/KAYA, Amerika Birleşik Devletleri Yeknesak Arabuluculuk Kanunu ♦COŞKUN/DÖNER, Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz ♦ÇİÇEK, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu.

ERZİNCAN - 2020

II

ISSN 2651-494X

e-ISSN 2791-6502

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)
Erzincan Law Review (ErLR)

Sahibi / Owner

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Yılmaz ÖZKER

Dizgi ve Mizanpaj / Typesetting and Layout

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR
Arş. Gör. Ogün USTA

İletişim Bilgileri / Contact Information

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Mimar Sinan Mah.
24070 - Merkez / Erzincan
Telefon / Phone: +90 (446) 225 17 41-42-43
Faks / Fax: +90 (446) 225 17 45
E-mail: dergihukuk@erzincan.edu.tr
<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/> - <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd>

Baskı / Printed by

Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mah. 14. Sokak No: 8, 24180 - Merkez /
Erzincan

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

Tüm hakları saklıdır. EBYÜ-HFD, Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir. Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır. Dergide ileri sürülen görüşlerin hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

All rights reserved. ErLR is a scholarly, national, peer-reviewed and open-access journal published twice a year, in June and December. The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French. The legal responsibility for the opinions expressed in the articles belongs to the authors.

Derginin eski ismi "Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"dir.

Former name of the journal is "Erzincan University Law Review".

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "EBYÜ-HFD" kısaltmasının kullanılması önerilir. For citations please use the abbreviation: "ErLR"

Erzincan, Kasım 2021 / Erzincan, November 2021.

Baş Editör* / Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Editörler* / Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR (*anar@erzincan.edu.tr*)

Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI (*ikokusari@erzincan.edu.tr*)

Editör Yardımcıları* / Co-Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR (*ercan.yasar@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ogün USTA (*ogun.usta@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT (*ahmet.odluyurt@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR (*elif.ozdemir@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ensar ERCAN (*ensar.ercan@erzincan.edu.tr*)

Yayın Kurulu* / Editorial Board******

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Cem BAYGIN (*cbaygin@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*ibrahim.ozbay@gop.edu.tr*)

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Tokat, Türkiye

Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Tokat, Turkey

Prof. Dr. Şafak NARBAY (*safaknarbay@sakarya.edu.tr*)

Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

Sakarya University, Faculty of Law, Sakarya, Turkey

Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL (*zayrangol@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR (*fatih.aydemir@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

* Yukarıda adları geçen baş editör, editörler ve editör yardımcıları halen Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editor-in-chief, editors and co-editors listed above currently work at Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law.

*** Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

**** The academics in the Editorial Board are listed according to their academic titles and alphabetical order.

Danışma Kurulu* / Advisory Board**

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*akendigelen@istanbul.edu.tr*)
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*acbudak@ticaret.edu.tr*)
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN (*aceylan@ticaret.edu.tr*)
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Fatih UŞAN (*fusan@ybu.edu.tr*)
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr*)
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Melikşah YASİN (*meliksah.yasinistanbul.edu.tr*)
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat DOĞAN (*murat.dogan@erciyes.edu.tr*)
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye
Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey

Prof. Dr. Nihat BULUT (*nihat.bulut@medipol.edu.tr*)
İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*ramazan.caglayan@hbv.edu.tr*)
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*vahitdogan@aydin.edu.tr*)
İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

** The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order.

Yayın İlkeleri

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD), bilimsel, hakemli ve ulusal bir dergidir.
2. Dergi'nin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.
3. Dergi, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi'nin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 30 Nisan; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 31 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek çalışmalar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
4. Dergi'ye gönderilen çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın Dergi'ye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
5. Dergi'de, makale, karar incelemesi, çeviri, yasal kurallar değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi çalışmalara yer verilir. Bu tür çalışmaların yayımlanıp yayımlanmayacağına, Yayın Kurulu tarafından karar verilir. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
6. Çalışmaların, dergihukuk@erzincan.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve derginin yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir. Posta ile bir nüsha (yazarın adı gözükmeyecek biçimde) A4 boyutunda çıktısı alınarak, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Mimar Sinan Mah. 24070 Merkez/Erzincan adresine gönderilen çalışmalar da değerlendirmeye alınacaktır.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, ilk sayfada çalışma başlığının altında yazarın yalnızca ismine yer verilmeli, ismin yanında (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü, ORCID kimliği ile yazarın kurumsal e-posta adresine yer verilmelidir.
8. Çalışmaların ilk değerlendirilmesi editör tarafından yapılacak ve daha sonra Yayın Kuruluna sunulacak olup; intihal raporu sonucunun yayın kurulunca belirlenen oranı aşması, olağanın dışında yazım yanlışlarının bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yayın ilkelere uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi, çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Gönderilen çalışmaların yayınlanmasında nihai takdir Dergi Yayın Kuruluna aittir.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen çalışmalar, “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip en az iki hakemin incelemesine sunulur. Yazarlara çalışmanın hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Dergi'de yayımlanacak çalışmalar, çift kör hakemlik esasına göre hakem incelemesinden geçirilerek hakemlerden gelen rapor doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakeme gönderilip gönderilmemesi yayın kurulunun takdirindedir. Üçüncü hakem incelemesine gönderilmeyen veya üçüncü hakem raporunun da olumsuz olması durumunda çalışma yayımlanmayacaktır. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda, yazar, hakem tarafından belirtilen düzeltmeler dışında esaslı değişiklikler yapamaz. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra, hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Yayımlanmayan çalışmalar, yazara geri gönderilmez, yazara sadece durum hakkında bilgi verilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça Dergi'nin bir sonraki sayısı için değerlendirilir.
12. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
13. Dergi'de yayımlanan çalışmalardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.

Publication Principles

1. Erzincan Law Review (ErLR) is a scientific, peer-reviewed and national journal.
2. The publication language of the journal is Turkish, English, German and French.
3. The journal is published twice a year, in June and December. The latest deadline for submission of the June issues of the Journal is at 31st of April; and the latest deadline for submission of the December issue is at 31st of October. The studies submitted after these dates will be contained in the publication evaluation list for the next issue.
4. Studies submitted to the Journal should be related to the public law, private law or economy-finance fields and should not be published in any other Journals or sent for the publication. Any works that have been sent to the Journal will be accepted as the commitment of the author on this matter.
5. The Journal contains studies, such as article, case analysis, translation, evaluation of legal rules and book criticism. Whether all these submitted studies will be published or not is decided by the Editorial Board. A copy of the translations in the original language should be sent. In translations, it is also essential to get a writing permission from the rights holders on the original work in accordance with the Intellectual Property Law for the translating authors.
6. The papers should be sent to the e-mail address of the Journal (*dergihukuk@erzincan.edu.tr*) as the Microsoft Word format and should be prepared in accordance with the writing rules of the Journal. The submitted paper should not contain any statement that would identify the author. In the e-mail the author should indicate his/her name, academic title (if any), the ORCID number, the institution he/she works for, contact details, telephone number and e-mail address. In addition, one hard copy of the papers that is sent to the postal address of the Erzincan Binali Yıldırım University Law Faculty (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Mimar Sinan Mah. 24070 Merkez/Erzincan) is acceptable too.
7. In the submitted papers only the name of the author should be included under the title of the work on the first page. Academic title, the university, the faculty and department, ORCID number and the official e-mail address should be indicated respectively in the footnote that should be created with the (*) symbol next to the name.
8. The first examination of the papers will be completed by the Editor and then submitted to the Editorial Board. If the result of the plagiarism report exceeds the rate determined by the Editorial Board; if there are unusual and major spelling and writing mistakes; if the submitted study is non-compliance with the scientific criteria; if it is determined that the work does not match with the publication principles, the submitted study will be rejected by the Editorial Board. The final discretion about the publication of the submitted works belongs to the Editorial Board of the Journal.
9. In accordance with “the objective evaluation principle”, after the initial examination of the submitted works that is completed by the Editor, all of the studies are submitted to the review of at least two referees in the relevant interested areas, who have a higher academic degree than the author. The authors are not informed about the peer-reviewed process. The studies to be published in the journal are subject to the double blind refereeing. According to the referees report, the submitted works can be published or can have minor/major corrections or can be rejected. The authors are informed as soon as possible about the referees report.
10. If one of the reports from the referees is negative and the other is positive, the Editorial Board has a discretion on whether to send it to a third referee or not. The study shall not be published if the third referee report is also negative. In case the referees request corrections in their reports, the author cannot make any substantial changes other than the corrections that are specified by the referees. After these corrections are completed by the author, peer review can be applied again in accordance with the recommendations of the referees. Unpublished works shall not be sent back to the authors.
11. Papers, the peer review process of which are not completed within the time limit, may be published in the next issue of the Journal, unless the work is not withdrawn by the author.
12. If the papers are accepted for the publication, Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law will have all copyrights on the submitted works including publishing them as full text in any format. It is deemed to be accepted by the authors that no royalties will be paid.
13. Responsibilities for the views and opinions in the published studies of the Journal belong to the author or authors.

Yazım Kuralları / Citation and Writing Rules

1. Gönderilecek çalışmaların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto; dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 50 sayfayı (bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot metni, iki yana yaslı ve 3 nk aralıkla yazılmalıdır. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The manuscripts to be submitted should be in Times New Roman, 1.5 lines spacing of the main text and 12-type size. Footnotes should be prepared in 10-font size and the papers should not be exceed 50 pages (this number of pages is valid for the specified format, it may increase after the layout). Footnotes should be indicated at the bottom of the page. Footnote text should be justified and written with 3 pt spacing. At the end of the submitted article, there should be a bibliography, where all the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors.

2. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, hem Türkçe hem de İngilizce olmak üzere çalışma başlığı (title), en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan öz (abstract) ve en az 5 en fazla 10 sözcük veya sözcük grubundan oluşan anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

In the papers submitted to the Journal, both Turkish and English titles, abstracts consisting of at least 100 and maximum 200 words, and key words consisting of at least 5 and maximum 10 words must be indicated.

3. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Çalışmalarda Microsoft Word otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar, tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Virgül, nokta ve diğer noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

The text should be written as justified on both sides. Automatic titles of Microsoft Word should not be applied in the studies. Direct or abbreviated quotations should be italics and indicated in quotation marks. One character space should be left after all punctuation marks.

4. Giriş, Sonuç/Değerlendirme ve Kaynakça başlık numarası verilmeksizin bold (kalın) ve tümü büyük harfle yazılır. Metin içerisinde başlıklar bold (kalın) olmak üzere düzenlenmelidir.

The introduction, conclusion and bibliography should be written in bold and with the all capital letters without numbering.

ÖZ

ABSTRACT

GİRİŞ

I. TÜM HARFLER BÜYÜK

A. Sadece İlk Harfler Büyük

1. Sadece İlk Harfler Büyük

a. Sadece İlk Harfler Büyük

1) Sadece İlk Harfler Büyük

a) *İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

SONUÇ

KAYNAKÇA

ABSTRACT

ÖZ

INTRODUCTION

I. ALL LETTERS CAPITALIZED

A. First Letters Capitalized

1. First Letters Capitalized

a. First Letters Capitalized

1) First Letters Capitalized

a) *First Letters Capitalized and Italicized.*

CONCLUSION

REFERENCES

VIII

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda Chicago atıf sistemi takip edilmelidir. Dergi'nin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır. Daha fazla örnek için EBYÜ-HFD Yazım Kuralları (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/writing-rules>)'na bakılabilir.

In cases where there is no rule in the citation method detailed below, the Chicago citation system should be followed. For the integrity of the Journal, the examples shown below should be followed. For more examples, see ErLR Writing Rules (<https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/writing-rules>).

Tek Yazarlı Kitap / Book with a Single Author

1. Dipnotta / In the Footnote

Ad **Soyad**, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir yayım yılı, sayfa numarası.

Ayhan **Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

2. Tekrar eden atıflarda / Repetitive citations

Yazarın **Soyadı**, Sayfa Numarası.

Döner, s. 24.

3. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda / Cites to different works of the same author

Döner, İnsan Hakları, s. 24.

4. Kaynakçada / In the Bibliography

Soyad, Ad. Eser Adı. Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir ve yayım yılı.

Döner, Ayhan. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

İki Yazarlı Kitap / Book with Two Authors

İbrahim **Özbay**/Taner Emre **Yardımcı**, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 60.

Üç Yazarlı Kitap / Book with Three Authors

Bihlerin **Vural Dinçkol**/Mehmet **Akad**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap / Book with More than Three Authors

Cem **Baygın ve diğerleri**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları – III (Eşya Hukuku), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

Makale / Article

Dergi adı uzun yazılabileceği gibi, standart ve yaygın bir kısaltma tercih edilebilir.

Sururi **Aktaş**, "Hukuk Kavramının Analizi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, Y. 2018, (227-252), s. 25.

Tez / Thesis

Muhammet Emin **Ruhi**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 79.

Yargı Kararları / Judicial Decisions

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Esas numarası, Karar numarası, Karar Tarihi, (Kararın Yayım Yeri)

Yarg. 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, (Erişim kaynağı ya da bağlantısı)

AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015, (RG., 19.6.2015, S. 29391).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Berkan HAMDEMİR

Türkiye’de Yüce Divan: Eleştiriler ve Çözüm Önerileri

The Supreme Court in Turkey: Critics And Solutions 1–40

Araştırma Makalesi / Research Article

Hak. Mustafa Oğuzhan BÖLÜKBAŞI

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakanlıkların Statüsü (Önceki Hükümet Sistemi ile Mukayeseli Olarak)

The Status of the Ministres in the Presidential Government System (Comparison with the Previous Government System) 41–69

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Çeviri / Translation

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY/Av. Selahattin KAYA

Amerika Birleşik Devletleri Yeknesak Arabuluculuk Kanunu

USA Uniform Mediaton Act 73–87

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Seveda YAŞAR COŞKUN/Arş. Gör. Munise Seray GÖNCÜ DÖNER

Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz

Mediation of Commercial Litigation for the Defeat of Cases within the Scope, Alternative Pleading Case: An Analysis on Court Decisions 89–117

Araştırma Makalesi / Research Article

Arş. Gör. Tuğçe KILIÇGİL ÇİÇEK

Güzelleştirme Amaçlı Estetik Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu

Contractual Liability of the Doctor in Aesthetic Medical Interventions for Beautification 119–146

Kamu Hukuku / Public Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: XXIV Sayı/No: 1 - 4 Aralık/December 2020

Türkiye’de Yüce Divan: Eleştiriler ve Çözüm Önerileri
The Supreme Court in Turkey: Critics and Solutions

Dr. Öğr. Üyesi Berkan HAMDEMİR*

ÖZ

Bu çalışmanın konusu, dünyada ve Türkiye’de uygulanan Yüce Divan sistemleri, Türkiye’deki Yüce Divan sistemine yöneltilen eleştiriler ve bu eleştirilere çözüm getirecek bir Yüce Divan sistemi önerisidir.

Çalışmanın amacı, adil yargılanma hakkı çerçevesinde Türkiye’deki Yüce Divan sistemine yöneltilen eleştirilere çözüm getirebilecek bir Yüce Divan Sistemi önerisinde bulunmaktadır.

Çalışmada, literatür tarama ve betimsel analiz yöntemi kullanılmıştır.

Çalışmanın sonunda, yasama organı sistemi, temyiz mahkeme sistemi, anayasa mahkemesi sistemi ve karma sistem içerisinde, mevcut yapı içerisinde Türkiye’de adil yargılanma hakkını gerçekleştirmeye en müsait sistemin karma yapılı yüce divan sistemi olduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yüce Divan, Anayasa Mahkemesi, yasama organı sistemi, temyiz mahkeme sistemi, anayasa mahkemesi sistemi, karma sistem, yüce divan sistem önerisi, adil yargılanma hakkı.

* Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

E-posta: berkanhamdemir@mu.edu.tr. ORCID: 0000-0001-5764-0189.

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 12.08.2021 / **Makale Kabul Tarihi:** 20.09.2021.

Atıf: Berkan Hamdemir, “Türkiye’de Yüce Divan: Eleştiriler ve Çözüm Önerileri”, EBYÜ-HFD, C. XXIV, S. 1-4, Aralık 2020, (1-40).

ABSTRACT

The subject of this study is the Supreme Court systems applied in the world and in Turkey, the criticisms directed at the Supreme Court system in Turkey and a proposal for a Supreme Court system that will bring solutions to these criticisms.

The aim of the study is to propose a Supreme Court System within the framework of the right to a fair trial that can provide a solution to the criticisms directed at the supreme court system in Turkey.

In the study, literature review and descriptive analysis method were used.

At the end of the study, it has been concluded that the system that is most suitable for realizing the right to a fair trial in Turkey within the existing structure, among the legislative system, the appellate court system, the constitutional court system and the mixed system, is the mixed supreme court system.

Keywords: Supreme Court, Constitutional Court, legislature system, appellate court system, constitutional court system, mixed system, supreme court system proposal, right to a fair trial.

GİRİŞ

Üst düzey kamu görevlilerinin ceza sorumlulukları, kamusal ve sosyal statüleri nedeni ile tarihsel süreçte hep büyük bir önemi haiz olmuştur. Bundan dolayı üst düzey kamu görevlilerinin görev suçlarından dolayı yargılanmaları için genellikle “Yüce Divan” dediğimiz ayrı bir ceza mahkemesinde yargılanmaları usulü benimsenmiştir.

Osmanlı-Türk Anayasa Hukuku tarihinde de üst düzey kamu görevlilerinin ceza yargılamasını yapmak üzere Yüce Divan, “Divan-ı Âli” adıyla ilk defa Türk anayasa hukuku sistemine girmiştir. Daha sonra yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk anayasası olan 1924 Anayasası da 1876 Anayasası’ndakine benzer bir Yüce Divan sistemini benimsemiştir. 1961 Anayasası ile 1876 ve 1924 Anayasası’nın öngörmüş olduğu sistemden bir kopuş anlamına gelecek şekilde yeni bir Yüce Divan sistemi benimsenmiş ve bu yetki Anayasa Mahkemesi’ne verilmiştir. 1982 Anayasası’nda da aynı uygulama devam ettirilmiştir.

Türkiye’de neredeyse her yeni anayasa yapılması tartışmalarında, Yüce Divan kurumu da tartışmaya açılmaktadır. Bu bağlamda sivil toplum kuruluşlarının hazırlamış oldukları anayasa tasarıları başta olmak üzere, hazırlanan çeşitli anayasa tasarılarında Yüce Divan kurumunun yapılacak yeni bir anayasada nasıl olması gerektiği konusunda çeşitli öneriler ileri

sürülmektedir. Söz konusu önerilerin daha çok, bu yetkinin Anayasa Mahkemesi'nden alınıp Yargıtay'a verilmesi yönünde yoğunlaştıkları görülmektedir. Aslında mesele Yüce Divan sıfatıyla yargılama yetkisinin hangi mahkemeye verileceğinden ziyade; Yüce Divan yargılamasına ilişkin sorunların neler olduğu, adil yargılama hakkına ilişkin hangi eksiklikleri barındırdığının tespitinin yapılması ve yapılacak tespite göre bu sorunların mevcut sistem içinde mi yoksa yargılamayı yapacak olan mahkemeyi değiştirmekle mi çözümlenip çözülemeyeceğine karar verilmesidir.

Bu çalışmada, önce Türk anayasa sisteminde geçmişten günümüze üst düzey kamu görevlilerinin yargılanması için nasıl bir Yüce Divan sisteminin öngörüldüğü ortaya konulacaktır. Daha sonra bugün uygulanmakta olan Yüce Divan sisteminin yaşadığı sorunlar üzerinde durulacaktır. Bu sorunlar bağlamında çeşitli sivil toplum kuruluşlarının hazırladıkları anayasa taslaklarındaki Yüce Divan sistemi önerileri belirtildikten sonra yeni bir Yüce Divan sistemi önerisine ihtiyaç olup olmadığı; eğer böyle bir ihtiyaç var ise nasıl bir Yüce Divan sistemi kurulması gerektiği konusunda ortaya bir öneri konulmaya çalışılacaktır.

I. YÜCE DİVAN

A. Kavram ve Tanım

Arapça kökenli olan “divan” kelimesi, büyük meclis; idare işlerine bakan bilgili, nüfuzlu kimselerin, toplandıkları yer¹, ‘davaların dinlenip gereken hükümlerin verildiği meclis’² anlamlarına gelmektedir. “Yüce” ise büyük, ulu, ulvi anlamlarına gelmektedir.³ O zaman terim, anlam olarak “Yüce Divan”⁴ bilgili kimselerin toplandıkları, davaların dinlenip karara bağlandığı büyük meclis olarak tanımlanabilir.

Osmanlı-Türk Anayasalarına baktığımızda genelde Yüce Divan’da kimlerin yargılanacağından bahsedildiğini ancak Yüce Divan’ın ne olduğunun tanımlanmadığını görmekteyiz. Örneğin, 1961 Anayasası’nın 147/2 maddesinde: “*Anayasa Mahkemesi ... Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Yüksek Hâkimler*

1 “Divan Kavramı”, <http://www.osmanlicaturkce.com/?k=divan&t=@>, E.T. 25.04.2021.

2 Hüseyin Özcın, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1975, s. 156.

3 “Yüce Kavramı”, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 25.04.2021.

4 Murat Yanık, Yüce Divan, Derin Yayınları, İstanbul 2008, s. 8 (5. dipnottan).

Kurulu ve Sayıştay, Başkan ve üyelerini, Cumhuriyet Başsavcısını, Başkannunsözcüsünü, Askerî Yargıtay Başsavcısını ve kendi üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar” denilmiş ancak Yüce Divanın bir tanımı yapılmamıştır. Keza 1982 Anayasası’nın 148/3 maddesinde de: *“Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcı vekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar. Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar”* denilmiş fakat Yüce Divanın ne olduğu tarif edilmemiştir. Benzer durum Kânûn-ı Esâsî (m. 92) ve 1924 Anayasası’nda (m. 61) da söz konusudur.

1982 Anayasası’ndaki düzenlemeden hareketle Türk Anayasa sistemindeki Yüce Divanı: *“Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanını, Başbakanı ve Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasada belirtilen yüksek mahkemelerin başkan ve üyeleri ile başsavcılarını ve başsavcı vekillerini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) başkan ve üyelerini, Genelkurmay başkanını ve kuvvet komutanlarını görev suçlarından dolayı yargılamaya yetkili yüksek mahkeme”* olarak tanımlayabiliriz. Bu teknik tanımı biraz sadeleştirerek Yüce Divan’ı, daha genel bir ifadeyle *“yasama, yürütme ve yargı alanında üst düzey sorumluluk içeren mevkileri işgal eden kamu görevlilerinin yargılandığı yüksek mahkeme”* olarak tanımlamak da mümkündür. Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaparken, nitelik itibarıyla bir nevi ihtisas ceza mahkemesi olduğu söylenebilir.⁵

B. Amaç

Suç işlediği iddia edilen kişilerin, Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre görevli ve yetkili ceza mahkemesinde yargılanması gerekirken bazı üst düzey kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili işledikleri suçlardan dolayı kişi bakımından yetki bağlamında normal ceza mahkemesinde değil de

⁵ Bahri Öztürk, “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’ ” Anayasa Yargısı Dergisi, C. 12, 1995, s. 66-67; Kamuran Kaya, “6216 Sayılı Kanun Kapsamında Yüce Divan Yargılaması”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 6, 2012, s. 256.

Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde yargılanmalarına ihtiyaç duyulmuştur. Bunun için çeşitli gerekçeler öne sürülmektedir. Bu gerekçelerden biri, siyasi hesaplaşma ve benzeri düşüncelerle bu kişilerin hak-sızlığa uğrayabilecek olmalarıdır. Bu nedenle bu kişilerin daha güvenceli bir mahkemede yargılanmaları gerektiği söylenebilir.⁶ Yine yargılanan kişilerin nüfuz sahibi olmaları dolayısıyla -hâkimlerin özlük hakları bakımından bağımlı oldukları sistemlerde- genel mahkemelerdeki yargıçları etki altına almalarının mümkün olabileceği, bu nedenle bu tür kişilerin genel mahkemeler dışındaki bir mahkemede yargılanmasının gerektiği ileri sürülebilir.⁷ Bazı üst düzey kamu görevlilerinin Yüce Divan'da yargılmasına ilişkin bir başka gerekçe de Başbakan ve Bakanlar Kurulu üyeleri gibi bazı kamu görevlilerinin cezai sorumluluklarının aynı zamanda siyasi sorumluluklarının da bir devamı niteliğinde olduğu; bu nedenle suçluluğun takdirinde sadece pozitif hukukun değil, siyasi ve toplumsal zaruret ve menfaatlerin de dikkate alınması gerektiğidir. Bu da ancak bu iş için öngörülmüş özel bir mahkemeye olabilir.⁸

Yukarıdaki gerekçelerin, ortak paydası ve yukarıda sorulan sorunun cevabı özetle şudur: Yaptıkları görevin getirdiği siyasi riskler ve sahip oldukları siyasi gücün yargılanma süreci üzerindeki olası etkisini ortadan kaldırmak ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak güvenceli, bağımsız ve tarafsız bir yargılama yaparak adil yargılamayı gerçekleştirmektir.⁹ Yoksa Yüce Divan yargılamasında amaç kişileri kayırmak değil, aksine nüfuz alanları geniş olan kişilerin kayırılmalarını önlemektir.¹⁰

6 **Öztürk**, s. 60; Raşit **Tavus**, Yüce Divan, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2016, s. 4-5; Çağdaş **Erol**, Türk Anayasa Hukuku'nda Yüce Divan, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2012, s. 7-8; Kerem Çetin **Tekeş**, Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE, 2009, s. 3-4.

7 Çetin **Arslan**, Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi, Nobel Yayınları, Ankara 1999, s. 8. Aksi yönde görüş için bakınız: **Öztürk**, s. 60.

8 Joseph **Barthélemy**/Paul **Duez**, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris 1933, s. 867-868; aktaran, **Arslan**, s. 8.

9 **Öztürk**, s. 60; **Tavus**, s. 4-5; **Erol**, s. 7-8; **Tekeş**, s. 3-4.

10 M. Yasin **Aslan**, ““Yüce Divan” Olarak Anayasa Mahkemesi,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, 2009, s. 237, http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/82.pdf, E.T. 25.04.2021; Faruk **Kaymak**, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan Görevi, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, 2003, s. 6.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA YÜCE DİVAN SİSTEMLERİ

Karşılaştırmalı hukukta Yüce Divan olarak dört temel sistemin uygulandığı görülmektedir. Bunlar: “yasama organı sistemi”, “temyiz mahkemesi sistemi”, “yüce divan sistemi” ve “Anayasa Mahkemesi sistemi”dir.¹¹

Tarihsel süreçte kuvvetler ayrılığı ilkesinin tam olarak kurumsallaşmamasından kaynaklı ilk uygulanan yüce divan sistemi, “yasama organı sistemi”dir. İngiltere ve Amerika ile özdeşleşen ve bazı Latin Amerika devletlerinde de uygulanan bu sistemde, genellikle iki kanatlı meclisten halkın seçtiği temsilcilerden oluşan kanat Yüce Divan’da yargılanması gereken kişileri itham etmekte; buna karşın atama ile oluşan diğer kanat da itham edilen bu kişileri yargılamaktadır.¹² İngiltere’de Avam Kamarası, itham etmekte, Lordlar Kamarası ise yargılamakta idi ancak 2005 yılında kabul edilen Constitutional Reform Act ile bu görevin Lordlar Kamarası’ndan alınarak 2009 yılı itibariyle Supreme Court’a verilmesi öngörülmüş; yani yakın bir zamanda bu sistemden vazgeçilmiştir.¹³ Amerika’da ise itham Temsilciler Meclisi; yargılama ise tarafından yapılmaktadır.¹⁴ Yasama organı sistemi, İrlanda, Brezilya, Kazakistan gibi bazı ülkelerde de uygulama alanı bulmaktadır.¹⁵

“Temyiz mahkemesi sistemi”nde ise üst düzey kamu görevlilerinin görev suçlarından dolayı yargılanmaları için özel bir mahkemeye gerek duyulmamaktadır. Belçika, Portekiz, İspanya, Hollanda gibi ülkelerin uyguladığı bu sistemde, Yüce Divan görevi, temyiz mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir.¹⁶

¹¹ Yanık, s. 39-54.

¹² Yanık, s. 40.

¹³ Constitutional Reform Act 2005 Chapter 4 Part 3 The Supreme Court, Art. 40, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/part/3/data.pdf>, E.T. 25.04.2021; Yanık, s. 41.

¹⁴ John Murphy, The Impeachment Process (U.S. Government: How It Works), Chelsea House Publishers, New York 2007, s. 39-41.

¹⁵ Musa Kasımoğlu, Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması ve Yeniden Yapılandırma Önerileri, Yüksek Lisans Tezi, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi SBE, 2016, s. 23-24.

¹⁶ Osman Korkut Kanadoğlu, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, S. 25, 2008, s. 78.

“Yüce Divan sistemi”ne baktığımız zaman, Yüce Divan görevinin sadece bu iş için kurulmuş özel bir mahkemeye verildiği görülmektedir. Bu sistem Fransa, Danimarka, Polonya, Yunanistan gibi ülkelerde uygulanmaktadır.¹⁷ 1876 Kânûn-ı Esâsî ile Osmanlı’da uygulanan sistem de bu sistemdir.

“Anayasa mahkemesi sistemi”nde ise Yüce Divan görevi, Anayasa Mahkemesince yerine getirilmektedir. Kaynağını anayasa yargısının ilk modeli olan Avusturya’dan alan bu sistem, Avusturya, Türkiye, Yüce Divan sistemine esin kaynağı olan İtalya¹⁸, Almanya¹⁹, Rusya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Azerbaycan, Ermenistan gibi ülkelerde uygulanmaktadır.²⁰ Kıta Avrupası sistemi de denilen bu sistem, karşılaştırmalı hukukta en çok tercih edilen sistem olma özelliğini de taşımaktadır.²¹

III. OSMANLI-TÜRK ANAYASALARINDAYÜCE DİVAN

A. Osmanlı Devleti Döneminde (Kanun-i Esâsî’de) Yüce Divan

Osmanlı Devleti’nin ilk ve tek anayasası, 1876 tarihli Kânûn-ı Esâsî’dir. Osmanlı-Türk Anayasa Tarihinde Yüce Divan uygulaması da ilk olarak 1876 Kânûn-ı Esâsî ile vücut bulmuştur. Kânûn-ı Esâsî’nin 92-95. maddelerinde “Divan-ı Âli” adıyla düzenlenen bu kurum; on tanesi Heyet-i Ayan, on tanesi Şûrayı Devlet (Danıştay) ve on tanesi de Temyiz Mahkemesi (Yargıtay) ve İstinaf mahkemelerinin başkanı ve üyeleri arasından kur’a usulü ile belirlenen toplam otuz üyeden oluşmaktadır

¹⁷ Kanadoğlu, s. 79; Öztürk, s. 65; Yanık, s. 51-53.

¹⁸ 1989 Yılında İtalyan Anayasası’nın 134. maddesinde yapılan değişikliğe kadar İtalyan Anayasa Mahkemesi Mahkeme başkanları da yargılamakta idi ancak değişiklik ile birlikte sadece Cumhurbaşkanı Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi’nde yargılanmaktadır. Bu yargılama vatana ihanet ve Anayasa karşı işlenen suçlarla sınırlıdır. Bu yargılamaya 16 kişilik jüri de katılmaktadır. Vittoria Barsotti/G. Paolo Carozza/Marta Cartabia/Andrea Simoncini, Italian Constitutional Justice in Global Context, Oxford University Press, New York 2016, s. 50 – 51.

¹⁹ Almanya’da Yüce Divan olarak Federal Anayasa Mahkemesi’ne sadece devlet başkanı ve federal hakimleri yargılamaya yetkisi verilmiştir. P. Donald Kommers/A. Russell Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Duke University Press, Durham 2012, s. 10.

²⁰ Yanık, s. 54.

²¹ Hasan Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 50.

(Kânûn-ı Esâsî, m. 92). Kânûn-ı Esâsî'ye göre Divan-ı Âli'nin görevi Bakanları, Temyiz Mahkemesi başkan ve üyeleri ile Padişahın şahsını, saltanatı ve devleti tehlikeye düşürmeye teşebbüs edenleri yargılamaktır (m. 92).

Kânûn-ı Esâsî'nin 33. maddesine²² göre, Divan-ı Âli, bakanları sadece görev suçlarından dolayı yargılamakla görevlidir.²³ Buna karşılık Temyiz Mahkemesi başkan ve üyelerinin, 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkat (MUMK)²⁴'nin 403. maddesi gereği sadece görev suçlarından dolayı değil; şahsi suçlarından dolayı da Divanı Âli'de yargılanmaları söz konusudur.²⁵

Bilindiği üzere Osmanlı Parlamentosu Heyet-i Âyan ve Heyet-i Mebusandan oluşan çift meclisli bir parlamentodur (Kânûn-ı Esâsî, m. 42). Heyet-i Âyan Dairesinde lüzum görüldükçe, padişah iradesi (ba-iradei seniye) ile toplanan (m. 92) Divan-ı Âli, Daire-i İthamiye (İtham Dairesi)²⁶ ve Divan-ı Hüküm (Karar Dairesi)²⁷ olmak üzere iki daireden oluşmaktadır (m. 93). Daire-i İthamiye, Divan'a şikâyet²⁸ edilen kişinin suçlanıp

22 “Memuriyetlerinden hariç ve sırf zatlarına ait her nevi deavide vükelanın sair efradı osmaniyeden asla farkı yoktur. Bu misillü hususatın muhakemesi ait olduğu mehakimi umumiye icra olunur.” (Kânûn-ı Esâsî, m. 33).

23 Servet **Armağan**, 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İstanbul, 1978, s. 126.

24 Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkat ile ilgili olarak daha geniş bilgi için bakınız: Ahmet **Gökçen**, “1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkat”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4., S. 1-2, 1994, s. 203-289.

25 Bu görüş 1879 tarihli MUMK'nin 403. maddesinde geçen: “... Muhakemeyi temyiz aza ve müddeiumumi ve müstantiklerinden biri gerek ifayı memuriyet esasında ve gerek haricinden ... istilzam eder bir harekette bulundukta Adliye nezaretinin takdiri üzerine Divanı Âli'de muhakemesi icra kılınır” ibaresine dayandırılmaktadır. **Arslan**, s. 10.

26 Daire-i İthamiye, üçü Heyet-i Âyan, üçü Divan-ı Temyiz ve İstinaf ile üçü de Şûrayı Devlet üyeleri arasından olmak üzere, kur'a ile belirlenen toplam dokuz üyeden oluşmaktadır (Kânûn-ı Esâsî, m. 93).

27 Divan-ı Hüküm, yedisi Âyan, yedisi Divan-ı Temyiz ve İstinaf ile yedisi de Şûrayı Devlet üyeleri arasından olmak üzere, kur'a ile belirlenen toplam yirmibir üyeden oluşmaktadır (Kânûn-ı Esâsî, m. 95).

28 Başbakan ve bakanların Divan-ı Âli'ye sevk usulü, Kânûn-ı Esâsî'nin 31. maddesinde; Temyiz Mahkemesi başkan ve üyelerinin Divan-ı Âli'ye sevki usulü ise 1879 tarihli MUMK'nin 387 ve 403. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle ilgili olarak dikkat çekici noktalar: Başbakan ve bakanların Divan-ı Âli'ye sevkinde Heyet-i Mebusan Genel Kurul'unun üçte iki oy çoğununun aranması ve bu Genel Kurul kararının, padişahın onayına bağlı olması yani son sözün padişahın olması

suçlanmayacağına karar verir. Bu karar üçte iki çoğunlukla alınır ve Daire-i İthamiye'de bulunanlar, ihsası rey'den dolayı Divan-ı Hüküm'de bulunamazlar (m. 94). Daire-i İthamiye, kişinin üçte iki çoğunlukla yargılanması gerektiğine karar verirse kişi, Divan-ı Hüküm'de yargılanır. Divan-ı Hüküm'de yargılanan kişi hakkında, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile karar alınır. Divan-ı Hüküm kararları kesindir, bu kararlar aleyhine istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamaz (m. 95).

Bilindiği üzere, Teşkilat-ı Esâsiye (1921 Anayasası)'nin ilanına rağmen; 1876 tarihli Kanun-i Esâsi tamamen yürürlükten kaldırılmış değildi. Böylece 1921 Anayasası'nın kabulünden itibaren, 1924 Anayasası'nın 104. maddesiyle Kanun-i Esâsi resmen yürürlükten kaldırılana dek, iki anayasalı bir düzen söz konusu olmuştur. İşte bu iki anayasalı dönemde, 1921 Anayasası'nda Yüce Divan'a ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum bizlere, 1921 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, Yüce Divan konusunda, Kanun-i Esâsi'deki düzenlemelerin geçerli olduğunu göstermektedir.

B. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Dönemi Anayasalarında Yüce Divan

Cumhuriyet dönemi anayasalarında esas olarak iki farklı Yüce Divan uygulaması görülmektedir. Bunlardan ilki 1924 Anayasasının kabul ettiği Yüce Divan sistemi; ikincisi de 1961 Anayasası ile kabul edilen ve 1982 Anayasası döneminde de uygulanan Yüce Divan sistemidir. Bir de bu iki sistem arasında 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesi ile başlayan 13.12.1960 tarihine kadar devam eden Yüksek Adalet Divanı adıyla olağanüstü yetkileri olan bir Yüce Divan mahkemesinin faaliyette bulunduğu kısa bir dönem ve o döneme ait bir Yüce Divan uygulaması da söz konusudur.

Cumhuriyetin ilanından sonraki ilk anayasa olan 1924 tarihli Teşkilat-ı Esâsiye'de (1924 Anayasası'nda), Yüce Divan, Divanı Âli adıyla Anayasanın 61-67. maddelerinde düzenlenmiştir. Böylece Kanun-i Esâsi ile benimsenen ayrı bir Yüce Divan sistemi uygulaması Cumhuriyet Türkiye'sinde de devam ettirilmiştir. Divan-ı Âli, onbeş asıl, altı yedek olmak üzere toplam 21 üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerin onbiri Yargıtay, on tane de Danıştay Genel Kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından gizli oyla seçilir (1924 Anayasası, m. 62). Bir başkan ve ondört üye olmak

(Kânûn-ı Esâsi, m.3 1) ve Temyiz Mahkemesi başkan ve üyelerinin Divan-ı Âli'ye sevki konusunda da nihai kararın adalet bakanınca verilmesidir. **Yanık**, s. 19

üzere onbeş üyeye toplanması gereken Yüce Divan, kararlarını salt çoğunlukla alır (m. 63/1). İddia makamında Cumhuriyet Başsavcısının bulunduğu (m. 64) Yüce Divan'ın kararları da kesindir (m. 65). 1924 Anayasası'na göre Yüce Divan, tam gün esasına göre çalışan bir mahkeme değildir. Bu mahkeme gerek görülmesi üzerine TBMM kararı ile kurulur (m. 67).

1924 Anayasası'nın öngörmüş olduğu Yüce Divanın görevi ise: “*Bakanları, Danıştay ve Yargıtay başkanları ve üyelerini ve Cumhuriyet Başsavcısını görevlerinden doğacak işlerden dolayı yargılamak ...*”tır (m. 61). Daha sonra Anayasa'nın 1937 tarih ve 3155 sayılı kanunla değişik halinde, Yüce Divan'da yargılanacak kişiler arasına görevleri ile ilgili suçlardan dolayı siyasi müsteşarlar da eklenmiştir. Burada hemen belirtmek gerekir ki 1924 Anayasası'nın 61. maddesindeki “*...görevlerinden doğacak işlerden dolayı yargılamak...*” ibaresi maddede zikredilen şahısların sadece görev suçlarından dolayı değil; hukuki (mali) sorumluluklarından dolayı da Yüce Divan karşısına çıkacaklarını göstermektedir.²⁹ Bu yönüyle 1924 Anayasası'nın öngörmüş olduğu Yüce Divan sistemi, 1876, 1961 ve 1982 Anayasalarının öngörmüş olduğu sistemden farklıdır. Çünkü anılan anayasalarda, Yüce Divan'da sadece görev suçlarından dolayı yargılanmak söz konusudur. Oysa 1924 Anayasası'nın öngörmüş olduğu sistemde, anılan şahısların, mali (hukuki) sorumluluktan dolayı da Yüce Divan'da yargılanmaları söz konusudur (TBMM Dâhili Nizamnamesi³⁰, m. 169 ve m. 176). Ancak bakanların Yüce Divan karşısına çıkmalarına sebep olacak olan mali (hukuki) sorumluluk, sadece devlete karşı olan hukuki sorumluluk olup; fertlere karşı olan hukuki sorumluluğu kapsamamaktadır.³¹

²⁹ Necip **Bilge**, “Bakanların Görev ve Sorumluları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 1, 1953, s. 161, <https://9lib.net/document/dy4gvmky-baslik-bakan-larin-goerev-sorumlariyazar-bi-lge-necipcilt-hukfak-yayin.html>, E.T. 05.05.2021.

³⁰ 2 Mayıs 1927 Tarihli TBMM Dahili Nizamnamesi, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/KITAP/203859.pdf>, E.T. 06.05.2021.

³¹ **Bilge**, s. 164; A. Şeref **Gözübüyük**, Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1993, s. 216-217.

Başbakan ve bakanların³² Yüce Divan'a sevki TBMM Dahili Nizamnamesi'nin (İçtüzüğünün) 169-176. maddelerinde düzenlenmiştir.³³ Yüce Divan'a sevk konusunda TBMM'ce verilen karar kesindir (TBMM Dâhili Nizamnamesi, m.176).

1924 Anayasası'ndaki Yüce Divan uygulaması, 27 Mayıs 1960 Askeri darbesiyle son bulmuştur. 27 Mayıs 1960 tarihinde, askeri darbeyi yapan Milli Birlik Komitesi, çıkardığı 12.06.1960 Tarih ve 1 Sayılı Kanun³⁴ ile Teşkilat-ı Esâsiye Kanunu'nun TBMM'ye verdiği tüm yetkilerin kendilerine geçtiğini hüküm altına almışlardır (m. 1, m. 3). Aynı Kanunun 24. maddesi ile 1924 Anayasası'nın Yüce Divana ilişkin hükümleri (m. 61–m. 67) yürürlükten kaldırılmıştır. Yüce Divan yerine olağanüstü yetkilerle donatılmış; Cumhurbaşkanı, başbakanı, bakanları ve eski iktidar partisi milletvekillerini ve bunların işledikleri iddia edilen suçlara iştirak edenleri yargılamak üzere tabii hâkim ilkesine aykırı olarak “Yüksek Adalet Divanı” adıyla bir mahkeme kurulmuştur (m. 6/1). Bu mahkeme, aynı zamanda 1924 Anayasası'na göre, Divanı Âli'de (Yüce Divan'da) yargılanmaları öngörülen şahısları da yargılamakla yetkili kılınmıştır (m. 6/8). Anılan kişileri, görev suçlarının yanı sıra şahsi suçlarından dolayı da yargılamakla yetkili kılınan Yüksek Adalet Divanı'nın kararları da kesindir. Sadece idam cezası kararlarının infazı Milli Birlik Komitesi'nin onayına bağlı kılınmıştır (m. 6/6). Yüksek Adalet Divanı, tamamen Milli Birlik Komitesi'nin şekillendirdiği, doğal hâkim ilkesi başta olmak üzere, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkelerine aykırı, hukuk devleti içerisinde

32 **Arslan**, s. 13. Türk Anayasa tarihinde bakanların cezai sorumlulukları ve bu sorumlulukların işletilişi konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Hikmet **Tülen**, Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması, Mimoza, Konya 1999, s. 63 vd.

33 Yargıtay başkan ve üyelerinin ilk soruşturması 776 sayılı ve 1926 tarihli Hâkimler Kanununun 31 ve 32. maddelerine göre, Danıştay, başkan ve üyelerinin ki ise 1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın 10. maddesinin emrettiği üzere yapılacaktır. **Arslan**, s. 14-15.

34 “1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilâtı Esâsiye Kanununun Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanun” Kanun tam metni için bakınız: A. Şeref **Gözübüyük/Suna Kili**, Türk Anayasa Metinleri (1839-1980), 2. Bası, Ankara 1982, s. 138-144.

yeri ve izahı olmayan olağanüstü nitelikte bir mahkeme idi.³⁵

1961 Anayasası, anayasa yargısında olduğu gibi Yüce Divan yargılamasında da Türk anayasa tarihinde yeni bir dönemin başlangıcı olmuştur. Bu dönemde, kanunların ve TBMM İçtüzüğü'nün anayasaya uygunluğunu denetlemek için Anayasa Mahkemesi kurulmuştur (1961 Anayasası, m. 145 vd.). Onbeş asıl, beş yedek üyeden teşekkül eden Mahkeme³⁶, kanunların ve TBMM İçtüzüğü'nün anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davalarına bakman yanı sıra “*Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Yüksek Hâkimler Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini, Cumhuriyet Başsavcısını, Başkanunsözcüsünü, Askerî Yargıtay Başsavcısını ve kendi üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla*” yargılamakla yetkili kılınmıştır (m. 147/2). Anayasa Mahkemesi'nin, Yüce Divan sıfatıyla yapacağı yargılamalarda savcılık görevini de Cumhuriyet Başsavcısı'nın yapması öngörülmüştür (m. 147/3). Böylelikle, Yüce Divan konusunda o güne kadar ki ayrı bir Yüce Divan sitemi uygulamasından vazgeçilmiş; onun yerine Anayasa Mahkemesi sistemine geçilmiştir.

1982 Anayasası da esas olarak 1961 Anayasası ile kabul edilen Yüce Divan sistemini benimsemiştir. Yani üst düzey kamu görevlilerini, görev suçlarından dolayı yargılama yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. 1982 Anayasası'na göre: “*Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını, Cumhurbaşkanı yardımcılarını, bakanları, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar. Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava*

³⁵ Yüksek Adalet Divanı üyeleri adli, idari ve askeri yargıya mensup hâkimler arasından, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Milli Birlik Komitesi'nce atanmakta (m. 6/2); şüphelilerin sorumluluklarını tespit etmek, üzere kurulmuş olan Yüksek Soruşturma Kurulu da yine Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine, Milli Birlik Komitesi'nce seçilecek üyelere oluşmaktaydı (12.06.1960 Tarih ve 1 Sayılı Kanun, m.6/44).

³⁶ “...Asıl üyelere dördü Yargıtay, üçü Danıştay Genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleriyle Cumhuriyet Başsavcısı ve Başkanunsözcüsü arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Bir üye Sayıştay Genel Kurulunca kendi Başkan ve üyeleri arasından aynı usülle seçilir. Millet Meclisi üç, Cumhuriyet Senatosu iki üye seçer. Cumhurbaşkanınca da iki üye seçilir. Cumhurbaşkanı, bu üyelere birini, Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçer. Yasama Meclisleri, bu seçimleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışından, üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla yaparlar...” (1961 Anayasası, m.145/1).

*Kuvvetleri Komutanları da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar*³⁷” (1982 Anayasası m. 148/6-7). Yüce Divan’da yargılamasında, savcılık görevi ise Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekiline verilmiştir (m. 148/8).

1982 Anayasası’nın mevcut haline göre, Anayasa Mahkemesi, toplam on beş üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerin on iki tanesi -bazıları doğrudan doğruya, bazıları da çeşitli usullerle belirlenen adaylar arasından- Cumhurbaşkanıca; kalan üç tanesi de TBMM tarafından seçilmektedir (m. 146).

IV. YÜCE DİVAN SİSTEMİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Yüce Divan yargılamasında amaç; bağımsız, tarafsız, adil ve teminatlı bir yargılama yapmaktır. Dolayısıyla Yüce Divan sistemine yöneltilen eleştirilerin de esas olarak bu ilkelerin ihlal edildiği noktalara yönelik olması gerekir. Türkiye’deki Yüce Divan sistemi konusundaki tartışmalara, mevcut Yüce Divan sistemine yönelik eleştirilere bakıldığında, bunların genellikle yargılamanın hangi mahkemede yapılması gerektiği konusunda yoğunlaştığı görülmekle beraber aslında Yüce Divan sistemine yönelik sorunlar sadece yargılamanın hangi mahkemede yapılacağıyla sınırlı değildir. Bu nedenle Türkiye’deki Yüce Divan sistemine yönelik eleştirilerin esasen; soruşturma evresine yönelik eleştiriler, kovuşturma evresine ilişkin eleştiriler ve yargılamayı yapan mahkemeye yöneltilen eleştiriler olmak üzere üç temel noktada toplandığı görülmektedir. Ancak yargılamanın yapılacağı mahkemeye göre, mahkemenin üye yapısı, mahkemede uygulanacak soruşturma ve kovuşturma usulü de farklı olacağından, mahkemenin değişmesi Yüce Divan sistemine yönelik eleştirilerin birçoğuna kendiliğinden çözüm sunacağı için tartışmalar ve çözüm önerileri daha çok hangi mahkeme noktasında ya da başka bir ifade ile hangi Yüce Divan sisteminin benimsenmesi gerektiği noktasında yoğunlaşmaktadır.

Yüce Divan sistemine yönelik eleştirilere değinmeden önce şunu peşinen hatırlatmak gerekir ki bir ceza mahkemesi olarak çalışan Yüce Divan, Anayasa’da veya 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve

³⁷ 1982 Anayasası’nda değişiklik yapan, 21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16’ncı maddesiyle, “Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi” kapatıldığı için bu mahkemeler, madde metninden çıkarılmıştır. Yine aynı Kanun ile Türkiye’de hükümet sistemi değiştirildiği ve parlamenter hükümet sisteminden vazgeçildiği için madde metninde yer alan “Bakanlar Kurulu üyelerini” ibaresi “Cumhurbaşkanı yardımcılarını, bakanları” şeklinde değiştirilmiştir.

Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da hüküm bulunmaması halinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki hükümlere göre hareket etmektedir (6216 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, m. 57/1).

A. Soruşturma Evresine İlişkin Eleştiriler

Yüce Divan'ın yargılama yetkisinde bulunan kişilerle ilgili soruşturma evresi, faile göre farklılık arz etmektedir. Örneğin şüpheli Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan ise soruşturma, TBMM tarafından yapılmaktadır. Meclis soruşturmasının açılması TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önerge ile istenmekte ve beşte üçünün gizli oyu ile de açılmasına karar verilmektedir (1982 Any. m. 105/1, m. 106/5). Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclis'teki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılmaktadır (m. 105/2, 106/6). Yüce Divan'a sevk kararı ise Meclis üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyu ile alınmaktadır (m.105/3, m. 106/7). Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcı vekili ancak kovuşturma evresinde savcılık görevini ifa etmektedir (m. 148/8). Soruşturmayı yapan TBMM'de, deliller topladıktan sonra suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşursa, iddianame yerine geçen bir fezleke hazırlanıp şüpheli Yüce Divan'a sevk edilmektedir. İşte burada 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 170. maddesindeki şartları taşıyan bir iddianame hazırlaması gereken TBMM'nin, normalde ceza soruşturmasında savcıların yaptığı bu işi tam anlamıyla yapamadığı; hazırladıkları iddianamelerde, kimi zaman Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre bir iddianamede bulunması gereken şartları taşımadığı yönünde tespitler ve eleştiriler mevcuttur.³⁸ Bu konuda TBMM'de kurulacak olan soruşturma komisyonunun oluşturulmasında hukukçuların, mümkünse de ceza hukukçularının tercih edilmesinin sorunun çözümüne katkı sunacağı düşünülmektedir.³⁹ Anılan sorunu aşmak için soruşturma komisyonuna Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı dahil edilmeli veya TBB'nin 2007 Anayasa önerisinde belirtildiği üzere, Yüce Divana sevk kararı ile birlikte bu konu-

³⁸ Mehmet **İstanbul**, Yüce Divan Yargılaması, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, 2009, s. 180; **Öztürk**, s. 103-104.

³⁹ **Öztürk**, s. 103.

daki iddianamenin hazırlanması görevi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilmelidir.⁴⁰ Dolayısı ile iddianamenin hazırlanmasına yönelik eleştiri, mevcut yapı içerisinde yapılacak bir değişiklikle, herhangi bir sistem değişikliğine gidilmeden çözüme kavuşturulabilir gözükmektedir.

Şüpheli, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı ise görev suçu sebebiyle soruşturmanın nasıl yapılacağı belli değildir. Bu konudaki kanun boşluğu henüz yasama organı tarafından doldurulmuş değildir.⁴¹ TBMM Başkanı için soruşturma, TBMM tarafından yapılabilir.⁴² Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar için Anayasa'nın 105 ve 106. maddesinde öngörülen yöntem TBMM başkanı için öngörülebilir.

“Anayasa Mahkemesi, ... Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar” (1982 Any. m. 148/6). Şüpheli eğer, Anayasa'da belirtilen yüksek mahkeme üyeleri ise o zaman soruşturma evresinde farklı bir usul izlenmektedir. Yüce Divan'da yargılanması gereken yüksek yargı organlarının hâkim ve savcılar için soruşturma, kendi kurumlarınca yapılmaktadır.

Danıştay, başkan ve üyelerinin göreviyle ilgili işlemiş oldukları suçlar nedeniyle haklarında soruşturma, Danıştay İdari İşler Kurulu Başkanlığı tarafından yapılmaktadır. Başkanlığın, soruşturma neticesinde verdiği karara karşı Danıştay Genel Kurulu'na on gün içinde itiraz edilebilmektedir (Danıştay Kanunu, m. 76-77).

Sayıştay başkan ve üyeleri hakkında görevleriyle ilgili işlemiş oldukları suçlardan ötürü haklarında soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine Sayıştay Daireler Kurulu karar vermektedir. Bu kurulun soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararı kendiliğinden, soruşturma izni verilmesine ilişkin kararı ise itiraz üzerine Sayıştay Genel Kurulunca denetlenmektedir (Sayıştay Kanunu, m. 66).

Yargıtay başkan ve üyelerinin Yüce Divan'a sevki ise 4.2.1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesinde şu şekilde düzenlen-

40 Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, s. 212, 214.

41 Numan **Biber**, Meclis Soruşturması ve Yüce Divan Yargılaması, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE, 2015, s. 119; **Tavus**, s. 80.

42 **Biber**, s. 120.

miştir: “Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlıdır. Ancak, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinin hazırlık ve ilk soruşturması genel hükümlere tabidir. Birinci Başkanlık Kurulu kendisine intikal eden veya ettirilen ihbar ve şikâyetleri inceleyerek soruşturma açılmasını gerektirir nitelikte gördüğü takdirde, ilk soruşturma yapılması için ceza dairesi başkanlarından birini görevlendirir. Aksi takdirde dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verir. Bu karar kesindir. Soruşturma ile görevlendirilen başkan, soruşturmayı ikmal ettikten sonra evrakı Birinci Başkanlık Kuruluna gönderir. Soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı sorgu hâkiminin yetkisini haiz olup Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk soruşturmaya ait hükümlerini uygular. Vereceği tutuklama ve tutuklamanın kaldırılması veya kefaletle salıvermeye ait kararları Birinci Başkanlık Kurulunun onaması ile tekemmül eder. Birinci Başkanlık Kurulu, incelediği evrakı eksik bulursa soruşturmayı yapan başkana tamamlattırır. Son soruşturmanın açılmasına gerek görmediği takdirde evrakın işleminden kaldırılmasına, aksi halde son soruşturmanın açılmasına karar verir ve görevle ilgili suçlarda Anayasa Mahkemesine, kişisel suçlarda Yargıtay ilgili ceza dairesine tevdi olunmak üzere dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Evrakın işleminden kaldırılmasına dair verilen kararlar kesindir.”

Anayasa Mahkemesi, başkan ve üyelerinin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı haklarında, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından soruşturma açılmasına karar verilirse Genel Kurul, üyeler arasından üç kişiyi Soruşturma Kurulunu oluşturmak üzere seçer (6212 sayılı Kanun m. 16/5). Soruşturma Kurulu soruşturmayı tamamladıktan sonra kamu davası açılmasını gerekli görürse düzenleyeceği iddianameyi ve dosyayı görevleriyle ilgili suçlarda Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak üzere Anayasa Mahkemesine gönderir. Genel Kurul, kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verir (6212 sayılı Kanun m. 17/4). Soruşturma Kurulunun işlem ve kararları kesindir (Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, m. 15/3).

Danıştay ve Sayıştay’ın yaptıkları soruşturmalarda teorik olarak bir problem gözükmez iken itiraz edilecek bir üst merci var iken; Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’da yapılan soruşturmalar sonrası olası bir kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı herhangi bir itiraz veya kanun yolu bulunmamaktadır. Örneğin Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu, gö-

revi ile ilgili bir suç işlediği iddia edilen Yargıtay üyesi hakkında, soruşturma açılmaması veya yapılan soruşturma sonunda dosyanın işlemden kaldırılması yönünde bir karar verdiğinde, bu kararı kesin nitelikte olmaktadır (Yargıtay Kanunu, m. 46). Bu sorunu aşmak için Birinci Başkanlık Kurulu'nun verdiği karara karşı Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na itiraz etme imkânı tanınmalıdır. Keza Anayasa Mahkemesi üyelerinin Yüce Divan'a sevki konusunda Soruşturma Kurulu üyelerinin yapmış olduğu işlemler ve vermiş olduğu kararlar kesindir (Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 15/3). Her iki durumda da kovuşturmayla yer olmadığına dair verilen kararlara karşı bir kanun yolunun olmaması şikâyetçi veya mağdurun adil yargılanma hakkı yönünden bir hak ihlali yaratabilir. Yine Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun kendi üyeleri açısından hem kovuşturma açılmasına karar vermesi hem de kovuşturma makamı olmasının, hukuk devleti ve adil yargılanma ilkesi ilkesiyle çeliştiğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Bütün bunlarla birlikte değerlendirildiğinde, yüz kırkbeş yıllık Yüce Divan uygulamasında son on yıl öncesine kadar tek bir yüksek mahkeme hâkim veya savcısının Yüce Divan'da yargılanmamıştır.⁴³ Bu mahkemelerdeki tıkanmış soruşturma usullerinin ve meslek taassubunun, yüksek mahkeme savcı ve yargıçlarına fiilen bir dokunulmazlık sağladığı şeklinde yorumlanabilir.⁴⁴ Türkiye'de, bir yüksek mahkeme üyesinin Yüce Divan sevki ilk kez Anayasa Mahkemesi'nin, E. 2011/1 K. 2012/1 sayılı dosyasında görülen davada söz konusu olmuştur.⁴⁵

1982 Anayasası'na göre, Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) üyeleri de görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanır (m. 148/6). HSK üyeleri hakkında soruşturma açılmasına ve Yüce Divana sevk edilmesine karar vermeye yetkili tek organ HSK Genel Kurulu'dur (6087 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu, m. 38). Bilindiği üzere, Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yolu kapalıdır (1982 Any. m. 159/10). Kurul kararlarına karşı yargı yolu açılarak, HSYK üyelerinin Yüce Divan'a sevki konusunda, adil yargılanma hakkına yönelik olası ihlallerin giderilebileceği düşünülmektedir.

43 **Kasımoğlu**, s. 57; **Tavus**; s. 81

44 **Yanık**, s. 292-293.

45 Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan Kararı, E. 2011/1, K. 2012/1, 19.12.2012, https://www.anayasa.gov.tr/media/6368/yuce_divan_2011.pdf, E.T. 25.06.2021.

1982 Anayasası'na göre, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar (m. 148/7). Bu kişiler hakkında soruşturma açılmasına Cumhurbaşkanı karar verir. Cumhurbaşkanı bu iş için bir Soruşturma Kurulu görevlendirir. Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek izin vermeye yetkili merciiye (Cumhurbaşkanına) sunar. İzin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verir. İzin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görürse, soruşturma dosyasını Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak üzere Anayasa Mahkemesi'ne gönderir (353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, m. 15/A). Burada görüldüğü üzere Cumhurbaşkanının bir iddia faaliyetinde bulunması, bir iddianame düzenleyerek Yüce Divan'a göndermesi öngörülmektedir. Kanaatimce Cumhurbaşkanınca soruşturma dosyasının Yüce Divan'a gönderilmesi konusunda karar vermesi durumunda, kovuşturma evresinde de iddia faaliyetini yürütecek olan Yargıtay Cumhuriyet başsavcısına iddianame hazırlaması konusunda görev verilmesi suretiyle usulüne uygun bir iddianame hazırlanması konusunda yaşanması muhtemel sorunların önüne geçilebilir. Bunun dışında Cumhurbaşkanını Yüce Divan'a sevk konusunda izin verme ya da vermeme yönündeki kararı, niteliği itibarıyla bir Cumhurbaşkanı kararıdır. 6.11.1982 Tarih ve 2575 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 24/1 maddesindeki: "*Danıştay ilk derece mahkemesi olarak Cumhurbaşkanı kararlarına ... karşı açılacak ... davaları karara bağlar*" düzenlemeye dayanılarak bu kararlara karşı Danıştay'a başvurulabilir.

B. Kovuşturma Evresine İlişkin Eleştiriler

İddianame veya iddianame yerine geçen belgenin Yüce Divan'a sunulması sonrasında, Yüce Divan, yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapacak ve hüküm verecektir (6216 Sayılı Kanun m. 57/1). Yüce Divan, iddianame veya iddianame yerine geçen belgeyi iade edebilir (m. 57/3). İddianamenin veya iddianame yerine geçen belgenin iadesi durumunda yeniden değerlendirmenin hangi mercii tarafından yapılacağı konusunda mevzuatta bir hüküm bulunmamakla birlikte, böyle durumda iddianameyi düzenleyen mercii konuyu yeniden değerlendirmesi gerektiği söylenebilir.⁴⁶

⁴⁶ Ersan Şen/Bilgehan Özdemir, "Yüce Divan Yargılaması", Ankara Barosu Dergisi, 2012/1, s. 190. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397925>, E.T.

1982 Anayasası'nın öngördüğü Yüce Divan yargılamasının kovuşturma evresine yönelik de ciddi eleştiriler mevcuttur. Kovuşturma evresine yönelik eleştiriler, esasında bu evrede verilen kararların niteliğine ilişkindir. Bu eleştirilerden en önemlisi, Yüce Divan tarafından yapılan kovuşturma neticesinde verilen kararlarının kesin hüküm niteliğinde olmasıdır (1982 Anayasası m. 148/5). Yani Yüce Divan kararlarına karşı, itiraz (CMK m. 267 vd.), istinaf (CMK, m. 236 vd.) ve temyiz (CMK, m. 286 vd.) gibi olağan kanun yollarına başvurulamamaktadır.⁴⁷ Kanun yoluna başvurulamaması, ilk derece mahkemesindeki yargılama esnasında yapılan hataların düzeltilmesi imkânını ortadan kaldırmaktadır.⁴⁸ Bu durum, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkını güvence altına alan, Türkiye'nin de onayladığı⁴⁹ AİHS 7 Nolu Ek Protokol'ün 2. maddesine de aykırıdır.⁵⁰ Şöyle ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 Nolu Ek Protokolü'nün 2. maddesinin 1. fıkrasında: “*Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, kanunla düzenlenir*” hükmüne yer verilmiş; ikinci fıkrada bu kuralın istisnası belirtilmiştir. Buna göre: “*Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.*” Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere “*ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı*” durumlarda, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkına istisna getirilebilmektedir. Bu istisna çerçevesinde ilk bakışta, Türkiye'deki Yüce Divan yargılamasının, AİHS 7 Nolu Ek Protokol'e aykırı olmadığı düşünülebilir.

27.06.2021. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: Özkan **Gültekin**, “Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılamada İddianamenin İadesi ve İtiraz Kanun Yolu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 54, 2011, s. 15-24.

47 **İstanbulu**, s. 112-114; **Kılıç**, Yüce Divan Sıfatıyla Anayasa Mahkemesi, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2006, s. 87.

48 Faruk **Petriçli**, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Olarak Görevi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 1986, s. 44

49 Protokol, 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı kanun ile onaylanması uygun bulunmuş; Protokol, Türkiye bakımından 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

50 **Şen/Bilge**, s. 192.

Ancak burada Eminağaoğlu'nun sorduğu üzere “Anayasa Mahkemesi, ceza alanında en yüksek mahkeme midir?” sorusunu sormak gerekir.⁵¹ Konusunda en uzman olan ve yüksek yargıçların görev aldığı yer, en yüksek yargı yeridir.⁵² Acaba Yüce Divan, ceza yargılamasında uzman olan yargıçlardan oluşmakta mıdır? Bu çalışmanın, kaleme alındığı tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nde asıl ve yedek üye olmak üzere Mahkeme'nin resmi web sitesinde yaptığım tespite göre, halen görevdeki üyelerle birlikte toplam 131 üye görev yapmıştır. Bu üyelerin Mahkeme'nin web sitesindeki özgeçmişleri tarafımda tek tek incelenmiş olup; bu inceleme neticesinde mezun olduğu fakülteler esas alındığında mahkemede görev yapan hâkimlerin % 81,7'sinin hukukçu; % 18,3'ünün ise hukukçu olmayan⁵³ üyelere oluştuğu; sadece alanında uzman (savcılık ve ceza mahkemelerinde hâkimlik görevi yapan) üyelerin toplam üyelere oranının % 27,5 olduğu; ceza alanında çalışmış (hakim ve savcılık yapmış) olmakla birlikte aynı zamanda hukuk mahkemelerinde ve idari yargıda görev yapan yani hem ceza hem hukuk hem de idare mahkemelerinde görev yapmış üyelerin oranının toplam üyeler içinde % 49,6 olduğu görülmüştür. Gözler'in 2019 yılında mevcut üyeler üzerinden yaptığı tasnife göre, çalışmanın yapıldığı tarihte görevdeki üyelerin yarısı (% 50'si) hukukçu dahi olmadığı tespit yapılmıştır.⁵⁴ O halde Anayasa Mahkemesi, anayasa yargısında en üst mahkeme olmasına rağmen; Yüce Divan sıfatıyla ceza yargılamasında uzman olmayan yargıçların da mahkemede görev almasından dolayı nesnel anlamda ceza yargılamasında uzman en üst mahkeme niteliğinde değildir.⁵⁵ Bu yönüyle Anayasa Mahkemesi'nce yapılan Yüce Divan Yargılamasının AİHS 7 Nolu Ek Protokole aykırı olduğu söylene-

51 Ömer Faruk, **Eminağaoğlu**, “Yüce Divan ve Sorunlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 59, 2005, s. 212, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-159>, E.T. 12.07.2021.

52 **Eminağaoğlu**, s. 212.

53 Hukukçu olmayan üye sayısı toplam 24 olup; bu üyelerin 19 tanesi Siyasal Bilgiler; 5 tanesi de İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi mezunudur.

54 Kemal **Gözler**, “Hukukçu Olmayan Hâkimler Sorunu-1 (Hukuk Fakültesi Mezunu Olmayan Anayasa Mahkemesi Üyeleri)”, <https://www.anayasa.gen.tr/aym-h-o-uyeler.htm>, E.T.14.09.2021.

55 **Eminağaoğlu**, s. 212; Turan **Güzeloğlu**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Yüce Divan'ın Oluşum Biçimi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 3, S. 17, 2008, s. 89; **Tekeş**, s. 108.

bilir. Kaldı ki BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14/5. maddesinin, ceza alanında iki dereceli yargılamayı istisna öngörmeden zorunlu tuttuğunu da unutmamak gerekir.

Yüce Divan kararlarına karşı olağan kanun yoluna başvurma mümkün olmamakla beraber, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 311'deki koşullardan birinin oluşması durumunda olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir.⁵⁶ 6216 Sayılı Kanun'un 67. maddesinde de Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davalarında veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlarda yargılamanın yenilenmesin hangi koşullarda istenebileceği düzenlenmiştir.⁵⁷ 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasanın 148. maddesinin 9. fıkrası: “*Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.*” şeklinde değiştirilmiştir. Yeniden inceleme başvurusunun koşulları 6216 sayılı Kanun'un 58. maddesinde düzenlenmiştir. Yüce Divan tarafından verilen hükme karşı yeniden inceleme başvurusu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili, sanık, müdafî, katılan veya vekili tarafından, hükmün açıklanmasından itibaren on beş gün içinde Yüce Divana bir dilekçe verilmesi suretiyle yapılır (6216 Sayılı Kanun, m. 58/1-2). Bu başvuru, kuşkusuz bilinen anlamda bir kanun yolu olmaktan ziyade aynı merciin kararını bir kez daha gözden geçirmesinden ibarettir. Selçuk, bunun karar düzeltme yolu benzeri bir işlem olarak değerlendirilebileceğini söylemektedir.⁵⁸ Yargılamanın yenilenmesi ancak CMK m. 311'de sayılan sebeplerden birinin ortaya çıkması durumunda

⁵⁶ Faruk **Erem**, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan Olarak İncelenmesi, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 22; aktaran, **Arslan**, s. 136-137; **Kılıç**, s. 117.

⁵⁷ “(1) Mahkemenin siyasi parti kapatma davalarında veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre istenebilir.

(2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği bir kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğine hükmetmesi hâlinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Anayasa Mahkemesinden yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabilir.

(3) Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi istemini esaslı ve kabule değer bulursa, yargılamanın yenilenmesine karar verir. İstem genel hükümlere göre sonuçlandırılır.” (6216 Sayılı Kanun m. 67).

⁵⁸ Sami **Selçuk**, Star Gazetesi, 14 Temmuz 2011. <http://www.stargazete.com/guncel/yazar/sami-selcuk/yuce-divan-sorusalı-haber-264695.htm>, E.T. 14.07. 2011.

yapılabilir iken⁵⁹; yeniden incelemede böyle bir koşul bulunmamaktadır. 2010 yılında yapılan bu değişiklik eski duruma göre olumlu bir adım olmakla beraber, mevcut eksikliği giderdiği söylenemez. Çünkü buradaki usul bir kanun yolu olarak değerlendirilemeyeceği için hak arama hürriyetinin kısıtlandığını, bu şekilde temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğini söylemek hatalı olmayacaktır.⁶⁰

Yüce Divan sıfatıyla ceza yargılaması yapan Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına karşı bir kanun yolu öngörülmesi, Mahkemenin mevcut yapısı karşısında mümkün ve makul görünmemektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi her ne kadar Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamayı ilk derece mahkemesi olarak yapsa da, aynı zamanda son derece mahkemesidir. Hatta Anayasa Mahkemesi'nin yüksek mahkemeler arasındaki konumu için eşitler arasında birinci demek çok da yanlış olmasa gerek. Bu nedenle bu mahkemenin verdiği kararların başka bir Yüksek mahkemece denetlenmesi pek kabul edilebilir bir usul olarak görülmemektedir.⁶¹ Zaten Anayasa'nın 153/1 maddesindeki: "*Anayasa Mahkemesinin kararları ke-*

59 "(1) Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür:

- a) Duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliği anlaşılırsa.
- b) Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılırsa.
- c) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmiş ise.
- d) Ceza hükmü hukuk mahkemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da bu hüküm kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılmış ise.
- e) Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa.
- f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya ceza hükmü aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir" (CMK, m. 311)

60 Şen/Bilgehan, s. 192.

61 Arslan, s. 136.

sindir” şeklindeki düzenleme karşısında, böyle bir şey meri hukuk açısından mümkün de değildir. Dolayısı ile mevcut sistem içerisinde cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkını gerçekleştirmek mümkün gözükmemektedir. Bu durum bile tek başına Yüce Divan’ın yeniden yapılandırılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.⁶²

Yüce Divan’ın kovuşturma evresine ilişkin yapılan bir diğer önemli eleştiri de tıpkı son kararın kesin hüküm niteliğinde olması gibi Mahkemenin yargılama esnasında başvurabileceği örneğin tutuklama gibi güvenlik tedbiri ara kararlarının da kesin olmasıdır. Başka bir ifadeyle yargılama esnasında verilen ara kararlara karşı, itirazda bulunulabilecek bir itiraz mercii gözükmemektedir. Bu da diğer mahkemelerde yargılanan sanıklar için tanınan bir hakkın Yüce Divan’da yargılanan sanığa tanınmaması anlamına gelmektedir.⁶³ Bu durumun hukuk devleti, adil yargılanma hakkı ve eşitlik ilkesiyle çeliştiği rahatlıkla söylenebilir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, “*Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir*” (Any. m. 153/1). Belki burada anılan sakıncayı gidermek için Anayasa’nın, 148/9 maddesindeki: “*Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.*” şeklindeki hükmü ara kararlara da teşmil edecek şekilde geniş yorumlamak, böyle bir içtihat oluşturmak ve ara kararlara karşı da Anayasa Mahkemesine yeniden inceleme başvurusu yapılmasının önünü açmak suretiyle anılan eleştirilere bir çözüm üretilebilir.

C. Mahkemeye İlişkin Eleştiriler

Yüce Divan’da yapılan yargılamaların soruşturma ve kovuşturma evresine yönelik eleştirilerin yanı sıra bu yargılamayı yapan mahkemeye (Anayasa Mahkemesi’ne) yönelik eleştiriler de mevcuttur. Bu eleştiriler; üyelerin seçim şekli, üyelerin bazılarının nitelikleri açısından iyi bir ceza yargılaması yapmaya müsait olmadığı ve Yüce Divan yargılamasının Anayasa Mahkemesi’nin asıl görevini yerine getirmesini olumsuz yönde etkilediği noktalarında toplanmaktadır.⁶⁴

⁶² Kaymak, s. 90-91.

⁶³ Arslan, s. 138.

⁶⁴ Yanık, s. 295-308.

1982 Anayasası'nın son haline göre Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapan Anayasa Mahkemesi onbeş üyeden oluşmaktadır m. 146). Bu üyelerin üç tanesi TBMM tarafından⁶⁵, oniki tanesi de doğrudan ya da çeşitli organlarca gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanıca seçilmektedir.⁶⁶ TBMM tarafından seçilecek üyeler için ilk oylamada üçte iki çoğunluk aranmakta; bu çoğunluğa ulaşamadığı takdirde ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu yeterli görülmektedir. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamadığı durumda, en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılmakta ve üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmektedir (1982 Anayasası, m. 146/1). Esasen Anayasa Mahkemesi'ne TBMM tarafından üye seçilmesi bu mahkemenin demokratik meşruiyeti açısından önemlidir. Bu usul çağdaş demokratik ülkelerde de uygulanan bir yöntemdir.⁶⁷ Ancak burada eleştirilmesi gereken nokta, üyelerin nitelikli çoğunlukla seçilememesi durumunda, Anayasayla üye seçiminin dolaylı olarak parlamenter sistemdeki (eski) tabirle iktidar partisine ya da

65 “Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer.” (1982 Anayasası, m. 146/1).

66 “Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.” (1982 Anayasası, m. 146/2).

67 Haşim Kılıç, “Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri”, Anayasa Yargısı, s. 80–95, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/4624/turkiyeraporu.pdf>, E.T. 10.09.2021; Tekeş, s. 47; Tunc, s. 162; Kasımoğlu, s. 43.

koalisyon ortaklarına verilmiş olmasıdır. Bu da mahkeme üyelerinin tarafsızlığına gölge düşürmektedir.⁶⁸ En azından nesnel tarafsızlık⁶⁹ ilkesi kesin bir şekilde ihlal edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne TBMM'ce seçilecek üyelerin muhakkak nitelikli çoğunlukla seçilmesi yönünde Anayasa'da bir düzenleme yapılmalıdır. Nitekim Federal Alman Cumhuriyetinde, İtalya'da, Belçika ve Portekiz'de sadece parlamentoda çoğunluğu oluşturan koalisyon partilerinin değil, aynı zamanda muhalefet partilerinin de seçim sürecine katıldıkları orantılı ve dengeli bir paylaşımı gerçekleştirmeyi amaçlayan Anayasa yargıçlarının seçiminde nitelikli parlamento çoğunluğunun gerekli görülmektedir.⁷⁰ Böyle bir tercihin de üye seçimi konusunda tıkanmalara yol açabileceği yönünde eleştirilere maruz kaldığını da belirtmek gerekir.⁷¹

2007 yılında yapılan Anayasa değişikliğine kadar Cumhurbaşkanı, TBMM tarafından seçilmekteydi. Nitelikli çoğunluk sağlanamadığı tak-

68 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen "*adil yargılama hakkı*"nın içeriğini belirlerken, tarafsızlığı önemli bir ölçüt olarak kullanmaktadır. Bu bağlamda tarafsızlık: Yargılamayı yapanlar ile yargılananlar arasında davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaatin bulunmaması, özellikle mahkemenin veya üyelerinden bazılarının taraflara karşı, onların leh veya aleyhlerinde bir duygu veya çıkara sahip olmamaları olarak tanımlanmaktadır. Sibel **İnceoğlu**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 188; Feyyaz **Gölcüklü**/A. Şeref **Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 282.

69 Nesnel tarafsızlık, bir kurum olarak mahkemenin yarattığı dışsal algı, üçüncü kişiler üzerinde bıraktığı izlenimle ilgili bir konudur. Eğer mahkeme güven veren, objektif bir görünüme sahip değilse; tarafgirlik konusunda her türlü şüpheyi ortadan kaldıracak bir görüntü arz etmiyorsa; o mahkemenin nesnel olarak tarafsız olmadığından bahsedilir. **İnceoğlu**, s. 188. Buna karşın öznel tarafsızlık, görmekte olduğu bir davadaki kişisel tutumuyla alakalıdır. Bu kişisel tutum başta hakimnin sahip olduğu dünya görüşü, alt-kültürü ve davanın taraflarına karşı olan yargıları ile şekillenmektedir. Bir hakimnin öznel tarafsızlığının sağlanması onun evrensel hukuk ilkelerini, insan hakları ve hukuk devleti ilkesini özümsemiş olması ile mümkün olabilir. Aksi halde tarafsız davranmaması kuvvetle muhtemeldir. Ozan **Ersöz**, "Hukuk Devleti İlkesi ve Yargı Tarafsızlığının Normatif Hukuk Ötesi Boyutu", Yargısal Düşün: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, Editör: Serap Yazıcı, TESEV, İstanbul (Mayıs) 2010, s. 9.

70 İ. Özden **Kaboğlu**, Anayasa Yargısı, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2000, s. 33; **İstanbul**, s. 61.

71 **Kılıç**, s. 80-95.

dirde salt çoğunlukla seçilen Cumhurbaşkanı, iktidar partisi veya iktidar-daki koalisyon ortakları tarafından belirlenmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu Cumhurbaşkanının seçtiği Anayasa Mahkemesi üyelerinin de tarafsızlığı ve bağımsızlığı tartışma yaratmaktaydı.⁷² Ancak 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Bu değişikliğin, Cumhurbaşkanı tarafından seçilecek Anayasa Mahkemesi üyeleri ile ilgili tarafsızlık ve meşruiyet tartışmalarını, değişiklik öncesine göre azaltacağı düşünülmekteydi. Takip eden süreçte, Cumhurbaşkanı adaylarının izlediği propaganda siyasetinin ve seçim sürecinde siyasi partilerle kurdukları ilişkilerin, beklentileri boşa çıkardığı görülmüştür. 16 Nisan 2017 tarihli halkoylaması ile kabul edilen 6771 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nda değişik yapılmış; Anayasa'nın Cumhurbaşkanı seçilenin partisiyle ilişkisinin kesileceği yönündeki 101/4 maddesi yürürlükten kaldırılmış; yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına siyasi parti gruplarının Cumhurbaşkanlığı için aday gösterebileceği düzenlemesi eklenmiştir. Böylelikle Türkiye'de partili cumhurbaşkanı dönemine anayasal olarak geçilmiştir. Bu değişiklik Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesi'ne seçtiği üyeler üzerinden, Anayasa Mahkemesi'nin tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerindeki tartışmaları iyice alevlendirmiştir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti tarihinde bugüne kadar görülmemiş olmakla beraber Anayasal olarak Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'da yargılanması mümkündür. Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi durumunda, üyelerinin yaklaşık 4/5'i Cumhurbaşkanı tarafından seçilen Anayasa Mahkemesi'nin, tarafsızlık ve bağımsızlığı ciddi bir tartışma konusu olacağı aşikârdır.⁷³ 2007 ve 2017 Anayasa değişikliğinden önce doktrinde, Anayasa Mahkemesi'ne, tarafsız Cumhurbaşkanı'na üye atanmasının, mahkemenin bağımsızlığını sağlayacağı yönünde görüşler ileri sürüldüğünü görmekteyiz⁷⁴. Özellikle 2017 Anayasa değişikliğinden sonra bu görüşlerin artık mesnetsiz kaldığını söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi'ne üye seçimi konusunda, Cumhurbaşkanına bu kadar çok kontenjan ayırmaktansa, bu üyelerin bir kısmının seçimini, nitelikli çoğunlukla seçmek koşulu ile TBMM'ye bırakmak; bir kısmının

⁷² Yavuz **Atar**, *Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın Kuruluşu üzerine Tartışmalı Bir İnceleme ve Anayasa Değişikliği Önerisi*, TBMM I. Uluslararası Anayasa Hukuku Sempozyumu, TBMM Yayını, Ankara 2003, s. 67.

⁷³ İlhan **Özay**, *Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi*, Anayasa Yargısı, S. 8, 1991, s. 114; **Yanık**, s. 297; Bahri **Öztürk**/M. Ruhan **Erdem**, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2006, s. 798.

⁷⁴ **Tekeş**, s. 46-47.

seçimini doğrudan Cumhurbaşkanına bırakmak ve bir kısmını da yüksek mahkemelere bırakmak makul görünmektedir. Bu seçimde, kontenjanlar, anılan kurumlar arasında eşit dağıtılabileceği gibi birine ağırlık verilecekse, bu TBMM kontenjanı olmalıdır.

Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi'nce yerine getirilmesinden kaynaklanan eleştirilerin bir kısmı da bu Mahkemede görev yapan üyelerin niteliklerinin ceza yargılaması yapma konusunda yeterli olmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu bağlamda, Yüce Divan yargılamasının bir ceza yargılaması olduğu ve iyi bir ceza yargılamasının da ancak bu konuda yetkin ceza hukukçularınca yapılabileceği ancak Anayasa Mahkemesi'nin üye yapısının bu tespitle paralellik arz etmediği; bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'nce yapılan Yüce Divan yargılamasının adil yargılanma hakkı ilkesini zedelediği öne sürülmektedir.⁷⁵ Yüce Divan'da yargılanan üst düzey kamu görevlilerinin eylemlerinin “kamu hizmeti”, “kamu yararı” gibi kamu hukuku kurum ve kuralları da dikkate alınarak yargılanması gerektiğinden, bu görevin, ceza uzmanlarının yanında anayasa hukuku, idare hukuku ve özel hukuk uzmanları ve üst düzey kamu görevlilerinin de yer aldığı bir heyet tarafından yapılması daha uygun olacağı yönünde de görüşler mevcuttur.⁷⁶

Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundan günümüze (çalışmanın kaleme alındığı 2021 yılı itibarıyla) Anayasa Mahkemesi'nde asıl ve yedek üye olmak üzere Mahkemenin resmi web sitesinde yaptığımız tespite göre, halen görev yapan üyeler de dâhil olmak üzere toplam 131 üye görev yapmıştır. Bu üyelerin daha önce belirttiğim üzere, özgeçmişlerinin incelenmesi neticesinde, mezun olduğu fakülteler esas alındığında mahkemede görev yapan hâkimlerin %81,7'sinin hukukçu; %18,3'ünün ise hukukçu

75 **Öztürk**, s. 76; **Yanık**, s. 298; **Arslan**, s. 122; Taner **Candemir**, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılama, Ankara Barosu Dergisi, 1995/2, s. 35; Cem **Eroğul**, “Anayasa Mahkemesi'nin Yirminci Yıldönümü ve Birkaç Öneri”, AÜSBFD, S. 3-4, C. 37, 1982, s. 136.

76 **Candemir**, s. 35; Mustafa **Bumin**, “Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/eski-baskanlarin-konusmalari/mustafa-bumin/>, E.T.12.09.2021; Tülay **Tuğcu**, “Anayasa Mahkemesi'nin 44. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/eski-baskanlarin-konusmalari/h-tulay-tugcu/>, E.T. 12.09.2021.

olmayan⁷⁷ üyelerden oluştuğu görülmektedir. Sadece ceza alanında uzman (savcılık ve ceza mahkemelerinde hâkimlik görevi yapan) üyelerin toplam üyeler içinde oranının % 27,5 olduğu; ceza alanında çalışmış (hâkim ve savcılık yapmış) olmakla birlikte aynı zamanda hukuk mahkemelerinde ve idari yargıda görev yapan yani hem ceza hem hukuk hem de idari yargı kolundaki mahkemelerde görev yapmış üyelerin toplam üyeler içinde % 49,6 olduğu; buna avukatlık yapmış olan üyeler de eklendiğinde oranın % 54,1'e ulaştığı görülmüştür. Bu da üyelerin yaklaşık olarak yarısının ceza hukuku bilgisine sahip olduğunu göstermektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, 2019 yılında yapılan bir çalışmada üyelerin yarısının hukukçu dahi olmadığı tespit edilmiştir.⁷⁸ Dolayısı ile üye yapısına yönelik eleştirilerin Yüce Divan yargılaması çerçevesinde haklı olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamını ceza hukukçularından seçemeyeceğimize göre, mevcut sistem içerisinde bu eleştiriye bir çözüm bulunması, pek olası gözükmemektedir.

Üye yapısı ile ilgili en önemli eleştirilerden biri de Anayasa Mahkemesi'ne üye seçiminde tabii hâkim ilkesinin çiğnenmesi olarak görülebilecek şekilde, hâkim unvanı taşımayan, hukuk öğrenimi almamış kimse-lerin mahkemeye üye seçilmesi ve bu seçimde siyasi mülahazaların öne çıkmasıdır. Çünkü tabii hâkim ilkesinin bir gereği olarak, hâkim hukuk bilgisi ile donanmış olmalıdır.⁷⁹ Yukarıda belirtildiği üzere toplam üyelerin %18,3'ü hukuk öğrenimi görmemiş üyelerdir.

Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmasına yönelik bir başka eleştiri de Yüce Divan yargılamasının Anayasa Mahkemesi'nin asıl görevini yerine getirmesinde Mahkeme'yi zafiyete uğratacağı yönündedir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi'nin asıl görevi; kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve TBMM içtüzüğünün anayasaya şekil ve esas; anayasa değişikliklerinin de sadece şekil bakımından anayasaya uygunluk denetimini yapmaktır. (1982 Anayasası, m. 148/1). 2010 Yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'ne verilen bir diğer görev bireysel başvuruları karara bağlamaktır (m. 148/1) Anayasa Mahkemesi'nin ayrıca; siyasi partilerin mali denetimini yapmak (m. 69/3), siyasi partilerin kapatılması hakkındaki davalara bak-

⁷⁷ Hukukçu olmayan üye sayısı toplam 24 olup; bu üyelerin 19 tanesi Siyasal Bilgiler; 5 tanesi de İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi mezunudur.

⁷⁸ **Gözler**, "Hukukçu Olmayan Hâkimler Sorunu-1 (Hukuk Fakültesi Mezunu Olmayan Anayasa Mahkemesi Üyeleri)".

⁷⁹ **Öztürk**, s. 75-76.

mak (m. 69/4), TBMM üyelerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ve üyeliklerinin düşmesine ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarının iptali istemlerini karara bağlamak (m. 85/1) gibi görevleri de vardır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanınmış olması, Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü oldukça artırmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruların başladığı 23/9/2012 tarihinden 31/3/2021 tarihine kadar Mahkemeye toplam 308.672 başvuru yapılmıştır. Bu başvuruların halen 43.372'si derdesttir.⁸⁰ Mahut görevler ve bireysel başvurulardan kaynaklı iş yükü birlikte düşünüldüğünde Yüce Divan yargılaması görevinin de Anayasa Mahkemesi'nde olması, Anayasa Mahkemesi'ne ekstra bir yük getirdiği ortadadır.

V. YÜCE DİVAN SİSTEMİNE YÖNELİK ELEŞTİRLİLERE KARŞI YAKLAŞIMLAR VE ANAYASA TASLAKLARINDAKİ ÖNERİLER

1961 Anayasası ile uygulanmaya başlanan, 1982 Anayasası ile devam ettirilen ve Yüce Divan görevini Anayasa Mahkemesi'ne veren sisteme ilişkin eleştirilere yukarıda üç ana başlık halinde değinilmiştir. Bu eleştiriler bağlamında Yüce Divan yargılaması konusunda, bu görevin Anayasa Mahkemesi'nden alınıp başka bir organa verilmesi; Anayasa Mahkemesi'nin uhdesinde bırakılması ve gerektiğinde kurulacak karma bir mahkemeye verilmesi noktasında toplanan üç farklı yaklaşım mevcuttur.

Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi'nden alınarak başka bir organa verilmesini savunan yaklaşım; Yüce Divan görevini yapan Anayasa Mahkemesi'nin esas görevini, üye yapısını ve üyelerin niteliğine yönelik eleştirileri hareket noktası olarak almaktadır. Bu yaklaşıma göre, Anayasa Mahkemesi'nin esas görevi, Anayasaya uygunluk denetimi yapmaktır. Dolayısıyla esas görevi ceza yargılaması olmayan bir mahkemenin ceza hukuku alanında uzmanlaşmamış bir üye yapısı ile ceza yargılaması yapması, kamu yararı, kişi güvenliği, temel hukuk prensipleri hatta doğal yargıç ilkesi ile bağdaştırılması güçtür.⁸¹ Bu nedenle Yüce Divan görevinin, ceza hukuku alanında uzman olması ve yargılama birliğinin bir gereği

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru İstatistikleri, https://www.anayasa.gov.tr/media/7412/bb_istatistik_2021-1-yeni.pdf, E.T. 21.07.2021.

⁸¹ O. Kadri Keskin, "Yüce Divan Sıfatıyla Yargılama Görevi Anayasa Mahkemesinden Alınmalıdır", Yargıtay Dergisi, C. 19, S. 4, Ekim 1993, s. 474-475, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/19/ekim1993.pdf>, E.T. 09.08.2021. Aynı yönde görüşler

olarak, 1982 Anayasası'nın da hazırlanması sırasında yoğun bir şekilde dile getirildiği üzere⁸² Yargıtay'a verilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur.⁸³

Yüce Divan görevinin yukarıdaki eleştirilere rağmen Anayasa Mahkemesi'nin uhdesinde kalmasını savunanlar da vardır. Bu görüşü savunanlara göre, yüksek dereceli kamu görevlilerini yargılayan Yüce Divan, anayasa hukuku, idare hukuku ve ceza hukuku alanlarını ilgilendiren çok yönlü davalara bakmaktadır. Bu nedenle Yüce Divan yargılamasının, kamu hukuku özellikle idare hukuku ve ceza hukuku bilgisi ve birikimi olan üyelerden oluşan, karma bir yapıya sahip Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması daha makul görülmektedir.⁸⁴

Karma yaklaşım diyebileceğimiz bir başka yaklaşım ise Yüce Divan görevinin ne Yargıtay'a ne de Anayasa Mahkemesi'ne verilmesine gerek olmadığını ileri sürmektedir. Bu yaklaşıma göre, Yüce Divan, sürekli görev yapan bir mahkeme değildir. Dolayısı ile Yüce Divan yargılaması için sürekli bir mahkemenin varlığına da gerek yoktur. Bu nedenle ihtiyaç hâsıl olduğunda, Yüce Divan sıfatıyla görev yapmak üzere Yargıtay'dan ve Danıştay'dan karma bir mahkeme oluşturulabilir.⁸⁵ Nitekim 1876 Kanuni Esasi ve 1924 Anayasaları döneminde de bu yöntem tercih edilmiş ve uygulanmıştır.

Türkiye'deki mevcut Yüce Divan sistemine yönelik eleştirilere bakıldığında bunların genellikle yargılamanın hangi mahkemede yapılması ge-

için bakınız: Mustafa **Özen** 1982 Anayasasına Göre Yüce Divan Yargılamasındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, C. 3, S. 17, Ocak 2008, s. 3.

82 **Arslan**, s. 43.

83 Sami **Selçuk**, 2002 Yılı, Adli Yıl Açış Konuşması, http://www.yargitay.gov.tr/tarihce_aak/2002konusma.html, E.T. 16.07.2011; Hasan **Gerçekler**, Adli Yıl Açış Konuşması 2009-2010, Yargıtay Başkanlığı, 7 Eylül 2009, s. 43, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/acilisKonusma/2009-2010.pdf>, E.T. 08.08.2021; **Özen**, s. 36; Osman Korkut **Kanadoğlu**, Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınları 1. Baskı, İstanbul 2004, s. 207; **Keskin**, s. 476.

84 Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 148. Birleşim, C. 10, s. 184-186; aktaran **Arslan**, s. 146; **Bumin**, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması; **Tuğcu**, Anayasa Mahkemesi'nin 44. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması.

85 Fazıl Hüsnü **Erdem**/Yunus, **Heper**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri Madde Karşılaştırmalı, 1. Bası, Seta Yayınları, Ankara 2011, s. 381-382, https://setav.org/assets/uploads/2016/11/20151130151845_turkiye-cumhuriyeti-anayasalari-ve-anayasa-onerileri-pdf.pdf, E.T. 21.07.2021); **Arslan**, s. 149-151; **Yanık**, s. 320.

rektiği konusunda yoğunlaştığı görülmektedir. Çünkü yargılamanın yapılacağı mahkemenin değişmesi, örneğin bu görevin Yargıtay'a verilmesinin hem soruşturma aşamasına hem kovuşturma aşamasına hem de mahkemenin üye yapısı ve üyelerin niteliğine yönelik yukarıda bahsedilen eleştirilere karşı kendiliğinden çözüm getireceğine inanılmaktadır. Yani mevcut yapı içerisinde bir sürü ince ayar yapmaktansa sistemi değiştirip tamamen iki dereceli yargılama sisteminin sunduğu nimetlerden faydalanmak daha kolay bir çözüm olarak görülmektedir.

Türkiye'de 1982 Anayasası hem yapılış yöntemi hem de içerdiği anti-demokratik hükümlerden dolayı yürürlüğe girdiği günden beri çok sert şekilde eleştirilmektedir. Özellikle anayasa değişikliğinin gündeme geldiği dönemlerde olmak üzere, çeşitli, sivil toplum kuruluşları ve bilim kurullarınca yeni anayasa taslakları hazırlanmakta ve her geçen gün bu taslakların bir yenisi kamuoyuyla paylaşılmaktadır. Bu taslaklarda yukarıda bahsedilen eleştiriler ve öneriler bağlamında Yüce Divan'a ilişkin çeşitli hükümlere ve önerilere de yer verilmektedir.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) (TOBB Anayasa Taslağı m. 148/3), Türkiye Sanayiciler ve İş Adamları Derneği (TÜSİAD) (TÜSİAD Anayasa Taslağı, m. 148/3), Türkiye İş Adamları ve Sanayiciler Konfederasyonu (TUSKON) (TUSKON Anayasa Taslağı, m. 117/4), Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV) Anayasa Taslağında⁸⁶, 1961 ve 1982 Anayasalarında benimsenin Yüce Divan uygulamasının aynen sürdürülmesi yani bu görevin yine Anayasa Mahkemesi'nce yerine getirilmesi önerilmektedir. Stratejik Düşünce Enstitüsü (SDE) Anayasa Taslağında da Yüce Divan ile ilgili olarak sadece Genelkurmay başkanı ve kuvvet komutanlarının görev suçlarından dolayı Yüce Divan'da yargılanması usulünden vazgeçilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir.⁸⁷ Dolayısıyla taslakta zımni olarak Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi'nin uhdesinde kalmasının önerildiğini söyleyebiliriz.

Bilim Kurulunun hazırlamış olduğu taslakta Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi'nden alınması ve karma bir organa verilmesinin önerildiği görülmektedir.⁸⁸ Taslağa göre, “*Yüce Divan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanının başkanlığında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu*

⁸⁶ **TESEV**, TESEV Anayasa Komisyonu Raporu: Türkiye'nin Yeni Anayasasına Doğru, TESEV Yayınları, 2011, s. 23.

⁸⁷ **Stratejik Düşünce Enstitüsü**, Vesayetsiz ve Tam Demokratik Bir Türkiye İçin İnsan Onuruna Dayanan Yeni Anayasa, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Mayıs, 2011, s. 29.

⁸⁸ Fazıl Hüsnü **Erdem**/Yunus, **Heper**, s. 381-382.

üyeleri arasından seçilecek beş üye ile Anayasa Mahkemesinin kendi üyeleri arasından seçeceği beş üye olmak üzere onbir üyeden oluşur.” (Bilim Kurulu Taslağı, m. 119/1). Taslakta Yüce Divan yargılamasının iki dereceli olması da öngörülmektedir. Buna göre; “*Yüce Divan kararlarına karşı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun seçeceği Yüce Divan üyesi olarak görev yapmayan yedi Ceza Dairesi Başkanı ile Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan üyeliği yapmayan üyeleri arasından seçilen yedi üyenin katılmasıyla oluşan Kurula itiraz edilebilir. Kurula Anayasa Mahkemesi Başkanı başkanlık eder. Bu Kurulun kararları kesindir”* (Bilim Kurulu Anayasa Taslağı, m. 119/4).

Türkiye Barolar Birliği (TBB) taslağında⁸⁹ Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi’ne verilmesi öngörülmemiş ancak bu görevin hangi mahkemece yapılacağı konusunda da bir hüküm vaaz edilmemiştir. Buradan bu görevin genel mahkemelere bırakılmasının önerildiğini çıkarabiliriz.

Türkiye’deki Yüce Divan Sistemine yöneltilen eleştiriler ve sistemler birlikte değerlendirildiğinde, karma bir sistemi benimsemenin mevcut eleştirilere konu sorunları çözmeye yönelik en isabetli çözüm olacağı değerlendirilmektedir. Bir kere Yüce Divan, sürekli görev yapan bir mahkeme değildir. Anayasa Mahkemesi’nin geçmişine baktığımızda Mahkeme’nin, yaklaşık 60 yıllık tarihi boyunca Yüce Divan sıfatıyla toplam 15 davaya baktığı görülmektedir.⁹⁰ Dolayısı ile Yüce Divan yargılaması için sürekli bir mahkemenin varlığına da gerek yoktur.

Kanaatimce Türkiye için Bilim Kurulunun sunduğu karma yapılı sistem yukarıda dile getirilen eleştirilere çözüm sunması açısından önemlidir. Üye yapısı açısından çok ufak farklılıklar olmakla birlikte aşağıda sunduğum Yüce Divan önerisinin, Bilim Kurulunun önerisi esas alınarak yapıldığını belirtmek isterim. Buna göre, ihtiyaç hâsıl olduğunda, Yüce Divan sıfatıyla görev yapmak üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu başkanının başkanlığında, beşi Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve biri Yargıtay Hukuk Genel Kurulundan olmak üzere altı üye Yargıtay’dan; biri İdari Dava

⁸⁹ Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/2007_Anayasa%20Taslagi_TBB.pdf, E.T. 27.07.2021.

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan Kararları, E.1964/1 K.1965/3; E.1981/1 K.1982/2; E.1981/2 K.1982/1; E. 1982/1 K. 1983/2; E.1982/2 K.1983/1; E.1985/1 K.1986/1; E.1993/1 K.1995/1; E. 2004/5 K. 2006/2; E.2004/2 K.2006/3; E. 2004/1 K. 2006/1; E.2004/4 K.2007/2; E.2004/3 K.2007/1; E.2005/1 K.2005/1; E. 2011/1 K. 2012/1; E. 2017/2 K. 2017/1. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar/yuce-divan/>, E.T. 13.09.2021.

Daireleri Kurulu, biri Vergi Dava Daireleri Kurulu'ndan olmak üzere iki üye Danıştay'dan; birinci bölümünden bir ve ikinci bölümünden bir olmak üzere toplam iki üye Anayasa Mahkemesi'nden olmak üzere toplam on bir üyeli karma yapılı bir Yüce Divan oluşturulabilir. Bu üyelerin belirlenmesi kura usulüyle olabilir. Bu şekilde bir yapı oluşturulduğunda, üyelerin başkan ile birlikte altı tanesi yani salt çoğunluğu uzman ceza hukukçusu olacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu dışında, Hukuk Genel Kurulu'ndan ve Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulu'ndan üye seçilmesinin sebebi yargılama esasen bir ceza yargılaması olmakla birlikte üst düzey kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili işledikleri suçların bazen özel hukuk, idare hukuku ve vergi hukuku konularında uzman hukukçu bilgisini gerektirmesi; Anayasa Mahkemesi'nden üye seçilmesinin sebebi ise yargılama esnasında bireysel başvuruya konu olabilecek temel hak ve özgürlük ihlali önüne geçilmesi ve görev suçlarının anayasal bir yetkinin kullanımını sebebiyle ortaya çıkmasından dolayıdır. Bu mahkeme oluşturulurken, Soruşturma evresindeki işlemler Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılabilir. Bu mahkemenin verdiği kararlara karşı da yine Anayasa Mahkemesi başkanının başkanlığında, yedisi Yargıtay Ceza Genel Kurulu, yedisi Anayasa Mahkemesi'nden olmak üzere toplam onbeş üyeli karma bir “Yüce Divan Temyiz Mahkemesi” oluşturulabilir ya da Anayasa Mahkemesi temyiz mahkemesi olarak görevlendirilebilir. Temyiz mahkemesi, aynı zamanda yapılan itirazları da karara bağlamakla görevli kılınabilir. Bu önerinin, Türkiye'deki Yüce Divan yargılamasının hem soruşturma hem kovuşturma evresine yöneltilen eleştirilere çözüm getireceği hem de iki dereceli yargılamayı gerçekleştirerek adil yargılama hakkının gerçekleşmesine imkân vereceği düşünülmektedir.

SONUÇ

Yüce Divan yargılamasında amaç; üst düzey kamu görevlileri için yaptıkları görevin gerektirdiği sorumluluğa binaen bağımsız, tarafsız, adil ve teminatlı bir yargılama gerçekleştirmektir. Bunu sağlamak için de karşılaştırmalı hukukta: “yasama organı sistemi”, “temyiz mahkemesi sistemi”, “yüce divan sistemi” ve “Anayasa Mahkemesi sistemi” olmak üzere dört temel Yüce Divan sisteminin uygulandığı görülmektedir. Bunlar arasında da en çok uygulanan sistemin, bu görevin Anayasa Mahkemesi'nce yerine getirildiği “Anayasa Mahkemesi sistemi” olduğu görülmektedir. Osmanlı-Türk Anayasa tarihine bakıldığında, Yüce Divan olarak; ayrı bir “Yüce Divan sistemi” (1876 Kanun-i Esâsi ve 1924 Anayasası), “Anayasa Mahkemesi sistemi” (1961 ve 1982 Anayasaları) ve kısa

bir dönem de olsa “Yasama Organı sistemi”nin (1921-1924 arası) uygulandığı görülmektedir.

Türkiye’deki Yüce Divan sistemine yönelik eleştirilerin esasen, soruşturma evresine yönelik eleştiriler, kovuşturma evresine ilişkin eleştiriler ve yargılamayı yapan mahkemeye yönelik eleştiriler olmak üzere üç temel noktada toplandığı görülmektedir. Soruşturma evresine ilişkin eleştiriler, soruşturma aşamasında Cumhuriyet başsavcılığının devre dışı bırakılmış olması üzerinde yoğunlaşmaktadır. Mevcut sistem içerisinde soruşturma aşamasında, Cumhuriyet başsavcılığının etkin kılınmasıyla bu aşamaya yönelik eleştirilere çözüm üretilebilir gözükmektedir.

Kovuşturma evresine yönelik eleştirilerin, bu evrede verilen ara kararlar ile yargılamayı sonlandıran hükmün, kesin hüküm niteliğinde olması, başka bir ifade ile bu kararlara karşı itiraz ve istinaf, temyiz gibi olağan kanun yollarının kapatılmış olması noktasında toplandığı görülmektedir. Bu da diğer mahkemelerde yargılanan sanıklar için tanınan bir hakkın, Yüce Divan’da yargılanan sanığa tanınmadığı; bunun da hukuk devleti, adil yargılanma hakkı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu eleştirilerine sebep olduğu belirtilmektedir. Anayasanın 153/1 maddesine göre Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. Dolayısı ile Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına karşı başka bir yüksek mahkemeye başvurmak mümkün değildir. Anayasa’da yapılacak bir değişiklik ile Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlara karşı bir kanun yolu öngörmek de pek makul gözükmemektedir. Bu nedenle mevcut Yüce Divan sistemi içerisinde bu eleştirilere çözüm bulmak mümkün görünmemektedir.

Mahkemeye yönelik eleştirilerin ise üyelerin seçim şekli, nitelikleri ve Yüce Divan yargılamasının Anayasa Mahkemesi’nin asıl görevini yerine getirmesini olumsuz yönde etkilemesi noktalarında toplandığı görülmektedir. Bu sorunların da mevcut yapı içerisinde üyelerin seçilmesinde TBMM, Cumhurbaşkanlığı ve yüksek yargı arasında dengeli bir kontenjan paylaşımı ve seçilen üyelerinin nitelikleri konusunda alınacak önlemlerle büyük oranda çözülmesi mümkün gözükmektedir.

Yüce Divan, sürekli görev yapan bir mahkeme değildir. Dolayısı ile Yüce Divan yargılaması için sürekli bir mahkemenin varlığına da gerek yoktur. Buradan hareketle, Bilim Kurulunun karma yapıyı önerisi doğrultusunda bir Yüce Divan sisteminin oluşturulması önerilmektedir. Kanaatimce, ihtiyaç hâsıl olduğunda, Yüce Divan sıfatıyla görev yapmak üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu başkanının başkanlığında, beşi Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve biri Yargıtay Hukuk Genel Kurulundan olmak üzere altı üye Yargıtay’dan; biri İdari Dava Daireleri Kurulu, biri Vergi Dava

Daireleri Kurulu'ndan olmak üzere iki üye Danıştay'dan; birinci bölümden bir ve ikinci bölümünden bir olmak üzere toplam iki üye Anayasa Mahkemesi'nden, olmak üzere toplam onbir üyeli karma yapılı bir Yüce Divan oluşturulabilir. Bu mahkeme oluşturulurken, soruşturma evresindeki işlemler Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılabilir. Bu mahkemenin verdiği kararlara karşı da yine Anayasa Mahkemesi başkanının başkanlığında yedisi Yargıtay Ceza Genel Kurulu yedisi Anayasa Mahkemesi'nden olmak üzere toplam onbeş üyeli karma bir "Yüce Divan Temyiz Mahkemesi" oluşturulabilir ya da temyiz merci Anayasa Mahkemesi olabilir. Temyiz merci aynı zamanda yapılan itirazları da karara bağlamakla görevli kılınabilir. Bu önerinin, Türkiye'deki Yüce Divan yargılamasının hem soruşturma hem kovuşturma evresine yöneltilen eleştirilere çözüm getireceği hem de ceza alanında iki dereceli yargılama imkânını getirerek adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesine imkân vereceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru İstatistikleri, https://www.anayasa.gov.tr/media/7412/bb_istatistik_2021-1-yeni.pdf, E.T. 21.07.2021.

Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan Kararı, E. 2011/1, K. 2012/1, 19.12.2012, https://www.anayasa.gov.tr/media/6368/yuce_divan_2011.pdf, E.T. 25.06.2021.

Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan Kararları, E.1964/1 K.1965/3; E.1981/1 K.1982/2; E.1981/2 K.1982/1; E. 1982/1 K. 1983/2; E.1982/2 K.1983/1; E.1985/1 K.1986/1; E.1993/1 K.1995/1; E. 2004/5 K. 2006/2; E.2004/2 K.2006/3; E. 2004/1 K. 2006/1; E.2004/4 K.2007/2; E.2004/3 K.2007/1; E.2005/1 K.2005/1; E. 2011/1 K. 2012/1; E. 2017/2 K. 2017/1. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar/yuce-divan/>, E.T. 13.09.2021.

Armağan, Servet. 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İstanbul 1978.

Arslan, Çetin. Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi. Nobel Yayınları, Ankara 1999.

Aslan, M. Yasin. ““Yüce Divan” Olarak Anayasa Mahkemesi”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, 2009, s. 235-246. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_Themes/TumDergiler/82.pdf, E.T. 25.04.2021.

Atar, Yavuz. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın Kuruluşu üzerine Tartışmalı Bir İnceleme ve Anayasa Değişikliği Önerisi, TBMM I. Uluslar arası Anayasa Hukuku Sempozyumu. TBMM Yayını, 2003.

Barsotti, Vittoria/**Carozza**, G. Paolo/**Cartabia**, Marta/**Simoncini**, Andrea. Italian Constitutional Justice in Global Context. Oxford University Press, New York 2016.

Barthélemy, Joseph/**Duez**, Paul. Traité de Droit Constitutionnel. Paris 1933.

Biber, Numan. Meclis Soruşturması ve Yüce Divan Yargılaması. Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE, 2015.

Bilge, Necip. “Bakanların Görev ve Sorumluları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. X, S. 1, 1953, <https://9lib.net/document/dy4gvmky-baslik-bakanlarin-goerev-sorumlariyazar-bi-lge-necipilt-huk-fak-yayin.html>, E.T. 05.05.2021, s. 123-168.

Bumin, Mustafa. “Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/eski-baskanlarin-konusmalari/mustafa-bumin/>, E.T. 12.09.2021.

Candemir, Taner. “Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılama”. Ankara Barosu Dergisi, 1995/2, s. 31-40.

Constitutional Reform Act 2005, Chapter 4 Part 3 The Supreme Court. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/part/3/data.pdf> E.T. 25.04.2021

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 148. Birleşim, C. 10.

“**Divan Kavramı**”. <http://www.osmanlicaturkce.com/?k=divan&t=@>, E.T. 20.06.2011.

Eminağaoğlu, Ömer Faruk. “Yüce Divan ve Sorunlar”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 59, 2005, s. 210-2013, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-159>, E.T. 12.07.2021.

Erdem, Fazıl Hüsnü/Yunus **Heper**. Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri Madde Karşılaştırmalı. Seta, Yayınları, Ankara, 2011, https://setav.org/assets/uploads/2016/11/20151130151845_turkiye-cumhuriyeti-anayasalari-ve-anayasa-onerileri-pdf.pdf, E.T. 21.07.2021.

Erem, Faruk, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan Olarak İncelenmesi. Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963.

Eroğul, Cem. “Anayasa Mahkemesi'nin Yirminci Yıldönümü ve Birkaç Öneri”. AÜSBFD. S. 3-4, C. 37, 1982, (131-137).

Erol, Çağdaş. Türk Anayasa Hukuku'nda Yüce Divan. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2012.

Ersöz, Ozan. “Hukuk Devleti İlkesi ve Yargı Tarafsızlığının Normatif Hukuk Ötesi Boyutu”, Yargısal Düğüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler. Editör: Serap Yazıcı, TESEV, İstanbul (Mayıs) 2010.

Gerçekler, Hasan. Adli Yıl Açış Konuşması 2009-2010, Yargıtay Başkanlığı, 7 Eylül 2009, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/acilisKonusma/2009-2010.pdf>, E.T. 08.08.2021.

Gökçen, Ahmet. “1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkat”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4., S. 1-2, Konya, 1994, s. 203-289.

Gölcüklü, Feyyaz/**Gözübüyük**, A. Şeref. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Gözübüyük A. Şeref/**Kili**, Suna. Türk Anayasa Metinleri (1839-1980). 2. Bası, Ankara 1982.

Gözübüyük, A. Şeref. Anayasa Hukuku. 4. Baskı, Ankara 1993.

Gözler, Kemal. “Hukukçu Olmayan Hâkimler Sorunu-1 (Hukuk Fakültesi Mezunu Olmayan Anayasa Mahkemesi Üyeleri)”. <https://www.anayasa.gen.tr/aym-h-o-uyeler.htm> E.T.14.09.2021.

Gültekin, Özkan. “Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılamada İddianamenin İadesi ve İtiraz Kanun Yolu”. Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 54, 2011, s. 15-24.

Güzeloğlu, Turan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Yüce Divan’ın Oluşum Biçimi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 17, 2008.

İnceoğlu, Sibel. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı. Beta Yayınları, İstanbul 2005.

Kaboğlu, İ. Özden. Anayasa Yargısı. 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2000.

İstanbulu, Mehmet Yüce Divan Yargılaması. Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, 2009.

Kanadoğlu, Osman Korkut. Anayasa Mahkemesi. Beta Yayınları, İstanbul 2004.

Kanadoğlu, Osman Korkut. “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”. Anayasa Yargısı Dergisi, S. 25, 2008, s. 61-89.

Kasımoğlu, Musa. Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması ve Yeniden Yapılandırma Önerileri. Yüksek Lisans Tezi, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi SBE, 2016.

Kaya, Kamuran. “6216 Sayılı Kanun Kapsamında Yüce Divan Yargılaması”. İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 6, 2012, s. 255-264.

Kaymak, Faruk. Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan Görevi. Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, 2003.

Keskin, O. Kadri. “Yüce Divan Sıfatıyla Yargılama Görevi Anayasa Mahkemesinden Alınmalıdır”. Yargıtay Dergisi, C. 19, S. 4, Ekim 1993, s. 474-476, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ekim1993.pdf>, E.T. 09.08.2021.

Kılıç, Erdal. Yüce Divan Sıfatıyla Anayasa Mahkemesi. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2006.

Kılıç, Haşim “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri”, Anayasa Yargısı. s. 80 – 95, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/4624/turkiyeraporu.pdf>, E.T. 10.09.2021 s. 80-95.

Kommers, P. Donald/Miller, A. Russell. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, Durham 2012.

Murphy, John. The Impeachment Process (U.S. Government: How It Works). Chelsea House Publishers, New York 2007.

Özay, İlhan. Yargı Güvencesi–Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi. Anayasa Yargısı, S. 8, 1991. s. 103-116.

Özcan, Hüseyin. Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü. 4. Baskı, Ankara 1975.

Özen Mustafa. “1982 Anayasasına Göre Yüce Divan Yargılamasındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, S. 17, Ocak 2008, Ankara 2008, s. 23-36

Öztürk, Bahri. “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’”. Anayasa Yargısı Dergisi, C. 12, 1995, s. 59-108.

Öztürk Bahri/Erdem, M. Ruhan. Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2006.

Petriçli, Faruk. Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Olarak Görevi. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 1986.

Selçuk, Sami. 2002 Yılı, Adli Yıl Açış Konuşması. http://www.yargitay.gov.tr/tarihce_aak/2002konusma.html, Erişim Tarihi: 16.07.2011.

Stratejik Düşünce Enstitüsü, Vesayetsiz ve Tam Demokratik Bir Türkiye İçin İnsan Onuruna Dayanan Yeni Anayasa, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Mayıs, 2011.

Şen, Ersan/Özdemir Bilgehan. “Yüce Divan Yargılaması”. Ankara Barosu Dergisi, 2012/1, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397925>, E.T. 27.06.2021, s. 177-192.

Tavus, Raşit. Yüce Divan. Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2016.

Tekeş, K. Çetin. Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi. Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE, 2009.

TESEV. TESEV Anayasa Komisyonu Raporu: Türkiye'nin Yeni Anayasasına Doğru, TESEV Yayınları, 2011.

Tuğcu, Tülay. “Anayasa Mahkemesi'nin 44. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/eski-baskanlarin-konusmalari/h-tulay-tugcu/>, E.T. 12.09.2021.

Tunç, Hasan. Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı. Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

Tülen, Hikmet. Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması. Mimoza, Konya 1999.

Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi. http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/2007_Anayasa%20Taslagi_TBB.pdf, Erişim Tarihi: 27.07.2021.

Ülker, İbrahim. “İstiklal Mahkemelerinin Kuruluşu ve Çalışmaları”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, 2015, s. 177-200. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262869>, E.T. 04.05.2021.

Yanık, Murat. Yüce Divan. Derin Yayınları, İstanbul 2008.

“**Yüce Kavramı**”. <http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=yuce>, Erişim Tarihi: 25.04.2021.

2 Mayıs 1927 Tarihli TBMM Dahili Nizamnamesi, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/KITAP/203859.pdf>, E.T. 06.05.2021.

Selçuk, Sami. Star Gazetesi, 14 Temmuz 2011. <http://www.stargazete.com/guncel/yazar/sami-selcuk/yuce-divan-sorusali-haber-264695.htm>, Erişim Tarihi: 14.07.2011.

<https://anayasa.gov.tr/media/4799/ilhan.pdf>, E.T. 12.09.2021.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: XXIV Sayı/No: 1 - 4 Aralık/December 2020

**Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakanlıkların
Statüsü (Önceki Hükümet Sistemi ile Mukayeseli
Olarak)**

**The Status of the Ministres in the Presidential Government
System (Comparison with the Previous Government System)**

Mustafa Oğuzhan BÖLÜKBAŞI*

ÖZ

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yürürlüğe girmesinden sonra Türk İdari Teşkilatında köklü değişiklikler meydana gelmiştir. Bu kapsamda, bakanlar ile bakanlıkların statüsünde de değişiklikler olmuştur. Yeni sistemde bakanlar, idarenin bir parçası olarak Anayasada düzenlenmiştir. Atanmalarındaki usul yeni sistemde değişmiştir. Bakanlar Kurulu ve Başbakan yeni sistemde yer almamaktadır. Cumhurbaşkanı yürütme yetkisinin sahibi ve merkezi idarenin en üst hiyerarşik amiridir. Bakan ise görev yaptığı bakanlığın en üst hiyerarşik amiridir. Bakanlıkların teşkilat yapısı ile bakanlıklarda görev yapacak üst düzey kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca çıkartılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmiştir. Bakanlıkların teşkilatı 1 sayılı

* Hâkim, Selçuk Üniversitesi Doktora Öğrencisi.
E-posta: hakimoguzhanbolukbasi@gmail.com. ORCID: 0000-0003-3683-2776.

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 29.04.2020 / **Makale Kabul Tarihi:** 14.06.2021.

Atıf: Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakanlıkların Statüsü (Önceki Hükümet Sistemi İle Mukayeseli Olarak)”, EBYÜ-HFD, C. XXIV, S. 1-4, Aralık 2020, (41-69).

Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde, üst düzey kamu yöneticilerinin kimlerden oluştuğu ve atanması usulü 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yer almaktadır. Bu kararnamelerde bakana merkezi idarenin parçası olarak yetkiler verildiği görülmektedir. Yetkinin ilk ve esas sahibi Cumhurbaşkanındır. Cumhurbaşkanı bu yetkisini inisiyatifıyla bakanlarla paylaşmaktadır. Eski sistemde bakanların bakanlıktaki görevleri dışında tüm ülke düzeyindeki uygulamalarda Bakanlar Kurulu üyesi olarak söz sahibi olduğunu görmekteyiz. Bu yetki yeni sistemde Cumhurbaşkanınca kullanılmaktadır. Makalede bakanlar ile bakanlıkların Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin yürürlüğe girmesinden önceki ve sonraki statüsü değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, bakan, kararname, hiyerarşi, onay.

ABSTRACT

After the Presidential government system came into force, radical changes took place in the Turkish Administrative Organization. In this context, there have been amendments in the status of ministers and ministries. In the new system, ministers are regulated in the Constitution as part of the public administration. The procedure of their appointment has been changed in the new system. The Council of Ministers and the Prime Minister are not included in the new system. The president is the owner of executive power and the highest hierarchical superior of the central government. The minister is the top hierarchical superior of his ministry. The organizational structure of the ministries and the procedures and principles regarding the appointment of senior public officials in the ministries are regulated by the Presidential Decree. The organization of the ministries is regulated in the Presidential Decree No. 1 about the Presidential Organization, the Appointment Procedures for Senior Public officials are regulated the Presidential Decree No. 3. It is seen in these decrees that the minister was given powers as a part of the central administration. The first and main owner of the executive power is the President. The President shares this authority with the ministers on his initiative. In the previous system, we see that ministers have a voice as a member of the Council of Ministers in all country level practices, besides their duties in the ministry. This authority is used by the President in the new system. This article will attempt to assess the status of ministers and ministries before and after the Presidential Government System entered into force.

Keywords: President, Council of Ministers, minister, decree, hierarchy, approval.

GİRİŞ

21 Ekim 2007 tarihinde yapılan halkoylaması sonucunda, 31.5.2007 tarihli ve 5678 sayılı Kanunla Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin Anayasa değişikliği teklifi kabul edilmiştir. Bundan sonra ülkemizde hükümet sistemiyle ilgili tartışmalar başlamış ve devam ederek bugüne kadar gelinmiştir. Bu sisteme göre, bir tarafta halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, diğer tarafta yine kaynağı halk olan başbakan ve bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulu yer almaktaydı. Halkın iradesiyle seçilmiş bir Cumhurbaşkanının yürütmede yer almasıyla birlikte, klasik parlamenter sistemden yarı-başkanlık sistemine doğru geçiş için ilk hareket gerçekleşmiş oldu¹.

Sonrasında ise, 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleşen halk oylaması sonucu kabul edilen Anayasa değişikliği teklifiyle birlikte ülkemizin yönetim sisteminde köklü değişiklikler meydana gelmiştir. Bakanlar Kurulu ve başbakanlık teşkilatı kaldırılmış, yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanında toplanmış ancak sistem içinde bakanlıkların yeri muhafaza edilmiştir. Bunun yanında, yürütme yetkisinin asli sahibi Cumhurbaşkanına “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*” (CBK) adı altında yürütmeye ilişkin birçok konuda düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır.

Bakanlar sorumlu olduğu bakanlığın ve sunulan kamu hizmetinin başındaki en üst hiyerarşik amirdir. Bu durum eski sistemde olduğu gibi yeni sistemde de aynen muhafaza edilmiştir. Ancak kolektif karar organı olan Bakanlar Kurulunun bir parçası olan bakanın konumu, yeni sistemde yer alan bakanların yetkisine göre daha sınırlı tutulmuştur. Önceki sistemde, Bakanlar Kurulu yürütmeye ilişkin her konuda karar alabiliyordu ve bu kararda her bir bakanın imzası bulunmaktaydı. Yeni sistemde, Cumhurbaşkanı başkanlığında bakanlar bir araya gelse ve alınan kararda katkılarının bulunduğu kabul edilse de artık bakanların görüşlerinin Cumhurbaşkanı kararının oluşmasında kurucu değil daha çok istişari nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.

Yeni sistemle bakanlığa ataması yapılan personel konusunda da bir takım değişiklikler olmuştur. Eski sistemde bakanların müşterek kararna-

¹ Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2011, s. 324.

mede imzası yer aldığından, bakanlıkta birlikte çalışacağı kişileri belirlemedeki iradesinin asli unsur olduğu söylenebilir. Anayasa değişikliği sonucunda üst düzey kamu görevlilerinin atamasında yetki Cumhurbaşkanına verildiğinden bakan yardımcılar ve genel müdürler gibi bakanlık hizmetlerinin yürütülmesinde söz sahibi birim amirlerinin, bakanın herhangi bir iradesi ve imzası olmaksızın doğrudan Cumhurbaşkanınca atanabileceğine dair düzenlemeler yapılmıştır. Bakanın, birlikte görev yapacağı kişiler arasında yer alan bakanlıkta hiyerarşik olarak en üstte bulunan bakan yardımcılar ile genel müdürleri belirleme noktasında artık hukuken bir yetkisi bulunmamaktadır. Genel müdürün hiyerarşik olarak astı konumunda olan kamu görevlileri için ise bakanın söz sahibi olduğu söylenebilir.

Çalışmamızda bakanlığın ve bakanların eski ve yeni sistemdeki statüsü karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bu kapsamda, birinci bölümde, yürütmenin eski ve yeni sistemdeki yapısı, ikinci bölümde, eski ve yeni sistemde bakanların atanması, görev ve yetkileri ile statüsü incelenecektir. Üçüncü bölümde ise, bakanlıkların yapısı ile teşkilatı ve son olarak da bakanın birlikte çalışacağı üst düzey yöneticilerin atamasındaki rolü incelenecektir.

I. TÜRK HUKUKUNDA YÜRÜTME

Anayasanın 8 inci maddesinde “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” düzenlemesine yer verilerek yürütme görevinin Cumhurbaşkanında olduğu hükme bağlanmıştır. Maddenin, 21/1/2017 tarihli ve 6771 Sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yapılan değişiklikten önceki halinde “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” hükmüyle yürütme erkinin Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulundan meydana geldiği düzenlenmişti. Sistem değişikliği öncesinde, yürütme yetkisi tek kişi olan Cumhurbaşkanı ile kurul halinde çalışan kolektif bir organ olan Bakanlar Kurulu arasında paylaşılmıştır². Yeni sistemde ise yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanında birleşmiş böylece tek başlı bir yürütme sistemine geçilmiştir.

² Doğan Kılınc, “Türkiye’de Bitmeyen Tartışma: Hükümet Sistemi Üzerine Değerlendirmeler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1, 2016, s. 451.

A. Anayasa Değişikliği Öncesinde Yürütme Erkinin Durumu

Anayasa değişikliği öncesinde, yürütme erki Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulundan oluşmaktaydı. Yürütmenin bir tarafını oluşturan Cumhurbaşkanı, 31.5.2007 tarihli ve 5678 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği öncesinde diğer klasik parlamenter sistemlerde olduğu gibi yasama organınca doğrudan seçilmekteydi. Anayasanın değiştirilmesinden sonra Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü benimsenmiştir.

1982 Anayasası ilk haliyle, Cumhurbaşkanının tarafsızlığı statüsünü benimsemiştir³. Buna bağlı olarak klasik parlamenter sistemlerde olduğu gibi Cumhurbaşkanının sorumsuzluğuna ilişkin esaslar Anayasada kabul edilmiştir. 6771 sayılı Kanunla Anayasanın mülga olan 105 inci maddesinde yer alan, “*Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz. Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.*” düzenlemesiyle Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu somutlaşmaktadır. Söz konusu Anayasa maddesinde, Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun bir sonucu olarak “*karşı imza*” adı verilen ve başbakan ile ilgili bakana işlemlerde yer verilmesini zorunlu kılan hükme yer verilmiştir⁴. Parlamenter sistemlerde Cumhurbaşkanının sembolik yetkileri bulunmaktaysa da 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanına ait yasama, yürütme ve yargıya ilişkin birçok yetki öngörerek sembolik Cumhurbaşkanının yetkilerinin sembolik olma sınırlarını aşmasına neden olmuştur⁵. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü de Cumhurbaşkanının konumunu güçlendirmiş ve bu güçlü konumun halk nezdinde bir dayanağının olmasını sağlamıştır.

Önceki sistemde yürütmenin diğer kanadını ise Bakanlar Kurulu oluşturmaktaydı. 6771 Sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinden önce, Anayasanın 109 uncu maddesinde, “*Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan kurulur. Başbakan, Cumhurbaşkanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır. Bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi*

³ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 323.

⁴ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, 2. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2009, s. 251.

⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 338.

üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanınca atanır; gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanınca görevlerine son verilir.” düzenlemesine yer verilmişti. Anayasanın 110 uncu maddesinde ise Bakanlar Kurulunun Türkiye Büyük Millet Meclisi’nden (TBMM) alacağı güvenoyu ile göreve başlayacağı öngörülmüştü. Yürütmenin sorumlu kanadını Bakanlar Kurulu, yani bu kolektif organı meydana getiren Bakanlar oluşturmaktaydı.

Mülga 112 nci maddede, *“Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir. Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur.”* hükmüyle Bakanlar Kurulunun başkanının Başbakan olduğu öngörülmüştü. Mülga 112 nci maddenin ikinci fıkrasında her bakanın Başbakana karşı sorumlu olduğu belirtildikten sonra ayrıca kendi yetkisindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden, sorumlu olacakları düzenlenmişti.

Bakanlar hem siyasi bir yapıda olan Bakanlar Kurulunun üyesi, hem de merkezi idarede kamu hizmetlerinin yöneticisi konumundaydı⁶. Devlet, toplumda var olan ihtiyaçları karşılayabilmek için bazı önemli hizmetleri kendisi üstlenmiş olup bu hizmetleri merkezi idare adı verilen bir teşkilat vasıtasıyla yürütmekteydi⁷. Anayasa yürütme erkini oluşturan bakanlardan bahsederken bakanların siyasi konumundan söz etmiş olsa da bakanların, aynı zamanda farklı görevleri de bulunmaktaydı. Bakanların merkezi idare adı verilen ve toplumun yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan kamusal etkinlikleri içeren faaliyetlerin başında bulunduğu da kabul edilmekteydi⁸. Bu konuda, hem bakanların hem de Bakanlar Kurulunun idarenin bir parçası olarak çeşitli görevleri bulunmaktaydı.

Anayasanın 123 üncü maddesinde düzenlenen idarenin kanuniliği ilkesi gereği bakanlar ve Bakanlar Kuruluna verilen idari nitelikteki görevler çeşitli kanunlarda yer almaktaydı. Bununla birlikte, Kanunlarda yer ve-

6 Sıddık Sami **Onar**, İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt 2, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 777.

7 Metin **Günday**, İdare Hukuku, 10. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2015, s. 8.

8 Şeref **Gözübüyük/Turgut Tan**, İdare Hukuku Cilt 1, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 17.

rilmesine de ayrıca düzenlenmesine gerek olmaksızın Bakanlar Kurulu yürütme erkinin genel karar alma yetkisini haiz organıydı⁹. Bakanlar Kurulu, idari görevlerini kararname ve karar adı verilen işlemlerle yerine getirmektedir¹⁰. Kararnameler ve kararlar, Bakanlar Kurulunu oluşturan bakanlar ile başbakan tarafından imzalanmaktaydı. Kararnameler ve kararlar ayrıca Cumhurbaşkanınca da imzalanmaktaydı¹¹. Sonuç olarak, yürütmeyle ilişkin etkin organ Bakanlar Kuruluydu. Bunun yanında, sorumsuz ve yetkileri sınırlı ancak Anayasa ile verilen görevlerle birlikte halk tarafından seçilmesi usulünün benimsenmesinden sonra yürütme konusunda etkili ve yeri geldiğinde siyaseti, yürütmeyi doğrudan etkileyebilen veya yönlendiren bir Cumhurbaşkanı vardı.

B. Anayasa Değişikliği Sonrasında Yürütme Erkinin Durumu

6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği sonrasında, yürütme yetkisi ve görevi doğrudan Cumhurbaşkanına bırakılmıştır. Beş yılda bir yapılan seçimle halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının Meclise karşı sorumluluğu bulunmamaktadır¹². Bunun bir yansıması olarak TBMM'nin yürütmeyi denetleme yollarından birisi olan ve Anayasada düzenlenen gensoru müessesesi kaldırılmıştır. Parlamenter sistemde önemli bir mekanizma olan gensorunun kaldırılmasıyla birlikte Cumhurbaşkanının doğrudan halka karşı sorumluluğu esas benimsenmiştir¹³. Seçimle göreve gelen ve belirli bir süre görev yapan Cumhurbaşkanı, yeni sistemle birlikte sadece kendi teşkilatının değil genel idare teşkilatının da en üst amiri konumuna gelmiştir¹⁴.

Anayasa değişikliği öncesinde Anayasanın 123 üncü maddesinde düzenlenen idarenin kanuniliği ilkesi merkezi idare bakımından tümüyle geçerliydi. İdarenin kanuniliği ilkesi iki şekilde uygulanmaktaydı. Birincisi,

⁹ Gözler, 2009, s. 260.

¹⁰ Günday, s. 402.

¹¹ Anayasa değişikliği öncesinde, 104 üncü maddede Cumhurbaşkanının yürütmeye ilişkin görevleri arasında, "Kararnameleri imzalamak" şeklinde yer almaktaydı.

¹² Hüseyin Gül/İhsan Kamalak/Gül Sallan Songül, "Amerikan Başkanlık ve Fransız Yarı – Başkanlık Sistemleri Işığında Türkiye'nin Yeni Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", Strategic Public Management Journal, C. 3, Özel Sayı, s. 115.

¹³ Serdar Gülenler/Nebi Miş, Cumhurbaşkanlığı Sistemi, Turkuvaz Haberleşme Yayın, Ankara 2017, s. 12.

¹⁴ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 10. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 201.

idarenin eylem ve işlemlerinde kanun hükümlerine uygun davranması, ikincisi ise idarenin kuruluşunda ve yetki kurallarında kanuna dayanması gerekliliği¹⁵. İdarenin kanuniliğine dair 123 üncü maddedeki düzenleme muhafaza edilmiş ancak Anayasa değişiklikleriyle Cumhurbaşkanına, kararname ile idarenin teşkilatı konusunda düzenlemeler yapma yetkisi verilmiştir. Böylece, yürütmenin her konuda kanuni düzenlemeye ihtiyaç duymayacağı bir durum ortaya çıkmıştır.

Anayasanın 104 üncü maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*” düzenlemeleri CBK’ya münhasır alan bırakmaktan çok kanuna üstünlük ve ayrıcalık tanıyan düzenlemelerdir¹⁶. Ancak kanımızca, eski sistemde Bakanlar Kurulunun karar veya kararname çıkarabilmesi için mutlaka kanuna dayanması gerekmesine karşın, CBK’lar için kanunda bir dayanak, bir atıf yer almasa da CBK çıkarılabilecektir. Elbette aynı konuda yürürlükte olan bir kanun bulunmamalıdır. Bu durum, CBK’ları eski sistemdeki Bakanlar Kurulu kararına göre güçlü konuma getirmiştir¹⁷.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bakanlar yer almakta, hatta hâlihazırda eski sistemde olduğu gibi bakanlar bazı zamanlarda toplanmaktadır. Bakanlar bir araya gelse dahi kolektif olarak bir Bakanlar Ku-

15 Emre **Akbulut**, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 13.

16 Turan **Yıldırım**, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, 2019, s. 301.

17 İdari birimlerin kurulması konusunda Anayasada Cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Örneğin 118 inci maddesinin yedinci fıkrasında, Milli Güvenli Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK ile düzenleneceği, 123 üncü maddesinin son fıkrasının CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulabileceği belirtilmiştir.

rulu mekanizması bulunmamaktadır. Toplantıda karar alınsa dahi bu kararın Cumhurbaşkanı kararı olduğunu söyleyebiliriz. Bakanların bu karara katkısının ise icrai nitelikte değil istişari nitelikte olduğu düşünülmelidir. Ancak bakanların bireysel olarak görev aldıkları idarenin bir birimi olarak bakanlıklardaki sorumlulukları yeni sistemde de aynı şekilde devam etmektedir.

Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname ile Cumhurbaşkanına devredilmiştir. Böylece yürütme konusunda tek yetkili olan Cumhurbaşkanına gerekli hukuki düzenlemeleri yapma noktasında TBMM tarafından yetki verilmiştir. Bu değişiklikler yapılmamış olsaydı Anayasada kanuna üstünlük tanıyan düzenlemeler nedeniyle Cumhurbaşkanı ve bakanların görev alanının nasıl belirleneceği sorunu yeni sistemin problemlerinden birisi olarak karşımızda duracaktı.

II. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Yürürlüğe Girmesinden Önce ve Sonra Bakanların Atanması, Görev ve Yetkileri ile Statüsü

6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasanın 104 üncü maddesinde, Cumhurbaşkanının görevleri arasında “*Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek*” ile “*Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek*” yer almaktaydı. Ayrıca 109 uncu maddede, “*Başbakan, Cumhurbaşkanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır. Bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanınca atanır; gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanınca görevlerine son verilir*” hükmü yer alıyordu. Söz konusu düzenlemeler bize Başbakanın doğrudan milletvekilleri arasından seçilebileceğini, bakanların ise milletvekilleri veya milletvekili olmayan ancak milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından seçilebileceğini söylemekteydi. Bunun yanında, bakanların belirlenmesinde Cumhurbaşkanının onayı önem arz etse de bakanları belirlemede Başbakanın yetkisinin etkili olduğu söylenebilirdi¹⁸. Ancak Bakanlar Kurulu ve bu kurulun üyesi olan bakanlar Cumhurbaşkanının, Bakanlar Kurulunu atamasına

18 Kılınç, s. 455.

ilişkin kararnamesiyle göreve başlamaktaydı¹⁹. Ayrıca bakanların belirlenip Cumhurbaşkanınca onaylandıktan sonra göreve başlayabilmesi için bir de TBMM’de güvenoyu almaları gerekiyordu²⁰.

6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği sonrasında, bakanların TBMM üyeleri arasından seçilmesi usulüne son verilmiştir²¹. Milletvekillerinden seçilse dahi eski sistemin aksine bakan olarak atanan kişinin milletvekilliği düşmektedir. Eski sistemde TBMM dışından bakan atamak istisna olmasına karşın yeni sistemde bakanlık ile milletvekilliği bir arada yürütülemeyen görevler olmuştur.

Eski sistemde, Başbakan ile bakanlar arasındaki ilişkiye göre kurgulanmış bir sistem bulunmasına karşın, yeni sistemde yürütme yetkisi tamamen Cumhurbaşkanında toplandığından yürütme yetkisine dair bakanların iradesinden sınırlı olarak söz edebiliriz²². Bakanlar yeni sistemde, yürütme erkinin bir parçası değil, sadece idare içinde yer alan yönetim biriminin amiri konumuna gelmiştir²³.

Bakanlar, idarenin sunduğu kamu hizmetlerinden asli olanları sunmakla yükümlüyse de ortak bir hükümet programı yahut belirlenecek siyasetin bir parçası olmadıklarından, bunların tamamını belirleyecek kişi olan Cumhurbaşkanının kararlarını uygulayan astlar olarak görevlerini yapacaklardır. Yani, Cumhurbaşkanınca verilen yetki kadar yetkilerini kullanabilmektedirler²⁴.

Hâlihazırda 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle bakanlıklara verilen yetkiler düzenlenmiştir.

19 Ender E. **Atay**, İdare Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 237.

20 Bilgi için bkz. Anayasa mülga 110 uncu madde.

21 Anayasanın 106 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında; “*Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanlığı tarafından atanır ve görevden alınır. Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı ve bakanlar, 81 inci maddede yazılı şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde andiçerler. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkanlığı yardımcısı veya bakan olarak atanırlarsa üyelikleri sona erer*”.

22 M. Artuk **Ardıçoğlu**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, C. 75, S. 3, 2017, s. 25.

23 Hüseyin Melih **Çakır**, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanlığı-Bakan İlişkisi”, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayinevi, İstanbul 2019, s. 48

24 **Ardıçoğlu**, s. 26.

Eski sistemde bakanlıklarda yer alan bakana ait yetkiler yeni sistemde aynen muhafaza edilmiştir. Devlet tüzel kişiliğini temsil, bakanın bakanlık içindeki hiyerarşik yetkileri, yönetmelik çıkarma yetkisi²⁵, harcama yetkisi ile idari vesayet yetkisi yeni sistemde devam etmektedir²⁶. Ancak bu yetkilerin yeni sistemde de verilmiş olması, bakanların konumunu eski sistemdekine yakın bir konuma getirmez. Çünkü yeni sistemde esas yetkinin sahibi Cumhurbaşkanı, kararname çıkarma yetkisiyle bu yetkileri bakandan alıp kendisinde toplayabilir veya yetkiyi başka bir bakanlığa verebilir veya bakanlık içinde de dağıtabilir²⁷. Elbette Anayasada bakanlar konusunda birçok hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden bakanların Cumhurbaşkanının yanında yürütme yetkisini kullanabileceği sonucunu çıkarılabiliriz. Ancak, yetki ve görevler konusunda esas söz sahibi Cumhurbaşkanıdır. Bu sebeple, eski sisteme göre bakanların etkisinin daha sınırlı olduğu söylenebilir.

1 sayılı CBK'nın 32 nci maddesinde, "*Müşterek alanlardaki görev ve faaliyetlere ilişkin koordinasyonu sağlamak üzere ilgili bakanlar, kurum ve kuruluşların üst yöneticileri ile ilgili politika kurulunun başkanvekilinin katılımıyla koordinasyon toplantıları yapılabilir. Bu toplantılarda tespit edilen esaslar Cumhurbaşkanına sunulur.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle birlikte eski sistemin karar organı Bakanlar Kurulunun yeni sistemde bulunmamasının oluşturacağı boşluğun doldurulması amaçlanmaktadır.

Bakanlar bir araya gelse ve karar alsa da alınan kararın Cumhurbaşkanının kararı olacağını daha önce söylemiştik. Bakanların yeni sistemde yürütme erkinin olmasa da merkezi idarenin bir parçası olması ve yeni sistemde bakanların Cumhurbaşkanı başkanlığında yapılan toplantılarda bir araya gelmesinin sembolik yönü dışında bir etkisinin bulunmaması nedeniyle bakanlıklar arasında koordinasyon ve işbirliğinin sağlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu düzenleme tek bir hiyerarşik birim olan Devletin

25 Anayasanın 124 üncü maddesinde, "*Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler*".

26 **Günday**, s. 394-395.

27 Cumhurbaşkanının bu yetkisi, Anayasanın 106 ncı maddesinin on birinci fıkrasında yer alan "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*" hükmünden kaynaklanmaktadır.

parçalarını oluşturan bakanlıkların ortak karar alabilmesini sağlayacaktır. Ortaya çıkabilecek tikanıkların giderilmesi bağlamında olumlu ve gerekli bir düzenlemedir. Elbette bu toplantılarda ortak icrai bir karar alınabileceği söylenemez. Bu toplantı sonuçlarının hem yürütmenin esas sahibi hem de merkezi idarenin en yüksek hiyerarşik amiri olan Cumhurbaşkanına sunulacağı belirtilmiştir. Bu durum bize yapılacak toplantı sonucunda alınan kararların istişari nitelikte olduğunu göstermektedir.

Hiyerarşi yetkisi astlık üstlük ilişkisini ifade etmektedir. Bu yetki genel ve olağan bir yetki olduğundan kullanılabilmesi için açık bir kanuni düzenlemeye gerek bulunmamaktadır²⁸.

Yeni hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanı hem Cumhurbaşkanlığı teşkilatının hem de bakanlıkların hiyerarşik amiridir²⁹. Bu konuda bir tartışma bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı ile bakan arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin gereği olarak Cumhurbaşkanının Bakanın işlemleri üzerinde, onaylama, onaylamama, kaldırma, reddetme ya da değiştirme yetkisine sahip olduğunu söyleyebiliriz³⁰. Ayrıca, hiyerarşi yetkisinin içeriğinde yerindelik denetimi de bulunduğundan, Cumhurbaşkanının bakanın hukuka uygun ama yerinde olmayan işlemlerini doğrudan değiştirebileceğini düşünmekteyiz³¹. Önceki sistemde, Başbakanın hiyerarşik olarak bakanın üstün olduğu konusu tartışmalıyken yeni sistemde bu tartışma bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı doğrudan bakanın üstü konumundadır³².

Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanında olduğundan, önemli bir mesele de bakanların Cumhurbaşkanlığı teşkilatında yer alan 1 sayılı CBK'da düzenlenen Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, İdari İşler Başkanlığı bünyesinde örgütlenen genel müdürlükler, Cumhurbaşkanı yardımcıları, Politika Kurulları, Cumhurbaşkanlığı Ofisleriyle olan ilişki biçiminin nasıl olacağı hususudur. Çünkü bu unsurlar/birimler Cumhurbaşkanına bağlı olarak görev yapmaktadırlar. Politika Kurulları ile Cumhurbaşkanlığı Ofisleri gibi birimler, bakanlıkların yetki alanına giren konularda politika, strateji gibi hedefler belirleyebilmektedir. Ayrıca İdari İşler Başkanının görevleri arasında “c) Devlet Teşkilatının düzenli ve etkin

28 **Günday**, s. 83.

29 **Kemal Gözler**, İdare Hukuku Cilt I, 3. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2019, s. 249.

30 **Onar**, s. 600.

31 **Çakır**, s. 53

32 **Çakır**, s. 39.

bir şekilde işlemini temin edecek prensiplerin tespiti için gerekli çalışmaları yapmak. ç) İç güvenlik, dış güvenlik ve terörle mücadele konusunda koordinasyonun sağlanması için gerekli çalışmaları yapmak. d) Yapılan çalışmaların kamuoyundaki tesirlerini izleme ve değerlendirme çalışmalarını yapmak.” yetkileri bulunduğundan, tüm idari teşkilatın görev alanına dair genel görevlerinin bulunduğu söylenebilir. Bunun gibi Cumhurbaşkanlığı bünyesinde bulunan birimlere verilen görevler arasında bakanlıkların görev alanıyla ilgili tavsiye ve telkinlerde bulunulması yönünde yetkiler yer almaktadır³³.

1 sayılı CBK'nın 20 nci maddesinden itibaren Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları düzenlenmiştir. Bu kurulların görevleri arasında; “*d) Görev alanlarına giren konularda Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin görüşünü alarak uygulanan politikaları ve gelişmeleri izlemek, yapılan çalışmalarla ilgili Cumhurbaşkanına rapor sunmak. e) Cumhurbaşkanını programına uygunluk açısından, bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak. f) Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin davet edilmesi suretiyle genişletilmiş kurul toplantıları yapmak.”* yer almaktadır. Kurulların, 1 sayılı CBK'nın 33 üncü maddesine göre, Cumhurbaşkanının talimatlarını yerine getireceği ve Cumhurbaşkanı ile çalışacağı öngörüldüğünden bir danışma birimi olduğu söylenebilir³⁴. Görevleri arasında bakanlıkların uygulamalarını izleyebileceği yer almaktadır. Ancak incelediği konularla ilgili herhangi bir icrai karar alabileceği belirtilmediğinden bu kurulların Cumhurbaşkanına yardım eden danışma organı olduğu kabul edilmektedir³⁵. Ka-

³³ Bilgi için bkz. 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.

³⁴ Gül **Üstün**, “Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin İdari Teşkilattaki Yeri”, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2019, s. 30.

³⁵ **Gözler**, 2019, s. 367. Ofisler için de benzer bir düzenleme 1 sayılı CBK'nın 528 inci maddesinde düzenlenmiştir. Ofislerin görevleri arasında, bakanlıklar arası koordinasyon toplantıları düzenlemek ve işbirliği yapmak yer almaktadır. Ofislerin bakanlıklar hakkında icrai nitelikte karar alabileceğine dair düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde yer alan Ofislerin bakanlara hiyerarşik olarak üstün olmadıklarını söylemektedir.

naatimizce kurulların icrai karar alamaması, sadece araştırma yaptığı konularda Cumhurbaşkanına rapor sunabilmesi Politika Kurullarının hiyerarşik olarak bakandan üstün olmadığını göstermektedir.

1 sayılı CBK'nın 503 üncü maddesinde; “*Bakanlar, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanımı amacıyla, bakanlık hizmetlerini mevzuata, Cumhurbaşkanının genel siyasetine, Cumhurbaşkanı karar ve talimatlarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle, bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve Cumhurbaşkanına karşı sorumludur*” hükmüne yer verilmiştir. Düzenlemede bakanların Cumhurbaşkanının karar ve talimatlarına uygun hareket etmekle yükümlü ve Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce Cumhurbaşkanlığı teşkilatında yer alan birimlerin görevleri arasında bakanlara doğrudan talimat verilebileceği konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, bakanların doğrudan Cumhurbaşkanının (Cumhurbaşkanlığı değil) karar ve talimatlarına uygun hareket etmekle yükümlü olmaları ve bu konuda Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olmaları bakanların hiyerarşi içindeki yerini Cumhurbaşkanlığı birimlerinin altında konumlandırılmadığına işaret etmektedir. Bununla birlikte bakanların, Cumhurbaşkanlığı bünyesindeki birimlerin amirlerinden üstün olduğu yönünde bir hüküm de bulunmamaktadır. Biz de Cumhurbaşkanı için çalışan birimlerin bakanlardan üstün olmadığını ve bakanların da bu birim amirlerinden hiyerarşik olarak üstte olmadığını düşünmekteyiz. Ancak, Cumhurbaşkanlığında bulunan birimlerin bakanlardan üstün olduğu yönünde bir teşkilat şeması yapılması ayrıca görev ve yetkilerinin değiştirilmesi halinde, bunun Anayasaya aykırı olmayacağı kanaatindeyiz. Nihayetinde, yürütme yetkisinin yegâne sahibi Cumhurbaşkanıdır, bakanlar ise Cumhurbaşkanına yardım eden, onun hiyerarşik olarak astı konumunda bulunmaktadır³⁶.

III. Bakanlıkların Yapısı – Teşkilatı

Anayasanın 106 ncı maddesinin dördüncü ve beşinci fıkrasında; “*Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, 81 inci maddede yazılı şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde andiçerler. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak*

³⁶ Ardıçoğlu, s. 27.

atanırlarsa üyelikleri sona erer. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, Cumhurbaşkanına karşı sorumludur.” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme bakanların yürütme erkinin bir unsuru olduğunu göstermektedir. Çünkü Anayasa bakanların TBMM önünde yemin etmesi ve milletvekili seçilme yeterliliğine sahip kişiler arasından atanması konusunda düzenleme öngörmüştür. Böylece yeni sistemde de bakanlık yapılanmasının Türk İdari Teşkilat içinde devam edeceğini söyleyebiliriz.

Devletin idare teşkilatında, kamu hizmetleri arasında iş bölümü yapılmış ve var olan bakanlıklardan her birisi belirli bir ya da benzer birkaç kamu hizmetini yürütmek üzere düzenlenmiştir³⁷. Bakanlıkların ayrı bir tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bunlar genel idarenin içinde yer aldığı Devlet tüzel kişiliğinin bir parçasıdır³⁸.

Anayasa değişikliği öncesinde bakanlıkların kurulmasına, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esaslar 3046 sayılı Kanunda³⁹ düzenlenmişti. 6771 Sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinden önce Anayasanın 113 üncü maddesinin birinci fıkrasında, “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir.*” hükmü yer almaktaydı. Söz konusu düzenlemeye uygun olarak 3046 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde, “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, mevcut bakanlıkların bölünmesi veya birleştirilmesi, bakanlıkların görevleri, yetkileri ve teşkilatı bu Kanun esaslarına göre düzenlenir*” hükmüne yer verilmişti. Anayasaya göre hem bakanlığın kurulması hem de kurulan bakanlığın yapısının ve teşkilatının düzenlenmesinin kanunla yapılması gerekmektedir. 3046 sayılı Kanunun mülga 3 üncü maddesinde bakanlıkların kurulması ve teşkilatı ile ilgili yol gösterici çerçeve çizen bir hüküm ihdas edilerek kanuni düzenlemeler yapılırken bakanlıklar arası farklı bir yapılanma olmasının engellenmesi amaçlanmıştır.

Yeni sistemde, bakanlıkların kurulması esasında köklü bir değişikliğe gidilmiştir. Anayasanın 106 ncı maddesinin on birinci fıkrasında yer alan,

37 **Günday**, s. 391.

38 **Ali Ulusoy**, Türk İdare Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 191.

39 3046 sayılı Kanunun tam adı, Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun’dur.

“*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*” hükmüyle doğrudan CBK ile bakanlık kurulabilmesine ve teşkilat yapısının düzenlenebilmesine imkân tanımıştır.

3046 sayılı Kanunun mülga maddelerine göre bakanlığın temel kuruluşları; merkez teşkilatı, taşra teşkilatı, yurtdışı teşkilatı, bağlı kuruluşlar ile ilgili kuruluşlardan oluşmaktaydı⁴⁰. 3046 sayılı Kanunun mülga 6 ncı maddesi Bakanlık merkez teşkilatını düzenlemişti. Buna göre merkez teşkilatı;

“*a) Bakanlıkların hizmet ve görev alanlarına giren faaliyetlerini yürüten ana hizmet birimleri,*

*b) Bakana ve anahizmet birimleri ile bağlı ve ilgili kuruluşlara istisari mahiyette yardımcı olan teknik, idari, hukuki ve mali konularda faaliyetinde bulunan danışma ve denetim birimleri,*⁴¹

c) Yukarıdaki birimlere yardımcı olan ve her bakanlıkta zorunlu olarak yürütülmesi gereken idari, mali, güvenlik ve sivil savunma gibi hizmetleri yerine getirmekle görevli yardımcı birimler.” den oluşmaktaydı⁴². İlâveten, Bakanlıkların bir de taşra teşkilatı bulunmaktaydı. 3046 sayılı Kanunun 8 inci maddesi tüm bu hususları düzenlemişti⁴³.

Anayasa değişikliği halkoylaması sonucu kabul edilip yeni sistem yürürlüğe girmeden önce yukarıda bahsedildiği üzere 703 sayılı KHK ile çok sayıda kanun ve düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Haklı olarak Cumhurbaşkanına kararname ile düzenleme yapabilmesi için alan açılmıştır. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanınca ilk olarak, bakanlıkların teşkilatına dair 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmıştır. Bu kararnamenin yasama organınca çıkartılan kanunlar gibi amaç ve kapsam maddesi bulunmamaktadır. Bu nedenle biz

40 **Gözübüyük/Tan**, s. 179.

41 “*MADDE 12 - Bakanlık merkez teşkilatında ihtiyaca göre aşağıdaki danışma ve denetim birimleri kurulabilir. a) Teftiş Kurulu Başkanlığı, c) Hukuk Müşavirliği, d) Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği. Gerekli görülen hallerde 27 nci madde esasları dâhilinde bakanlık müşavirleri ihdas edilebilir*”.

42 3046 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi.

43 MADDE 8 - Bakanlığın kuruluş amaçlarını gerçekleştirmek ve yürütmekte oldukları hizmetleri vatandaşlara sunmakla görevli bakanlık taşra teşkilatı, ihtiyaca göre aşağıdaki kuruluşların tamamından veya birkaçından meydana gelecek şekilde düzenlenir. a) İl valisine bağlı il kuruluşları, b) Kaymakama bağlı ilçe kuruluşları, c) Doğrudan merkeze bağlı taşra kuruluşları.

CBK'nın adına ve içeriğinde yer alan maddelere bakarak Cumhurbaşkanlığı Teşkilatını düzenlediğini anlamaktayız.

Bakanlıklar, Cumhurbaşkanlığı teşkilat yapısı içinde onun bir parçası olarak düzenlenmiştir. 1 sayılı CBK'nın tüm bakanlıkları ve Cumhurbaşkanlığını ilgilendiren hükümlerin yer aldığı on altıncı kısmının on yedinci bölümünde “*Ortak Hükümler*” yer almaktadır. Bu bölümde yer alan, “*Bakanlıkların temel kuruluşları ve hiyerarşik kademeler*” başlıklı 509 uncu maddesinde, “*Bakanlıklar, merkez teşkilatı ile ihtiyaca göre kurulan taşra ve yurtdışı teşkilatından ve bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlardan meydana gelir.*” düzenlemesiyle bakanlıkların merkez, taşra, yurtdışı teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlardan oluşacağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında, “*Bakanlık merkez, taşra teşkilatları ile bağlı ve ilgili kuruluşların hiyerarşik kademeleri; hizmetin özelliklerinden kaynaklanan farklılıklar dikkate alınmak kaydıyla aşağıdaki şekilde düzenlenir. a) Bakanlık merkez teşkilatında: 1) Bakan Yardımcılığı, 2) Bakan Yardımcılığına bağlı Genel Müdürlük, Kurul Başkanlığı veya Daire Başkanlığı, 3) Genel Müdürlük veya Kurul Başkanlığına bağlı Daire Başkanlığı*” düzenlemesiyle bakanlıkların merkez teşkilatı yapılanması ortaya konulmuştur⁴⁴. Ancak önceki dönemde var olan yukarıda bahsedilen merkez teşkilatı yapılanmasına yeni sistemde yer verilmemiştir. Bakanlıklarda, merkez teşkilatında yapılan ana hizmet, danışma ve denetim birimleri ile yardımcı birimler ayrımı kaldırılmış ve bakanlıkların merkez teşkilatındaki birimler “*hizmet birimleri*” adı altında örgütlenmiştir.

Taşra teşkilatı konusunda yeni dönemde de aynı sistem benimsenmiştir. Bağlı kuruluşlar, eski sistemde, özel bir kanunla kurulan bir kısmının tüzel kişiliği bulunan ve genel bütçe içinde ayrı veya özel bütçeli kuruluşlar olarak örgütlenmişti⁴⁵. Bağlı kuruluşların kuruluşu önceden kanunla oluyordu. 3046 sayılı Kanunun mülga 10 uncu maddesinde bağlı kuruluş-

44 3046 sayılı Kanunda yer alan Anayasa değişikliği öncesi halinde, Hiyerarşik kademeler ve birim unvanları: MADDE 15 -Bakanlık merkez, taşra, yurt dışı teşkilatları ile bağlı ve ilgili kuruluşlarının hiyerarşik kademeleri; hizmetin özelliklerinden kaynaklanan farklılıklar dikkate alınmak kaydıyla aşağıdaki şekilde düzenlenir. a) Bakanlık merkez teşkilatında: 1. Müsteşarlık, 2. Müsteşarlığa bağlı Genel Müdürlük, Kurul Başkanlığı veya Daire Başkanlığı, 3. Genel Müdürlük veya Kurul Başkanlığına bağlı Daire Başkanlığı, 4. Şube Müdürlüğü, 5. İhtiyaca göre kurulacak şeflik.

45 Atay, s. 243.

larla ilgili düzenlemeye yer verilmişti. Maddede, “*Bağlı kuruluşlar, Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, diğer bir bakanlığa bağlanabilir.*” düzenlemesi yer alıyordu⁴⁶. Söz konusu hüküm bize genelde tüm idari teşkilat içinde veya özelde bakanlıklara bağlı kuruluşların eski sistemde kanunla kurulabildiğini anlatmaktadır. 10 uncu madde, sadece bağlı kuruluşun diğer bir bakanlığa bağlanması usulünü düzenlemektedir. Yeni bir bağlı kuruluşun kanunla kurulması zorunluymuştu. Yeni sistemde, bakanlıkların bağlı kuruluşlarına ilişkin düzenlemeler 4 Sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yer almaktadır. Anayasa değişikliği öncesinde bağlı kuruluşlarla ilgili olarak her biri için ayrı birer kanun bulunuyordu. Söz konusu düzenlemeler Anayasa değişikliğine uyum kapsamında çıkartılan 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmış ve bağlı kuruluşlar 4 sayılı CBK’da düzenlenmiştir. Kararnamede, bağlı kuruluşların tümü bakanlıklara bağlı veya ilgili hale getirilmiştir.

Tüzel kişiliği olan bağlı ve ilgili kuruluşlar bakanlık hiyerarşisinde yer almazlar⁴⁷. Bağlı kuruluşlarla bakanlık arasında hiyerarşiye yakın idari vesayet ilişkisi bulunmaktadır⁴⁸. Bu konuda yeni Anayasa değişikliklerinde ve uyum düzenlemelerinde farklı ve yeni bir hükme yer verilmediğinden kanaatimizce aynı şekilde idari vesayet ilişkisi devam edecektir.

Bunun yanında, bakanlıkların yapısını düzenleme konusundaki yetkinin yeni Anayasa değişiklikleriyle Cumhurbaşkanına verilmesi, bakanların TBMM üyeleri içinden seçilememeleri ve TBMM’ye karşı siyasi sorumluluklarının kalmamış olması nedeniyle kanaatimizce bakanlıkların eski sistemdeki statüsünün yeni sistemde değiştiği, Cumhurbaşkanının güçlendiğini söyleyebiliriz. Eski sistemin aksine Cumhurbaşkanınca yapılacak düzenlemelerle bakanlıkların daha farklı şekilde teşkilatlanması ön-

46 3046 sayılı Kanununun 11 inci maddesinde de ilgili kuruluşlar düzenlenmiştir. Bakanlık ilgili kuruluşları: “*MADDE 11 - İlgili kuruluşlar; özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde düzenlenir. Bu kuruluşların ilgili olduğu bakanlık bu Kanunun koyduğu usule göre belirlenir*”.

47 Turan **Yıldırım ve diğerleri**, İdare Hukuku, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 43.

48 **Günday**, s. 399.

görülebilir. Ancak yürütme yetki ve sorumluluğu doğrudan Cumhurbaşkanında bulunsa da bakanlıklar ile bunların en üst amiri olan bakanların yetkilerinin kaynağı doğrudan Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerle ilgili görevlerinin bulunduğu hususu da göz ardı edilmemelidir⁴⁹.

IV. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Üst Düzey Kamu Yöneticilerinin Atanmasında Bakanın Yetkisi

21/1/2017 tarihli ve 6771 Sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yapılan değişikliklerin en önemlilerinden bir tanesi de Devletin kamu personel rejimine ilişkin önemli bir hüküm olduğunu değerlendirdiğimiz üst kademe kamu yöneticilerine ilişkin düzenlemedir. Anayasanın Cumhurbaşkanının görevlerini düzenleyen 104 üncü maddesine eklenen, “*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.*” hükmüyle Cumhurbaşkanının üst derecede bulunan (bunun hangi kademedden başlayacağı belirtilmemiş) kamu görevlilerini doğrudan atayabileceği, atamaya ilişkin usul ve esasları da kendisinin düzenleyebileceği hükme bağlanmıştır.

A. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminden Önceki Hukuki Durum

3046 sayılı Kanunun mülga 22 nci maddesinde, “*Müsteşar, bakanın emrinde ve onun yardımcısı olup bakanlık hizmetlerini bakan adına ve bakanın direktif ve emirleri yönünde, bakanlığın amaç ve politikalarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara, mevzuat hükümlerine uygun olarak düzenler ve yürütür. Bu amaçla bakanlık teftiş kurulu hariç bakanlık kuruluşlarına gereken emirleri verir ve bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar. Müsteşar yukarıda belirtilen hizmetlerin yürütülmesinden bakana karşı sorumludur.*” düzenlemesiyle müsteşarın bakana karşı doğrudan sorumlu olduğu, bakana bağlı Teftiş Kurulu Başkanlığı hariç bakanlığın tüm birimlerine doğrudan talimat verebileceği ve onları yönetebileceği hükme bağlanmıştır. Müsteşarlık, meslekten yetişen ve memurluk güvencesine sahip yukarıda yer verilen merkez teşkilatının tüm birimlerinin hiyerarşik olarak üstünde bir mevkide yer alan sürekli bir görevdir⁵⁰.

49 Yıldırım, s. 310.

50 Gözler, 2009, s. 280.

Bakandan sonra en üst hiyerarşik amir müsteşar iken 643 sayılı KHK'nın 3 üncü maddesiyle 3046 sayılı Kanuna 21/A maddesi olarak eklenen düzenlemeyle, bakan yardımcılığı kadrosu eklenmiştir. “*Bakana (Millî Savunma Bakanı dahil) bağlı olarak Bakana ve Bakanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesinde Bakana yardımcı olmak üzere Bakan Yardımcısı atanabilir. Bakan Yardımcıları bu görevlerin yerine getirilmesinden Bakana karşı sorumludur.*” hükmüyle bakan yardımcılarının doğrudan bakana karşı sorumlu olduğu düzenlenmişti. Ayrıca, bakan yardımcılarını hükümetin görev süresiyle sınırlı olarak görev yaparlardı ve görev süresi dolmadan görevden alınabilirlerdi⁵¹.

Müsteşarlığın güvenceli devlet memurluğu olarak düzenlenmesine karşın bakan yardımcılığı istisnai devlet memurluğu olarak düzenlenmişti⁵². 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde yer alan şartları taşıyan herkes eski sistemde bakan yardımcısı olarak atanabilmekteydi.

Hem müsteşar hem de bakan yardımcısı doğrudan bakana karşı sorumlu olup katı hiyerarşinin uygulandığı bakanlıklarda, hiyerarşik olarak hangisinin daha üstte olduğu konusunda düzenlemelerde açıklık bulunmaktaydı. Doktrinde bakan yardımcısının hukuki statüsü konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Söz konusu tartışma eski sistem döneminde yapılmış olsa da bakan yardımcılığı müessesesinin yeni sistemde de yer alması nedeniyle, anılan müesseseye burada yer verilmesinde fayda bulunduğu düşünülmektedir. Bir görüşe göre, bakan yardımcılığına bakanlığın hiyerarşik kademeleri içinde yer verilmediğinden, bakanın yetkilerinin bir kısmını bakan yardımcısına devretmesine imkân bulunmamaktadır. Bakan yardımcısı bir nevi bakan danışmanı konumundadır⁵³.

Diğer bir görüşe göre, 3046 sayılı Kanunun yetki devrini düzenleyen mülga 38 inci maddesinde, bakan, müsteşar ve her kademedeki yöneticinin yetkilerini astlarına devredebileceği düzenlenmiştir. Mülga 21/A maddesinde, bakana karşı sorumlu olmaları ve bakana yardımcı olmak amacıyla atanıyor olmaları sebebiyle, bakan tarafından yetki devri yapılması

51 3046 sayılı Kanunun 21/A maddesi.

52 Halit Uyanık, “Bakan Yardımcılığı Statüsünün İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C 15, S. 2, 2012, s. 105.

53 Günday, s. 397.

halinde, hiyerarşide müsteşardan üst bir konumda yer almasına engel bulunmamaktadır⁵⁴.

Kanaatimizce, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminden önce, müsteşar ile bakan yardımcısı arasında astlık üstlük ayrımının mevzuatta yapılması, hiyerarşinin de buna göre düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Bakanlıklarda müsteşarın bakandan sonra, en üst amir olmasının sebebi meslekten gelen memur olmasıdır. Önceki sistem buna göre kurgulandığından bakan yardımcısının yetkisinin ve hiyerarşideki yerinin bakana yardımcı ve karar alma yetkisi olmayan bir statüde olması daha isabetli olabilirdi.

Bakanlıkta görev yapan kamu görevlilerinin atamasına ilişkin kurallar, mülga 2451 Sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanunda düzenlenmiştir. Başbakanlık ve bakanlıklarla, bunlara bağlı kuruluşlarda, teşkilat kanunu bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, atama ve nakillerin bu Kanunda belirtilen usullere göre yapılacağı düzenlenmiştir⁵⁵. 2451 sayılı Kanunun mülga 2 nci maddesinde, “*Bu Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu kararı ile, (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere müşterek kararlar atama yapılır.*” hükmüyle kanunun ekinde yer alan cetvelerde yer alan listeye göre atama yapılmaktaydı. Bu cetvelerde birçok unvan yer alıyordu⁵⁶. (I) sayılı cetvelde yer alanlar, önceki sistemde

54 Kemal **Gözler**/Gürsel **Kaplan**, “Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dâhil midir?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 98, 2012, s. 15.

55 2451 sayılı Kanun 1 inci maddesi.

56 1 SAYILI CETVEL; Valiler, Büyükelçiler, Daimi Temsilciler, Daimi Delegeler, Dıyanet İşleri Başkanı ve Din İşleri Yüksek Kurulu Üyeleri, Yüksek Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı, 2 SAYILI CETVEL; Bakan Yardımcıları, Müsteşar ve yardımcısı, Genel Müdür ve Yardımcıları (Ticaret Bakanlığı Dış Ticaret Genel Sekreteri ve Yardımcısı, Hazine Genel Müdürü ve Milletlerarası İktisadi İşbirliği Teşkilatı Genel Sekreteri ve Yardımcısı, İçişleri Bakanlığı Sivil Savunma idaresi Başkanı ve Yardımcısı dahil), Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurul Üyeleri ve Genel Sekreteri, Vakıflar Genel Müdürlüğü İdare Meclis Başkan ve Üyeleri, Gelir İdaresi Başkanı, Gelir İdaresi Başkan Yardımcıları, Gelir İdaresi Daire Başkanları ve Vergi Dairesi Başkanları, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Devlet Personel Başkanı, Atom Enerjisi Komisyonu Genel Sekreteri, Bakanlıklardaki Kurul Başkanları ve Üyeleri, Strateji Geliştirme Başkanları, Bakanlıkların Rehberlik ve Teftiş, Rehberlik ve Denetim, Denetim Hizmetleri başkanları, Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcıları, Bakanlık Müfettişleri ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişleri, Bakanlık Müşavirleri, Birinci Hukuk Müşaviri, Bakanlık Daire Başkanları, İl İdare Şube Başkanları, Bölge Müdürleri ve Başmüdürler,

yürütmenin esas unsuru olan Bakanlar Kurulu kararıyla atanabiliyordu. Bunun yanında müşterek kararname adı verilen ve 2451 sayılı Kanunda tanımına yer verilmeyen uygulamada bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanının imzaladığı kararnameyle atamalar yapılmaktaydı. Burada Cumhurbaşkanının imzasının sembolik olduğu düşünüldüğünde bakanın atanacak kişi konusundaki iradesinin asli unsur olduğu söylenebilir.

B. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminden Sonraki Hukuki Durum

Anayasada üst kademe kamu görevlileriyle ilgi düzenlemeye uyum amacıyla 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yürürlüğe konulmuştur. 3 sayılı CBK'nın 2 nci maddesinde, kararnameye ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı kararıyla, (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılacağı düzenlenmiştir. Bu cetvellerde sayılmayan kadro, pozisyon ve görevlere, ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı, bakan veya atamaya yetkili amirler tarafından atama yapılabilmektedir.

3 sayılı CBK'nın 3 üncü maddesinde ise bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) ve (II) sayılı cetvelde yer alan kadrolara atanacaklarda aranacak şartlar düzenlenmiştir⁵⁷. Üst kademe yöneticilerini atamada Cumhurbaşkanının Anayasadan kaynaklı yetkisi doğrudandır. CBK'da yer alan düzenlemelerden (I) ve (II) sayılı Cetvelde yer alan unvanların üst kademe kamu yöneticisi olduğu anlaşılmaktadır⁵⁸. (I) sayılı listede yer alanların doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atandığı ancak (II) sayılı

Vali Muavini, Kaymakam, İl Hukuk İşleri Müdürü, Polis Akademisi Başkanı, İl Emniyet Müdürü.

57 (I) Sayılı Cetvelde yer alanlara atanacaklarda; a) 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde sayılan genel şartları taşımak. b) En az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmak. c) Kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak en az beş yıl çalışmış olmak.

(II) Sayılı Cetvelde atanacaklarda, a) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde sayılan genel şartları taşımak. b) En az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmak. c) Kamuda en az 5 yıllık hizmeti bulunmak. ç) İl ve bölge müdürü kadro, pozisyon ve görevleri ile kamu iktisadi teşebbüsleri yönetim kurulu üyeliklerine atanacaklar için kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak, alanında en az beş yıl çalışmış ve temayüz etmiş olmak.

58 Bu unvanların hangileri olduğuna bkz. 3 sayılı CBK'nın eki (I) ve (II) sayılı liste.

listede yer alanların Cumhurbaşkanının onayı ile atamasının yapılacağı düzenlenmiştir. Doktrinde (II) sayılı listede yer alanların atamasının onaya tabi tutulmasının Anayasaya aykırı olduğunu savunanlar bulunmaktadır⁵⁹. Çünkü, Anayasada üst kademe kamu yöneticilerinin atamasının doğrudan Cumhurbaşkanınca yapılacağı düzenlenmiştir. Ancak bu görüşe katılmak pek mümkün görünmemektedir. (II) sayılı listede yer alan unvanların atama işleminde son söz “onay” işlemiyle Cumhurbaşkanına verilmiştir.

(II) sayılı listede yer alanlar için “onay” unsuru yeterli görülmüştür. Onama, alınan bir kararın yürürlüğe girmesini sağlayan ve karara icailik kazandıran işlemdir⁶⁰. (II) sayılı listede yer alan üst düzey yöneticilerinin atanmasında da Cumhurbaşkanının onay işleminin, işlemin geçerlilik kazanmasını sağlayan bir işlem olduğunu söyleyebiliriz. Bu noktada, bakanlıkta ve bağlı veya ilgili bir kuruma yönelik bir atama olması halinde, bakanın atanacak kişiyi teklif edeceği ve Cumhurbaşkanının onayı ile işlemin tamamlanacağı söylenebilir. Ancak buradaki Cumhurbaşkanının “onay” işlemi önceki sistemde Cumhurbaşkanının müşterek kararnameyi imzalamasıyla karıştırılmamalıdır. Çünkü (II) sayılı listede yer alanları atama konusunda bakana verilen yetki CBK ile verilmiştir.

Esasen Anayasada tüm üst düzey kamu görevlilerinin Cumhurbaşkanınca atanacağı düzenlenmiştir. Ancak Cumhurbaşkanı takdir hakkını kullanarak CBK’da, (II) sayılı listede yer alanlar için bakanı, işlemde atanan kişiyi belirleyerek onaya sunan hiyerarşik amir olarak düzenlemiştir. Her ne kadar bakana yetki verilmişse de bu konuyu CBK ile düzenleme yetkisini elinde bulunduran Cumhurbaşkanının onayının, işlemin tamamlanması bakımından kurucu ve hatta atamayı onaylamaması halinde, atanacak kişinin belirlenmesini de kapsadığı söylenebilir⁶¹. Bunun atama kararlarına da yansıdığını görmekteyiz. Genel müdür yardımcısı kadrosu 3 sayılı CBK’nın eki (II) sayılı listede yer almaktadır. Buna karşın genel müdür yardımcısı atama kararlarında Resmi Gazete’de sadece Cumhurbaşkanı imzası olduğu görülmektedir⁶².

⁵⁹ Gözler, 2019, s. 337-338.

⁶⁰ Gözler, 2019, s. 283.

⁶¹ Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı ile Önceki Sistemdeki Bakan Yardımcısı ve Müsteşarın Kıyaslanması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2021, s. 293.

⁶² 7.12.2019 tarihli ve 30971 sayılı Resmi Gazete, 6.11.2019 tarihli ve 30940 sayılı Resmi Gazete. Bu Cumhurbaşkanı kararlarında genel müdür ve genel müdür

Son olarak, 3 sayılı CBK'nın 2 nci maddesinde, (I) ve (II) sayılı cetvellerde sayılmayan kadro, pozisyon ve görevlere, ilgili Cumhurbaşkan Yardımcısı, bakan veya atamaya yetkili amirler tarafından atama yapılacağı düzenlenmiştir. Anayasa Cumhurbaşkanına üst düzey kamu görevlileriyle ilgili yetki vermektedir. Bunun dışında alt kademede yer alan personelle ilgili düzenleme yapma konusunda, genel yetkili organ yasama organı görevlidir. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin kanunda yapılmasının daha uygun olacağı değerlendirilmektedir⁶³.

C. Bakanın Atamalar Konusundaki Yetkisinin Eski ve Yeni Sistemde Karşılaştırılması

Eski sistemde Bakanın, üst düzey olarak tabir edilebilecek ve bakanlık bünyesinde veya bağlı, ilgili kurumlarda görev yapan kamu görevlilerinin ataması konusundaki yetkisi kurucu nitelikteydi. Müşterek kararnameyle atamada ilk imza, bakan tarafından atılmakta sonrasında sıralı olarak başbakan ve Cumhurbaşkanınca imzalanmaktaydı. İmza konusunda sorumluluk bakan ve başbakana aitti⁶⁴. Dolayısıyla karar merci bakan ve başbakandı. Devletin asli kamu hizmetlerini sunan merciin bakanlık⁶⁵ olduğu düşünüldüğünde, eski sistemde atamalarda bakanın yetkisinin asli ve kurucu olduğu değerlendirilebilir.

Yeni sistemde ise bakanlıklar bünyesinde görev yapan üst düzey kamu görevlileri ile bağlı, ilgili kurumlarda görev yapan üst düzey kamu görevlileri konusunda 3 sayılı CBK'nın eki (I) sayılı Cetvelde yer alanlar bakımından Cumhurbaşkanının yetkisi aslidir. Bakanın yeni sistemde bu atamalarda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı bakanlıkta görev yapan bir üst düzey yöneticiyi atayabilir veya görevden alabilir. Mevzuatta yer alan düzenlemelere göre bu konuda bakanlar söz sahibi değildirler. 3 sayılı CBK'nın eki (II) sayılı Cetvelde yer alanların ataması konusunda bakanın yetkisinin bulunduğu ve Cumhurbaşkanının yetkisinin

yardımcısı atamalarında, sadece 3 sayılı CBK'nın 2 ve 3 üncü maddelerine göre atama yapıldığı belirtilmektedir.

63 Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında, “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*” hükmü gereğince üst düzey yöneticiler dışındaki memurlar ile kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

64 **Atay**, s. 234.

65 **Günday**, s. 392.

sadece “onay” işleminden ibaret olduğu gibi bir düşünce akla gelse de bakan tarafından atanması teklif edilen bir kişi, Cumhurbaşkanınca onaylanmadığında kendisinin onaylayabileceği bir kişinin atanması sağlanabilecektir. Çünkü atama kararlarının Cumhurbaşkanının tek başına, imzasıyla çıktığını görmekteyiz. Sonuç olarak, yeni sistemde üst düzey kamu görevlilerinin atanmaları konusunda Cumhurbaşkanının yetkisinin kurucu nitelikte ve asli olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, çift başlı yürütme yer almaktaydı. Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundaydı. Yeni sistemle birlikte çift başlı yürütme ortadan kalkmış ve yürütme yetkisi tek elde toplanmıştır. Böylece Cumhurbaşkanı yürütme yetkisinin asli sahibi konumuna gelmiştir. Aynı zamanda, Cumhurbaşkanı bakanlar dâhil olmak üzere tüm idari teşkilatın hiyerarşik amiri konumundadır. Göreviyle ilgili bir hesap verme durumu söz konusu olduğunda TBMM’ye karşı bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu sorumluluk doğrudan oy aldığı halka karşıdır.

Bakanlar eski sistemde hem yürütmenin parçası hem de bulunduğu bakanlığın yani bir idarenin başı konumundaydı⁶⁶. Bakanlık teşkilat yapısı eski sistemde, ana hizmet birimleri, danışma ve denetim birimleri ile yardımcı birimlerden oluşmaktaydı. Yeni sistemde 1 sayılı CBK’da teşkilat şeması hizmet birimleri şeklinde örgütlenmiştir. Bakanlıkların teşkilatı eski sistemde kanunla düzenlenirken yeni sistemde CBK ile düzenlenmektedir. Ayrıca bakanların görev ve yetkileri de 1 sayılı CBK’da yer almaktadır. Yani Cumhurbaşkanı CBK ile, bir bakanlık kurarak bir bakan atayabilmektedir. Bunun yanında verdiği yetkiyi doğrudan kendi iradesiyle geri alabilir hatta bakanı görevden alabilir. Çünkü yürütmenin yegâne sahibi kendisidir.

Parlamentar sistemde, bakanların göreve başlaması TBMM’nin güvenoyu vermesiyle mümkün olmaktadır. Şimdi ise, Cumhurbaşkanınca doğrudan (bunu bir kararla yapabilir) bakan ataması yapılabilir ve aynı usulle görevden alınabilir. Cumhurbaşkanına bakanları ataması ve görevden al-

66 Gözler, 2019, s. 372.

ması konusunda verilen yetkiyle yürütme erkini istediği şekilde kurgulaması sağlanmıştır⁶⁷. Bakanlar yeni sistemde, “idarenin sunduğu kamu hizmetinin vatandaşa ulaştırılmasında bir kurumun başında görevli oldukları birimin amiri olarak düzenlenmiştir” denirse yanlış söylenmiş olmaz. Bakanlar, sadece görev yaptığı bakanlıkla ilgili olarak Cumhurbaşkanınca CBK’da verilen yetki kadar işlem yapabilmektedir. Tüm ülke çapında alınacak kararlar konusunda eskiden Bakanlar Kurulunun yetkisinde olan işlemlerle ilgili bakanların yetkisi bulunmamaktadır. Bu kararlar doğrudan Cumhurbaşkanınca alınmaktadır. Bakanların ülke çapında bir karar almada yetkisinin Cumhurbaşkanına danışmanlık yapmak olduğu söylenebilir.

Eski sistemde Bakanlık içinde görev yapan müsteşar yerine yeni sistemde bakanın bir astı konumunda bulunan bakan yardımcılarını, bunların altı olan genel müdürler, bağlı ve ilgili kuruluşların yöneticileri doğrudan Cumhurbaşkanınca atanmaktadır. 3 sayılı CBK’nın eki (II) sayılı listede yer alanlar için farklı bir düzenleme yapılmıştır. Burada sadece Cumhurbaşkanına “*onay*” yetkisi tanınmıştır. Burada bakanın da atamada iradesinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Yani bakan, beraber çok yakın çalışacağı bakanlık birim amirlerinden hiyerarşik olarak üstte olanları belirlemede kısmi bir yetkisi bulunmaktadır.

Ayrıca bakanların eski sistemde siyasi sorumluluğu TBMM’ye karşıyken şuan böyle bir sorumlulukları bulunmamaktadır. Doğrudan Cumhurbaşkanına karşı sorumludurlar. TBMM üyeliği ile bakanlık bir arada aynı kişide birleşmemektedir. Özetle yeni sistemde bakan, Cumhurbaşkanınca atanabilen ve görevden alınabilen Cumhurbaşkanına karşı sorumlu ve onun hiyerarşik denetimine tabi bir statü olarak öngörülmüştür⁶⁸. Şuan için yeni sistemin yürürlüğe girmesinden sonra, CBK’larla kurgulanan sistemde, bakanlar aktif konumda tutulmuştur. Bakanların, eski sistemde yer alan birçok görevi yeni sistemde de aynı şekilde devam ettirmektedir. Bakanlıklara, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde yer verilse de Cumhurbaşkanına doğrudan bağlı idari birimlerin bakanlara üstün konumda olması yeni sistemde kabul edilmemiştir. Ancak böyle bir hiyerarşik yapı kurulmasının mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Anayasada bunu engelleyen bir düzenleme yer almamaktadır. Nitekim CBK’lar ile böyle

67 Tahsin Güler, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Kamu Yönetimine Etkileri”, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 21, S. 39, 2018, s. 316.

68 Melikşah Yasin, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, 2019, s. 327.

bir sistemin kurulması halinde, kanaatimizce Anayasaya aykırı bir durum ortaya çıkmayacaktır.

KAYNAKÇA

Akbulut, Emre. Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi. Beta Basım, İstanbul 2013.

Akyılmaz, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil. Türk İdare Hukuku. 10. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

Ardıçoğlu, M. Artuk. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”. Ankara Barosu Dergisi. C. 75, S. 3, 2017, s. 21-51.

Atay, Ender E. İdare Hukuku. 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

Bölükbaşı, Mustafa Oğuzhan, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Bakan Yardımcısı ile Önceki Sistemdeki Bakan Yardımcısı ve Müsteşarın Kıyaslanması”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 12, S. 1, 2021, s. 287-303.

Çakır, Hüseyin Melih. “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı-Bakan İlişkisi”. Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2019, s. 35-55.

Gözler, Kemal. İdare Hukuku Cilt I. 2. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2009.

Gözler, Kemal. İdare Hukuku Cilt I. 3. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2019.

Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel. “Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dâhil midir?”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. S. 98, 2012, s. 11-24.

Gözübüyük, Şeref/**Tan**, Turgut. İdare Hukuku Cilt 1. 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Gül, Hüseyin/**Kamalak**, İhsan/**Sallan Gül**, Songül. “Amerikan Başkanlık ve Fransız Yarı – Başkanlık Sistemleri Işığında Türkiye’nin Yeni Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”. Strategic Public Management Journal, C. 3, Özel Sayı, s. 101-120.

Güler, Tahsin. “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Kamu Yönetimine Etkileri”. Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 21, S. 39, 2018, s. 299-322.

Gülener, Serdar/**Miş**, Nebi. Cumhurbaşkanlığı Sistemi. Turkuvaz Haberleşme Yayın, Ankara 2017.

Günday, Metin. İdare Hukuku. 10. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2015.

Kılınc, Doğan. “Türkiye’de Bitmeyen Tartışma: Hükümet Sistemi Üzerine Değerlendirmeler”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1, 2016, s. 447-510.

Onar, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt 2. 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

Tanör, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. 10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2011.

Ulusoy, Ali. Türk İdare Hukuku. 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Uyanık, Halit. “Bakan Yardımcılığı Statüsünün İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 15, S. 2, 2012, s. 101-114.

Üstün, Gül. “Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin İdari Teşkilattaki Yeri”. Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2019, s. 29-34.

Yasin, Melikşah. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”. Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, 2019, s. 315-333.

Yıldırım, Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”. Anayasa Yargısı, 36, 2019, 293-314.

Yıldırım, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Kaman**, Nur/**Özdemir**, H. Eyüp/**Üstün**, Gül/**Tekinsoy**, Okay. İdare Hukuku. 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Özel Hukuk / Private Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: XXIV Sayı/No: 1 - 4 Aralık/December 2020

**Amerika Birleşik Devletleri Yeknesak Arabuluculuk
Kanunu**

USA Uniform Mediaton Act (UMA)

Çevirenler: Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY*

Av. Selahattin KAYA, LL.M. **

GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletleri Yeknesak Arabuluculuk Kanunu (Uniform Mediation Act; kısaca UMA) adlı bu Kanunun çevirisine geçmeden önce, Kanun ile ilgili olarak genel bilgi vermekte yarar vardır. Şöyle ki:

Tüm arabuluculuk faaliyetlerine uygulanabilecek olan Amerika Birleşik Devletleri Yeknesak Arabuluculuk Kanunu (Uniform Mediation Act; kısaca UMA); tarafların, tarafsız katılımcıların ve arabulucuların

* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
E-posta: ibrahim.ozbay@gop.edu.tr. ORCID: 0000-0002-3820-6501.

** Avukat, İstanbul 1 Nolu Barosu.
E-posta: tunahang@hotmail.com. ORCID: 0000-0002-5271-9688.

Çeviri/Translation

Çeviri Geliş Tarihi: 22.06.2020/Çeviri Kabul Tarihi: 30.09.2021.

Atf: İbrahim Özbay/Selahattin Kaya, “Amerika Birleşik Devletleri Yeknesak Arabuluculuk Kanunu”, EBYÜ-HFD, C. XXIV, S. 1-4, Aralık 2020, (73-87).

görüşmeleri nasıl kullanabilecekleri konusunda kesin hükümler içeren yasal bir düzenlemedir.¹

UMA, Yeknesak Eyalet Kanunlarına İlişkin Ulusal Komisyon Üyeleri Konferansı (The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws; kısaca NCCUSL) olarak da bilinen Yeknesak Hukuk Komisyonu (The Uniform Law Commission; kısaca ULC) tarafından hazırlanmış ve 10-17 Ağustos 2001 tarihinde onaylanarak, bu Kanun'un tüm ABD eyaletlerinde kanunlaştırılması tavsiye edilmiştir.

Ara vermeden sürdürdüğü çalışmalarıyla eyalet kanunlarının tartışmalı alanlarına istikrar getirici ve tarafsız düzenlemeler sağlayan Yeknesak Hukuk Komisyonu'nun (The Uniform Law Commission; kısaca ULC), devlet destekli bir kuruluştur.² Komisyon üyeleri; özellikli kanunların hazırlık çalışmalarına katılmakta, diğer üyelerin tasarılarını tartışıp değerlendirmekte ve gerekirse değiştirmektedirler. Ayrıca bir kanunun "*yeknesak kanun*" veya "*model kanun*" şeklinde hazırlanmasını tavsiye ederek, ULC'nin hazırladığı kanunların kendi eyaletlerindeki yasama çalışmalarına katılırlar.

Yeknesak Hukuk Komisyonu'nun (ULC'nin) amacı, eyaletlerin yasal düzenlemelerini inceleyerek, hangi alanlarda yeknesak kanunlara ihtiyaç duyulduğunu belirlemektir. Eyaletlerin yeknesak hukuk komisyon üyeleri, eyaletler arasında yeknesaklığa ihtiyaç duyulan alanlarda tasarılar hazırlayarak, yeknesaklığın geliştirilmesini teşvik ederler. Belirtmek gerekir

¹ Amerika Birleşik Devletleri Yeknesak Arabuluculuk Kanunu'nun (Uniform Mediation Act) açıklamalı orijinal metni için bkz. Uniform Mediation Act (kısaca UMA), (Last Revised or Amended in 2003), 10 Aralık 2003. <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments?communitykey=45565a5f-0c57-4bba-bbab-fc7de9a59110&tab=librarydocuments&LibraryFolderKey=&DefaultView=>, E.T. 11.09.2021.

[Çevirenlerin Notu (Ç.N.): ABD Yeknesak Arabuluculuk Kanunu'nun çevirisinde, Türk Hukuku ile mukayese edebilmek amacıyla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (kısaca HUAK; RG. 22.06.2012, Sa. 28331) ilgili hükümlerine de dipnotlarda yer verilmiştir]. Şu kadarını söylemek gerekir ki, ABD Yeknesak Arabuluculuk Kanunu ile ülkemizde yürürlükte olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) arasında ortak olan veya benzer hükümler oldukça azdır.

² About Us, <https://www.uniformlaws.org/aboutulc/overview>, E.T. 11.09.2021.

ki, ULC'nin tavsiye ettiği tasarılar, eyaletlerin kanun koyucuları tarafından kabul edilip yürürlüğe girene kadar geçerli değildir.³

ABD Hukuku'nda "*Yeknesak Kanun*"; esasen, "bir konuda aynı kanunun farklı eyaletlerde hazırlanarak yürürlüğe konulmasını amaçlayan kanun" şeklinde tanımlanmaktadır. Şayet bir kanunun çok sayıda eyalette kanunlaşması yönünde önemli gerekçeler oluşmuş ve kanunun farklı eyaletlerde yeknesak hale gelmesi hedeflenmişse, o kanun "*Yeknesak Kanun*" olarak isimlendirilmektedir.⁴

Bununla birlikte yeknesaklık, temel bir amaç olmayıp sadece arzu edilen bir amaç ise ve bir kanun önemli sayıda eyalet tarafından bir bütün halinde kabul edilmemiş olsa bile yeknesaklığın geliştirilmesine katkı sağlıyor ve farklılıkları en aza indirebiliyorsa ya da tüm eyaletler tarafından bir bütün halinde kabul edilmemiş olsa bile kanunun amaçlarına büyük ölçüde ulaşılabilmişse, o kanun "*Model Kanun*" olarak isimlendirilmektedir.⁵

İÇİNDEKİLER

Madde 1. Başlık

Madde 2. Tanımlar

Madde 3. Kapsam

Madde 4. Delillerin İfşasına Karşı İbraz Muafiyeti; Kabul Edilebilirlik; Delillerin Keşfi

Madde 5. Feragat ve Delil İbraz Muafiyetinin Kaldırılması

Madde 6. Delil İbraz Muafiyetinin İstisnaları

Madde 7. Yasaklanmış Arabuluculuk Raporları

Madde 8. Gizlilik

Madde 9. Arabulucunun Menfaat Çatışmalarını İfşası; Özgeçmiş

Madde 10. Arabuluculuğa Katılma

3 National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, <https://heinonline.org/HeinDocs/NCCUSL.pdf>, E.T. 11.09.2021.

4 What is a Uniform Act? <https://www.uniformlaws.org/acts/overview/uniformacts>, E.T. 11.09.2021.

5 What is a Model Act? <https://www.uniformlaws.org/acts/overview/modelacts>, E.T. 11.09.2021.

Madde 11. Milletlerarası Ticari Arabuluculuk

Madde 12. Küresel ve Ulusal Ticaret Kanunu'ndaki Elektronik İmzalar İlişkisi

Madde 13. Uygulamanın ve Yorumlamanın Yeknesaklığı

Madde14. Bölünebilirlik Kuralı

Madde15. Yürürlük Tarihi

Madde16. Yürürlükten Kaldırılmış Hükümler

Madde 17. Mevcut Anlaşma ve Atıflara Uygulanması

MADDE 1. BAŞLIK. Bu [Kanun], Yeknesak Arabuluculuk Kanunu olarak anılacaktır.

MADDE 2. TANIMLAR. Bu [Kanun]'a göre:

(1) “Arabuluculuk” aralarındaki uyuşmazlığın gönüllü olarak çözülmesine yardım etmek için, bir arabulucunun taraflar arasında görüşme ve müzakere yapılmasını sağladığı süreçtir.⁶

(2) “Arabuluculuk görüşmesi” arabuluculuk esnasında ister canlı veya kayıttan, ister sözlü veya sözlü olmayan bir şekilde ifade edilen bir beyandır veya göz önünde bulundurma, yönetme, katılma, başlatma, sürdürme veya arabuluculuğu yeniden başlatma ya da bir arabulucunun seçilmesi maksatlarıyla yapılır.

(3) “Arabulucu” arabuluculuk faaliyetini yürüten gerçek kişidir.⁷

(4) “Tarafsız katılımcı” arabuluculuk faaliyetine katılan, herhangi bir taraf veya arabulucu dışındaki bir kişidir.

⁶ HUAK'na göre, “Bu Kanunun uygulanmasında arabuluculuk; Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini” ifade eder” (HUAK m. 2- b).

⁷ HUAK'na göre, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi ifade eder (HUAK m. 1- a).

(5) “Arabuluculuğun tarafı” arabuluculuk faaliyetine katılan ve uyuşmazlığın çözümlenmesinde anlaşması gerekli olan kişidir.

(6) “Kişi” gerçek kişi, tüzel kişi, işletme tröstü, tereke, vakıf, ortaklık, limited şirket, dernek, ortak girişim, hükümet; hükümet birimi, temsilciliği veya yetkilisi; kamu tüzel kişisi veya herhangi bir hukuki veya ticari varlıktır.

(7) “Yargılama”:

(A) Duruşma öncesi ve sonrası ilgili talepleri, toplantıları ve delillerin keşfini⁸ de kapsayan adli, idari, tahkimle ilgili veya başka bir usulî süreç ya da

(B) Yasama oturumu veya benzeri bir süreçtir.

(8) “Kayıt” fiziki bir ortama yazılmış veya elektronik ya da başka bir ortamda saklanmış ve anlaşılabilir şekilde yeniden elde edilebilen bilgidir.

(9) “İmza”:

8 Burada delillerin keşfinin İngilizce karşılığı olarak belirttiğimiz “*discovery*” kelimesi Türkçe’ye “*keşif, buluş, ortaya çıkarma*” olarak ifade edilmiştir [Bkz. Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/>, E.T. 11.09.2021]. Doktrinde “*discovery*”nin sadece keşif, buluş, ortaya çıkarma ile sınırlı olmayıp tarafların birbirlerini keşfe zorlayabilmesi gibi uygulamaları da kapsadığından, Türkçe yerine İngilizce karşılığı kullanılmışsa da çalışmamızda, doktrinde de kabul edilen “delillerin keşfi” karşılığının kullanılması tercih edilmiştir. Federal Hukuk Usulü Kanunu’nda (Federal Rules of Civil Procedure; kısaca FRCP) yer verilen “delillerin keşfi” ABD Hukuku’nda, hem dava konusu olayın tespitine yarayan hem de taraflarca ortaya çıkartılmasına ve tarafların tüm delilleri sunmasına zorlandıkları bir kurum olarak tanımlanmaktadır. ABD Hukuku’nda temel olarak iki maksatla kullanılmaktadır: 1. Yeterli delili olmayan, dayanaksız talepler daha duruşma aşamasına gelmeden işlemden kaldırılabilen, 2. Karşı yanın elinde bulundurduğu delile dayanan iddia sahibi, bu delillerin dosyaya girmesini sağlayabilmektedir. Doktrinde “delillerin keşfi”, Türk Hukuku’ndaki “*delil tespiti*” kurumuna (HMK m. 400 vd.) benzetilmekte, böylece hemen tespit edilmediğinde kaybolacak delillerin önceden dosyaya girmesi sağlanmaktadır (Geniş bilgi için bkz. Mustafa **Göksu**, “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi (ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları İle Karşılaştırmalı Olarak)”, *Medeni Usul ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi*, Cilt 5, Sa. 13, 2009, s. 270 vd; Mehmet **Tank**, *Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Vergi Yargılama Hukuklarında Delillerin Değerlendirilmesi*, 1. Bası, İstanbul 2016, s. 314 vd.).

(A) Bir kaydı onaylamak niyetiyle somut bir sembol yapmak veya kabul etmek ya da

(B) Bir kaydı onaylamak niyetiyle bir kayda ekleme yapmak veya kaydı mantığı olarak elektronik bir işaret, ses veya süreçle ilişkilendirmektir.

MADDE 3. KAPSAM.⁹

(a) Kanun'un (b) veya (c) fıkralarında aksi öngörülmediği sürece, Bu [Kanun], aşağıdaki arabuluculuk faaliyetlerinde uygulanır:

(1) Tarafların kanun, mahkeme kararı veya idarî düzenlemeler kapsamında arabuluculuğa başvurmaları zorunluysa ya da mahkeme, idarî makam veya hakem tarafından arabuluculuğa yönlendirilmişlerse,

(2) Arabuluculuk faaliyetinin tarafları ve arabulucu, arabuluculuk görüşmelerinin ifşa edilmesine karşı ibraz muafiyeti sağlanacağı yönündeki beklentilerini gösteren bir kayıtlı arabuluculuğa başvurmaya karar vermişlerse veya

(3) Taraflar bireysel olarak arabuluculuk faaliyeti yürüten bir kişiyi arabulucu olarak seçmişlerse veya arabuluculuk faaliyeti, bu maksatla hizmet veren bir kişi tarafından yerine getiriliyorsa.

(b) Bu [Kanun] aşağıdaki arabuluculuk faaliyetlerine uygulanmaz:

(1) Toplu iş sözleşmesi ilişkisinin kurulması, müzakeresi, yönetimi veya sona erdirilmesine ilişkin durumlarda,

(2) Bu [Kanun]'un idari bir makam veya mahkeme nezdinde yürütülen bir uyuşmazlıktan kaynaklanan bir arabuluculuğa uygulandığı haller dışında, toplu iş sözleşmesi kapsamında yürütülen sürece ait bir uyuşmazlık veya bu sürecin bir parçasıyla ilgili olması durumunda,

(3) Dava hakkında karar verebilecek bir hâkim tarafından yürütülüyorsa veya

(4) Arabuluculuk faaliyeti:

⁹ Karş. HUAK'nun "Amaç ve kapsam" başlıklı 1 inci maddesi: "(1) Bu Kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir. (2) Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir".

(A) Taraflarının tamamının öğrenci olduğu bir ilkokul veya ortaokul ya da

(B) Taraflarının tamamının o kurumda ikamet edenlerden oluşan bir gençlik ıslah merkezi himayesinde yürütülüyorsa.

(c) Arabuluculuk faaliyetinin tamamının veya bir kısmının ibraz muafiyeti kapsamında olmadığı konusunda taraflar, önceden imzalı bir kayıtla anlaşılırsa veya bir yargılama tutanağı tarafların anlaşmış olduğunu gösteriyorsa; Madde 4 ile 6 arasında düzenlenen delil ibraz muafiyeti¹⁰, arabuluculuk faaliyetine veya kararlaştırılan kısma uygulanmaz. Bununla birlikte Madde 4 ile 6 arasındaki hükümler, arabuluculuk görüşmesinden önce kendisine anlaşma tebliğ edilmeyen kişinin yaptığı arabuluculuk görüşmesine uygulanır.

[Yasama Notu: *Bu Kanun'un Eyalet mahkemelerinin yetkisi kapsamında gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyetlerine uygulanması halinde, Eyaletteki tüm yargıçları mahkeme kurallarına uymayı kabul etmek zorundadır*].

MADDE 4. DELİLLERİN İFŞASINA¹¹ KARŞI İBRAZ MUAFİYETİ; KABUL EDİLEBİLİRLİK; DELİLLERİN KEŞFİ.

(a) Madde 6'da aksi öngörülmediği sürece arabuluculuk görüşmesi hakkında, fıkra (b)'de belirtildiği gibi delil ibraz muafiyeti uygulanır ve

¹⁰ Delil ibraz muafiyetinin İngilizce karşılığı olarak belirttiğimiz “*privilege*” sözcüğü Türkçe’ye “*ayrıcılık, imtiyaz*” olarak çevrilmiştir [Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/>, E.T. 11.09.2021]. Doktrinde terim birliği bakımından, “*delil imtiyazı*” kavramının içeriği daha iyi yansıttığından bahisle Türkçe’de “*delil ibraz muafiyeti*” olarak kullanılması gerektiği kanaati hâkimdir. Sözcüğün “*delillerin ibraz edilmesi muafiyeti*”, “*delillerin sunulması ve delil vermektan kaçınma imtiyazı*” gibi karşılıkları kullanılabilecek olmakla birlikte, biz de “*delil ibraz muafiyeti*” karşılığının kullanılmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz (Geniş bilgi için bkz. Cemile **Demir Gökayla**, “Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk” (2020) 40(2) PPIL 729, s. 751 vd, <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0031>, E.T. 11.09.2021).

¹¹ “Delillerin ifşası” teriminin İngilizce karşılığı olarak kullanılan “*disclosure*” sözcüğü Türkçe’ye “*ifşaat, açığa vurma, açıklama*” olarak çevrilmiştir (Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/>, E.T. 11.09.2021). Doktrinde “*disclosure*” taraflara, karşı tarafın elindeki tüm delillere erişim hakkını sağladığı ve ispat hakkına hizmet ettiği gerekçesiyle, “*ifşa, delillerin ifşası*” şeklinde tercüme edilmiştir (**Demir Gökayla**, s. 751). Biz de doktrinde kabul

Madde 5 gereği feragat edilmediği veya engellenmediği sürece delil keşfi yapılamaz ve yargılamada delil olarak kabul edilemez.

(b) Yargılamada, aşağıda sayılan delil ibraz muafiyetleri uygulanır:

(1) Taraflardan herhangi biri, arabuluculuk görüşmesinin ifşa edilmesi istemini reddedebilir ve başka bir kişinin ifşa etmesini engelleyebilir.

(2) Arabulucu, arabuluculuk görüşmesinin ifşa edilmesi istemini reddedebilir ve başka bir kişinin, arabulucunun arabuluculuk görüşmesini ifşa etmesini engelleyebilir.

(3) Tarafsız bir katılımcı, arabuluculuk görüşmesinin ifşa edilmesi istemini reddedebilir ve başka bir kişinin, tarafsız katılımcının arabuluculuk görüşmesini ifşa etmesini engelleyebilir.

(c) Aksi öngörülmedikçe, kabul edilebilir veya keşfi mümkün olan delil veya bilgiler, sadece arabuluculuk faaliyeti esnasında ifşa edildiği veya kullanıldığı için, kabul edilemez veya delillerin keşfi işleminden muaf hale gelmez.

[Yasama Notu: *Bu Kanun, arabulucuları şahitlik yapma konusunda yetkisiz kılan veya mahkemeye yanlışlıkla davet edilmiş arabuluculara masrafları ve avukatlık ücretini isteme hakkı veren eyalet kanunlarını yürürlükten kaldırmaz. Örneğin; Cal. Evid. Code Section 703.5 (West 1994)*].

MADDE 5. FERAGAT VE DELİL İBRAZ MUAFİYETİNİN KALDIRILMASI.

(a) Şayet arabuluculuk faaliyetine katılan bütün taraflar, açıkça feragat etmişler ve

edilen “*delillerin ifşası*” karşılığının kullanılmasının uygun olacağını düşünüyoruz. ABD Hukuku’nda ilk olarak 1993 yılında uygulamaya giren “delillerin ifşası” kavramı, tarafların, “delillerin keşfi” aşamasını beklemeden hem mevcut delilleri hem de daha sonra “delillerin keşfi” aşamasında elde edilecek delilleri, birbirlerine ve mahkemeye ifşa etme yükümlülüğünü ifade etmektedir. FRCP’de yer alan ve “*otomatik ifşa*” olarak da adlandırılan “delillerin keşfi” kurumu, ABD Hukuku’nda üç aşamalı olarak kullanılmaktadır: Taraflar iddia ve savunmalarını destekleyebilecek; 1. Belgeler hakkında bildiklerini ve bilgi sahibi kişi bilgilerini, 2. Faydalanılabilecek uzman kişi bilgilerini ve 3. Yargılamada kullanılabilecek diğer tüm deliller hakkında bildiklerini mahkemeye sunarlar (Geniş bilgi için bkz. **Göksu**, s. 271 vd; **Tank**, s. 318 vd). İngiliz Hukuk Usulü Kanunu’nda (Civil Procedure Rules; kısaca CPR) da yer verilen “delillerin keşfi” kurumu ile davaların daha kısa sürede, daha ucuz ve daha etkin olarak tamamlanması amaçlanmıştır (Bkz. **Göksu**, s. 275 vd).

(1) Arabulucuya tanınan delil ibraz muafiyetinden, arabulucu açıkça feragat etmişse ve

(2) Tarafsız katılımcıya tanınan delil ibraz muafiyetinden, tarafsız katılımcı açıkça feragat etmişse

Madde 4 ile öngörülen delil ibraz muafiyetinden, yazılı veya yargılama esnasında verilecek sözlü beyanla feragat edebilirler.

(b) Yargılamada, arabuluculuk görüşmesindeki delilleri ifşa ederek veya beyan ederek başkasına ait menfaatin zarar görmesine neden olan kişi, zarar gören kişinin delillerin ifşasına veya beyana cevap vermesini gerektirdiği ölçüde, madde 4 ile öngörülen delil ibraz muafiyetinden yararlanamaz.

(c) Arabuluculuk faaliyetini bir suçu tasarlamak, suç işlemeye teşebbüs etmek veya suç işlemek ya da devam eden bir suçu veya suç faaliyetini gizlemek için kasten kullanan kişi, Madde 4 ile öngörülen delil ibraz muafiyetinden yararlanamaz.

MADDE 6. DELİL İBRAZ MUAFİYETİNİN İSTİSNALARI.

(a) Aşağıdaki arabuluculuk görüşmelerinde, madde 4 ile öngörülen delil ibraz muafiyeti uygulanmaz:

(1) Taraflarının tamamının imzaladığını gösteren bir kayıtla kanıtlanmış sözleşmesi olan,

(2) [Açık Kayıtlar Kanunu'na¹² yasal atıf ekle] kapsamında kamuya açık olan, açık bir arabuluculuk oturumunda yapılmış veya kanun tarafından kamuya açık olması emredilmiş olan,

(3) Yaralama veya şiddet içeren bir suç işlemek için tehdit veya bir planın beyanını içeren,

(4) Kasten bir suçu tasarlamak, suç işlemeye teşebbüs etmek, suç işlemek veya devam eden bir suçu ya da suç faaliyetini gizlemek için kullanılmış olan,

(5) Görevi kötüye kullanma veya görevi ihmal şeklinde arabulucuya isnat edilen bir iddianın veya şikâyetin doğruluğunu veya yanlışlığını ispat etmek için başvuru veya teklif edilen,

¹² Open Records Act.

(6) (c) fıkrasında aksi öngörülmediği sürece, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi esnasında herhangi bir arabuluculuk tarafına, tarafsız katılım-cıya veya bir tarafın temsilcisine karşı, görevi kötüye kullanma veya görevi ihmal şeklinde isnat edilen bir iddianın veya şikâyetin doğruluğunu veya yanlışlığını kanıtlamak için başvurulmuş veya teklif edilen ya da

(7) Çocuk veya yetişkin koruma hizmetleri dairesinin taraf olduğu yargılamada istismar, ihmal, terk etme veya kötüye kullanmanın doğruluğunu veya yanlışlığını kanıtlamak için başvurulmuş veya teklif edilen arabuluculuk görüşmeleri, ancak

[Seçenek A: [Uygun terimi Eyalet ekleyecek, örneğin, çocuk veya yetişkin koruması]¹³ dava mahkeme tarafından arabuluculuğa gönderilmediği ve arabuluculuk faaliyetine bir kamu kurumu katılmadığı]¹⁴

[Seçenek B: [Uygun terimi Eyalet ekleyecek, örneğin, çocuk veya yetişkin koruması] arabuluculuk faaliyetine bir kamu kurumu katılmadığı] sürece bu istisna uygulanmaz.

(b) Bir mahkeme, idarî makam veya hakem, kapalı bir duruşmadan sonra, delillerin keşfini isteyen veya delil sunan tarafın, delilin başka yolla elde edilemeyeceğini gösterdiğini; delil ihtiyacının gizliliğin korunmasındaki menfaatten önemli ölçüde daha fazla olduğunu ve

(1) Bir suç [veya kabahat] içeren yargılamada veya

(2) (c) fıkrasında aksi öngörülmediği sürece, bir iddianın ortadan kaldırılmasını veya güçlendirilmesini ispat edecek yargılamada veya arabuluculuktan kaynaklanan bir sözleşmedeki sorumluluktan kaçınmak için yapılan savunmada, arabuluculuk görüşmesine başvurulduğunu veya teklif edildiğini tespit ederse; Madde 4 ile öngörülen delil ibraz muafiyeti uygulanmaz.

(c) Arabulucu (a) (6) veya (b) (2) fıkralarında belirtilen arabuluculuk görüşmesini, delil olarak sunmaya zorlanamaz.

¹³ “Çocuk veya yetişkin koruması” kelimeleri, farklı terimler kullanan veya korunan diğer kesimlere yapılan kötü muamelelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için arabuluculuğu teşvik eden eyaletlerin uygun terimleri ekleyebilmeleri için parantez içerisine alınmıştır (UMA, s. 31).

¹⁴ A ve B seçenekleri, model düzenlemeler olarak eyaletlerin tercihine sunulmuş ve bu nedenle parantez içine alınmıştır. Çünkü bazı arabulucuların endişeleri nedeniyle, zaman zaman kötü muamele görmüş mağdurun güvenliğini sağlamak için arabulucunun ifadesine başvurmak zorunlu olabilmektedir (UMA, s. 31).

(d) Arabuluculuk görüşmesi hakkında (a) veya (b) fıkralarındaki delil ibraz muafiyeti uygulanmıyorsa, görüşmenin sadece ifşa muafiyeti istisnasının uygulanması için gerekli olan kısmı kabul edilir. Delilin (a) veya (b) fıkraları kapsamında kabulü, delili veya başka bir arabuluculuk görüşmesini, keşfedilebilecek veya herhangi bir maksatla kabul edilebilecek hale getirmez.

[Yasama Notu: Kanun yapan eyaletin açık kayıtlar kanunu yoksa (a) fıkrasının (2)'nci bendindeki şu cümle silinmelidir: “[Açık Kayıtlar Kanunu’na yasal atf ekle] kapsamında halka açık olan,]”

MADDE 7. YASAKLANMIŞ ARABULUCULUK RAPORLARI.

(a) Arabulucu arabuluculuğa konu olmuş uyuşmazlıkla ilgili karar verebilecek bir mahkemeye, idarî makama veya başka bir yetkiliye arabuluculuk konusunda, (b) fıkrasında öngörülen haller dışında rapor, değerlendirme, hesaplama, tavsiye, bulgu veya başka bir görüşme sunamaz.

(b) Arabulucu:

(1) Arabuluculuğun gerçekleşip gerçekleşmediğini veya sona erip ermediğini, anlaşmaya varılıp varılmadığını ve katılım durumunu,

(2) Madde 6’da izin verildiği gibi bir arabuluculuk görüşmesini veya

(3) Bir bireyin istismar, ihmal, terk edildiğini veya kötüye kullanıldığını kanıtlayan arabuluculuk görüşmesini, bireyleri kötü muameleye karşı korumaktan sorumlu kamu kurumuna ifşa eder.

(c) (a) fıkrası ihlal edilerek yapılan arabuluculuk görüşmesi mahkeme, idarî makam veya hakem tarafından dikkate alınmaz.

MADDE 8. GİZLİLİK. Arabuluculuk görüşmeleri [Açık Mitingler Kanunu’na¹⁵ ve Açık Kayıtlar Kanunu’na yasal atıflar ekle]’a tâbi olmadığı sürece, bu Eyalet’in bir başka kanununda veya kuralında düzenlendiği şekilde veya taraflarca kararlaştırıldığı ölçüde gizlidir.¹⁶

¹⁵ Open Meetings Act.

¹⁶ HUAK’nun “Gizlilik” başlıklı 4 üncü maddesi şu şekildedir: “(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar” (HUAK m. 4).

MADDE 9. ARABULUCUNUN MENFAAT ÇATIŞMALARINI İFŞASI; ÖZGEÇMİŞİ.

(a) Arabuluculuk teklif edilen gerçek kişi, arabulucuk görevini kabul etmeden önce:

(1) Arabuluculuk sonucunda elde edebileceği mali veya kişisel bir menfaat ve herhangi bir arabuluculuk tarafı veya muhtemel bir katılımcı ile mevcut veya geçmişteki bir ilişkisi de dâhil olmak üzere, ayırt etme gücüne sahip bir kişinin, arabulucunun tarafsızlığını etkileyeceğini düşündürebilecek gerçekler olup olmadığını araştırır ve

(2) Sahip olduğu bu tür bilgileri arabuluculuk taraflarına, arabuluculuğu kabul etmeden önce ilk fırsatta ifşa eder.

(b) Arabulucu, arabuluculuğu kabul ettikten sonra fıkra (a)(1) kapsamında herhangi bir bilgi elde ederse, bunu ilk fırsatta ifşa eder.

(c) Arabuluculuk görevi teklif edilen gerçek kişi, arabuluculuk taraflarından birinin talebi üzerine, bir uyuşmazlık konusunda arabuluculuk yapabilmesi için arabulucunun sahip olması gereken nitelikleri ifşa eder.

(d) [(a) veya (b)][(a), (b) veya (g)]¹⁷ fıkralarını ihlal eden kişi, bu ihlal nedeniyle Madde 4'teki delil ibraz muafiyetinden yararlanamaz.

(e) (a), (b), [ve] (c), [ve] [(g)] fıkraları, hâkim olarak görev yapan gerçek kişiye uygulanmaz.

(f) Bu [Kanun] bir arabulucunun özgeçmişinin veya mesleki altyapısının, özel niteliklere sahip olmasını gerektirmez.

(g) (a) ve (b) fıkralarındaki ifşa edilmesi gereken bilgilerin ifşa edilmesinden sonra taraflar aksini kabul etmedikçe, arabulucu tarafsız olmalıdır.]¹⁸

17 Sadece tarafsızlık düzenlemesini kabul eden eyaletler, ikinci parantezi kabul etmelidir: [(a), (b) veya (g)]; diğer bütün eyaletler ilk parantezi kabul etmelidir: [(a) veya (b)]. Bu seçeneklerden hiçbirisini kabul etmek istemeyerek madde 9 (a), (b) ve [9 (g)]'de yer alan çözümlerden başka bir çözüm tarzı benimseyen eyaletler, madde 9 (d)'yi iptal ederek yeni bir 9(d) maddesi düzenleyebilirler (UMA, s. 43).

18 Bu fıkra, model hüküm olarak tavsiye edildiğinden ve Yeknesak Kanun'da düzenlenme zorunluluğu bulunmadığından, parantez içine alınmıştır (UMA, s. 44).

MADDE 10. ARABULUCULUĞA KATILMA. Herhangi bir tarafın atadığı avukat veya belirlediği başka bir gerçek kişi, o tarafın arabuluculuk faaliyetine refakat edebilir ve arabuluculuk faaliyetine katılabilir. Arabuluculuktan önce yapılan katılımdan feragat, iptal edilebilir.¹⁹

MADDE 11. MİLLETLERARASI TİCARİ ARABULUCULUK.

(a) Bu maddeye göre “Model Kanun”, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu²⁰ tarafından 28 Haziran 2002 tarihinde kabul edilen ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından, (A/RES/57/18) sayılı kararla 19 Kasım 2002 tarihinde tavsiye edilen Milletlerarası Ticari Uzlaşma Model Kanunu’dur.²¹ “Milletlerarası ticari arabuluculuk”, Model Kanun’un 1’inci maddesinde tanımlandığı gibi, milletlerarası ticari uzlaşma anlamında kullanılmıştır.

(b) (c) ve (d) fıkralarında aksi öngörülmediği sürece, bir arabuluculuk milletlerarası ticari arabuluculuk ise, o arabuluculuğa Model Kanun uygulanır.

(c) Taraflar bu [Kanun]’un Madde 3(c)’sine uygun olarak, bir milletlerarası ticari arabuluculuğun tamamının veya bir kısmının ibraz muafiyeti kapsamında olmayacağı konusunda anlaşmadığı sürece, Madde 4, 5 ve 6 ile bu [Kanun]’un 2’nci maddesindeki uygulanabilir herhangi bir tanım, aynı zamanda arabuluculuğa uygulanır ve Model Kanun Madde 10’daki hiçbir düzenleme, Madde 4, 5 ve 6’nın uygulanmasını engellemez.

(d) Milletlerarası ticari arabuluculuğun tarafları Model Kanun’un uygulanmayacağını düzenleyen Model Kanun madde 1, fıkra (7)’ye göre anlaşılırsa, bu [Kanun] uygulanır.

[Yasama Notu: Milletlerarası Ticari Uzlaşmaya İlişkin UNCITRAL Model Kanunu’na²² www.uncitral.org/en-index.htm adresinden erişilebi-

19 Karş. “Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi” başlıklı HUAK m. 15/ 6: “(Değişik: 12/10/2017-7036/22 md.) Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir”.

20 The United Nations Commission on International Trade Law.

21 The Model Law on International Commercial Conciliation.

22 The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.

lir. Milletlerarası Ticari Uzlaşmaya İlişkin UNCITRAL Model Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Taslak Rehberi'nde²³, yorumlanmasına yönelik önemli açıklamalar bulunmaktadır. Eyaletler, Taslak Rehberi, Kanun'un bir Yasama Notu olarak dikkate alınmalıdır. Bu özellikle Model Kanun Madde 9'un yorumlanması bakımından önemlidir.]

MADDE 12. KÜRESEL VE ULUSAL TİCARET KANUNU'NDAKİ ELEKTRONİK İMZALAR İLİŞKİSİ. Bu [Kanun], Küresel ve Ulusal Ticaret Kanunu'ndaki federal Elektronik İmzaları²⁴ (15 U.S.C. Madde 7001 ve devamı) değiştirir, sınırlandırır veya bunların yerine geçer, ancak bu [Kanun], söz konusu Kanun'un Madde 101(c)'sini değiştirmez, sınırlandırmaz veya yerine geçmez ya da aynı Kanun'un Madde 103(b)'sindeki hiçbir tebligatın elektronik teslimatına izin vermez.

MADDE 13. UYGULAMANIN VE YORUMLAMANIN YEKNESAKLIĞI. Bu [Kanun]'u uygularken ve yorumlarken, onu kabul eden Eyaletler arasında konu bakımından hukukun yeknesaklaştırılmasının geliştirilmesi ihtiyacı göz önüne alınmalıdır.

MADDE 14. BÖLÜNEBİLİRLİK KURALI. Bu [Kanun]'un herhangi bir hükmünün veya herhangi bir kişiye ya da duruma uygulanmasının geçersiz olması halinde, geçersizliği bu [Kanun]'un geçersiz hükümleri veya uygulamaları olmaksızın etki yaratabilecek diğer hükümlerini veya uygulamalarını etkilemez ve bu maksatla bu [Kanun]'un hükümleri bölünebilir.

MADDE 15. YÜRÜRLÜK TARİHİ. Bu [Kanun] tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 16. YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMIŞ HÜKÜMLER. Aşağıdaki kanunlar ve kanun hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır: ²⁵

(1)

(2)

²³ The Draft Guide to Enactment and Use of UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.

²⁴ Electronic Signatures in Global and National Commerce Act.

²⁵ Yeknesak Arabuluculuk Kanunu, birçok eyaletin hukuk sisteminde en düşük seviyede aksaklık yaratacak şekilde, arabuluculuk sistemleri iyi işleyen eyaletlerde ise aksaklık yaratmayacak şekilde hazırlanmıştır. Bu madde, söz konusu amaca yönelik olarak düzenlenmiştir (UMA, s. 54).

(3)

MADDE 17. MEVCUT ANLAŞMA VE ATIFLARA UYGULANMASI

(a) Bu [Kanun], [Bu [Kanun]'un yürürlük tarihi]'nde veya sonrasında arabuluculuk için yapılmış atıf veya anlaşma gereği yapılacak arabuluculuğa uygulanır.

(b) Bu [Kanun], [ertelenmiş bir tarih]'te²⁶ veya sonrasında herhangi bir zamanda yapılmış arabuluculuk anlaşmasına uygulanır.

²⁶ Her kanun koyucu, kendisine uygun bir tarih belirleyecektir (UMA, s. 56).



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: XXIV Sayı/No: 1 - 4 Aralık/December 2020

**Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından
Ticari Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları
Üzerinden Bir Analiz**

**Mediation of Commercial Litigation for the Defeat of Cases
within the Scope, Alternative Pleading Case: An Analysis on Court
Decisions**

Dr. Öğr. Üyesi Sevda YAŞAR COŞKUN*

Arş. Gör. Munise Seray GÖNCÜ DÖNER**

ÖZ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan arabuluculuk yöntemi birçok avantajı bünyesinde barındırmaktadır. Temeli ihtiyari olan arabuluculuk, ülkemizde zaman içerisinde bazı uyuşmazlıklar açısından dava şartı haline gelmiştir. Bu çalışmanın konusu Türk hukukunda dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında terditli dava ve davaların yığılmasına

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

E-posta: sevdayasar.coskun@bakircay.edu.tr. ORCID: 0000-0001-7999-5052.

** İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: seray.goncudoner@bakircay.edu.tr. ORCID: 0000-0002-1539-8205.

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 30.06.2021 / **Makale Kabul Tarihi:** 18.08.2021.

Atf: Sevda Yaşar Coşkun/Munise Seray Göncü Döner, “Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz”, EBYÜ-HFD, C. XXIV, S. 1-4, Aralık 2020, (89-117).

mahkemelerin bakış açısı, bakış açısı farklılıklarının ortaya çıkardığı sorunlar ve çözüm önerileridir. Çalışma, kanuni düzenlemeler ve mahkeme kararlarına dayanarak analitik bir yaklaşımla ve doküman inceleme yöntemiyle ele alınmıştır. Çalışmada, uygulamada ve doktrinindeki görüş ayrılıklarının mevzuattaki boşluktan kaynaklandığı tespiti yapılmıştır. Açık bir kanuni düzenlemeyle terditli dava ve davaların yığılması açısından dava şartı ticari arabuluculuğa ilişkin farklı görüş ve yorumların ortadan kalkması mümkün olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ticari dava, Dava şartı arabuluculuk, Terditli dava, Davaların yığılması, Mahkeme kararları.

ABSTRACT

Mediation, which is one of the alternative dispute resolution methods, has many advantages. Mediation, which is optional, has become a condition of litigation for some disputes in our country over time. The subject of this study is the point of view of the courts, the problems caused by the differences in point of view, and the solution proposals on the accumulation of litigation cases and lawsuits within the scope of commercial mediation in Turkish Law. The study has been handled with an analytical approach and document review method based on legal regulations and court decisions. In the study, it has been determined that the differences of opinion in practice and doctrine are caused by the gap in the legislation. With a clear legal regulation, it will be possible to eliminate different opinions and interpretations regarding commercial mediation, which is a condition of litigation, in terms of the action with gradual claims and accumulation of claims.

Keywords: Commercial litigation, Mediation condition of commercial litigation, Action with gradual claims, Accumulation of claims, Court decisions.

GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuk uyuşmazlıklarının dostane bir yöntemle çözümlenmesine olanak sağlayan arabuluculuk müessesesi 2013 yılı itibarıyla ülkemizde de uygulanmaya başlamıştır. Takip eden süreçte de önce bazı iş hukuku uyuşmazlıkları, akabinde bazı ticari uyuşmazlıklar ve nihayet bazı istisnalar dışında tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı hâline gelmiştir.

Hem arabuluculuk müessesesi hem de ticari davalarda dava şartı arabuluculuk birçok açıdan olumlu yönde etkiye sahiptir. Yargının iş yükünün azaltılması, uyuşmazlıkların daha kısa sürede daha düşük maliyetle çözüme kavuşturulması gibi yararlar bu olumlu etkiye örnek olarak verilebilir. Ticari uyuşmazlıklar açısından arabuluculuk ise ayrıca ticari itibarın sarsılmaması, ticari hayat açısından hayati öneme sahip olan zaman faktörü ve uyuşmazlığın çözümünde tarafların aktif rol oynamaları sebebiyle aralarındaki ticari ilişkinin onarılarak devamlılığının sağlanması gibi olumlu etkilere sahiptir. Yine ticari uyuşmazlıklar açısından mahkeme sürecinde hâkimin yetkisi dâhilinde olmayan ve birbirinin rakibi durumundaki firmalar arasında adi ortaklık kurulması, lisans sözleşmesi yapılması gibi daha işlevsel çözümler ortaya çıkabilmektedir.¹

Bütün bu olumlu yönlerine karşın Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) dava şartı arabuluculuğun kapsamının tespitinde teori ve uygulama açısından önemli soru işaretleri ve tereddütler yaşanmaktadır. Ticari dava şartı arabuluculuğa tabi davalar konusunda öğretilerde görüş ayrılıkları olduğu gibi, bu görüş ayrılıkları mahkeme kararlarına da yansımakta ve aynı konuda birbiriyle çelişen mahkeme kararlarına rastlanmaktadır. Teori ve uygulamadaki bu farklılık doğal olarak bir kafa karışıklığına ve çeşitli soru işaretlerine yol açmaktadır.

Uygulama ve öğretilerdeki farklı görüş ve uygulamaların kaynağının ticari dava şartı arabuluculuğu düzenleyen TTK'nın 5/A maddesinin yorumuna ilişkin yaklaşım farklılıklarından kaynaklandığı ifade edilmektedir.² Söz konusu madde düzenlemesindeki kriteri öğretide ağırlıklı olarak dava konusu üzerinden tanımlarken, bölge adliye mahkemelerinin kararlarında kriter olarak uyuşmazlık konusunun öne çıktığı görülmektedir.

Bu çalışmanın konusunu dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında terditli dava ve davaların yiğilmesine mahkemelerin bakış açısı, bakış açısı farklılıklarının ortaya çıkardığı sorunlar ve çözüm önerileri oluşturmaktadır. Her iki dava türünün seçilmesinin temel nedeni söz konusu iki

¹ Miriam R. **Arfin**, "The Benefits of Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes", *Hastings Comm. & Ent. Law Journal*, 1995, Volume 17, Number 4, s. 899.

² İbrahim **Ermenek**/Betül **Azıklı Arslan**, "İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mayıs – Haziran 2020, S. 148, s. 137.

dava türüne ilişkin mahkeme kararları ile doktrinde yer alan görüşler arasındaki farklılıktır.

Kanuni düzenlemeler ve mahkeme kararlarına dayanarak analitik bir yaklaşımla ve doküman inceleme yöntemi ile ele alınan çalışmada, önce ticari dava şartı arabuluculukla ilgili bilgi verilecek, daha sonra terditli dava ve davaların yığılması ele alınacaktır.³ Bu iki dava türüne ilişkin dava şartı arabuluculuk mahkeme kararları ışığında tartışılacaktır.

- 3 Ticari dava şartı arabuluculukta doktrin ve uygulamada çok tartışmalı olan dava türlerinden birisi de menfi tespit davalarıdır. Menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığı görüşünü dile getiren Özkes ve Çiftçi, menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğu görüş ve uygulamasının kanunî düzenlemelere aykırı olduğunu ve menfi tespit davasındaki vakıa ve taleplerle bağdaşabilir nitelikte olmadığını ifade etmektedirler. Muhammet **Özkes/Pınar Çiftçi**, “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)”, TBBB/2020/1 48, s. 133. Yine Atalı ve Erdoğan’da Menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığını, kural olarak ihtiyari olan arabuluculuğun istisnasını teşkil eden dava şartı arabuluculuğun dar yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Menfi tespit davalarının TTK m. 5/A kapsamında bir alacak veya tazminat davası olarak nitelendirilemeyeceğini dile getirmektedirler. Murat **Atalı/Ersin Erdoğan**, “Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu”, ÇÜHFD, C. 5, S. 1, (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağan I-I), s. 219. Menfi tespit davalarında doktrinde yer alan görüşlere benzer şekilde Yarg. 11. HD., E. 2020/4396 – K. 2021/3198, 04.06.2021 tarihli kararında menfi tespit davalarının ticari dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığına hükmetmiştir; “... Ticari bir dava olduğu için TTK nun 5/A maddesi kapsamına alınması ve böyle bir davayı açmak isteyen kişinin önce arabulucuya başvurmaya zorlanması, kanuna aykırı olduğu gibi sayısız hukuki sakıncalara da neden olacaktır. Bu itibarla kanun hükmünde öngörülen açık ifadelerle rağmen dava şartı arabuluculuğun uygulama alanının genişletilmesi doğru değildir. HMK nin 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez...”, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 13.06.2021; buna karşılık aynı dairenin menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna ilişkin yakın geçmişli kararı bulunmaktadır. Şöyle ki; Yarg. 11. HD., E. 2019/3048, K. 2020/1093, 10.02.2020 tarihli kararı; “... Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığını tespiti ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığını tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa’nın 20. maddesi ile TTK’nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ise de...”, şeklindedir. Karar için bkz. www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 16.04.2021.

I. GENEL HATLARIYLA ARABULUCULUK MÜESSESİSİ

Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk müessesesinin hukukî düzenleme altına alınması yakın zamanlarda gerçekleşmişse de arabuluculuğun tarihi oldukça eskiye gitmektedir. Örneğin Osmanlı'da "müslihun" kurumu altında müslih denen kişiler; tarafları kadınların huzuruna gitmelerine gerek kalmadan uzlaştırma yetkisine sahip bir çeşit ihtiyari arabulucu görevi görmüştür.⁴ Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. En kısa tanımıyla arabuluculuk, tarafların, bir veya daha fazla arabulucunun yardımı ile bir anlaşmaya varmak için ihtilafli meseleler üzerinde görüşme yaptıkları bir uyuşmazlık çözüm sürecini ifade eder.⁵ Kekeç tarafından arabuluculuk tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlık içinde olan taraflara uyuşmazlığın çözümü için yardım ettiği, kalıcı bir çözümün sağlanmasının ve çözüm esnasında tarafların sürece katılımının en yüksek seviyede olmasının amaçlandığı, bir çaba olarak tanımlanmıştır.⁶ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 2. maddesinde, Arabuluculuk; "*sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*" olarak tanımlanmıştır⁷. Arabuluculuk müessesesinin esası ihti-

4 Ahmet **Kılınc**, "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Müslihun: Osmanlı Arabuluculuğu", II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi (İstanbul, 2016), (Ed. Fethi Gedikli), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 19.

5 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konusunda Rec (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı. Ayrıca bkz. Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi" (2008/52/EC) m. 3/a.

6 Elif Kısmet **Kekeç**, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 25.

7 Resmî Gazete, "6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu", (Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120622-1.htm>, E.T. 04.04.2021.

yarılık olmasına rağmen çeşitli gerekçelerle dava şartı-zorunlu arabuluculuk diye nitelendirilen, dava açmadan önce arabuluculuk müessesesine başvuru zorunluluğu getirilmiştir.

Ülkemizde de 6325 sayılı Kanun (HUAK) 22.6.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 2013 yılından itibaren tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklarda uygulanmaya başlanmıştır. Ardından 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3, 11 ve 12. maddeleriyle iş uyuşmazlıklarının çözümünde “zorunlu arabuluculuk” öngörülmüş ve 01.01.2018 tarihinden itibaren de iş hukuku⁸ uyuşmazlıklarında dava şartı haline gelmiştir.⁹ Bunu takiben 7251 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna “Dava şartı olarak arabuluculuk” kenar başlıklı 73/A maddesi eklenmiş ve bazı istisnalar dışında tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak öngörülmüştür.

Zorunlu-dava şartı arabuluculuğun iş hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde büyük oranda başarılı olmasıyla birlikte ilerleyen zaman diliminde ticari uyuşmazlıklar açısından da dava açmadan önce arabuluculuğa başvuru dava şartı olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi düzenlemesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) eklenen 5/A maddesi gereğince ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir.¹⁰ Madde düzenlemesinde hangi uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu belirtilmemiş; TTK'nın 4. maddesi ve diğer ka-

⁸ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/e maddesine göre “*kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren arasındaki yıllık izin ücreti, fazla çalışma (fazla mesai) ücreti, maaş vb. gibi işçilik alacakları ile ihbar tazminatı, kıdem tazminatı vb. gibi tazminatlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar*” hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunludur.

⁹ Resmî Gazete, “7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu”, (Çevrimiçi), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171025-8.htm>, E.T. 05.04.2021.

¹⁰ Resmî Gazete, “7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”, (Çevrimiçi), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181219-1.htm>, E.T. 05.04.2021.

nunlarda düzenlenen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

Son olarak 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹¹ ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 73/A maddesi eklenerek konusu para ile belirlenemeyen tüketici uyuşmazlıklarında veya 11 bin 330 TL üzerindeki tüketici uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Çalışma, ticari dava şartı arabuluculuk kapsamında terditli dava ve davaların yığılmasını ele aldığından sonraki bölümde önce dava şartı arabuluculuğa ilişkin kısa bir bilgi verilecek, ardından hangi ticari davaların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu üzerinde durulacaktır.

A. Genel Olarak Dava Şartı Arabuluculuk

Hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemi ile çözülmesinde ihtiyarilik esas olmasına rağmen, dava şartı arabuluculuğun ihtiyari arabuluculuğu özendirilmesi ve uyuşmazlıkların çözümünde dava açmanın ilk akla gelen seçenek olmaktan çıkması umulmaktadır.

Bu konudaki düzenleme HUAK'ın Dava Şartı Olarak Arabuluculuk başlıklı beşinci bölümünde yer almaktadır. Gerçekten de HUAK 18/A maddesinin 1. fıkrasına göre ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise, arabuluculuk sürecine HUAK 18/A maddesinin hükümleri uygulanacaktır. İlgili kanunlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin kabul edilen özel hükümler saklı tutulduğu düzenlemesine ise HUAK m. 18/A, 19. fıkra da yer verilmiştir. 18/A maddesinde hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde HUAK'ın diğer hükümleri uygulama alanı bulacaktır (HUAK m. 18/A f. 20).

Dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar açısından, uyuşmazlığın taraflarından biri dava açmadan önce arabuluculuk kurumuna başvurmak zorundadır. Dava şartı arabuluculuğa başvuru, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 114'te düzenlenen genel dava şartlarından farklı olarak özel nitelikte bir dava şartıdır ve mahkeme tarafından öncelikle dikkate

¹¹ Resmî Gazete, "7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun", (Çevrimiçi), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200728-14.htm>, E.T. 05.04.2021.

alınacaktır.¹² HUAK m. 18/A, f. 2, c. 4 ve HUAK Yönetmeliği m. 22/3 gereğince arabulucuya başvurulmadan dava açıldığı tespit edilirse herhangi bir işlem yapılmaz ve dosya üzerinden, dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilir. Eğer davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemese mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarı içerir bir davetiye gönderilir. Arabuluculuk son tutanağı bu süre içerisinde dava dilekçesine eklenmezse davanın usulden reddine karar verilir. Şayet mahkeme arabulucuya başvurmadan doğrudan dava açıldığını tespit ederse, süre vermeksizin davayı dava şartı yokluğundan usulden reddeder. Bu düzenleme doktrinde gereğinden fazla sert ve hak kayıplarına yol açabilecek nitelikte olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu görüş, dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmadan önce dava açılması halinde HMK m. 115, f. 2 hükmü gereği arabulucuya başvurunun bekletici sorun (HMK m. 165) sayılması ve arabuluculuk sonucunda anlaşma sağlanamaması halinde davaya devam edilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Eğer, arabuluculuk neticesinde anlaşma söz konusu olursa konusuz kalan davanın usulî bir kararla sona erdirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu durumda yargılama giderleri de arabulucuya başvurmadan dava açan davanın üzerinde bırakılmalıdır.¹³

Dava şartı arabuluculuk kurumu ile ilgili üzerinde durulması gereken bir konu da kanuni sürelerdir. HUAK m. 27/1 gereğince arabuluculuk kurumuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede uyuşmazlık konusu hususlarda zamanaşımı duracak ve hak düşürücü süre işlemeyecektir. Bunun anlamı arabuluculuğa başvuru ile sürecin sonlanmasına kadar duran kanuni süreler, tarafların anlaşmaması halinde kaldığı yerden işlemeye başlayacak ve taraflar bu süreler içerisinde dava yoluna başvurabilecektir.

12 Sûha **Tanrıver**, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, TBB Dergisi, S. 147, 2020, s. 112.

13 Ali Cem **Budak**, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, MİHDER 2019/1, s. 27.

B. Ticari Dava Şartı Arabuluculuk

TTK'ya 7155 sayılı Kanunla eklenen 5/A maddesi ile, “TTK'nın 4. maddesi ile diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu hale getirilmiştir.¹⁴ Bu noktada üzerinde durulması gereken husus kanun koyucunun, tüm ticari davalar için değil, yalnızca alacak veya tazminat talebi içeren ticari davalar için dava şartı arabuluculuğu öngörmüş olmasıdır.¹⁵ Ticari davalarda dava şartı arabuluculuk özel bir öneme sahiptir, çünkü HUAK m. 18/A/2/c. 4 düzenlemesinde arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, HUAK m. 18/A/18 hükmü gereğince, özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya taraflar arasında tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır.¹⁶ Yine belirtmek gerekir ki dava şartı arabuluculuk kapsamına girmeyen ve HUAK 2. madde kapsamındaki ticari dava konusu olan uyuşmazlıklar için ihtiyari arabuluculuk yolu açıktır.

Ticari dava şartı arabuluculuğa ilişkin bilgi verebilmek için önce kısaca ticari dava türlerine değinmek gerekmektedir. Esasen bir davanın ticari dava olup olmadığının en önemli sonucu, aksi belirtilmedikçe davaya bakmakla görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olmasıdır.¹⁷ Ticari da-

14 Madde metninde kanun koyucunun “bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri” düzenlemesi karışıklığa sebep olma potansiyeline sahiptir. Alacak ve tazminat talepleri ifadesinden sanki her ikisinin birlikte talep edilmesi gerekir anlamı çıkarılabilecektir. Doğru olan “ve” yerine “veya” bağlacının kullanılması olurdu.

15 Nesibe **Kurt Konca**, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk”, SETA Perspektif, S. 225, 2018, s. 4.

16 **Narbay**, Şafak/**Kanyılmaz**, Sevgi, “Birinci Kitap: Ticari İşletme Hukuku Arabuluculuk Eğitim Modülü”, Ticaret Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Editör: Şebnem Akipek Öcal, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2020, s. 1.

17 **Ali Pashi**, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, (Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Edt. Süral Ceyda **Efeçinar**/Mehmet Ertan Yardım), Ankara 2019, s. 16.

valar TTK'nın 4/1 maddesinde tanımlanmıştır. Madde düzenlemesine dayanarak ticari davalar mutlak ticari dava ve nispi ticari dava olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.¹⁸ TTK'da yer alan düzenleme uyarınca, üç grup ticari davadan söz edilebilir. Bunlar; tarafların sıfatına ve işin ticari işletme ile ilgili bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ticari sayılan davalar, ticari dava sayılabilmesi için en azından bir ticari işletme ile ilgili olan davalar ve her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olan davalarıdır.¹⁹

Tarafların tacir sıfatına sahip olup olmadığı ya da tarafların ticari işletmesini ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın ticari dava kabul edilen davalar, "mutlak ticari dava"dır. TTK'nın 4. maddesinde belirtilen "mutlak ticari davalar" şunlardır: a) TTK'da; b) Türk Medenî Kanunu'nun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969. maddelerinde; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörölmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580. maddelerinde; c) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta; d) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde; e) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan davalar ticari dava sayılır. Fakat, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır (TTK m. 4). Bu kapsamda havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaların ticari dava sayılabilmeleri için, taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili olması gerekmektedir.

Ek olarak özel kanun hükümleri uyarınca ticari sayılan davalar da bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak Kooperatifler Kanunu'nun 99. maddesi uyarınca bu Kanun'dan doğan hukuk davaları ve İcra İflas Kanunu'nun

18 Rıza **Ayhan**/Mehmet **Özdamar**/Hayrettin **Çağlar**, Ticari İşletme Hukuku-Genel Esaslar, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014; Mine **Akkan**, Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku-Cilt: I, (Editörler: Hakan **Pekcanitez**/Muhammet **Özekes**/Mine **Akkan**/Hülya Taş **Korkmaz**, 15. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Pekcanitez Usul-Cilt I), s. 159.

19 Sabih **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, Yirmi Altıncı Basıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara 2020, s. 107.

154. maddesinde yer alan iflas davası örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu davalar TTK'nın 4/1. maddesinde düzenlenmiş veya özel kanunlarda ticari dava olarak nitelendirilmiş davalardır. Mutlak ticari davaların, ticari dava sayılabilmeleri için taraflarının tacir olması veya ticari işletmeleriyle ilgili olması şartı da aranmaz.

Nispi ticari davalar ise aslen hukuk davası olup, TTK'nın 4. maddesinin 1. fıkrası gereği tarafların her birinin tacir olması ve uyuşmazlığın ticari işletmelerinden kaynaklanması şartlarına bağlı olarak ticari dava sayılmaktadır.²⁰ Buna göre; TTK'nın 4/1. düzenlemesi çerçevesinde bir davanın ticari dava sayılabilmesi için iki şartın bir araya gelmesi gerekir: Her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi ve her iki tarafın da tacir olması. Bu iki şart bir araya gelmediği takdirde, uyuşmazlık konusu ticari iş niteliğinde olsa ve ticari iş karinesi dolayısıyla diğer taraf için de ticari iş sayılsa dahi dava ticari dava olmayacaktır.²¹ Bu konuda, Narbay ve Akkuş da aynı görüşü dile getirmektedirler.²² Kısaca, davanın taraflarından biri tacir değilse dava ticari dava olmayacağı gibi; iki taraf tacir olsa da dava konusu uyuşmazlık ticari işletmeyle ilgili değilse dava yine ticari dava olarak nitelendirilemeyecektir.²³

Bu aşamada ayrıca ticari davalarda arabuluculuk sürecine değinmek gerekmektedir. Ticari davalarda dava şartı arabuluculuk sürecine ilişkin hükümler HUAK 18/A maddesi ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği 22 ilâ 26. maddelerde düzenlenmiştir.

HUAK 18/A düzenlemesine göre ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş ise davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır (HUAK 18/A-2). Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde

²⁰ Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**/Sema **Taşpınar** **Ayvaz**, Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 101; Tamer **Bozkurt**, Ticaret Hukuku, Cilt I, Ticari İşletme Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2013, s. 117.

²¹ **Bozkurt**, s. 118.

²² Şafak **Narbay**/Muhammed **Akkuş** "Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, Ekim 2020, s. 305.

²³ **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 100 vd.; Ticari davalar konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: **Arkan**, s. 105 vd.; Oruç Hami **Şener**, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 116 vd.; Hüseyin **Ülgen**/Mehmet **Helvacı**/Arslan **Kaya**/N. Füsün **Nomer Ertan**, Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 123 vd.; Reha **Poroy**/Hamdi **Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 113 vd.; **Bozkurt**, s. 113 vd.

mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (HUAK 18/A-3). Başvuru, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır (HUAK 18/A-5).

Dava şartı arabuluculuğun süresi açısından HUAK 18/A-9'da düzenlenen arabulucunun, başvuruyu, görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırması hükmü ticari dava şartı arabuluculuk açısından uygulama alanı bulmayacaktır. Çünkü TTK 5/A-2 maddesinde, ticari davalar bakımından arabuluculuk başvurusunun, arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içerisinde sonuçlandırılması, zorunlu hallerde de sürecin iki hafta uzatılabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Ticari dava şartı arabuluculuk; taraflara ulaşılamaması veya taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması ya da tarafların anlaşması yahut tarafların anlaşamaması hâllerinde sona erer (HUAK 18/A-11). Taraflar, arabuluculuk faaliyetinin sonunda anlaşmaya varırlarsa anlaşma belgesi taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanması halinde icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Şayet anlaşma belgesinde taraf avukatlarının imzası bulunmuyorsa taraflar, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep edebilirler.

İzleyen bölümde çalışma konusunun diğer bölümünü oluşturan dava türlerinden terditli dava ve davaların yığılması konuları ele alınacaktır.

II. TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA BAŞVURU BAKIMINDAN ÖNEM TAŞIYAN BAZI DAVA TÜRLERİ

A. Terditli Davalar

Dava; bir başkası tarafından sübjektif hakkı ihlal edilen, ihlal edilme ihtimali ile karşı karşıya bulunan veya haksız bir talebe maruz kalan kişinin, mahkemeden hukuki koruma istemesidir.²⁴ Çekişmeli yargıda mahkemenin herhangi bir talep olmadan kendiliğinden bir davayı incelemesi mümkün değildir. Mahkeme ancak, davacının dava açması üzerine uyuşmazlığı inceler ve vereceği hüküm ile çözüme kavuşturur.²⁵

Terdit kelimesi Arapça kökenli olup “redd” kelimesinden türetilmiştir.²⁶ Sözlük anlamları ise, “reddetme, geri çevirme” ile “iki ihtimalle düşünce anlatılması”dır.²⁷

Terditli davaya ilişkin kanuni düzenleme HMK'nın 11. maddesinde yer almaktadır. İlgili madde uyarınca; *Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslîlik ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır.*

Kanun'da yer alan düzenlemeden hareketle terditli davanın; davacının, davalıya karşı aralarında hukuki veya ekonomik bağ bulunan birden fazla talebini, aralarında aslîlik -ferîlik ilişkisi kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürdüğü dava olarak tanımlanabilmesi mümkündür. Do-

24 Baki **Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Birinci Baskıya Ek 1. Tıpkı Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016 s. 155; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 240; Hakan **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku-Cilt: II (Editörler: Hakan **Pekcanitez**/Muhammet **Özekes**/Mine **Akkan**/Hülya Taş **Korkmaz**, 15. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Pekcanitez Usul-Cilt II), s. 923; Ömer **Ulukapı**, Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Ekim 2015, s. 213.

25 **Kuru**, s. 156; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 240.

26 Timuçin **Muşul**, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 29.

27 <http://www.lugatim.com/>, E.T. 07.08.2021; www.osmanice.com, E.T. 07.08.2021.

layısı ile burada birden fazla talep bulunmakta olup, davacı asıl talebi kabul edilmediği takdirde fer'î talebi hakkında karar verilmesini istemektedir.²⁸

Terditli davalar bakımından iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bu şartlar;

- Talepler arasında aslilik-ferilik ilişkisi bulunması: Davacının dava dilekçesinde taleplerini, aslı veya ferî olarak derecelendirmesi gerekmektedir (HMK m. 111/1).

- Talepler arasında ekonomik veya hukuki bağın bulunması: Davacının dava dilekçesinde birlikte ileri sürdüğü talepleri arasında ekonomik veya hukuki bağın bulunması gerekmektedir (HMK m.111/2). Burada anlatılmak istenen, asıl talep ile yardımcı talep arasında bağlantı bulunması ve her ikisinin de hukuki veya ekonomik açıdan aynı veya benzer amaca yönelik olması gerektiğidir.²⁹

Terditli davalarda asıl talep ve fer'î talebin dayandığı vakıaların aynı olması mümkün olduğu gibi, farklı da olabilir.³⁰

Terditli dava açmış olan davacının her iki talebi hakkında karar verilmesi yönünde bir talebi bulunmamaktadır.³¹ Davacı öncelikle asıl talebinin incelenmesini istemektedir. Bu kapsamda mahkemenin, öncelikli olarak asıl talebi incelemesi gerekir. Mahkemenin asıl talebin esastan reddi gerektiği kanaatine ulaşmadan, fer'î talebi inceleyebilmesi mümkün değildir.³² Ancak mahkemenin asıl talebin esastan reddi kanaati oluştuğunu

²⁸ Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 219; **Kuru**, s. 302; Ali Cem **Budak**/Varol **Karaaslan**, Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 153.

²⁹ **Kuru**, s. 212, Murat **Atal**/İbrahim **Ermene**k/Ersin **Erdoğan**, Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 347.

³⁰ **Kuru**, s. 212; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 303; **Atal/Ermene**k/**Erdoğan**, s. 347; Ejder **Yılmaz**, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri", Bankacılar Dergisi, S. 80, Mart 2012, s. 91.

³¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 220; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul- Cilt II, s. 1086.

³² **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 220; Ayşe **Kılınç**, "Bir Yargıtay Kararı Işığında Terditli Dava ve Terditli Davada Hüküm Konusunun İncelenmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69 (2), 2020, s. 554; **Ulukapı**, s. 231; Uğur **Bulut**, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 143.

bir ara karar ile taraflara bildirmesi gerekmez.³³ Hâkim her iki talep bakımından da tahkikat aşamasını birlikte yürütecek ve nihai kararının gerekçesinde bu konudaki kanaat oluşumunun gerekçelerine açıkça yer verecektir.³⁴ Yine, mahkemenin nihai kararında, ret ve kabul edilen talepler bakımından hüküm fıkrası oluşturması gerekmektedir.³⁵ Mahkemenin asıl talebin reddine, ferî talebin kabulüne karar verdiği durumlarda da davanın kısmen değil, tam kabulü söz konusu olacaktır.³⁶

Mahkemenin asıl talep hakkında olumlu bir karar vermesi durumunda ise, artık fer’î talebi incelemesi mümkün değildir.³⁷ Ayrıca mahkeme her iki talebin kabulüne karar veremez.³⁸ Mahkemenin hem asıl talebin hem de fer’î talebin reddine karar verebilmesi ise mümkündür. Bu durum hâkimin, asıl talebin esastan reddine ilişkin kanaat oluşmasının ardından fer’î talebi inceleyebilecek olmasının doğal sonucudur.

Terditli davalarda kanun yoluna başvuru bakımından asıl talep önem taşımaktadır.³⁹ Çünkü davacı fer’î talebinin kabul edilmesi durumunda

33 **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul-Cilt II, s. 1085.

34 **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul-Cilt II, s. 1085-1086.

35 Mehmet Akif **Tutumlu**, “Terditli Davada Hüküm Kurma Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 97, Eylül 2014, s. 92.

36 **Tutumlu**, s. 94.

37 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararında, terditli davalarda öncelikle asıl talebin incelenmesi gerektiği hususunu; “... *Terditli davalarda aynı dava içerisinde, aynı davalıya karşı birden fazla talep arasında bir aslilik-ferilik ilişkisi kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürülmektedir. Kademeli olarak ileri sürülen taleplerde (davada) hâkim öncelikle asli talebi inceleyecek ve asli talep bakımından bir karar verecektir. Ferî talep asıl talebe bağlı olarak ileri sürüldüğünden asıl talebin esastan reddine karar verilmedikçe ferî talep hüküm altına alınmayacaktır...*” şeklinde ifade etmiştir. -Yarg. HGK, E. 2017/832, K. 2019/459, 16.04.2019, www.kazancihukuk.com.tr, E.T. 16.04.2021.

38 “... *mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer’î talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.*” düzenlemesi mevcuttur. Buna göre ise terditli davada, mahkeme öncelikle asıl talebi inceleyecek ve karara bağlayacaktır (...) *Bu itibarla, davacının öncelikli isteği kısmen kabul edildiğine göre, başka bir ifade ile sözleşmenin feshine karar verildiğine göre, ikinci kademedede yer alan istek hakkında değerlendirme yapılamaz, kısmen kabul kararı verilemez. Bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...*”, Yarg. 3. HD, E. 2017/4146, K. 2018/13007, 19.12.2018, karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 16.04.2021.

39 **Budak/Karaaslan**, s. 153.

dahi asıl talebin reddedilmesi nedeniyle şartları bulunması durumunda kanun yoluna başvuru olacaktır.⁴⁰

B. Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)

Davaların yığılması, davacının, aynı davalıya karşı olan birden fazla bağımsız ve asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi hâlinde söz konusu olmaktadır.⁴¹ Bu durumda davacının talepleri arasında, terditli davada olduğu gibi bir aslilik-ferilik ilişkisi de bulunmamaktadır.⁴² Her talep birbirinden bağımsız ve aynı derecede öneme sahip bulunmaktadır.⁴³

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110. maddesinde davaların yığılması olarak adlandırılan kurum doktrinde "objektif dava birleşmesi" olarak ifade edilmektedir.⁴⁴

Davaların yığılmasında, davacı bir takdir hakkına sahip olup her bir talebini ayrı ayrı davalarda da öne sürebilir. Davacının taleplerinin hepsini aynı davada öne sürmeye zorlanması mümkün değildir.⁴⁵

HMK'nın 110. maddesi uyarınca; birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde bulunması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması gerekir.

Davaların yığılmasından bahsedilebilmesi için gereken koşulların şu şekilde sıralanabilmesi mümkündür⁴⁶;

- Davacının aynı davalıya karşı ileri sürebileceği birden fazla talebi söz konusu olmalıdır,

⁴⁰ **Budak/Karaaslan**, s. 153.

⁴¹ S. Serhat **Kırtıloğlu**, "Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi", EÜHFD, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 135; **Kuru**, s. 214; **Ulukapı**, s. 229; **Atalay/Ermenek/Erdoğan**, s. 345.

⁴² "... Davada, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesinde belirtildiği biçimiyle, aynı davalıya karşı, farklı hukuki sebeblere dayalı ve birbirinden bağımsız talepler mevcut olup terditli istemler değil davaların yığılması söz konusudur..." – Yarg. 11. HD, E. 2019/3530, K. 2020/1958, 24.02.2020, www.kazancihukuk.com.tr, E.T. 18.04.2021.

⁴³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 222; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 305; **Elif Aksoy**, "Objektif Dava Birleşmesi", TBB Dergisi, S. 117, Nisan 2015, s. 204; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul-Cilt II, s. 1092.

⁴⁴ **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul-Cilt II, s. 1092; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 222.

⁴⁵ **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul-Cilt II, s. 1092.

⁴⁶ **Kuru**, s. 215; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 222; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 305; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul-Cilt II, s. 1094-1096, **Kırtıloğlu**, s. 144-152; **Ulukapı**, s. 229-2130; **Budak/Karaaslan**, s. 153.

- Talepler arasında aslîlik- ferîlik ilişkisi bulunmamalıdır,
- Birlikte ileri sürülmüş olan taleplerin tamamı aynı yargı çeşidine dâhil olmalıdır,
- Taleplerin tümü açısından ortak yetkili bir mahkeme bulunmalıdır.

Kanuni düzenlemede açıkça birlikte ileri sürülen taleplerin tamamı için mahkemenin görevli olmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta doktrinde de görüş birliği yoktur. Doktrinde yer alan bir görüşe göre⁴⁷; özel mahkemelerin (örneğin iş mahkemesi) görevine giren bir davanın genel mahkemede (örneğin asliye hukuk mahkemesi) başka bir dava ile birlikte açılması mümkün değildir. Ancak özel mahkemenin görev alanına dâhil olan bir dava ile genel mahkemenin görev alanında bulunan bir davanın özel mahkemede birlikte açılabilmesi mümkündür.⁴⁸ Yine bununla birlikte sulh hukuk mahkemesinin görevine giren davalar ile asliye hukuk mahkemesinin görevine giren davalar asliye hukuk mahkemesinde birlikte açılabilir.

Doktrinde yer alan bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise⁴⁹; davanın açıldığı mahkemenin taleplerin tamamı bakımından görevli olması şartının da aranması gerekir. Örneğin, tüketici mahkemesinde ileri sürülebilecek bir talep ile asliye hukuk mahkemesinde ileri sürülebilecek bir talebin aynı mahkemede aynı dava dilekçesi ile öne sürülebilmesi mümkün olmamalıdır. Kanun koyucu davaların yığılmasında taleplerin tümü için

⁴⁷ **Kuru**, s. 215; **Aksoy**, s. 215-216.

⁴⁸ Aynı yönde Yarg. HGK, E. 2011/2-775, K.2012/116, 07.03.2012 kararı; "...Şu haliyle, eldeki dava iki talebi içermektedir: İlki, nüfus kaydında görülen kişilerin gerçek anne ve baba olmadığı; diğeri ise, başka hanede bulunan kişilerin gerçek anne ve baba olduklarıdır. (...) Soybağına ilişkin hükümler 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 282. maddesi ve devamında düzenlenmiş olup Aile Mahkemelerinin görevi kapsamındadır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen nüfus kaydının düzeltilmesi davalarına ise Asliye Hukuk Mahkemelerinde bakılır. Ancak, nüfus kayıtlarının davacının talebi gibi düzeltilmesi için öncelikle gerçek anne-babanın, dolayısı ile soybağının tespit edilmesi gerekir. Hal böyle olunca, gerçek anne ve babanın tespitine ve soybağının kurulmasına ilişkin istemin çözümü öncelik taşımakla, ağırlıklı bu talebi incelemekle görevli mahkeme buna bağlı diğer talebi de incelemek durumundadır. O halde her iki davanın birlikte açılması halinde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi değil, Aile Mahkemesidir...", www.kazancihukuk.com.tr, E.T. 18.04.2021.

⁴⁹ **Pekcanitez**, **Pekcanitez Usul-Cilt II**, s. 1095-1098; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 222; **Kırtıoğlu**, s. 144-152; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 345; **Bulut**, s. 197.

ortak yetkili mahkeme şartı aradığından, bu hususun ortak görevli mahkemeyi de kapsadığının kabulü gerekir. Zira usul ekonomisi ilkesinin dahi görev kurallarını bertaraf edecek şekilde yorumlanabilmesi mümkün değildir.⁵⁰

Davaların yığılmasında, görünüşte tek bir dava olmakla birlikte, aslında talep sayısı kadar dava bulunmaktadır. Mahkemenin her bir talep bakımından ayrı ayrı inceleme yapması ve karara bağlaması gerekir.⁵¹ Dolayısıyla mahkemenin her bir talep için verdiği kararı hüküm kısmında göstermesi gerekir.⁵² Hâkimin taleplerin tamamı için kabul veya ret kararı verme zorunluluğu olmayıp, taleplerin bir kısmı için kabul bir kısmı için ise ret kararı verebilmesi mümkündür. Davacı taleplerinin bazılarından feragat edebilir. Yine aynı şekilde davalının da taleplerin bir kısmını kabul etmesi mümkündür. Bu durumda mahkeme kabul veya feragat dışında kalan talepler bakımından inceleme yapacaktır.⁵³ Taleplerin bir veya birkaçı bakımından davanın geri alınabilmesi de mümkündür.⁵⁴ Davaların yığılmasında dosyanın işlemiden kaldırılması bakımından ise, hangi talep/talepler bakımından işlemiden kaldırılma koşullarının olduğu ayrı ayrı incelenmeli ve sadece koşulları oluşan talep bakımından dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilmeli, diğer talep/talepler açısından yargılamaya devam edilmelidir.⁵⁵

50 **Bulut**, s. 196.

51 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 222; **Kırtıloğlu**, s. 162; **Özyakut/Beleş**, s. 475.

52 “6100 sayılı Kanun’un 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanun’un 297/2. maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden, bu durumda da dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir”-Yarg. 9. HD., E. 2020/4669, K. 2021/2248, 26.01.2021, www.kazancihukuk.com.tr, E.T. 18.04. 2021.

53 **Kuru**, s. 215.

54 **Bulut**, s. 373.

55 **Bulut**, s. 375.

Davaların yiğilmesinde ortak olan husus delillerin ikamesi ve tahkikat aşamasıdır.⁵⁶ Bu bakımından davaların yiğilmesinin usul ekonomisi ilkesine katkı sağladığını söyleyebilmek mümkündür.⁵⁷ Mahkemece davalara, usul ekonomisi ilkesi dolayısı ile adil yargılanma hakkının ve makul sürede yargılamanın bir gereği olarak birlikte bakılmaktadır.⁵⁸ Her ne kadar davaların yiğilmesinde her bir talep için tahkikat birlikte yürütülse de yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla mahkeme her zaman davaların ayrılmasına karar verebilir.⁵⁹ Örneğin, taleplerin birlikte incelenmesi gerekmiyorsa veya şartları bulunmamasına rağmen dava objektif dava birleşmesi şeklinde açılmışsa mahkeme davaların ayrılmasına karar verebilir.⁶⁰ Ancak mahkemenin vermiş olduğu ayırma kararının usul ekonomisi ilkesine aykırı olmaması gerekir.⁶¹

Davaların yiğilmesinde, ileri sürülen talepler arasında hukuki ve ekonomik bağlantının bulunması gerekli değildir⁶². Hukuki sebepleri farklı

56 **Aksoy**, s. 204.

57 **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul- Cilt II, s. 1094; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 223.

58 **Budak/Karaaslan**, s. 153.

59 **Kuru**, s. 216.

60 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 223; **Aksoy**, s. 227; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 346.

61 “...davacının aynı dilekçede talep ettiği alacaklar yönünden teknik anlamda davaların ayrılmasına karar verilmesinde bir engel yok ise de, birleştirme ve ayırma kararları “yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için” verilir. Somut olayda ise, ayırma kararının bu amaca yönelik olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Kararda her ne kadar ‘usul ekonomisi’ ile ‘taleple bağlılık’ kuralından söz edilmiş ise de, usul ekonomisi, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamaya yönelik bir kuraldır (HMK. m. 30). Mahkemece verilen ayırma kararı, dava sayısını ve yargılama giderini artırmakta, başlangıçtaki tek dava yönünden değerlendirme yapıldığında ise, yargılama süresini değiştirmemektedir. Davaların birleştirilmesi veya ayrılması yönündeki taleplerin, taleple bağlılık ilkesi bağlamında değerlendirilmesi de mümkün değildir. Çünkü Kanunda, hakime resen veya tarafların isteği üzerine ayırma veya birleştirme kararı verme yetkisi tanınmaktadır. (...) Bu itibarla, birlikte görülmesi gereken davaların mahkemece taleple bağlılık kuralı ile usul ekonomisi gerekçesiyle ayrılmasına karar verilmesi yerinde görülmemiştir...”- Yarg. 22. HD., E. 2019/8944, K. 2020/285, 14.01.2020, www.kazancihukuk.com.tr, E.T. 18.04.2021.

62 **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul- Cilt II, s. 1094; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 223; **Aksoy**, s. 225.

olan ve farklı vakılardan kaynaklanan taleplerin davaların yığılması şeklinde tek bir dava olarak açılabilmesi mümkündür.⁶³

Davaların yığılmasında, her bir talep birbirinden bağımsız olduğundan, ispat sınırının her bir alacak yönünden ayrı ayrı belirlenmesi gerekir.⁶⁴ Yine taleplerin birbirinden bağımsız olmasının bir sonucu olarak dava şartları her bir talep bakımından ayrı ayrı belirlenmelidir.⁶⁵

Davaların yığılmasından söz edilebilmesi için, dava konusu olan taleplerin aynı dava türüne ait olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu bağlamda, davacı eda, tespit veya yenilik doğuran davaya konu olabilecek taleplerini aynı dava dilekçesi ile ileri sürebilir.⁶⁶

III. DAVALARIN YIĞILMASI VE TERDİTLİ DAVALARDA TİCARİ DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA İLİŞKİN YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Terditli dava olarak açılan ticari davalarda, dava şartı olan arabuluculuk hakkında nasıl değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre⁶⁷; terditli davada yer alan aslî veya fer'î taleplerden birinin konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebini içeren ticari dava ise, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu durumda terditli dava açmadan önce davacının arabuluculuğa başvurması gerekir.

Doktrinde yer alan diğer görüşe göre ise⁶⁸; terditli davalarda dava açıldığı sırada dava şartı arabuluculuğun aslî talep bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla asıl talep arabuluculuğa tabi değil ise, davacının dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır.

⁶³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 223; **Aksoy**, s. 226.

⁶⁴ **Kuru**, s. 216.

⁶⁵ **Pekcanitez**, **Pekcanitez Usul-Cilt II**, s. 1093; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 223; **Özyakut/Beleş**, s. 475.

⁶⁶ **Pekcanitez**, **Pekcanitez Usul-Cilt II**, s. 1094.

⁶⁷ İlker **Koçyiğit**/Alper **Bulur**, **Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Ankara 2019, s. 69; Cenk **Akil**, “Ticari Uyuşmazlıklarla Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, **TAAD**, Yıl:11, S. 41, Ocak 2020, s. 312.

⁶⁸ Bülent Nuri **Kurdoğlu**, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Eleştirisi”, <http://bnkurdoglu.blogspot.com/>, E.T. 15.04.2020.

Bölge Adliye Mahkemesi uygulamalarında; terditli açılan ticari davalarda, dava şartı arabuluculuğa ilişkin değerlendirmenin asli talebe göre yapılması gerektiği kabul edilmektedir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir kararı özetle; “... *davacılar vekilince dava dilekçesinde tapu iptali ve tescil, bunun mümkün olmaması halinde taşınmaz bedelinin tahsili talep edilmekle terditli talepte bulunulduğu, ilk talep olan tapu iptali ve tescil yönünden, davanın konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine ilişkin olmadığı, dolayısıyla davanın TTK'nın 5/A maddesinde düzenlenen arabuluculuk dava şartına tabi bulunmadığı dikkate alınarak, taraf delilleri toplanarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir...*”⁶⁹ şeklindedir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesinin ilgili kararında; davacının terditli talepte bulunduğu hâllerde, aslî talep olan tapu iptali ve tescil talebinin, bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve taz-

⁶⁹ İstanbul BAM 13. HD., E. 2020/1571, K. 2020/ 1296, 12.11.2020, UYAP Bilgi Bankası, E.T. 20.04.2021; aynı yönde İstanbul BAM 12. HD., E. 2020/166, K. 2020/279, 05.03.2020 tarihli kararı; “*Dava, TTK 792.m. uyarınca çek istirdatı, çekin tahsili halinde bedelinin istirdatı istemine ilişkindir. İlk derece mahkemesince arabuluculuğa başvuru dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiştir. 6100 sayılı HMK'nın 114/1 maddesinin birinci fıkrasında, tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan dava şartlarının neler olduğu hususu açıkça hükme bağlanmış, HMK 114/2 maddesinde ise diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. 7155 sayılı Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen ve 01/01/2019 tarihinde yürürlüğe giren 5/A maddesi ile getirilen “Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” hükmü uyarınca konusu bir miktar para alacağı olan talepler hakkındaki ticari davalarda dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale getirilmiş, yani arabuluculuğa başvurmak dava şartı haline getirilmiş bulunmaktadır. Somut olayda ise uyuşmazlık TTK 792.m. uyarınca çek istirdatı istemine ilişkin olup, konusu bir miktar para alacağı değildir. Dava devam ederken çekin bedelinin davalı tarafça tahsil edilmesi halinde davanın çek bedelinin istirdatına dönüşmesinde de durum değişmeyecektir. Zira çek bedelinin istirdatı istemi, çek istirdatı isteminin kabul edilmesine bağlıdır ve terditli bir talep olarak ileri sürülmektedir. O halde ilk derece mahkemesince davacının asıl talebi olan çek istirdatı talebinin 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince arabuluculuk dava şartına tabi olmadığı dikkate alınarak işin esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir”, www.kazanci hukuk.com.tr, E.T. 18.04.2021.*

minat talebine ilişkin olmaması nedeniyle, davanın TTK'nın 5/A maddesinde düzenlenen arabuluculuk dava şartına tabi bulunmadığı belirtilmiştir.

Terditli davalarda mahkemece öncelikle asıl talebin incelenmesi gerektiğini, asıl talebin reddi kanaati oluşmadıkça fer'î talebin incelenemeyeceğini belirtmiştik. Bu kapsamda terditli olarak açılan ticari davalarda arabuluculuk dava şartının aslî talep dikkate alınarak belirlenmesi yönündeki yargı uygulamalarının yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Zira davanın açıldığı aşamada mahkemece fer'î talebin incelenmesi söz konusu olmayacaktır.

Mahkemenin, terditli davalarda davacının aslî talebinin reddi gerektiği kanaatine ulaşması durumunda fer'î talebi incelemesi gerekir. Asli talep mahkemece reddedildiğinde, fer'î talebin dava şartı olan arabuluculuğa tabi olması fakat dava açılırken ilgili talep bakımından arabuluculuğa başvurulmamış olması ihtimalinde mahkemece nasıl hareket edilmesi gerektiği hususunun tespiti önem taşımaktadır. Bu durumda asıl talep arabuluculuk dava şartı kapsamında olmadığından, dava arabuluculuğa başvurmadan açılmış ve belirli bir aşamaya kadar ilerletilmiş olacaktır. Hukukumuzda nihai karar verilmeden önce bir ara karar ile dava dilekçesinde yer alan terditli taleplerden biri hakkında karar verilmesi mümkün değildir. Hâkimin terditli talepler hakkındaki kararını yalnızca nihai karar ile birlikte vermesi mümkündür. Bu sebeple hâkimde asıl talebin reddi kanaati oluşsa dahi, bunu ancak nihai kararın hüküm kısmında gösterebilir. Bu bağlamda mahkemece yargılama sürerken davacı tarafa fer'î talep bakımından arabuluculuğa başvurmak için süre verilmesi aslî talebin reddedileceği konusunda ihsas-ı rey anlamına gelebilecektir. Yani mahkeme böyle bir durumda nihai karar verilmeden önce aslî talebin reddi kanaati oluştuğunu taraflara bildirmiş olur. Kanaatimizce; böyle bir durumda gerek belirttiğimiz sebepler gerekse de usul ekonomisi bakımından hâkimin, davacıya fer'î talep bakımından arabuluculuğa başvurulması için süre vermeden yargılamaya devam etmesi gerekmektedir.⁷⁰ Ayrıca HMK'nın 140/2. maddesi uyarınca; *uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder*. Hâkim tarafından, davacının fer'î talebinin incelenmesine geçildiğinde ön inceleme duruşması da yapılmış, taraflar sulh ve arabuluculuğa teşvik edilmiş olacaktır. Bu aşamada taraflara arabuluculuğa başvurulması için süre verilmesi

⁷⁰ Aksi yönde bkz. **Kurdoğlu**, <http://bnkurdoglu.blogspot.com/>, E.T. 15.04.2020.

ve bunun bekletici mesele yapılması, arabuluculuktan sonuç alınamayacağına belli olmasına rağmen yargılamanın uzatılmasına sebebiyet verecektir. Bu kapsamda özetle belirtmek gerekir ise, kanaatimizce terditli davalarda dava şartı arabuluculuk hakkında değerlendirmenin asıl talebin, bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine ilişkin olup olmadığına göre değerlendirilmesi gerekir. Asıl talep dava şartı arabuluculuk kapsamında değil ise mahkemece gerek dava açıldığı sırada gerekse de yargılama esnasında fer'î talebin arabuluculuk kapsamında bulunup bulunmadığı dikkate alınmadan yargılamaya devam edilmeli ve nihai karar verilmelidir.⁷¹

Davaların yığılması açısından ticari dava şartı arabuluculuk konusu uygulamada Yargıtay kararları ışığında şekillenmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki davaların yığılmasına ilişkin ticari dava şartı arabuluculuğa ilişkin Yargıtay kararları aynı yöndedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararında, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticari davanın, davaların yığılması şeklinde arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılması durumunda, arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağını belirtmiştir. İlgili karar özetle şöyledir; “...menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup 7155 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile TTK'nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ise de arabuluculuk dava şartına tâbi olmayan çek istirdadı davası ile birlikte açıldığından eldeki davada menfi tespit talebi de arabuluculuk dava şartına tâbi olmayacaktır...⁷²”.

Benzer şekilde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 17.02.2020 tarih ve E. 2020/197 K. 2020/1578 sayılı kararında⁷³, “...Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nin 110. maddesiyle düzenleme altına alınan “davaların yığılması” durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığına tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de, geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığına tespitine ilişkin dava, konusu bir

⁷¹ Benzer görüş için bkz. Cafer **Eminoğlu**/Ersin **Erdoğan**, Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 167.

⁷² Yarg. 11. HD. E. 2019/3048, K. 2020/1093, 10.02.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 16.04.2021.

⁷³ www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 18.04.2021.

miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmüştür...”, gerekçesiyle davaların yığılması durumunda, taleplerden biri dava şartı arabuluculuk kapsamında değil ise, diğer talepler bakımından da arabuluculuk dava şartının aranmayacağı görüşünü dile getirmiştir.⁷⁴

Kanaatimizce Yargıtay’ın ilgili görüşü davaların yığılması müessesesinin özellikleri dikkate alındığında doğru değildir. Davaların yığılması durumunda, talep sayısınca dava bulunmaktadır. Her bir talebin aslında ayrı bir dava teşkil etmesinin sonucu olarak dava şartlarının da her talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda mahkemece her bir talep ayrı ayrı ele alınmalı ve arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olup olmadığı değerlendirilmelidir.⁷⁵ Örneğin, taleplerden birisi bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içeren ticari dava ise mahkemece bu talep bakımından dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Bu durumda diğer taleplerin dava şartı arabuluculuğa tabi olmaması önem taşımamaktadır. Bu sonuca, davaların yığılmasında talep sayısı kadar dava bulunması nedeniyle de ulaşılabilirliği mümkündür. Zira burada terditli davada olduğu gibi talepler arasında aslilik- ferilik ilişkisi de bulunmamaktadır. Yine aynı şekilde davaların yığılmasında davaların her zaman ayrılabilirliği mümkünken terditli davalarda mahkeme tarafından davaların ayrılması kabul edilmemektedir.⁷⁶ Bu bakımdan da taleplerin bir arada değerlendirilmesi suretiyle, bir kısım talepler bakımından dava şartının kaldırılmasının mevcut kanuni düzenlemelerimiz karşılığında mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Davaların yığılması durumunda arabuluculuğa başvurulmadan dava açılmış ancak taleplerden biri dava şartı arabuluculuğa tabi olup, diğer talep bakımından böyle bir durum olmadığına, mahkemece nasıl hareket edilmesi gerektiği de bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususa

⁷⁴ Aynı yönde; Yarg. 11. HD., E. 2019/4851, K. 2020/2732, 10.06.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr. E.T. 17.04.2021; Yarg. 11. HD., E. 2019/3611, K. 2020/4734, 04.01.2020, www.karararama.yargitay.gov.tr. E.T. 20.04.2021.

⁷⁵ Aynı yönde; **Koçyiğit** ve **Bulut**, s. 69; **Tanrıver**, s. 136.

⁷⁶ **Bulut**, s. 144.

ilişkin olarak da davaların yığılmasında her bir talebin birbirinden tamamen bağımsız olduğu göz önünde tutulmalıdır.⁷⁷ Davaların yığılmasında dava şartlarının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştik. Bunun sonucu olarak, böyle bir durumda mahkemece dava şartı olarak arabuluculuğa tabi olan talebin ayrılmasına karar verilmeli ve ilgili talep ayrı bir esasa kaydedilmelidir. Dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan talep bakımından yargılamaya devam edilmeli ve usule ilişkin bir eksiklik yok ise talebin esasına ilişkin inceleme yapılmalıdır.⁷⁸ Ayrı esasa kaydedilen talep bakımından ise, arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması sebebiyle “davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine” karar verilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, davacı tarafça bu ret kararı üzerine arabuluculuğa başvurulup yeniden dava açılır ise, mahkemece, davalar arasında bağlantı bulunduğu takdirde, yargılamanın her aşamasında birleştirme kararı verilebilir.

SONUÇ

7155 sayılı Kanun ile TTK'nın 5/A maddesine eklenen hüküm gereğince, ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı hâline getirilmiştir. Söz konusu maddede, dava şartı arabuluculuk bakımından yalnızca dava konusunun esas alındığı, usûl hukuku ile ilgili ve bu kapsamda özellikle dava çeşitlerine ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Mevzuattaki bu boşluk diğer ticari davalar gibi, terditli veya davaların yığılması şeklinde açılan ticari davalarda da dava şartı arabuluculuğun nasıl uygulanacağı hususunda doktrinde ve yargı uygulamalarında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Terditli ticari davalar bakımından, taleplerden biri dava şartı arabuluculuk kapsamında ise, dava açılmadan önce tamamı için arabuluculuğa başvurulması gerektiği görüşü öne sürülmüş ise de kanaatimizce bunun kabulü mümkün değildir. Terditli davalarda öncelikle aslı talep incelenecek ve bunun reddi gerektiği kanaati oluşması durumunda fer'î talebin incelenmesine geçilecektir. Bu sebeple dava açarken dava şartı arabuluculuk bakımından dikkate alınması gereken yalnızca aslı talebin dava şartı arabuluculuk kapsamında bulunup bulunmadığı olmalıdır.

⁷⁷ **Bulut**, s. 146.

⁷⁸ Aynı yöndeki görüş için Bkz. **Paslı**, s. 25.

Ticari davaların, davaların yığılması şeklinde açılması hâlinde ise, Yargıtay, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepli bir ticari davanın, dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almayan bir dava ile birlikte açılması durumunda, ilgili davanın da dava şartı arabuluculuğa tabi olmayacağını belirtmektedir. Kanaatimizce Yargıtay'ın görüşü davaların yığılmasının temel özelliklerine aykırıdır. Zira, davaların yığılmasında talep sayısınınca dava bulunmaktadır ve dava şartlarının her bir dava bakımından ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir. Arabuluculuk dava şartı da her bir dava (talep) bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁷⁹

Terditli veya davaların yığılması şeklinde açılan ticari davalarda dava şartı arabuluculuğun nasıl uygulanacağı hususunda gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında ortak bir görüşün bulunmaması, uygulamada yeknesaklığın sağlanamamasına ve farklı kararların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda terditli veya davaların yığılması şeklinde ticari dava açmak isteyen tarafların, muhtemel bir ret ve avukatın sorumluluğunun doğması ihtimaline karşı dava şartı arabuluculuk kapsamında olmasa bile tüm talepler yönünden arabuluculuğa başvurdukları görülmektedir. Bu durum arabuluculuktan beklenen faydanın elde edilememesine neden olacağı gibi, yargılama öncesi sürecin uzaması sonucunu da doğuracaktır. Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesinde yalnızca dava konusunun esas alınması yerine usûl hukuku bağlamında düzenlemelere de yer verilmesinin ve bu kapsamda özellikle dava çeşitlerinin özelliklerinin göz önünde bulundurulmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz. Bilhassa, terditli ve davaların yığılması şeklindeki ticari davalara dair açık bir düzenlemenin yapılması bu karmaşayı önleyecektir.

⁷⁹ Yarg. 11. HD. E. 2019/3048, K. 2020/1093, 10.02.2020 tarihli kararında karşı oy belirten üye de aynı yönde görüş beyan etmiştir, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 16.04.2021.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk. “Ticari Uyuşmazlıklarla Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”. TAAD. Yıl:11, S. 41, Ocak 2020, ss. 307-324.

Akkan, Mine. Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku-Cilt: I. Editörler: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Pekcanitez Usul-Cilt I).

Arfin, Miriam R. “The Benefits of Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes”. Hastings Comm. & Ent. Law Journal. Volume 17, Number 4, 1995, ss. 893- 915.

Aksoy, Elif. “Objektif Dava Birleşmesi”, TBB Dergisi. S. 117, Nisan 2015, ss. 201-232.

Arkan, Sabih. Ticari İşletme Hukuku. Yirmi Altıncı Basıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara 2020.

Arslan, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema. Medenî Usul Hukuku. 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Atalı, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin. Medenî Usûl Hukuku. 3. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Atalı, Murat/**Erdoğan**, Ersin. “Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu”. ÇÜHFD, C. 5, S. 1, (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağan I-I), ss. 205-221.

Ayhan, Rıza/**Özdamar**, Mehmet/**Çağlar**, Hayrettin. Ticari İşletme Hukuku-Genel Esaslar. 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Bozkurt, Tamer. Ticaret Hukuku, Cilt I, Ticari İşletme Hukuku. 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Budak, Ali Cem. “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”. MİHDER 2019/1, ss. 25-40.

Budak, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol. Medenî Usul Hukuku. 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Bulut, Uğur. Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yiğilmesi (Objektif Dava Birleşmesi). Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Eminoğlu, Cafer/**Erdoğan**, Ersin. Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk. Adalet Yayınevi Ankara 2020.

Ermenek, İbrahim/Azaklı Arslan, Betül. “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. Mayıs – Haziran 2020, S. 148, ss. 135-197.

Kekeç, Elif Kısmet. Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler. 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Kılınc, Ayşe. “Bir Yargıtay Kararı Işığında Terditli Dava ve Terditli Davada Hüküm Konusunun İncelenmesi”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 69 (2), 2020, ss. 541-566.

Kılınc, Ahmet. “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Müslihun: Osmanlı Arabuluculuğu”. II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi (İstanbul, 2016). (Ed. Fethi Gedikli), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 15-83.

Kırtıloğlu, S. Serhat. “Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi”. EÜHFD. C. XVIII, S. 3–4, 2014, ss. 133-172.

Koçyiğit, İlker/ Bulur, Alper. Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk. Ankara 2019.

Kurt Konca, Nesibe. “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu Arabuluculuk)”. SETA Perspektif, S. 225, 2018, ss. 1-6.

Kuru, Baki. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku. Birinci Baskıya Ek 1. Tıpkı Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

Narbay, Şafak/Akkuş, Muhammed. “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, Ekim 2020, ss. 301-334.

Narbay, Şafak/Kanyılmaz, Sevgi. “Birinci Kitap: Ticari İşletme Hukuku Arabuluculuk Eğitim Modülü”. Ticaret Hukukunda Uzman Arabuluculuk. Editör: Şebnem Akipek Öcal, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2020.

Özaykut, Salih/Beleç, Mehmet. Karşılaştırmalı, Açıklamalı, Şerhli ve Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu. 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Özekes, Muhammet/Çiftçi, Pınar. “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)”. TBBD/2020/1 48, ss. 101-134.

Paslı, Ali. “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”. (Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Edt. Süral Ceyda Efeçinar/ Mehmet Ertan Yardım), Ankara 2019, ss. 13-25.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet. Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı. 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Pekcanitez, Hakan. Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku-Cilt: II. (Editörler: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz), 15. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Pekcanitez Usul- Cilt II).

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi. Ticari İşletme Hukuku. 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Şener, Oruç Hami. Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Tanrıver, Süha. “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”. TBB Dergisi. S. 147, 2020, ss. 111-142.

Tutumlu, Mehmet Akif. “Terditli Davada Hüküm Kurma Sorunu”. Terazi Hukuk Dergisi. C. 9, S. 97, Eylül 2014, ss. 92-94.

Ulukapı, Ömer. Medenî Usûl Hukuku. 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Ekim 2015.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Fusun. Ticari İşletme Hukuku. 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

Yılmaz, Ejder. “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri”. Bankacılar Dergisi. S. 80, Mart 2012, ss. 83-104.

İnternet Kaynakları

Kurdoğlu, Bülent Nuri. “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Eleştirisi”. <http://bnkurdoglu.blogspot.com/>

www.karararama.yargitay.gov.tr

www.kazancihukuk.com.tr

<http://www.lugatim.com/>

www.osmanice.com



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: XXIV Sayı/No: 1 - 4 Aralık/December 2020

**Güzelleştirme Amaçlı Estetik Tıbbi Müdahalelerde
Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu**

**Contractual Liability of the Doctor in Aesthetic Medical
Interventions for Beautification**

Arş. Gör. Tuğçe KILIÇGİL ÇİÇEK*

ÖZ

Günümüzde sıklıkla karşılaşılan tıbbi müdahale türlerinden biri olan güzelleştirme amaçlı estetik tıbbi müdahaleler, beraberinde ele alınması gereken pek çok hukuki meseleyi getirmektedir. Özellikle bu tür tıbbi müdahalelerden kaynaklı zararın tazmin edilmesi sorunu incelenmesi gereken bir meseledir. Bu inceleme yapılırken hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki nitelendirmesi ve bu ilişkiye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi ayrıca önem taşımaktadır. Genel olarak hekim ile hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Ancak güzelleştirme amaçlı estetik tıbbi müdahaleler, pek çok açıdan teşhis ve tedavi sözleşmesinden ayrılmaktadır. Bu nedenle bu tür müdahalelerin hukuki nitelendirmesi doğrudan vekâlet sözleşmesi olarak yapılmamaktadır. Öğreti ve Yargıtay'ın da belirttiği üzere

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

E-posta: kiliçgil.tugce@gmail.com. ORCID: 0000-0002-4056-4447.

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 30.07.2021 / **Makale Kabul Tarihi:** 24.09.2021

Atf: Tuğçe Kılıçgil Çiçek, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, EBYÜ-HFD, C. XXIV, S. 1-4, Aralık 2020, (119-146).

güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerin hukuki niteliği eser sözleşmesi ile büyük oranda benzerlik taşımaktadır. Bu benzerlik sebebiyle bu tür tıbbi müdahalelere niteliği uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Hekimin, güzelleştirme amaçlı estetik tıbbi müdahalelerden kaynaklı sorumluluğunun doğması için öncelikle bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir. Zarara ek olarak hekim ile hasta arasında bir sözleşmenin mevcut olması, sözleşmenin ihlal edilmesi, kusur ve uygun illiyet bağı şartları da bulunmalıdır. Söz konusu sorumluluğun neticesinde ise hekim açısından maddi, manevi tazminat ödenmesi gündeme gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: Estetik, hekim, tazminat, sorumluluk, tıbbi müdahale, hasta, endikasyon, sözleşme, kusur, tedavi.

ABSTRACT

Esthetics medical interventions for beautification, which is one of the types of medical interventions frequently encountered today, bring many legal issues that need to be examined. In particular, the issue of compensation for damage caused by such medical interventions is an issue that needs to be examined. While conducting this examination, the legal character of the relationship between the patient and the doctor and the determination of the provisions to be applied to this relationship are also important. In general, the legal character of the diagnosis and treatment contract between the doctor and the patient is described as a attorney agreement. However, aesthetic medical interventions for beautification differ from diagnosis and treatment contract in many respects. For this reason, the legal characterization of such interventions is not made directly as a attorney agreement. As doctrine and the Supreme Court stated, the legal character of medical interventions for beautification is largely similar to the agreement for work. Due to this similarity, the provisions of the contract of work are applied to the extent that the nature of such medical interventions is appropriate. In order for the responsibility of the doctor to arise from aesthetic medical interventions for beautification, first of all, a harm must occur. In addition to the damage, the existence of a contract between the doctor and the patient, the breach of the contract, fault and appropriate causal link conditions must also exist. As a result of this responsibility, pecuniary and non-pecuniary damages for the doctor comes to the fore.

Keywords: Esthetics, doctor, compensation, liability, medical attention, patient, indication, contract, negligence, treatment.

GİRİŞ

İnsanın güzelleşme ve bu amaçla vücudunda bazı değişiklikler yapma arzusu hep var olmuştur. Kişiler, sağlıklı olmanın yanı sıra güzel görünmek veya rahatsız olduğu bazı fiziki durumlarını değiştirmek amacıyla estetik amaçlı tıbbi müdahale yaptırma yoluna gitmektedir. Tıp biliminde ve teknolojiye yaşanan gelişmelere bağlı olarak estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin bulunduğu imkanlar artmaktadır. Böylece estetik amaçlı tıbbi müdahaleler ile vücudunda değişiklik yapmak isteyen kişi sayısında eskiye kıyasla bir artış yaşanmaktadır. Ayrıca estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin maliyetleri de teknoloji ve tıpta yaşanan gelişmelere bağlı olarak azalmaktadır. Maliyetin azalması da talebin artmasında etkili olmaktadır.

Estetik amaçlı müdahaleler, kişinin vücut bütünlüğünde bazı değişiklikleri konu alan cerrahi müdahalelerdir. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, güzelleştirme ve tedavi amacı güden tıbbi müdahaleler şeklinde ayrılmaktadır.¹ Bazı durumlarda ise bu iki amacın birlikte bulunması söz konusu olabilir.² Çalışmamızda yalnızca güzelleştirme amaçlı estetik tıbbi müdahaleler ele alınacaktır. Zira iyileştirme amaçlı estetik müdahaleler tıbbi müdahalelerin tabi olduğu hukuki rejime tabidir.³ Estetik amaçlı tıbbi müdahalenin kapsamına girmemekle birlikte, cilt lekelerini, dövmeleri, sivilceleri yok etme amaçlı tıbbi müdahaleler ile kalıcı epilasyon gibi güzelleştirme amacı taşıyan diğer tıbbi müdahaleler de bu çalışmanın konusuna dâhildir.

I. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALENİN TANIMI

Estetik amaçlı tıbbi müdahale kavramının açıklanması için öncelikle tıbbi müdahale, hekim, cerrahi müdahale, endikasyon gibi konu ile alakalı bazı kavramların açıklanması gerekmektedir. Türk Hukuku'nda tıbbi müdahale kavramına ilişkin doğrudan bir tanım bulunmamaktadır. Bu kavram bazı mevzuat hükümleri ve öğretide yer alan açıklamalar yardımı ile tanımlanmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4 hükmünde tıbbi müdahale, *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî*

¹ Hasan **Petek**, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, DEÜHFD, C. 8, S. 1, Y. 2006, s. 178.

² **Petek**, s. 178.

³ Hakan **Hakeri**, Tıp Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 533.

ve ruhî girişim” olarak tanımlanmaktadır. Tıbbi müdahale, hekim olarak adlandırılan tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayıp en ağır cerrahî ameliyatlara kadar uzanan, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyettir.⁴ Bir hastalığı, anormalliği ortadan kaldırmayı veya bunların olumsuz etkilerini en aza indirmeyi amaçlayan her tür müdahale tıbbi müdahale kavramına girmektedir.⁵ Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak isimlendirilebilmesi için müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi ve doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacı taşıması gerekmektedir.⁶ Tıbbi müdahaleler, kişinin vücut bütünlüğüne saldırı niteliği taşıyan diğer müdahalelerden pek çok açıdan farklılık göstermektedir.⁷ Bu farklılıklar tıbbi müdahalenin yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi, kişinin yararına olması, müdahalede bir endikasyon durumunun olması şeklinde sıralanabilir.

Hekim, tıp biliminin verilerine, hekimlik meslek etiği kurallarına ve hastalığın özelliklerine göre hastalıkların klinik, biyolojik ve anatomik belirtilerinin tanınması; çeşitli tedavi yöntemleri ile hastaya teşhis ve tedavinin sağlanması ve yeni tedavi yöntemlerinin araştırılması yetkileri hukuk düzeni tarafından kendilerine resmen verilmiş olan kişilerdir.⁸ Hekim olmanın koşulları 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atların Tarzı İcrasına Dair Kanun’da Türk vatandaşı olmak, tıp fakültesi diplomasına sahip olmak, tabip odasına kayıtlı bulunmak, hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak şeklinde sıralanmaktadır. Bu şartlara ek olarak TŞSTİDK m. 3 hükmünde “önemli cerrahî müdahaleler” için

4 Çetin **Aşçıoğlu**, *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara 1993, s. 45; Mehmet **Ayan**, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991, s. 5; Filiz **Yavuz İpekyüz**, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kıtıpaçılık*, İstanbul 2006, s. 22; Zariye **Şenocak**, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *AÜHFD*, C. 50, S. 4, 2001, s. 66.

5 **Ayan**, s. 5.

6 **Ayan**, s. 5; Tufan, **Öğüz**/Mustafa, **Dural**, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*, C. II, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 106.

7 Munise **Gülen Kurt**, *Estetik Müdahaleler İçin Kurulan Sözleşmelerde Cerrahin Yükümlülükleri*, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2020, s. 101-133, s. 106.

8 Mehmet **Demir**, *Hekim ve Hastane Hukuku Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 260; **Aşçıoğlu**, *Tıbbi*, s. 1; **Ayan**, s. 5.

uzmanlık eğitimi almış olma şartı yer almaktadır. Bu nedenle estetik ameliyat yapabilmek için hekim olmanın yanı sıra uzman olma şartı da aranmaktadır.

Hekimin icra ettiği müdahalenin tıbbi müdahale olarak isimlendirilebilmesinin bir diğer koşulu da müdahalenin doğrudan veya dolaylı olarak tedaviyi amaçlamasıdır.⁹ Hekimin yapmış olduğu müdahalenin tıbbi müdahale sayılabilmesi için tedavi amacıyla yapılması gereklidir.¹⁰ Yani hekim, bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak veya iyileşmesini hızlandırmak gibi amaçlardan birine dayanarak müdahalede bulunmalıdır.¹¹ Bu durum Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 13 hükmünde¹² düzenlenmektedir. Buna göre hekimler teşhis, tedavi veya koruma amacı olmadan yalnızca hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle herhangi bir müdahalede bulunamazlar.¹³ Estetik müdahalelerde doğrudan doğruya tedavi amacı her zaman bulunmamaktadır.¹⁴ Ancak dolaylı tedavi amacı söz konusu olacağı için estetik amaçlı tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olduğu söylenemez. Örneğin; yüzündeki bir iz için estetik ameliyat olan kişi psikolojik olarak kendisini rahatlamış hissedecek ve bu estetik operasyonunun olumlu, tedavi edici etkisi dolaylı olarak meydana gelecektir.¹⁵ Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının bir diğer şartı da müdahalede endikasyon (tıbbi zorunluluk) şartının bulunmasıdır. Tıbbi zorunluluk ile vücudun

9 **Ayan**, s. 5; Çağlar **Özer**, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8- Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları 2009, s. 242; Doğan **Soyaslan**, Estetik Cerrahi Müdahaleler Nedeniyle Doktorların Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları 2009, s. 263.

10 **İpekyüz**, s. 24.

11 **Ayan**, s. 9.

12 **Madde 13** – Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.

13 **İpekyüz**, s. 24.

14 **Ayan**, s. 9; **Özer**, s. 242.

15 **İpekyüz**, s. 24.

organlarından birinin fonksiyonunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi sebebi ile müdahalenin gerekli görülmesi anlaşılmalıdır.¹⁶ Endikasyon maddi, manevi veya psikolojik olabilir.¹⁷ Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, endikasyon şartının değişiklik göstermesi sebebi ile diğer tıbbi müdahalelerden ayrılmaktadır. Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerin psikolojik endikasyona dayalı olarak gerçekleştirilmektedir.¹⁸ Zira psikolojik rahatsızlıklar güzellik, çirkinlik veya saplantı şeklinde ortaya çıkıp tıbbi müdahaleyi gerekli hale getiren tıbbi zorunluluk hallerindedir.¹⁹

Cerrahi müdahale, doğrudan doğruya organ veya dokular üzerinde bazı fiziksel değişiklikler oluşturmak için yapılan, organdaki bozuklukları gidermeyi amaçlayan tıbbi girişim olarak tanımlanmaktadır.²⁰ Estetik amaçlı tıbbi müdahale, kişide doğuştan beri var olan veya sonradan meydana gelen bir sebebe dayalı olarak ortaya çıkan ya da kendiliğinden meydana gelmiş görünüm bozukluklarını düzeltmek amacıyla veya böyle bir şekil bozukluğu olmamasına rağmen kişinin kendini güzel hissetmesi için yapılan müdahalelerdir.²¹ Bu müdahaleler neşterin kullanıldığı kanlı müdahaleler şeklinde veya dudak büyütme, kırışıklıkların giderilmesindeki gibi enjeksiyon (akıtma) yoluyla gerçekleşen kansız müdahalelerden de oluşabilir.²² Güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde temel amaç, hastanın dış görünümünün güzelleştirilmesidir.²³

Estetik amaçlı cerrahi müdahale tedavinin taşıdığı amaca göre üçe ayrılmaktadır.²⁴ Rekonstrüktif estetik operasyonlar, kişide bir kaza veya hastalık neticesinde meydana gelen, dıştan fark edilebilir estetik bir şekil bozukluğunu gidererek hastanın normal görüntüsünü almasını hedefleyen

¹⁶ Soyaslan, s. 263.

¹⁷ Soyaslan, s. 263, 264.

¹⁸ Soyaslan, s. 264.

¹⁹ Soyaslan, s. 264.

²⁰ İpekyüz, s. 30.

²¹ Ayan, s. 34; Aşçıoğlu, s. 51; Özer, s. 244; Enis Sarıal, Sağlık Arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986, s. 77; İpekyüz, s. 31; Mustafa Reşit Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1953, s. 75.

²² Özer, s. 244.

²³ Özer, s. 244.

²⁴ Petek, s. 181; Hülya İmamoğlu, "İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay'ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış", AÜHFD, C. 68, S. 1, 2019, s. 249.

tıbbi müdahalelerdir.²⁵ Bu müdahaleler çoğunlukla tedavi amacı taşımaktadır. Konstrüktif (korrektif) operasyonlar, kişide doğuştan var olan, dıştan fark edilebilir ve ortalama bir kişi tarafından rahatsız edici bulunan bir şekil bozukluğunu gidermeye amaçlayan tıbbi müdahalelerdir.²⁶ İnsan vücuduna yapılan müdahaleler, bir rahatsızlığı düzeltmeyi veya azaltmayı konu alırsa burada tedavi amacı olduğu; yalnızca güzelleştirme amacı güden müdahalelerde ise tedavi amacı güdüldüğü rahatlıkla söylenememektedir.²⁷ Estetik amaçlı cerrahi müdahalenin son türü ise, güzelleştirme amacı taşıyan estetik müdahalelerdir.²⁸ Yapılan tıbbi müdahalenin estetik amaçlı tıbbi müdahalelerden hangi kategoriye girdiği somut olayın şartlarına göre belirlenmelidir.²⁹ Örneğin, nefes almayı kolaylaştırmak için burun eğriliklerini düzeltmek amacıyla yapılan burun ameliyatı, yanık sebebi ile yüzde yapılan tıbbi müdahale dış görünüşte değişikliğe yol açsa dahi estetik ameliyat olarak değerlendirilmez.³⁰ Ancak yalnızca hastanın dış görüntüsünü güzelleştirme amacı güden tıbbi müdahaleler, estetik amaçlı tıbbi müdahale kapsamına girmelidir.³¹ Her ne kadar estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde tedavi amacı olmasa da hasta müdahaleden sonra kendisini daha mutlu hisseder. Öğretide bir görüşe göre beden ve ruh sağlığının bir bütün olduğu göz önünde bulundurulduğunda estetik amaçlı müdahalelerin de tedaviye yönelik oldukları kabul edilmelidir.³² Bir diğer görüşe göre ise şöhret olmak için yapılan cerrahi müdahaleler hukuka aykırı müdahalelerdir.³³ Zira, bu müdahalelerde tedavi, koruma ve acı dindirme amacından

25 **Hakeri**, 533; **İmamoğlu**, s. 249.

26 **İmamoğlu**, s. 250.

27 **Aşçıoğlu**, Tıbbi, s. 51.

28 **İmamoğlu**, s. 250.

29 **İmamoğlu**, s. 249.

30 **Temel**, s. 229; **Hakeri**, 533.

31 **Temel**, 230.

32 **Aşçıoğlu**, Tıbbi, s. 51; **Ayan**, s. 34; **İpekyüz**, s. 31.

33 **Ayan**, s. 35; **Aşçıoğlu**, Tıbbi, s. 52; **Sarıal**, s. 77; **İpekyüz**, s. 32; Nevzat **Gürelli**, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", İÜHFİM, C. 45, S. 1-4, 1981, s. 272.

herhangi biri bulunmamaktadır.³⁴ Ancak kişiyi istemediği görüntü ile yaşamaya zorlamak kişide psikolojik rahatsızlıkların oluşmasına yol açabilmektedir.³⁵ Bu nedenle bir görüşe göre, estetik müdahalelerde tedavi amacının olduğu kabul edilmelidir.³⁶ Kişinin sağlığından ziyade güzelliğinin sağlanmasının amaçlanması estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri hekimler tarafından gerçekleştirilen diğer tıbbi müdahalelerden ayıran en önemli farktır.³⁷ Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, yalnızca cerrahi müdahaleler olmak zorunda değildir. Örneğin; dudaklara silikon enjekte edilmesi durumunda olduğu gibi cerrahi müdahalede bulunmaksızın yapılan estetik müdahaleler de bulunmaktadır.³⁸

II. HASTA İLE ESTETİK CERRAH ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Estetik amaçlı tıbbi müdahale kural olarak estetik cerrah ile hasta arasında meydana gelmektedir.³⁹ Estetik cerrah bu konuda uzmanlık eğitimi almış olan hekimdir. Hasta ise hekimin belirli bir amaçla müdahalede bulunduğu tıbbi müdahaleye rıza gösteren kişidir.⁴⁰ Estetik cerrahi operasyonların doğrudan dış görünüşte bir değişikliğe yol açması sebebi ile estetik cerrahların diğer hekimlere göre daha dikkatli ve özenli hareket etmeleri gerekmektedir.⁴¹ Estetik cerrahın sorumluluğunun meydana gelmemesi için güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde dikkat etmesi gereken bazı koşullar bulunmaktadır.⁴² Bu koşullar hastanın rızası, hastanın

³⁴ **Gürelli**, s. 271-272. Bu sözleşmelerin teşhis, tedavi amacı taşıması gerekliliğinden hareketle sözleşme konusunda böyle bir sınırlamaya gidilmektedir. Esasen Türk Borçlar Hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akın **Ünal**, Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 31 vd.

³⁵ **Aşçıoğlu**, Tıbbi, s. 52.

³⁶ **Aşçıoğlu**, Tıbbi, s. 52.

³⁷ Erhan **Temel**, “Alman Hukuku’nda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s. 228.

³⁸ **Temel**, 228.

³⁹ **Özer**, s. 243.

⁴⁰ **Özer**, s. 243.

⁴¹ **Aşçıoğlu**, Tıbbi, s. 52; **Petek**, s. 185.

⁴² **Aşçıoğlu**, Tıbbi, s. 52.

yapısı ve sağlık durumu, olası tehlike ve amaç şeklinde sıralanabilir.⁴³ Hekim tarafından yapılan müdahalenin hukuka uygun olmasının ilk koşulu hastanın rızasının alınmasıdır.⁴⁴ Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliği m. 5 hükmünde “*tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz*” ve m. 22 hükmünde “*kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz*” düzenlemeleri ile açıkça belirtilmiştir.

Türk hukukunda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin niteliğini düzenleyen herhangi bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Serbest çalışan hekimin sorumluluğu sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk, sözleşme sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu gibi farklı sorumluluk türlerine dayalı olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁵ Hekim ile hasta arasında kurulan ilişkinin hukuki niteliği konusunda öğretide eser, hizmet ve vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.⁴⁶

Türk hukuk öğretisinde güzelleştirme amaçlı estetik müdahalenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi konusunda öğretide ve yargı kararlarında eser ve vekalet sözleşmesi hükümleri üzerinde durulmaktadır.⁴⁷ Öğretide yer alan bir başka görüşe göre ise, estetik amaçlı bu müdahalelerin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi yerine somut olayın niteliğine ve hekimin taahhütlerine göre sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi daha isabetli bir

43 Aşçıoğlu, Tıbbi, s. 52.

44 İpekyüz, s. 27.

45 Ayan, s. 49; Aşçıoğlu, Tıbbi, s. 64; Gültezer Hatırnaz Erol, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 400.

46 Reşat Atabek/Merih Sezen, Hekimin Mesuliyeti, 1954, s. 8 vd; Ayan, s. 51 vd; Hayrinnisa Özdemir, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 74 vd; İpekyüz, s. 56 vd; Yılmaz Battal, Açıklamalı İctihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 16; Ekrem Kurt, Hekimlik Sözleşmeleri, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayınları, s. 62 vd.

47 Şahin Akıncı, Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, Yetkin Yayınları 1996, s. 85; Özer, s. 246; Petek, s. 187, 191.

yöntemdir.⁴⁸ Bu nedenle estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği öğreti ve yargı kararları çerçevesinde belirlenmeye çalışılacaktır. Alman Hukuku'nda estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda iki ayrı görüş bulunmaktadır.⁴⁹ Bu görüşlerden ilki, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini eser sözleşmesi olarak nitelendirirken; ikinci görüş, bu ilişkiyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir.⁵⁰ Temel'e göre, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin hizmet sözleşmesi olarak belirlenmesi hakkaniyete daha uygun düşecektir.⁵¹ Zira estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde cerrahın sonucu elde edememe ihtimali bulunmaktadır.⁵²

B. Vekalet Sözleşmesi Görüşü

Vekalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu m. 502/1 de düzenlenmektedir. Bir tanıma göre, vekalet öyle bir akittir ki vekile vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik olan bir işi görmeyi zaman kaydına tabii olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmesi rizikosu vekalet verene ait olmayacak şekilde yükler.⁵³ Bir başka tanıma göre vekalet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki vekil, vekalet veren ile arasındaki özel güven ilişkisine dayalı olarak, vekalet verenin menfaatine ve hesabına olacak şekilde nispeten yersel, zamansal ve maddi bağımsızlık içerisinde bir iş veya hizmeti, ücretsiz veya kimi durumlarda ücretli olarak görmeyi borçlanır.⁵⁴ Öğretide ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir diğer tanıma göre ise vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile belirlenen işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin kanunda düzenlenen başka bir sözleşmenin konusuna girmediği ve bunun karşılığında sözleşmede kararla-

48 **Hakeri**, 538.

49 **Temel**, 232.

50 **Temel**, 232.

51 **Temel**, 233.

52 **Temel**, 234.

53 Haluk **Tandoğan**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 355; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 598.

54 Mustafa Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, C. II, 2014, s. 122.

tırma veya teamülen belirleme olması durumlarında vekilin ücrete hak kazandığı bir sözleşmedir.⁵⁵ Vekalet sözleşmesinin özellikleri şu şekilde sıralanabilir: Vekalet sözleşmesi borç doğuran, rızai, vekalet verenin ücret ödemesi gereken hallerde tam iki tarafa borç yükleyen, istinaen yalnızca belirli işin görülmesi dışındaki işler haricinde devamlı borç ilişkisine benzer bir ilişki doğuran, iş görme sözleşmesidir.⁵⁶ Vekalet sözleşmesinin unsurlarını bir işin görülmesi, işin vekalet verenin menfaatine yapılması, vekilin edim fiilinden sorumlu olması ve bağımsız olarak iş görmesi, ücretsiz veya bir ücret karşılığında iş görmesi oluşturmaktadır.⁵⁷

Türk hukukunda hekim ve hasta arasında kurulan, teşhis ve tedaviyi konu alan sözleşmenin hukuki niteliği öğreti ve yargı kararlarına göre vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.⁵⁸

Öğretide estetik cerrah ile hasta arasında kurulan, güzelleştirme amacı taşıyan sözleşmenin vekalet sözleşmesi niteliğini haiz olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden birine göre, cerrahi müdahale ile üstlenilen sonucun başarıyla sonuçlanmasının hukuki niteliğinin objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli olmaması ve eser sözleşmesinin eserin teslimi ile muayenesine ilişkin hükümlerinin uygulanmasına olanak tanınamaması gerekçeleri ile cerrahi müdahalelerin vekalet sözleşmesini oluşturduğu kabul edilmelidir.⁵⁹ Bir diğer görüş ise, güzelleştirme amaçlı estetik tıbbi müdahalelerde estetik cerrahın sonucu yüklenmiş olduğunu an-

55 Cevdet **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta Yayınları, Kasım 2014, s. 1154.

56 Fahrettin **Aral**/Hasan **Ayrancı**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 435; **Gümüş**, s. 122-123; Aydın **Zevkliler**/Emre **Gökayla**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2016, s. 632 vd; **Eren**, Özel Hükümler, s. 599 vd.

57 **Aral / Ayrancı** s. 435- 439; **Gümüş**, s. 124 vd; **Tandoğan**, C. II, s. 356 vd; **Zevkliler / Aydın**, s. 638; **Yavuz**, s. 1155 vd; **Eren**, Özel Hükümler, s. 701 vd.

58 **Aşçıoğlu**, s. 20; **Ayan**, s. 54; Enis **Sarıal**, Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986, s. 43; **Akıncı**, s. 86-87; **İpekyüz**, s. 68; **Gümüş**, s. 133; **Belgesay**, s. 76; **Tandoğan**, C. II, s. 360; **Şenocak**, Rıza, s. 69; **Özdemir**, s. 81; Hasan Tahsin **Gökcan**, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 901; **Kurt**, s. 73; 03.11.1999 tarihli 4007/3868 sayılı kararında "...2-Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur." Yargıtay, 15. HD., E. 1999/4007, K. 1999/3868, 03.11.1999.

59 **Özdemir**, s. 80.

cak bu durumun sözleşme tipinin değişik nitelendirilmesini gerektirmediği gerekçesi ile hekimlerin tedavi amacına yönelik olan tüm fiillerinin vekalet sözleşmesine konu olacağını savunmaktadır.⁶⁰ Bir diğer görüşe göre ise, eser sözleşmesinin oluşması için sonucu taahhüt edilmeye elverişli bir durum bulunmalıdır.⁶¹ Örneğin, özel bir öğretim faaliyeti ile estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde sonucun meydana gelmesi yükümlülük altına giren kişinin gücü dışında bazı faktörlere de bağlı olduğundan sonucun önceden taahhüt edilmesine elverişli değildir.⁶² Müdahalenin neticesi üzerinde hastanın fizyolojik yapısı, müdahaleden sonraki durumu da etkilidir.⁶³ Ayrıca bu görüşe göre, insan eliyle inşa ve imal edilebilen fikri veya maddi bir ürün olarak görülmemelidir.⁶⁴ Aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirildiği ve hekimin tıp biliminin güncel verilerine uygun olarak hareket ettiği durumlarda istenen sonucun meydana gelmesinden hekimin sorumlu tutulması adalet ve hakkaniyet ile örtüşmemektedir.⁶⁵ Dolayısıyla bu sözleşmeler, eser sözleşmesi olarak kabul edilmezler.⁶⁶ Ayrıca yine bu görüş taraftarlarına göre estetik tıbbi müdahalelerde bulunan şahsi becerinin ön planda olması ve taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğun olması sebeplerine dayalı olarak estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır.⁶⁷ Aşçıoğlu'na göre ise güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde de kişinin sağlığına kavuşmasının amaçlanması sebebi ile bu müdahaleleri eser sözleşmesi olarak nitelendirmek doğru değildir.⁶⁸

⁶⁰ Aşçıoğlu, s. 16, 20.

⁶¹ Tandoğan, s. 21; Zafer Zeytin, "Vekalet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi", Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Ekim 2014, s. 111.

⁶² Tandoğan, s. 21; Zeytin, s. 111.

⁶³ Zeytin, s. 111.

⁶⁴ Zeytin, s. 112.

⁶⁵ Zeytin, s. 112.

⁶⁶ Tandoğan, s. 21.

⁶⁷ Tandoğan, s. 21; Zeytin, s. 111; İmamoğlu, s. 256.

⁶⁸ Aşçıoğlu, s. 20.

C. Eser Sözleşmesi Görüşü

Eser sözleşmesi TBK m. 470 vd.⁶⁹ maddelerinde düzenlenmiştir. Bu tanıma göre, eser sözleşmesinde iş sahibinin ödeyeceği ücret karşılığında yüklenici bir eser meydana getirmeyi üstlenmektedir. Bu sözleşmede önemli olan husus, objektif olarak gözlenebilen sonucun ortaya çıkmasıdır⁷⁰. Sözleşmenin tarafları yüklenici ve iş sahibidir. İş sahibi, bir eser ortaya koymayı başkasına tevdi eden gerçek veya tüzel kişidir.⁷¹ Yüklenici ise eser meydana getirip teslim etmeyi borçlanan herhangi bir kişidir.⁷² Eser sözleşmesinin unsurları; bir eserin meydana getirilmesi, ücret, tarafların anlaşması olarak sıralanabilir.⁷³ Yüklenicinin sözleşmeden doğan asıl borcu bir eseri meydana getirmek ve bunu teslim etmektir.⁷⁴ İş sahibinin asıl borcu ise ücret ödeme borcudur.⁷⁵

Estetik cerrah ile hasta arasında kurulan ilişkinin niteliğinin eser sözleşmesi teşkil edip etmediğinin tespiti için eser kavramının belirlenmesi gerekmektedir. Eserin tanımı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte bugün genel olarak kabul edilen görüşe göre, eserin mutlaka kendisini cismani bir varlıkta gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır.⁷⁶ Eser, yüklenicinin sözleşme ile meydana getirme borcu altına girdiği sonuçtur.⁷⁷ Objektif olarak belirlenebilen, belirli bir manevi olmayan sonucun meydana getirilmesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir.⁷⁸ Hatta insan vücudu üzerinde emek harcanarak elde edilecek sonuçlar da eser olarak kabul edilebilirler.⁷⁹ Özetle insan emeğinin bir sonucu

69 TBK m. 470: "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."

70 **Tandoğan**, s. 1; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 489.

71 **Yavuz**, s. 985; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 503; **Eren**, Özel Hükümler, s. 521.

72 **Yavuz**, s. 985; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 503; **Eren**, Özel Hükümler, s. 580.

73 **Tandoğan**, C. II, s. 2-35; **Yavuz**, s. 986-994; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 490- 502; **Aral/Ayrancı**, s. 361- 368; **Eren**, Özel Hükümler, s. 583 vd.

74 **Tandoğan**, C. II, s. 48; **Yavuz**, s. 1000; **Eren**, Özel Hükümler, s. 602 vd.

75 **Tandoğan**, C. II, s. 234; **Eren**, Özel Hükümler, s. 650 vd.

76 **Yavuz**, s. 986; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 490; **Eren**, Özel Hükümler, s. 587.

77 **Zevkliler/Gökyayla**, s. 490.

78 **Yavuz**, s. 988; Nejdet **Şatır**, Emsal Kararlar Işığında Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri Yargıtay-Danıştay İçtihatları, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 30.

79 **Zevkliler/Gökyayla**, s. 490; **Aral/Ayrancı**, s. 366.

olan, ekonomik değer taşıyan her hukuki varlık maddi niteliği olsun veya olmasın eser sözleşmesi niteliğini haizdir.⁸⁰ Var olan bir nesnenin şeklinde değişiklik yapılması ile eser meydana getirilebileceği kabulünden hareketle bu sözleşme de eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.⁸¹ Ancak meydana gelen sonucun dış dünyada algılanabilir, fark edilebilir nitelikte olması gerekmektedir.⁸²

Öğretide yer alan bir görüşe göre, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde hekimin sonucu taahhüt etmesi sebebiyle bu tür müdahalelerin eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğu kabul edilmelidir.⁸³ Şayet estetik cerrahın ortaya koyduğu sonuç, tıp biliminin güncel verilerine göre başarılı bir sonuç olarak kabul edilebiliyorsa hastanın bu sonucu kabul edip etmediğinden bağımsız olarak bu sözleşme eser sözleşmesi kabul edilmelidir.⁸⁴ Ancak estetik cerrahın mesleki bilgi ve tecrübesi dışındaki sebeplere bağlı olarak tıbbi müdahale neticesinde bir eserin meydana gelmemesi halinde estetik cerrahın bir eser ortaya koyma amacından hareket etmesinden dolayı yine eser sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmelidir.⁸⁵ Bir diğer görüşe göre ise, estetik cerrahın tedavi amacı taşımaksızın yalnızca güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi eser sözleşmesi niteliğindedir.⁸⁶ Eser sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri, hastaya ait ameliyat öncesi ile ameliyat sonrası fotoğrafların karşılaştırılmasıyla veya ortaya çıkan sonucun genel kabul görmüş ölçülere aykırı bir nitelik taşıması durumunda da uygulanabilir.⁸⁷

Yargıtay, pek çok kararında estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Nitekim Yargıtay 15. HD tarafından verilen E. 2005/7988, K. 2016/3417 sayılı, 08.06.2016 tarihli kararda⁸⁸ *“Taraflar arasındaki sözleşmeye göre estetik ameliyat yapılmak suretiyle davacının karın bölgesinde doğumdan sonra oluşan bozulmanın gideril-*

80 Zevkliler/Gökyayla, s. 491.

81 Aral/Ayrancı, s. 590; Yavuz, s. 991, Petek, s. 192.

82 Tandoğan, s. 23; İpekyüz, s. 60.

83 Belgesay, s. 76-77; Sarıal, s. 43; Akıncı, s. 85; İpekyüz, s. 61; Gümüş, s. 133; Şatır, s. 29 vd; Kurt, s. 74-75; Petek, s. 192; Hakeri, s. 538.

84 Petek, s. 192.

85 Petek, s. 192.

86 İpekyüz, s. 61, 64.

87 Petek, s. 190.

88 Lexpera, E.T. 17.12.2019.

mesi öngörülmüştür. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren, bir emek sarfi ile gerçekleştirilen sonuçtur. O halde taraflar arasındaki ilişki BK. nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir.” denilerek hukuki nitelik belirlemesi yapılmıştır. Ayrıca 3. HD tarafından verilen 14.10.2014 tarihli, 8623/13220 sayılı kararda “Dava; estetik amaçlı lazer uygulamasından meydana geldiği iddia olunan zararın tazmini için açılan manevi tazminat istemine ilişkindir. Tarafların açıklamaları ile dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde; taraflar arasındaki akdi ilişkinin, TBK'nun 470 (BK. m. 355) ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklandığı açıktır. Davacı taraf iş-eser sahibi; davalı taraf ise yüklenicidir.” ifadelerine yer verilerek hukuki ilişkinin niteliğinin eser sözleşmesi olduğuna hükmedilmiştir.⁸⁹ Yargıtay 13. HD nin 05.04.1993 tarih, E. 1993/131, K. 1993/2741 sayılı kararında⁹⁰ ise estetik görüntü konusunda hekimin belli bir sonucu taahhüt etmesi halinde taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi niteliği taşıyacağına hükmetmiştir. Yine bir kararında Yargıtay⁹¹, “estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu açıktır” şeklinde hükmetmiştir.

TBK m. 471/3⁹² de düzenlendiği üzere yüklenici eseri kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında birine yaptırmakla yükümlüdür. TBK m. 83⁹³ hükmünde de kural olarak borçlunun şahsen ifa ile yükümlü olmadığı düzenlenmektedir. Çalışmamız açısından bakıldığında estetik cerrahın bu konudaki şahsi özellikleri ön planda tutularak hasta ile cerrah arasında

⁸⁹ Lexpera, E.T. 17.12.2019.

⁹⁰ Lexpera, E.T. 17.12.2019.

“... davacı, estetik bir görünüm kazandıracağını ikna ve taahhüt ederek davalı doktorun burnunu ameliyat ettiğini, fakat meslek hatası ve kusur sonucu burnunun çöküğünü ve yüzünün tamamen değişip çirkinleştiğini ileri sürerek... tazminat talep etmiştir.”

⁹¹ Yargıtay 15. HD. E. 2018/5523, K. 2019/801 sayılı ve 26.02.2019 tarihli kararı; Lexpera, E.T. 17.12.2019.

⁹² Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.

⁹³ Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.

sözleşme yapılmaktadır. Ayrıca estetik cerrah hasta ile yaptığı sözleşmeyle işi bizzat ifa yükümlülüğü altına girmektedir. Bu nedenle kanaatimizce estetik cerrah, hastaya uygulanacak tıbbi müdahaleyi anestezi, hasta bakımının sağlanması gibi tıbbi müdahaleye yardımcı unsurlar dışında bizzat kendisi yapmalıdır. Estetik cerrahın işi başkasına veya kendi yönetimi altında bulunanlara yaptırması sözleşmeye aykırılık hali teşkil edecek olup, onun bu sebeple doğan zarardan sorumlu tutulmasına yol açacaktır.⁹⁴

D. Değerlendirme

Güzelleştirme amacı taşıyan estetik tıbbi müdahaleler ile tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerin arasında şüphesiz bazı farklılıklar vardır. Zira güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde hasta vücudunda belirli bir değişikliğin meydana gelmesi amacıyla estetik cerrah ile sözleşme ilişkisi içine girmektedir. Yani estetik cerrah tarafından bir sonuç taahhüt edilmektedir. Tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerde ise hekim, belirli bir sonucun meydana geleceğini taahhüt etmemektedir. Bu tür tıbbi müdahalelerde hekimin görevi, tıp biliminin güncel verilerine ve hastaya en uygun teşhisin konularak tedavinin uygulanması yükümlülüğü altına girmektedir. Yani hekimin yükümlülüğü hastanın menfaatine bir iş görmek olup, bir sonucu taahhüt etmemektedir. Bu nedenle iki tıbbi müdahalenin hukuki niteliği birbirinden farklıdır. Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde bir sonucun taahhüt edilmesi TBK m. 470 vd maddelerinde düzenlenmiş olan eser sözleşmesine özelliğini veren bir sonucun meydana getirilmesi unsuru ile örtüşmektedir. Her ne kadar estetik cerrah tarafından meydana getirilen sonuç hastanın biyolojik ve fizyolojik özellikleri, iyileşme sürecinde hastanın davranışları gibi unsurlara bağlı olsa da bu durum güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde cerrah tarafından bir sonucun taahhüt edildiği durumunu değiştirmektedir. Müdahale neticesinde meydana gelen sonuç, cerrah tarafından taahhüt edilen sonuçtan farklı olabilir. Bu durumda dahi bu sonuç tıp biliminin güncel verilerine göre başarılı olarak kabul ediliyorsa eser olarak kabul edilmelidir. Zira estetik cerrah, taahhüt ettiği sonucun meydana gelmesi amacıyla tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmiştir. Anılan nedenlerden dolayı kanaatimizce estetik cerrah ile hasta arasında güzelleştirme amacı taşıyan estetik müdahalelerin hukuki niteliği eser sözleşmesi olarak belirlenmelidir.

94 **Yavuz**, s. 1008.

III. HASTA İLE ESTETİK CERRAH ARASINDAKİ İLİŞKİDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

A. Sorumluluğun Şartları

1. Genel Olarak

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide sorumluluk kural olarak sözleşmeden doğmaktadır.⁹⁵ Estetik cerrah ile hasta arasında açık veya zımni olarak kurulmuş bir sözleşmenin olması halinde sözleşmeden doğan sorumluluk söz konusu olmaktadır. Cerrah tarafından meydana getirilen sonucun sözleşmeye uygun olarak ifa edilip edilmediği tarafların yapmış oldukları sözleşmeye bakılarak belirlenir. Bu sözleşmede genellikle nitelik bakımından sonucu meydana getirme borcunun gereğince ifa edilmediği ileri sürülmektedir.⁹⁶ Örneğin, hastanın burnunun bir sanatçıya benzemesi için estetik cerrahla sözleşme yapması halinde sonuç hastanın istediği gibi olmazsa sözleşmeye aykırılıktan bahsedilebilir.

Estetik cerrah ile hasta arasındaki ilişkide, cerrah aleyhine bir sorumluluğun meydana gelebilmesi için, sözleşmenin varlığı, sözleşmenin ihlali, cerrahın sözleşmeye aykırı kusurlu bir davranışı, bu davranışının neticesinde hastanın bir zarara uğraması ve söz konusu davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.⁹⁷

2. Sözleşmenin Varlığı

Estetik cerrahın hasta ile aralarında kurulmuş olan sözleşmeden dolayı sorumlu tutulması için taraflar arasında geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin bulunması ve sözleşmede belirtilen borçlardan birinin ihlal edilmiş olması gerekmektedir.⁹⁸ Bu sözleşme TBK m. 26 ve 27 hükümlerine uygun olarak yapılmalıdır. Ayrıca sözleşmenin konusu hukuka, ahlaka,

95 **Aşçıoğlu**, s. 64; **Nejdet Şatır**, Yargı Kararlarında Özel Hastanelerde Çalışan Doktorların ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayınları, s. 80.

96 **Petek**, s. 196.

97 **Eren**, s. 1051; **Aşçıoğlu**, s. 65; **Ayan**, s. 63; **Petek**, s. 193; **Battal**, s. 13-14; **Şatır**, Sorumluluk, s. 80- 81.

98 Sözleşmenin ihlali için ortada bir sözleşme ilişkisinin bulunması gerekliliği için bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 1051; **İpekyüz**, s. 123; **Battal**, s. 13.

emredici hükümlere ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır. Sözleşmenin varlığını ispat yükü hastanın üzerindedir.⁹⁹

3. Sözleşmenin İhlali

Hasta ile estetik cerrah arasında kurulan sözleşmede estetik cerrahın asıl borcu sözleşmede taahhüt ettiği sonucu meydana getirme borcudur. Estetik cerrahın sözleşmeden doğan diğer borçları ise teşhis koyma ve bu teşhise en uygun tedaviyi uygulama, eseri bizzat meydana getirme, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, tıbbi kayıt tutma, sır saklama olarak sayılabilir.¹⁰⁰ Sözleşmeden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için estetik cerrahın sözleşme çerçevesinde yükümlülüklerden en az birini ihlal etmiş olması gerekmektedir.¹⁰¹ Sözleşmenin ihlali hastaya zarar verilmesi veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi şeklinde ortaya çıkabilir.¹⁰² Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi veya hiç ifa edilmemesi sözleşmeye aykırılığın tipik unsurlarıdır.¹⁰³ Bu unsurlardan biri olmaksızın sözleşmeden doğan sorumluluk söz konusu olmayacaktır.¹⁰⁴ Sözleşmenin ihlal edilmediğini ispat yükü estetik cerrahın üzerindedir.¹⁰⁵

4. Kusur

Kusur, olması gereken davranışa gösterilen irade eksikliği sebebi ile hukuk düzeni tarafından kınanabilen davranış biçimidir.¹⁰⁶ Öğretide yer alana başka bir görüşe göre ise kusur, zarar vermeme ödevi yönünden ahlak kuralları ve hukuk düzeninin emirlerine uyulmasında failin iradesini

⁹⁹ **Ayan**, s. 63.

¹⁰⁰ **Petek**, s. 194.

¹⁰¹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1051; **İpekyüz**, s. 129; **Battal**, s. 13.

¹⁰² **İpekyüz**, s. 129.

¹⁰³ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1051; **Ayan**, s. 63.

¹⁰⁴ **İpekyüz**, s. 129.

¹⁰⁵ **İpekyüz**, s. 129.

¹⁰⁶ **Aşçıoğlu**, s. 72; **Safa Reisoğlu**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım A.Ş., 24. Bası, İstanbul 2013, s. 171; **Haluk Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Beta Basım, İstanbul 2015, s. 153; **Eren**, Genel Hükümler, s. 569; **Gökhan Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 21.

yeterli derecede kullanmaması olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁷ Hukuka aykırı sonucu isteyen veya hukuka aykırı sonucu önlemek için gerekli bir irade göstermeyen kişi kusurludur. Sorumluluk hukukunda kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁰⁸ Sözleşmeye dayalı sorumluluğun doğmasının bir diğer koşulu da sözleşmeye aykırı sonucun meydana gelmesinde estetik cerrahin kasıt veya ihmal şeklinde bir kusurlu davranışının olmasıdır.¹⁰⁹ Zarar veren tarafından hukuka aykırı sonucun bilinmesi ve istenmesi kast olarak; hukuka aykırı sonucun istenmemekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için hal ve şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi ise ihmal olarak adlandırılmaktadır.¹¹⁰ Estetik cerrahin hukuken sorumlu tutulmasında kast ve ihmalin bir önemi bulunmamaktadır.¹¹¹ Zira hekim ihmal ve kastından dolayı sorumludur.¹¹² Bu ayırım yalnızca estetik cerrahın ödeyeceği tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşımaktadır.¹¹³ Çalışmamızda ele alınan estetik cerrahin sorumluluğunda kusur genellikle ihmal şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹¹⁴ Yapılan tıbbi müdahalede ihmalin olup olmadığının belirlenmesinde aynı hal ve şartlarda ortalama bir cerrahın göstermesi gereken dikkat ve özen kriteri dikkate alınır.¹¹⁵ Benzer işlerde benzer kişiler tarafından gösterilmesi gereken özenin gösterilmemesi halinde borçlu kural olarak kusurlu kabul edilir.¹¹⁶ Yani objektif ölçü göz önüne alınmaktadır.¹¹⁷ Bunun yanı sıra cerrahin sübjektif özellikleri de bu nedenle cerrahin sübjektif özellikleri

107 **Hatemi/Gökyayla**, s. 146; **Reisoğlu**, Genel Hükümler, s. 171; M. Kemal **Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 429.

108 **Oğuzman/Öz**, s. 429; **Reisoğlu**, Genel Hükümler, s. 172; **Hatemi/Gökyayla**, s. 146; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1061; **Aşcıoğlu**, Tıbbi, s. 72; **Ayan**, s. 103.

109 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1060; **Aşcıoğlu**, Tıbbi, s. 72; **Ayan**, s. 100.

110 **Oğuzman/Öz**, s. 429; **Reisoğlu**, Genel Hükümler, s. 172; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1061; **Aşcıoğlu**, s. 72; **Reisoğlu**, Genel Hükümler, s. 172; **Hatemi/Gökyayla**, s. 147; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1061.

111 **Ayan**, s. 103; **İpekyüz**, s. 134.

112 **Özdemir**, s. 103.

113 **Aşcıoğlu**, Tıbbi, s. 94; **Ayan**, s. 103; **Özdemir**, s. 162; **İpekyüz**, s. 134.

114 **Ayan**, s. 102.

115 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1060; **Aşcıoğlu**, Tıbbi, s. 76; **Ayan**, s. 102.

116 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1060.

117 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1060; **Aşcıoğlu**, Tıbbi, s. 76; **Ayan**, s. 101.

ihmalin belirlenmesinde kriter olarak nitelendirilemez.¹¹⁸ Ancak kanaatimizce bu görüşün uygulanması her zaman mümkün değildir. Zira tarafların bu sözleşmeyi yapmalarında önemli olan kriter kimi zaman cerrahın şahsi özellikleridir. Şayet hastayı o cerrahla sözleşme yapmaya yönelten husus cerrahın sahip olduğu şahsi özellikler ise kanaatimizce cerrahın sübjektif özellikleri ihmalin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Sözleşmede borçlu durumunda olan hekimin kusurlu olmadığını ispatlaması gerekmektedir.¹¹⁹

5. Zarar

Sorumluluğun doğması için bir zarar ortaya çıkmalıdır.¹²⁰ Şayet bir zarar ortaya çıkmazsa hukuki sorumluluk söz konusu olmaz.¹²¹ Estetik cerrahın tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ortada cerrahın fiilinden doğan bir zararın bulunması gerekmektedir.¹²² Zarar, genel olarak bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir.¹²³ Sözleşmeden doğan zarar maddi ve manevi zarar olarak ikiye ayrılmaktadır.¹²⁴ Maddi zarar, genellikle fiili zarar veya kazanç kaybı olarak ortaya çıkabilir.¹²⁵ Fiili zarar, malvarlığının aktif kısmında bir azalma veya pasif kısmında artış şeklinde gerçekleşir.¹²⁶ Yoksun kalınan kar ise, hukuka aykırı davranış olmasaydı alacaklının malvarlığının göstereceği artışı ifade etmektedir.¹²⁷ Örneğin,

118 **Ayan**, s. 102; **İpekyüz**, s. 133, **Özdemir**, s. 161.

119 **Oğuzman/Öz**, s. 430; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1065; **Ayan**, s. 104.

120 **Reisoğlu**, Genel Hükümler, s. 170; Hüseyin **Hatemi/Emre Gökayla**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 130; **Eren**, Genel Hükümler, s. 520; **Aşçıoğlu**, Tıbbi, s. 99.

121 **Reisoğlu**, Genel Hükümler, s. 170; **Aşçıoğlu**, s. 99.

122 **Petek**, s. 219; **İpekyüz**, s. 136.

123 **Aşçıoğlu**, s. 99; **Nomer**, s. 148; **Reisoğlu**, Genel Hükümler, s. 170; Ahmet **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2013, s. 293; **Oğuzman / Öz**, s. 407; **Eren**, Genel Hükümler, s. 521, 1052; **Battal**, s. 66; **Petek**, s. 219.

124 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1052.

125 **Oğuzman / Öz**, s. 407 vd; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1052; **Ayan**, s. 104; **Battal**, s. 66.

126 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1052; **Battal**, s. 66.

127 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1052; **Battal**, s. 66.

hatalı yapılan bir estetik müdahale sebebi ile hasta ikinci bir ameliyat olmak zorunda kalırsa ve bunun neticesinde maddi kayıp meydana gelirse bu zarar fiili zarar; hatalı bir estetik müdahale sebebi ile yüzünde sabit bir yara izi kalan sinema sanatçısının ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle uğradığı zarar ise, yoksun kalınan kardır.¹²⁸ Manevi zarar, kişilik hakkı içinde yer alan kişisel değerlere yapılan bir saldırıdan dolayı kişide meydana gelen acı ve elemenden kaynaklanan zarardır.¹²⁹ Hekimin faaliyetinin hastanın beden bütünlüğü ve sağlığına yönelik olması sebebi ile hastanın maddi zararın yanı sıra manevi zarara da uğrayacağı kabul edilmektedir.¹³⁰ Hekimin faaliyetinin hastanın vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale olması sebebi ile hasta, maddi zararın yanı sıra manevi zarara da uğrayabilir.¹³¹ Hastanın sözleşmeye aykırı ve kusurlu güzelleştirme amaçlı bir estetik bir müdahale geçirmesi durumunda veya estetik cerrahın aydınlatma yükümlülüğü başta olmak üzere sır saklama, kayda geçirme gibi yükümlülüklerine aykırı davranması sebebiyle hastanın hayat zevkinde ve sevincinde azalma olması halinde ortaya manevi bir zarar çıkmaktadır.¹³²

Maddi veya manevi zararın meydana geldiğinin ispat yükü hastanın üzerindedir.¹³³ Zararın ispatlanmasının hasta açısından zor olması sebebi ile ilk görünüş ispatının varlığı yeterlidir. Yani hastanın hayatın olağan akışına göre cerrahın müdahalesi neticesinde böyle bir zararın meydana gelebileceğini kanaat verici biçimde açıklaması yeterlidir.¹³⁴

6. Uygun Nedensellik Bağı

Estetik cerrahın sözleşmeden doğan sorumluluğunun bir diğer şartı da uygun nedensellik bağının bulunması gerekliliğidir.¹³⁵ Uygun nedensellik bağı, ortaya çıkan sonucu hayatın olağan akışına göre meydana getirmeye genel olarak elverişli olan ve bu türden sonucun gerçekleşme ihtimalini

128 **Ayan**, s. 104; **Petek**, s. 219; **İpekyüz**, s. 136.

129 **Oğuzman /Öz**, s. 414; **Kılıçoğlu**, s. 294; **Nomer**, s. 148; **Eren**, Genel Hükümler, s. 531; **İpekyüz**, s. 137.

130 **Ayan**, s. 110.

131 **İpekyüz**, s. 137.

132 **Petek**, s. 220.

133 **İpekyüz**, s. 137.

134 **Ayan**, s. 110.

135 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1059; **Aşçıoğlu**, s. 103.

objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart olarak tanımlanabilir.¹³⁶ Estetik cerrahın sorumlu tutulabilmesi için sözleşmenin ihlali ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve bu nedensellik bağının herhangi bir sebeple kesilmemiş olması gereklidir.¹³⁷ Nedensellik bağının kesildiği haller; mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve hastanın ağır kusuru şeklinde sıralanabilir.¹³⁸ Örneğin; tıbbi müdahaleye başlandığı sırada binada çıkan yangın sebebi ile hastanın ölmesi halinde mücbir sebebin varlığı dolayısıyla cerrahın fiili ile zarar arasında illiyet bağı kesildiğinden cerrahın sözleşmeden doğan sorumluluğuna gidilemez.

TMK m. 6 da düzenlendiği üzere her iddia sahibi iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Estetik cerrahi, çok karmaşık ve teknik bilgi gerektiren bir alan olması sebebi ile bilgisiz, zayıf durumda olan hastanın ortaya çıkan zararı hekimin kusurlu davranışından doğduğunu ispatlaması zor bir ihtimaldir. Bu sebeple, ispat yükü estetik cerraha yüklenmekte veya hastanın kesin ispat yerine emarelere dayalı kesin bir ihtimali ispatlaması yeterli görülmektedir.¹³⁹ Estetik cerrahi alanının uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren bir alan olması sebebi ile bilirkişi raporu ile sorumluluğun doğup doğmadığının tespit edilmesi önemlidir.

B. Sorumluluğun Sonuçları

Güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerden doğan sorumluluk açısından estetik cerrahın hukuki sorumluluğu, esasen tazminat ödemektir.¹⁴⁰ Bu tazminat duruma göre maddi ve manevi tazminat şeklinde ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeden doğan şartların ve tazminatın doğması için gerekli şartların oluşması halinde estetik cerrahın tazminat ödeme borcu ortaya çıkmaktadır.¹⁴¹ Kusurlu olduğuna karar verilen durumlarda sorumlu

¹³⁶ Antalya, s. 209; Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 175; Hatemi/Gökyayla, s. 135; Nomer, s. 150; Kılıçoğlu, s. 300; Eren, Genel Hükümler, s. 537; Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi, Sayram Yayınları, Konya 2019, s. 138.

¹³⁷ Aşçıoğlu, Tıbbi, s. 103; Ayan, s. 111; Petek, s. 220; İpekyüz, s. 139; Battal, s. 14.

¹³⁸ Hatemi / Gökyayla, s. 138 vd; Kılıçoğlu, s. 305; Eren, Genel Hükümler, s. 557; İpekyüz, s. 139; Petek, s. 220-221.

¹³⁹ Ayan, s. 111; Sarıal, s. 105 vd; İpekyüz, s. 141.

¹⁴⁰ Ayan, s. 121; İpekyüz, s. 146.

¹⁴¹ Ayan, s. 121.

hekim, hastanın uğradığı maddi ve manevi zararı tazminle yükümlüdür.¹⁴²

1. Maddi Tazminat

Tıbbi müdahale neticesinde bir zararın ortaya çıkması halinde hekim genellikle hastaya maddi tazminat ödemek zorundadır.¹⁴³ Maddi tazminat, zarar veren kişinin zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi aynen veya nakden tazmin etme yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁴ Güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleden kaynaklanan maddi zararın tazmininde ek tedavi ve ameliyat masrafları, kusurlu müdahale nedeniyle hastanın uğradığı kazanç kaybı, ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararların tazmin edilmesi gerekmektedir.¹⁴⁵ Bu tazminatı kural olarak hekim, doğrudan zarar görene ödemektedir.¹⁴⁶ Ancak hastanın ölümü halinde geride kalan yakınları da TBK m. 53/3 gereğince “destekten yoksun kalma tazminatı” isteyebilirler.¹⁴⁷

Ortaya çıkan zararın miktarını ispat yükü, TBK m. 50 gereğince zarar gören hastanın üzerindedir.¹⁴⁸ Ancak zararın tam miktarını ispatlamak genellikle zor olduğundan, TBK m. 114/2de yer aldığı üzere hakim, somut olayın özelliklerine göre bir tazminata hükmedebilir.¹⁴⁹ Bu tazminat hesaplanırken, hastanın estetik cerraha yanlış bilgi vermesi, talimatlara uymaması, tehlikesini bilmesine rağmen rıza göstermesi gibi olgular dikkate alınarak tazminat miktarında indirimle gidilebilir. (TBK m. 52)

2. Manevi Tazminat

Manevi tazminat, kişinin kişilik değerlerine iradesi dışında bir zarar geldiğinde istenebilen bir tazminat türüdür.¹⁵⁰ Kural olarak manevi taz-

¹⁴² Ayan, s. 121; İpekyüz, s. 146; Erol, s. 401.

¹⁴³ Aşcıoğlu, Tıbbi, s. 100; İpekyüz, s. 149.

¹⁴⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 774.

¹⁴⁵ Aşcıoğlu, Tıbbi, s. 101; Ayan, s. 121; İpekyüz, s. 149; Erol, s. 402.

¹⁴⁶ Ayan, s. 121.

¹⁴⁷ Ayan, s. 121; Battal, s. 67.

¹⁴⁸ Ayan, s. 121; İpekyüz, s. 149.

¹⁴⁹ Ayan, s. 121.

¹⁵⁰ Nomer, s. 230; Eren, Genel Hükümler, s. 780; Battal, s. 68; Oğuzman / Öz, C. II, Borçlar, s. 40.

minat ihlale maruz kalan kişi tarafından talep edilebilir; ancak ölüm halinde yakınları tarafından da istenebilir.¹⁵¹ Estetik cerrah, kusurunun olması ve kusurun neticesinde hastanın vücut bütünlüğünün zarar görmesi halinde kural olarak hastanın uğradığı manevi zarar için tazminat ödemek zorundadır.¹⁵² Söz konusu tıbbi müdahale neticesinde hasta ölmüşse hastanın yakınlarına TBK m. 56 gereğince şartların varlığı halinde manevi tazminat ödenmesi gerekmektedir.¹⁵³ Manevi tazminatın dayanağı TBK m. 56 ve 58 hükümleridir. Bu iki madde TMK m. 24 de düzenlenmiş olan kişilik haklarının korunmasına uygulama teşkil etmektedir.¹⁵⁴ Estetik cerrahın tıbbi müdahaleye aykırı davranışı aynı zamanda hastanın kişilik hakkının ihlali sonucunu da doğuracağı için, hasta manevi tazminat talebini TMK m. 25 hükmüne de dayandırabilir.¹⁵⁵

SONUÇ

Uzun yıllardır insanlar güzel görünmek, estetik bulmadıkları fiziksel özelliklerini değiştirmek için çeşitli uğraşlar vermişlerdir. Son zamanlarda tıp biliminin ve teknolojinin ilerlemesi ile estetik amaçlı tıbbi müdahaleler daha az maliyetle ve daha az riskle gerçekleştirilmektedir. Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler tedavi amacı taşıyan ve sırf güzelleşme amacı taşıyan tıbbi müdahaleler olarak ayrılmaktadır.

Çalışmamızda yalnızca güzelleştirme amaçlı estetik tıbbi müdahaleler ele alınmaktadır. İnsanların güzelleşme amacıyla yaptıkları estetik tıbbi müdahaleler bazı hukuki problemleri de doğurmaktadır. Estetik cerrahın sorumluluğu haksız fiil, vekaletsiz iş görme veya sözleşmeden doğmaktadır. Uygulamada ve yargı kararlarında görüldüğü üzere estetik cerrahın sorumluluğu genellikle sözleşmeye dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle bir zararın ortaya çıktığı durumlarda bu sözleşmenin incelenmesi ihtiyacı doğmaktadır. Sözleşmenin hukuki niteliği konusunda öğretide eser ve vekalet sözleşmesi görüşleri bulunmaktadır. Yargıtay verdiği kararlarında bu sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Öğretide büyük çoğunluk da sözleşmenin hukuki niteliğini eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Yukarıda daha ayrıntılı olarak açıklan-

¹⁵¹ Nomer, s. 234.

¹⁵² Aşcıoğlu, Tıbbi, s. 101; Ayan, s. 122; İpekyüz, s. 147.

¹⁵³ Aşcıoğlu, Tıbbi, s. 101; İpekyüz, s. 147.

¹⁵⁴ İpekyüz, s. 146.

¹⁵⁵ İpekyüz, s. 147.

dığı üzere bu sözleşmenin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olarak belirlenmesi isabetlidir. Zira bu sözleşmede estetik cerrah bir sonucun meydana getirilmesi borcu altına girmektedir. Bu ilişkinin eser sözleşmesi olarak belirlenmesi sebebiyle hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğuna TBK'nın eser sözleşmesi ile ilgili hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır.

Estetik cerrahın sözleşme ile kararlaştırılan sonucu meydana getirmemesi veya buna bağlı diğer yan borçlarını yerine getirmemesi halinde sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Cerrahın eseri meydana getirme, sır saklama, sadakat ve özen gösterme, aydınlatma, tıbbi kayıt tutma gibi sözleşmeden doğan bazı borçları da bulunmaktadır. Sorumluluğun doğması için sözleşmenin ihlali, kusur, zarar, fiil ve uygun illiyet bağı unsurlarının bulunması gerekmektedir. Şayet estetik cerrahın sorumluluğunun doğmasına yol açacak bir durum varsa estetik cerrahın maddi, manevi tazminat ödeme borcu ortaya çıkacaktır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin. Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar. Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Akıncı, Şahin. Borçlar Hukuku Bilgisi. Sayram Yayınları, Konya 2019.

Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Aşçıoğlu, Çetin. Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Hukuki Sorumluluk. Tekişik Ofset Tesisleri, Ankara 1993.

Atabek, Reşat/Sezen, Merih. Hekimin Mesuliyeti. 1954.

Ayan, Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk. Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.

Battal, Yılmaz. Açıklamalı İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Adalet Yayınevi, 2007.

Belgesay, Mustafa Reşit. Tıbbi Mesuliyet. M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1953.

Demir, Mehmet. Hekim ve Hastane Hukuku Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (Genel Hükümler).

Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Yetkin Yayınları, 2014, (Özel Hükümler).

Erol Hatırnaz, Gültezer. Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları. 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

Gökcan, Hasan Tahsin. Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk. Seçkin Yayıncılık, 2013.

Antalya, Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II. Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Gümüş, Mustafa Alper. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II. 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014.

Gürelli, Nevzat. "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları". İÜHFMD, C. 45, S. 1-4, 1981, s. 267- 275.

Hakeri, Hakan. Tıp Hukuku. 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre. Borçlar Hukuku, Genel Bölüm. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

İmamoğlu, Hülya. “İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay’ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış”. AÜHFD, C. 68, S. 1, 2019, s. 241-260.

Yavuz İpekyüz, Filiz. Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

Kılıçoğlu, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Genişletilmiş 17. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2013, s. 293.

Kurt, Ekrem. Hekimlik Sözleşmeleri. Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayınları, s. 59- 75.

Kurt, Munise Gülen. “Estetik Müdahaleler İçin Kurulan Sözleşmelerde Cerrahin Yükümlülükleri”. Ankara Barosu Dergisi, S.2, 2020, s. 101-133. Lexpera.

Nomer, Haluk. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 14. Bası, Beta Basım, İstanbul 2015.

Oğuzman, M. Kemal/Öz. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

Öğüz, Tufan/Dural, Mustafa. Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C. II. Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

Özdemir, Hayrunnisa. Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi. Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

Özer, Çağlar. “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”. Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8-Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları 2009, s. 241- 253.

Petek, Hasan. “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”. DEÜHFD, C. 8, S. 1, 2006, s. 177-239.

Reisoğlu, Safa. Türk Borçlar Hukuku. 24. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2013.

Sarıal, Enis. Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986.

Soyaslan, Doğan. “Estetik Cerrahi Müdahaleler Nedeniyle Doktorların Sorumluluğu”. II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları 2009, s. 261-276.

Şatır, Nejdet. Emsal Kararlar Işığında Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri Yargıtay-Danıştay İçtihatları. Yetkin Yayınları, Ankara 2015, (Soruşturma).

Şatır, Nejdet. Yargı Kararlarında Özel Hastanelerde Çalışan Doktorların ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu. Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayınları, s. 77- 88 (Sorumluluk).

Şenocak, Zarife. “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”. AÜHFD, C. 50, S. 4, 2001, s. 65-80 (Rıza).

Şenocak, Zarife. Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu. Ankara 1998, (Sorumluluk).

Tandoğan, Haluk. Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Temel, Erhan. “Alman Hukuku’nda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”. II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s. 223-229.

Ünal, Akın. Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Yavuz, Cevdet. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. 10. Baskı, Beta Yayınları, Kasım 2014.

Zevkililer, Aydın/**Gökyaayla**, Emre. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. 16. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2016.

Zeytin, Zafer. “Vekalet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi”. Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Ekim 2014, s. 103-121.

Yararlanılan Mahkeme Kararları, Mevzuat ve Diğer Kaynaklar

Yararlanılan Yargıtay Kararları:

Yargıtay 15. HD, E. 2005/7988, K. 2016/3417 sayılı, 08.06.2016 tarihli karar, 3. HD, 14.10.2014 tarihli, 8623/13220 sayılı karar, 13. HD, 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741 sayılı karar, 15. HD. 2018/5523 E. 2019/801 K, 26.02.2019 tarihli kararı.

Yararlanılan Mevzuat Kaynakları:

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Hasta Hakları Yönetmeliği, Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Tababet ve Şuabatı San’atların Tarzı İcrasına Dair Kanun.