



HUKUK FAKÜLTESİ

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi e-posta yoluyla bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries, case notes and book reviews in Turkish, English, German and French in all fields of law, For any query or submission kindly contact via e-mail.

2017/4.
SAYI İÇİN

Web sitesi/Web Site : ybu.edu.tr/hukuk/ybhd

ULAKBİM Dergipark : dergipark.ulakbim.gov.tr/ybuhukuk/

İletişim/Contact : ybhukukdersisi@ybu.edu.tr

Posta Kodu/Zip Code : 06010



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD•2017/3

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Sahibi/Owner

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editör/Editor

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yayın Kurulu/Editorial Board

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA

Dr. Akif TÖGEL

Arş. Gör. Köroğlu KAYA

Arş. Gör. Mert SİLAHŞÖR

Arş. Gör. Bilâl TOPRAK

ISSN: 2149-5831

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) yılda iki sayı olarak yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir. Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir.

Basım Yeri/Printed in : Pozitif Matbaacılık

Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA

Tel: 0312 3970031 - **Faks:** 0312 3978612

pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com

Grafik Tasarım/Graphic Desing: Safure ARSLAN

Basım Tarihi/Date of Publication: Ocak 2017/January 2017

Yayın Türü/Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın/ International Periodical

İletişim Bilgileri/Contact Information: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Batı Kampüsü Etlik-Keçiören/ANKARA

Tel : +90 312 9062102

Belge Geçer/Fax: +90 312 9062962

Elektronik Ağ/Website: www.ybhukukdergisi.com

E-posta/E-mail: ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ali Şafak BALI	<i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOŐ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ziya Sacit ÖNEN	<i>Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Kemal ŐENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>

DEKANIMIZDAN

Başka Türkiye Yok !

15 Temmuz 2016 hafızalarımızdan uzun süre silemeyeceğimiz, belki de bir rüyada mıyız, bunlar yaşandı mı veya ne zaman uyanacağız diye beklediğimiz bir kara gün olarak hatırlanacak.

Eşine az rastlanır bir biçimde arkadan vurduğumuz bir gün. Bir asker, nasıl anasına babasına, dayısına, halasına, kardeşine silah çekebilir, vurabilir, tarayabilir. İnsanın aklının anlamakta güçlük çektiği, havsalasının almadığı, çok zorlandığı bir gün...

Belki bu hain darbe girişimi başarıya ulaşmış olsa idi, şimdi okuduğunuz, elinizde tuttuğunuz bu Dergi, hiç çıkmayacak/basilamayacaktı. Çok şükür, hainler amaçlarına ulaşamadılar, ancak Türk Milleti üzerinde çok büyük bir hasar bıraktılar. Bu hasarın tamir edilmesi muhakkak çok daha fazla çalışma ve fedakarlıkla mümkün olabilecek. İnşallah nasıl ki bu millet tankların önüne gövdesini siper etmekten korkmamış ve çekinmemişse, bu olumsuz sonuçları da azim, kararlılık ve çok çalışma ile bertaraf edebilecektir.

Ankara Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi olarak, ülkemiz üzerinde oynanan oyunların farkındayız. Darbe teşebbüsü sabahı hain eylemi herhalde ilk kınayan Hukuk Fakültesi idik. Ne mutlu, hainler eylemlerinde başarılı olamadılar. Amaçlarına ulaşamadılar. Bundan sonra bize düşen çok daha fazla çalışarak elimizden gele- nin de ötesinde çalışmaktır. Zira bilmekteyiz ki, rutin, sıradan bir çalışmayla başarıya ulaşmak mümkün değildir. Ancak fedakarlık yaparsanız rutinin üzerine ilave bir şey- ler koyabilirsiniz/kazanabilirsiniz, hedefe ulaşabilirsiniz.

AYBÜ Hukuk olarak biz memleketimizi çok seviyoruz ve işimizi çok iyi yapıyoruz. İşte, elinizdeki bu dergi, 3. sayı olarak okuyucularının karşısındadır. Daha beş yıllık bir geçmişi olan AYBÜ Hukuk Fakültesi, aynı anda iki farklı dergi çıkarma (Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi-YBHD ve Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi-TFM) başarısına sahip, üç Türk Hukuk Fakültesi arasında yerini almıştır.

Emeği geçenlere sonsuz teşekkürler. Bu Fakültenin kurucu Dekanı olarak tüm çalışma arkadaşlarımdan gurur duyuyor, onlarla iftihar ediyorum.

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
AYBÜ Hukuk Fakültesi Dekanı

Saygıdeğer Okuyucularımız,

“Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi” nin üçüncü sayısından merhaba.

2011 yılında eğitim öğretim faaliyetine başlayan Fakültemiz Ocak 2016 tarihi itibarıyla elinizde bulunan Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisini (YBHD) çıkarmaya başlamıştır.

15 Temmuz 2016 tarihinde ilk mezunlarını vermenin sevinç ve gururunu hep beraber yaşadık. Ancak mezuniyet törenimizden saatler sonra tüm milletimizin iradesine yönelik olarak gerçekleştirilen “Demokrasiye Darbe Girişimi” ile karşı karşıya kaldık. Fakat milletimizin tek yürek olarak bu girişime cevap vermesi ve Sayın Cumhurbaşkanımızın dik ve dirayetli duruşu sayesinde Türkiye Cumhuriyeti’nde birlik ve bütünlüğümüzü bozmak isteyenlere güzel bir cevap verilmiştir. Her ne kadar çok sıkıntılı günler geçirilmiş olsa da bizlere düşen görev dik durup kendi işlerimizde daha iyisini yapmak için çalışmaktı. Terörden beslenen ve onu destekleyenlerin istedikleri gibi değil, aksine her zaman daha iyisi için ve hep beraber mücadele vermektir. Bundan hareketle bizler YBHD nin 2. Sayısını Temmuz 2016 da çıkardık ve hiç ara vermeksizin Ocak 2017 sayısı için çalışmalarımıza başladık. Bu çalışmalarımızda bizlere destek veren herkese teşekkür ederim.

Bizler akademik anlamda çalışmalarımıza devam ederken, 15 Temmuz gecesi vatan, millet ve devlet için, bir ve beraber yaşamak için canını seve seve ortaya koyan şehit ve gazilerimize saygı gereği dergimizin bu sayısını onlara ithaf etmek istedik. Bu yaptığımız onların yaptıkları yanında denizde bir su damlası olsa da “Söz uçar yazı kalır” dan hareket ile dergimizde o gece ve sonrasında yaşananlara yer vermeye karar verdik. Bundan dolayı da o güne ve ondan sonraki demokrasi nöbetlerine özgü ülkemizin farklı yerlerinden fotoğraflar ekledik. Aynı zamanda 15 Temmuz’un hukuk fakültesi öğrencileri gözünden ve üniversitemizdeki uluslararası öğrenciler gözünden ne ifade ettiğini öğrenmek ve bunları sizlerle paylaşmak istedik. Çünkü adalet misyonuna sahip, hakkaniyetli hukukçular yetişmek çabasıyla hareket ederken, demokrasiye darbe niteliğindeki bu hareketin öğrencilerimizde ne ifade ettiğini sizlere duyurmak istedik. Bu kapsamda yapmış olduğumuz ilanlara cevap olarak gelen yazılarımıza da yer verdik. Bu çalışmamıza destek olan ve dergiye yazı gönderen öğrencilerimize de ayrıca teşekkür etmek istiyorum.

15 Temmuz gecesi şehit olan herkese Allah'tan rahmet, gazilerimize de acil şifalar diliyorum. Sizlere minnettarız...

YBHD'nin bu sayısında 4 adet kamu hukukunun 5 adet de özel hukukun farklı alanlarında yazılmış makalelere yer verildi. AYBÜ Hukuk Fakültesi olarak Birleşmiş Milletler ile yapılmış olan işbirliği çerçevesinde ülkemizdeki mültecilere hukuki destek vermek için hukuk kliniği çalışmalarımız başlamıştır. Önemine binaen, uluslararası bir işbirliği ile gerçekleştirilen bu önemli çalışma ile ilgili bilgilendirici notu dergimizin son kısmında bulabilirsiniz.

Makale gönderen bütün yazarlarımıza ve gönderdiğimiz makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemeksizin hakemlik yaparak bizlere katkıda bulunan bütün Hocalarımıza bu vesileyle teşekkürü bir borç biliyoruz.

Yayın aşamasında çalışmalarımızda desteklerini bizden esirgemeyen herkeşe ve özellikle de Yayın Kurulu'ndaki bütün arkadaşlarıma teşekkür ediyor, bu çalışmamızın hayırlara vesile olmasını diliyor, hepinize saygılar sunuyorum.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
Editör

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi



Veri Tabanında Taranmaktadır.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Dekanımızdan	v
Editörden.....	vii
İçindekiler.....	ix
Öğrencilerimizin Gözünden 15 Temmuz.....	1

KAMU HUKUKU

Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar
Administrative Sanctions in Terms Of Criminal Law Principles

Arş. Gör. Murat EKİNCİ 19

Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru
Individual Applicants Against to Regulator Proceedings

Yrd. Doç. Dr. Ebru GÜNDÜZ • Arş. Gör. Alkım AKTAŞ 55

Uluslararası Ceza Yargılamalarına Başlanabilmesinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Rolü ve Sudan Örneği
The Role Of United Nations Security Council in The Initiation of International Criminal Justice And The Case Of Sudan

Arş. Gör. Figen TABANLI 79

Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine
On The Perception Of Constitutional And Militant Democracy

Dr. Akif TÖGEL..... 105

ÖZEL HUKUK

Alman Hukukunda Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi Ve Alman Federal Mahkemesi Kararı (Bgh, Az. Iv Zr 422/12 V. 26.3.2014) Işığında Şeffaflık İlkesinin Sigorta Sözleşmelerindeki Sınırları

Content Control Of General Transaction Conditions In German Law And In Light Of The Decision Of The German Federal Court Of Justice (Bgh, Az. Iv Zr 422/12 V. 26.3.2014)
The Limits Of Transparency In Insurance Contracts

Cannur ÇİTAKLAYIM 131

Türk Hukukunda Fikrî Mülkiyete Konu Malların Cebrî İcrası
Enforcement Of The Intellectual Property Rights in Turkish Law

Arş. Gör. Nurbanu ERZURUMLU..... 167

İsahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler
Some Legal Problems Due To The Escalation Of Lawsuit Value By Amendment Pleading

Yrd. Doç. Dr. Okan GÜNDÜZ 193

Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medenî
Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi
*The Evaluation Of The Constitutional Court's Decisions Of Individual Applications From
The Perspective Of Civil Procedure Law*

Arş. Gör. Cansu KORKMAZ 215

Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının
Tespiti Ve Uygulanması
*Application and Ascertainment of Overriding Mandatory Rules of Lex Fori in
International Employment Contracts*

Arş. Gör. Belkıs VURAL ÇELENK 277

BİLGİLENDİRİCİ NOT

Klinik Hukuk Eğitimi ve AYBÜ Hukuk Fakültesi Mülteci Hukuku Hukuk Kliniği
Örneği..... 299

Öğrencilerimizin Gözünden 15 Temmuz...





Taksim Meydanı/İSTANBUL

15 Temmuz 2016

Anlatması da anlaşılması da zor bir gecenin, en uzun gecenin adı. Ne olduğuna anlam veremediğimiz, saatler ilerledikçe tehlikenin boyutunu kavrayabildiğimiz, tarihe; asker kılığına bürünmüş bir grup teröristin, ülkemizin meşru hükümetini devirmeye yönelik darbe girişimi olarak geçen gecenin adı. Tarihi anlara şahitlik ettiğimiz gece; 15 Temmuz gecesi.

Milli iradenin tecelligağı olan Meclisimiz hainler tarafından bombalanmış, elinde hiçbir şeyi olmayan, tek sermayesi 100 yıl önce olduğu gibi bugün de yüreğindeki imanı olan masum halkımıza ateş açılmış, demokrasimize kastedilmişti. Her şey kabus gibiydi ama kabus değildi.

Yaşadıklarımız gözlerimizden dökülen yaşlar kadar gerçek, şehitlerimizin vücuduna saplanan mermiler kadar acıydı. Zira o mermiler bütün bir millet olarak kalbimize saplanmıştı.

Milli iradeyi hedef alan bu alçak darbe girişimiyle milletimizin iradesi, hayalleri, geleceği çalınmak istenmişti. Rabbimize hamdolsun ki milletimiz iradesine sahip çıkmış, Büyük bir felaketin önüne geçilmişti.

O gece, görüşü her ne olursa olsun Millet darbenin karşısında durmuş, darbeye birlikte karşı koymuştu. "Girmeden bir millete tefrika, düşman giremez. Toplu attıkça sineler onu top sindiremez." diyen İstiklal şairimiz merhum Mehmet Akif Ersoy sanki bugünleri görmüş gibiydi. Bu açıdan İstiklal şairimizin bu sözleri birlik ve beraberliğimiz adına çok manidardır. Bugün, en fazla ihtiyacımız olan da budur. Ülke olarak çok acılar gördük. Belki bizler, yaş-

mız itibariyle bunların çoğuna şahitlik edemedik ama 15 Temmuz gecesi şahitlik ettiklerimiz, bunların en ağırıydı. Çünkü milletin namlusunu millete doğrultan başka hiçbir girişim olmamıştır. Bunu kabullenmek de mümkün değildir. Bu alçaklığı gerçekleştirenler en ağır şekilde cezalandırılmalı, yargı önünde hesap vermelidirler.



Türksat/Gölbaşı/ANKARA

Ey bu toprakları bize vatan kılan kahraman yurdumun kahraman insanları Aziz Şehitlerimiz! Uğruna canlarınızı seve seve feda ettiğiniz bu vatanın birer evladı olarak, bize bırakmış olduğunuz emanetin ve sorumluluğun farkındayız. Bunun için elimizden gelenin en iyisini yapma hususunda kararlıyız. Gerektiğinde bu uğurda can vermeye de hazırız! Gözünüz arkada kalmasin... Ruhunuz şad, mekânınız cennet olsun.

Muhammet Fatih CENGİZ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)



"Demokrasi ve Şehitler Mitingi" Yenikapı Miting Alanı/İSTANBUL



Genelkurmay Başkanlığı/Kızılay/ANKARA

15th of July, 2016

A day of national pride and bravery.

The day was a global spectacle, with all eyes on the coup in hand. The martyrs and conscientious veterans' blood revived the hearts of the Turkish lands. At that day, scenes from the Rabia massacre and the blood flowing on the Syrian streets were not forgotten. The Turkish people comprehended the past and magnificently taught this world a lesson; no one is above the people nor their demands! Whatever nation they may happen in, coups are parasites leeching the youth and the wealth of the country. Turkish people learnt from the aches of the past and firmly applied a founding principle in which they believe in: **Sovereignty unconditionally belongs to the people.**

Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir!

Asem Mansour (Mısır) (AYBÜ İşletme Fakültesi Yönetim Bilişim Sistemleri Bölümü Öğrencisi)



Kızılay Meydanı/ANKARA

15 Temmuz 2016

“es salatu ve’sselamu aleyke ya rasulallah!

es salatu ve’sselamu aleyke ya habiballah!”

Belki bunu duymaya alıştık ama gecenin yarısında duymak başka birşey.

Evet, doğru tahmin etmişsiniz. O gece işte... Unutulmayacak gece...

Üç yıl önce Türkiye’ye geldiğimizde , ailemle beraber oturduğumuz evin manzarası o kadar güzeldi ki. Baktığınızda bütün Ankara’yı görebilirdiniz . Mesela Kızılay meydanı, TBMM, Emniyet Genel Müdürlüğü . “Güzel Ankaram” derdim hep. Geceleri bir başka güzel sanki, ısıll parlıyor. Çok sevdim ben Ankara’yı, Türkiye’yi de, Türkleri de.

Sonuçta burası benim ikinci vatanım değil mi!

Evet, burayı vatanım gibi seviyorum.

Daha önce ülkemde yaşamış olduğum korku ile dolu günleri unuttuğumu sanıyordum, ta ki o geceye kadar...

O uçakların sesini duyunca, hiç unutmadığımı ve asla unutamayacağımı anladım.

Aynı seslerdi... peki aynı korku mu!! Asla...

Odadaki sessizliği ilk ben kırdım “ne oluyor!” diye sordum . Ama hiç bir cevap alamadığım halde tekrar sormadım. Bir yandan televizyon, bir yandan sosyal medya, bir yandan da pencereden uçakları izliyorduk .

Ama içimizdeki o soruların hiç birinin cevabını alamadık . Aklımızda tek bir kelime vardı, hiç birimizin dile getirmek istemediği beş harfli bir kelime...

Yavaş yavaş her şey belli olmaya başladı...

TRT spikeri darbe bildirisi okumaya başladığında, ailemde Türkçe bilen tek ben olduğum için bütün gözler bana doğru döndü . Ama ne yazık ki ben hiç bir şey çevirmediğim... çeviremedim ... çünkü ne söylediklerini anlamak istemedim.

Hayallerim... bir kez daha hepsi yıkılmıştı... ama bir daha yıkılmasını aklım almıyordu...

Evet... ben çevirmediğim... ama çevirmediğim halde herkes anladı... Evet...

Abim sokağa çıktı... biz de abdest alıp namaz kılmaya ve dua etmeye başladık.

Hiç uyumadık o gece... hiç kimse uyumadı...

Sadece Türkiye değil... Arap ülkelerinin hepsi...

Herkes Türkiye için merakla, ilgiyle, dolu gözlerle dua etti...

Allah dualarımızı duydu...

Gökyüzü uçaklarla dolu olmasına rağmen, dualarımız Allah'a ulaştı... ve kabul edildi...

Linnah Kellizy (Suriye) (AYBÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğrencisi)





Kent Meydanı/SIVAS

The night on which Turkish democracy was saved

But never in the postwar period did a military insurrection or violent coup extend freedom to the people in whose name power was taken.

- Ackerman and DuVall, 2000

I. Introduction

The famous saying by one of the American founding fathers Thomas Jefferson states that "The will of the people is the only legitimate foundation of any government, and to protect its free expression should be our first object.". In such a short statement lays the core concept of political principle which was firmly embedded into political program of Justice and Development party (AK Parti), which proved to be the greatest agent of democratization which was initiated following consecutive electoral victories which clearly illustrated that AK Parti and President Recep Tayyip Erdoğan enjoy overwhelming popular support and sympathies of the Turkish electorate. In a very short period. Moreover, the Governments attempts were widely recognized by plethora of international journalists and scholars have viewed Turkey as a model for democratization in the Middle East¹ and its path toward democratization has been studied by many. One particularly important aspect of Turkey's ability to further democratize its government has been consolidating control over the military establishment through various constitutional reforms.

1 Thomas Landon, "In Turkey's Example, Some See Map for Egypt," The New York Times, February 5, 2011.

Despite minor issues, AK Parti and President Erdoğan managed to create collaborative atmosphere in civilian-military relationship mostly due to them being insistent on an acceptance for a plurality of beliefs and acceptance of various lifestyles in Turkish society.²In short, it seemed that Government has managed to establish an effective civil and democratic oversight mechanisms over military, while still maintaining its mindset as the ultimate guardian of the state. However, not all factions in the society were satisfied with newly established stability in Turkey, and it seems that they started to hatch complex plot plans aimed at infiltrating military ranks in order to enhance their parallel state structure. Although the threat of FETÖ agents soon became clear and more than evident to majority of Turkish citizens and more observant international experts³, almost nobody expected that the members of said terrorist group could muster the audacity to openly challenge legal and legitimate Government, or to stage violent attack on the peaceful Turkish citizens. However, we witnessed exactly such tragic turn of events on the historic night of night of July 15. Had it succeeded, the coup would have likely seen the assassination of the president and a bloodbath in the country. With more than half the country unreservedly backing the AK Parti, those people would not have stayed put. A successful coup would not have rewound Turkey back to the dark days of the 1980s. It would have fast forwarded the country to a far darker place.

II. Some theoretical considerations

Before exploring factors which have contributed to the shameful plot of FETÖ supporters, we will provide short overview pertaining to the theoretical views on military coups and democratization. Besides being completely illegal practice both in terms of national law, the military coup is also completely rejected by the UN and other intergovernmental organizations which have invested heavily in the crafting and monitoring of electoral processes in many nations across the globe. The importance of such principle could be seen in the fact that on two occasions, the international community has responded vigorously to military coups against elected governments, endorsing the use of external armed force to restore the deposed governments of Jean-Bertrand Aristide in Haiti in 1994 and Ahmad Tejan Kabbah in Sierra Leone in 1998.⁴The commitment to democratic institutions is so commonly espoused is that the UN Secretary-General could assert in 1997 as “an established norm” the view that “military coups against democratically elected Governments by self-appointed juntas are not acceptable”.⁵ In that sense it is clear that military coups, which once were marginal events in the eyes of international law, are now

2 Müge Aknur, “The Impact of Civil-Military Relations on Democratic Consolidation in Turkey,” in *Democratic Consolidation in Turkey*, edited by Müge Aknur, (Boca Raton: Universal-Publishers, 2012), 239.

3 Raziye Akkoc, “A parallel state within Turkey? How the country’s democracy came under attack”, *Telegraph*, February 24, 2015.

4 Interventions by the Economic Community of West African States in Liberia and Sierra Leone, for example, also received Security Council approval after they occurred, not before, as is required by the UN Charter.

5 Annual Report of the Secretary-General on the Work of the Organization, UN Doc. A/52/1 (1997), para. 37.

condemned as illegitimate exercises of state power which in turn implies that any attempt to establish a governing structure via putsch is clearly both illegal and illegitimate. In that sense, actions of FETÖ followers must be universally interpreted as a criminal activity which needs to be punished accordingly in accordance with existing Turkish law pertaining to the offenses that were committed by plotters on July 15.

Alongside the mentioned legal aspects, which are clear and unambiguous, the conventional political science theory is also clear in defining military coups to be anti-democratic by their very nature as well as in their political effects. For example, Acemoglu and Robinson go so far as to use the term “coup” as a short-hand to describe all transitions from democracy to non-democracy.⁶ Similarly, the “transitions” literature held that military intervention was an obstacle to democracy and military actors are key veto players, not facilitators, of democratic transitions.⁷ In that sense, it is obvious that FETÖ organized coup attempt was obviously motivated by desire to roll-back the numerous democratic achievements of the Government made in the past fourteen years. In that sense it is more than obvious that the plotters were planning to emulate the violent events that were already seen in 2013 in Egypt, and with no doubt their end-game outcome was to establish repressive regime similar to military junta that took over power in Cairo following coup against legally elected president Mohammed Morsi.

III. Why did the conspiracy collapsed?

Having established the illegality and illegitimacy of the putsch perpetrators, it is only natural to look at key factors that led to their demise. One obvious reason was the fact that the military high command refused to endorse the coup and, in fact, actively opposed it. Consequently, the loyal military's superior fire power could be used by the authorities to defeat the putschists. The police and the intelligence services also stood by the government and were utilized to bring the coup-makers to heel. This is a heartening development, because it clearly demonstrates a major transformation of Turkey's political culture and the almost habitual acceptance

The second factor has been the strong leadership of President Erdoğan. His appearance on TV at the most critical moments of the coup attempt stating that he stands against the coup by any means and calling people out onto the streets to protect the Turkish democracy was significant from two aspects. The political leaders in the country also joined this declaration and called their supporters to the streets. Facing this public outrage, the coup plotters chose to massacre civilians on the street in order to gain control of the country. Seen from such a perspective, while FETÖ considered the elected government as their enemy, another unexpected “enemy” emerged –and that was the Turkish citizens. FETÖ did not realize the power of the Turkish people and took a malicious but blind step that backfired. They underestimated the fact that Turkey is a democratic state whose government is elected by the will of the Turkish citizens and that these people were willing to sacrifice their lives for the sake of their nation.

6 Celeste Robinson and Daron Acemoglu, “Economic Origins of Dictatorship and Democracy”, (Cambridge University press, 2006), 66.

7 Deborah Yashar, “Demanding democracy: reform and reaction in Costa Rica and Guatemala, 1870s-1950s” (Stanford University Press, 1997), 19.



Atatürk Havalimanı/İSTANBUL

In this regard, the media (private and public) and the social is another factor that had a crucial importance. The July 15 coup attempt showed the maturity of the Turkish media which served as a catalyst for the mobilization of the people, but also that the power of the people using the Internet communication tools and platforms can be greater than the power of the military.

However, although domestic actors stood with the government, the weak reaction and statements of Turkish long-standing allies such as the USA, EU, NATO and many European countries was more shocking for the Turkish people. However the biggest shock came when many Western media outlets, think tanks and politicians started a smear campaign against Turkish citizens and Turkish politicians who courageously defeated a bloody coup attempt and saved the democratic political order in the country. In that sense, the coup had a very sobering effect both on citizenry and governmental decision-makers who are now to thread more cautiously while dealing with West.

Considering all the process so far, the coup attempt had no legitimate political ground. Turkey is governed by a President who achieved 52% and a government that received 49.5% of the overall votes. The people of Turkey have come to a point where they can reflect on political and social events rapidly. The government and the security units have been carrying out effective operations against the terrorist organizations. While there were hot public debates on the one hand, there has been a process of social solidarity and cohesion. The opposition has been alive and well. The media, for the first time in the history of Turkey, has been free to use the harshest tones against the ruling party. The economy has stable indicators. In this current political, social, and economic environment, the anti-coup bloc mobilized and thwarted the coup attempt.

IV. Instead of conclusion

There are fundamental steps ahead of Turkey that must be taken. The first step involves the fight against the FETÖ, which attempted the coup with state-owned aircrafts, tanks and firearms. To achieve this goal, the leader of this movement must be captured and deprived of his financial resources; his domestic and international activities must be terminated; and his criminal followers should be brought to justice. The second step would be to prevent any group from turning into a terrorist organization like FETÖ. Turkey must cultivate an environment where no group, regardless of its ideology, is allowed to use state power for its own interests or to form a parallel structure within the state.

And finally, structural adjustments must be made to prevent any non-political actors, especially in the military, to restrain democracy. Although civil-military relations in Turkey after 2002 have developed in favor of civilians, the July 15 coup attempt revealed that Turkey has yet to completely rid itself of the “military coup” threat. There is no doubt that fully- fledged democratization has been under way since 2002, and that political stability, economic growth and social welfare played a major role in repelling the July 15 coup attempt. In that sense the push to introduce new presidential system could prove to be the most suitable solution for long-term stabilization of Turkey, and thus represents increased attention of all domestic anti-coup political forces. Only such outcome could truly justify the sacrifice of all of the July 15 martyrs who indebted us eternally and allowed defense of the democratic political order in Turkey.

Jelena Sokorac (Sırbistan) (Siyaset ve Kamu Yönetimi – Siyasal Bilimler)



Emniyet Müdürlüğü/ANKARA



TBMM /ANKARA

Kara Gece

Türk milleti 15 Temmuz 2016 gecesi tarihinin en karanlık gecelerinden birini yaşamıştır. Ülkenin her kurumuna, tüm kritik noktalarına sızmış yıllarca kendini 'hizmet hareketi' olarak tanıtip toplumdaki ve devletten destek görmüş hain bir terör örgütüne mensup üniformalı teröristler askeri darbe teşebbüsünde bulunmuştur. Türk milletine kendi silahını doğrultan gözü dönmüş teröristler bu aziz millete esaret zinciri vurmaya başlamıştır. Türk Silahlı Kuvvetleri'nin şanlı üniformasını gasp eden aklını, vicdanını, iman ve iradesini Fetullahçı Terör Örgütü'ne satan teröristler bu hain teşebbüse boyun eğmeyen halka ateş açarak Türk milletinin varlığına kast ettiklerini açıkça göstermişlerdir. Kardeşi kardeşe kırdıran ve Türkiye'yi can evinden vuran bu terör örgütü Milletimizin halisane duygularını sömürmüş, ekmeğini yiyip suyunu içtiği kendi milletine silah doğrultacak kadar robotlaştırılmış satılık ruhlar yetiştirmiş ve dindar görünerek yıllarca hain emellerini gizlemiştir. Özellikle bu hain kalkışmanın yoğun olarak yaşandığı Ankara ve İstanbul'da millet topyekûn tankların, mermilerin karşısında durmuş savaş uçaklarıyla bombalanma pahasına iradesine sahip çıkmıştır. Türk devletini cebren ele geçirmeyi, ülkeyi işgale ve kaosa açık hale getirmeyi amaçlayan bu darbe teşebbüsüyle 'birileri' Türkiye'nin kendi içine kapanık, Ortadoğu'dan ve Ortadoğu'da yeni kurulan oyundan uzak bir ülke haline geleceğini hesap ve hayal etmiştir. Hesap ve hayalleri zor zamanlarda kahramanlaşan, vatan ve millet uğrunda feda edemeyeceği hiçbir

şeyi olmayan Türk milletinin feragat, feraset ve cesaretine çarpmıştır. Ayaklar altında zelilane yaşamaktansa şerefiyle ölmeyi kendine şiar edinen bu millet tankların, bombaların altında can vermiş fakat vatan ve iradesini teröristlere teslim etmemiştir. Asım'ın neslinin Çanakka-
le'de, Sakarya'da 7 düvele karşı yere düşürmedikleri şanlı bayrağımızı 100 yıl sonra Asım'ın torunları da yere düşürmemiştir. Bu darbe teşebbüsü bizlere iki şeyi çok iyi öğretmiştir. İlk olarak Türk milletinin ne kadar cesur ve mukaddesatı uğrunda her şeyinden vazgeçebilecek bir millet olduğunu tüm dünya bir kez daha görmüştür. Üzerinde durulması gereken diğer nokta ise ehliyeti ve liyakati olmayanların ellerinde makamın ve silahın ne kadar tehlikeli olabileceğidir. Güzel ülkemizin mukaddes topraklarında, vatansever gençlerin omuzlarında her geçen gün yükselmesini, 15 Temmuz kalkışması gibi ülkemizin kutlu yürüyüşünü sekteye uğratacak, birliğimizi tehlikeye atacak girişimlere karşı milli irade benliğinin daha da güçle-
nerek varlığını korumasını temenni ediyorum. Sözlerime burada son verirken aziz şehitleri-
mizi bir kez daha rahmet ve minnetle yâd ediyorum.

Mahsun ŞAHİN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)



Beşyol Meydanı/VAN



TBMM Başkanlık Makamı/ANKARA

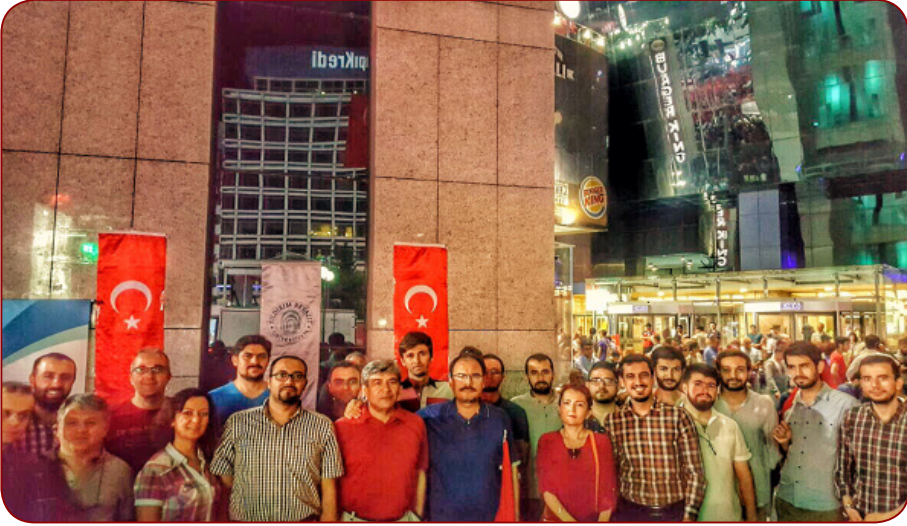
DİRİLİŞ GECESİ

BİZ kısık sesler değiliz,
 Ezhânımızı ezansız koyma Rabbimiz,
 Ellerimizde bayrak,
 Gönlümüzde iman,
 Ne tankı ne topu korkutmadı,
 Korkutamaz inan,
 Şuur budur iste: düşmanı kör - haini lâl eden.
 Üflendi bir ses göğsüne milletin o geceden,
 Sanki şaha kalktı, domurdu KIYAMÂT.
 Bedrin aslanlarından aldık talimat,
 Onurdur bize oldunsa ŞEHİT,
 Ya da GAZİ,
 Elinden tutacaktır Fahr-i Kainat
 (aleyhissalatü vesselam)

Taşırız sille muhabbet bu cânı,
 Yeter ki dokunmasın gâvurun parmağı,
 O zaman uruc ile arşa değer başı.
 Bu vatan âb-ı hayatıyken bu kulların,
 Bizi savm ile sınırsın,
 Artık olsun iftarımız karanlık Cumalardan,
 Hüdâ'sın planlardan öte plan bozan.
 Hak için Halk için Vatan için
 Mehmet Akif'ler ölür Ömerlerin doğar,
 Etme Ya Rab Etme Ya Rab !
 Eyle bizi Anadolu yurdunda
 Ve dahi dünyada şerefyâb.

Akif BENLİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Fakültemiz de Demokrasi Nöbetinde Yerini Aldı...



Sadece bir hukuk neferi olarak değil, vatansever her Türk vatandaşı gibi, demokrasiye ve cumhuriyetimize yönelik her türlü saldırının bundan önce olduğu gibi, bundan sonra da karşısında duracağımızı, kamuoyuna önemle duyururuz.

**15 Temmuz 2016 Kamuoyu Bildirisi'nden
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Kamu Hukuku

CEZA HUKUKU İLKELERİ AÇISINDAN İDARİ YAPTIRIMLAR

Arş. Gör. Murat EKİNCİ*

ÖZET

Yaptırım; kamu düzenini ve toplum huzurunu sağlama amacıyla kamu otoritesi tarafından vazedilmiş kurallara muhalefet halinde maruz kalınacak bir neticedir. Adli düzen ve idarî düzen birbirinden farklı hukuki değerlerle ilgili olduğu için adli ve idarî düzeni koruyan müeyyidelerin ağırlıkları, amaçları, veriliş usulleri, tesis makamları, icra edilme şartları ve hukukî dayanakları farklıdır.

Bu farklılıklar sebebiyle; kanunilik, şahsilik, ölçülülük, geriye yürümezlik, mükerrer cezalandırma yasağı, savunma hakkı, lehe kanunun uygulanması gibi temel ceza hukuku ilkelerinin adli suç ve cezalar ile idarî suç ve cezalarda uygulanması birbirinden farklıdır. Örneğin suçta ve cezada kanunilik ilkesi adli suç ve cezalarda katı bir şekilde uygulanırken; idari suç ve cezalarda sadece “cezada kanunilik” ilkesi mutlak uygulanmakta; “suçta kanunilik” ilkesinin varlığı ise kısmen kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ceza hukuku ilkeleri, idari suç, idari yaptırım, adli düzen, idari düzen.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, mekinci@ybu.edu.tr

ADMINISTRATIVE SANCTIONS IN TERMS OF CRIMINAL LAW PRINCIPLES

ABSTRACT

Sanction is a consequence to be subjected in case of objecting the principles, which are introduced by state authority to provide public order and public weal. Because of Judicial Order and Administrative Order are concerned with distinct legal values; heaviness, purpose, issuing methods, the methods of penalizing, conditions of execution, legal basis of punishments which protect Judicial and Administrative Order, are different.

Regarding these differences, the execution of Basic Criminal Law Principles such as *legality*, *Individual criminal responsibility*, *proportionality*, *non-retroactivity of laws*, *the ban of resentence*, *the right of defence* and *the law more favourable to the person* differ in forensic crimes and punishments as well as administrative crimes and punishments. For instance; whilst the principle of legality in crime and punishment is practiced rigidly in forensic crimes and punishment, only 'legality in punishment' is practices rigidly in administrative crime and punishments; the existence of the principle of 'legality in crime' is partially acknowledged.

Keywords: Criminal law principles, administrative crime, administrative sanction, judicial order, administrative order.

GİRİŞ

İçtimai (sosyal) hayatın söz konusu olduğu her yerde belirli kuralların bulunacağı ve bu kurallara uyulmadığı takdirde müeyyideye (yaptırıma) maruz kalınacağı muhakkaktır. Bu durum sadece medeni toplumlar açısından değil, medeniyetten çok uzak “ilkel” tabir edilen kabileler açısından dahi geçerli olan genel bir kuraldır. Nitekim insan, hayatını tek başına idame edebilecek istidat ve kabiliyete sahip değildir ve mecburen diğer insanlar ile münasebette bulunacaktır. Diğer insanlar ile münasebette bulunma mecburiyeti ise birtakım kuralların inşasını netice verecek ve fakat bu da yeterli olmayıp kurallara riayet etmeyenler hakkında müeyyide uygulama mecburiyeti hâsıl olacaktır.

Bilindiği üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile izlenen suç politikası neticesinde cürüm-kabahat ayrımı kaldırılmış ve nitelik itibarıyla hukuka aykırılığı düşük olan fiiller Ceza Kanunu’ndan çıkarılmıştır. Ancak bu fiiller hukuka aykırılık vasfını yitirmedikleri için ayrı bir Kanun olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ihdas edilmiş ve bu fiiller birer kabahat olarak Kabahatler Kanunu’nda ve çeşitli kanunlarda yer almıştır. Dolayısıyla Ceza Kanunu’nda düzenlenen hukuka aykırı fiiller “suç”; Kabahatler Kanunu ve idarî yaptırımların öngörüldüğü diğer kanunlarda düzenlenen fiiller ise “kabahat” olarak nitelendirilmiştir.

Ancak gelişen teknoloji, sürekli artan ihtiyaçlar yeni yeni alanların doğmasını ve çok farklı nitelikte ve nicelikte yaptırımların ihdas edilmesini gerekli kılmıştır. Örneğin, ülkemizde *düzenleyici ve denetleyici kurumlar* kurulmuş ve bu kurumlara çok ciddi yaptırım yetkileri tanınmıştır. Bu nedenle, karşılığında idari yaptırım öngörülen fiilleri genel itibarıyla sadece “kabahat” olarak adlandırmak, idari yaptırımlara uygulanması gereken ceza hukuku ilkelerinin farklılığı nedeniyle, mevcut ihtiyaçlara cevap verememektedir.

İşte bu çalışmamızda idari yaptırımlar öncelikle doktrin ve yargı kararlarına göre makul ve adalete uygun bir tasnife tabi tutulmaya çalışılacak; akabinde de temel ceza hukuku ilkelerinin idari yaptırımlara yansımalarının nasıl olması gerektiği sorunu üzerinde durulacaktır.

I. CEZA HUKUKU- İDARİ YAPTIRIM HUKUKU AYRIMI

Adli ceza, ceza kanunlarında ya da ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan “suç” fiillerine karşı öngörölmüş bastırıcı nitelikteki müeyyideler olup, önemli hukuki değerlerin ihlal edilmesi halinin toplum tarafından tasvip edilmediğini gösteren bir tepkidir¹. Cezaî nitelikteki her bir kanun hükmü “ceza normu” olarak adlandırılmaktadır ve devlet tarafından ihdas edilmiş bir davranış kuralı olarak uyulması zorunludur². Ceza hukuku sistemlerinde cezalar; ölüm cezası, hapis cezası, adli para cezası vs. şeklinde tezahür etmektedir³.

İdari yaptırım ise, “*yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle uyguladığı müeyyidelerdir*”⁴. Bu tanım Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından da benimsenmiş ve kararlarında sıklıkla kullanılmıştır⁵. İdari yaptırımlara dair genel hükümler ihtiva eden 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ise “idari yaptırım” kavramını doğrudan tanımlama cihetine gitmemiş, “kabahat” kavramını tanımlayarak (md. 2) dolaylı yoldan idari yaptırımın ne olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır. Maddeye göre idari yaptırım, kabahatlere karşı öngörölmüş bir karşılıktır⁶.

İdari yaptırımlar çeşitli şekillerde tezahür etmektedir. En çok başvurulan çeşidi *idari para cezaları* olmakla birlikte, idari yaptırımların *disiplin yaptırımları, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, lisans/ruhsat iptali, teminat mektubunun irat kaydedilmesi, lisansın askıya alınması, yayımın durdurulması* vs. gibi birçok çeşidi bulunmaktadır.

- 1 Koca, Mahmut & Üzülmöz, İlhan (2012) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 42.
- 2 Toroslu, Nevzat (2012) Ceza Hukuku Genel Kısım, 17. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 31.
- 3 Mevcut Ceza Hukuku sistemimizde adli cezalar: hapis ve adli para cezası olarak ikiye ayrılmaktadır (5237 sayılı TCK md. 45). 1984 yılından sonra hiçbir zaman infaz edilmemiş olan ölüm cezası ise AB uyum yasaları çerçevesinde 2004 yılında tamamen kaldırılmıştır.
- 4 Özyay, İl Han (1985) İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 135.
- 5 Aynı tanımın yer aldığı doktrin ve mahkeme kararı örnekleri: Oğurlu, Yücel (1999) ‘İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı’ A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: III, S:1, s. 152; Çağlayan, Ramazan (2006) İdari Yaptırımlar Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, s. 23 vd.; Çınar, Hacı Yusuf (2009) 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu Çerçevesinde İdari Yaptırımlar (Yayımlanmamış EPDK Uzmanlık Tezi), Ankara, s. 23; Kangal, Zeynel T. (2011) Kabahatler Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, s. 183; Karabulut, Mustafa (2008) İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 10; Dan. 10. D., E. 2002/521, K. 2003/4772, T. 05. 12.2003; AYM, E. 1996/48, K. 1996/41, T. 23.10.1996; AYM, E. 2000/43, K. 2004/60, T. 13.05.2004.
- 6 Maddenin orijinali şu şekildedir: “*Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.*” (KK md. 2).

İdari yaptırımlar ile cezaî müeyyideler arasında *amaç, yaptırıma yetkili organ, usul, hukuki sonuç ve hukukî nitelik* yönlerinden farklar vardır⁷. Öncelikle, suç işleyenlere karşı cezaya hükmetme yetkisi sadece hâkimlik sıfatı, bağımsızlığı ve teminatı olan makamlara yani mahkemelere aittir. Buna karşılık idari yaptırımlar ise bu vasıflara sahip olmayan makamlara ve kurumlara yani idareye aittir⁸. Tatbik edilmesi idari makamlara bırakılan bu yaptırımlar kazaî değil idarîdir⁹ ve hukukî niteliği itibarıyla birer “*idari işlem*” dir. Bu işlemler caydırıcılık ve cezalandırıcılık özelliklerine sahip oldukları için diğer idari işlemlerden farklıdır¹⁰.

Kabahat olarak nitelenen idari ihlaller, hukuki değer üzerinde suçlar kadar ağır bir tehlike veya zarar meydana getirmediğinden¹¹ ve önemsiz sayılabilecek ihlaller mahkemelerin iş yükünü ciddi oranda artırarak zaman kaybına sebebiyet verdiğinden¹², hukuka aykırılık düzeyi nispeten düşük olan fiiller “kabahat” olarak tanımlanmakta ve cezaî değil de idarî müeyyideye tabi tutulmaktadır. İdari yaptırımlar “idari işlem”, cezaî müeyyideler ise kazaî (yargısal) karar oldukları¹³ için ceza ve güvenlik tedbirleri adli sicile kaydedilirken, idari yaptırımlar adli sicile kaydedilmemektedir¹⁴.

Adli ceza ve idari yaptırım kavramlarını tanımladıktan sonra bu kavramlara dair bir sınıflandırmaya gitmek gerekmektedir.

5237 sayılı TCK'nın *cezalar* başlıklı 45'inci maddesinde suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak *cezalar hapis ve adli para cezaları* olarak düzenlenmişken; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun *Yaptırım Türleri* başlıklı 16'ncı maddesinde ise idari yaptırımlar *idarî para cezası ve idarî tedbirler* olarak düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında idarî tedbirlerin ise, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve *ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler* olduğu hüküm altına alınmıştır.

7 Dan. 10. D., E. 2002/521, K. 2003/4772, T. 05.12.2003; “*İdari cezalar ile genel cezalar; amaç, hukuki dayanak ve verilmiş usulleri yönlerinden birbirlerinden farklıdır*” Günday, Metin (2015) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 233.

8 Hakeri, Hakan (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 57; Özen, Mustafa (2013) İdari Ceza Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 21-22.

9 Zanobini, Guido (1964) İdari Müeyyideler, Ankara, AÜSBF Yayınları (Çeviren: Günel, H. Yılmaz), s. 26.

10 Erdinç, Burcu (2012) ‘İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması’ Ankara Barosu Dergisi, S: 2, s. 242.

11 Özen, s. 2.

12 Mahmutoğlu, Fatih Selami ‘Suç-Kabahat Ayrımı-İdari Ceza Hukukunun Temelleri’: Uluşan, İlhan & Başaran Yavaşlar, Funda (2009) İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s. 30.

13 Çağlayan, s. 28.

14 Hakeri, s. 59.

Görüldüğü üzere Kabahatler Kanunu, kabahat olarak kabul edilen fiillere karşı öngörülen idari yaptırımları “idari para cezası” ve “idari tedbir” olarak ikiye ayırmış olmasına rağmen bu ayırım aşağıda bahsedeceğimiz gerekçelerle mevcut ihtiyaçlara cevap verememekte ve temel ceza hukuku ilkelerinin hangi idari yaptırımlara uygulanması gerektiği hususunda birçok problemi beraberinde getirmektedir.

Öncelikle “idari tedbirler”, bünyesinde cezalandırma amacından ziyade kamu hizmetlerinin aksamasını önleme ve kamu düzenini sağlama amacını taşıdıkları için geçici niteliktedirler ve bu sebeple ayrı bir grupta değerlendirilmeleri gerekir. Zira idari yaptırımlara hem idare hukuku ilkeleri hem de ceza hukukunun temel ilkeleri uygulanırken; idari tedbirlere ise sadece idare hukuku ve *idari usul* ilkelerinin uygulanması yeterli olacaktır¹⁵.

İkinci olarak Kabahatler Kanunu’nda, idari yaptırımların önemli bir kısmını oluşturan “disiplin cezalarına” hiç yer verilmemiştir. Oysaki meslekten çıkarma ya da öğrencilikten çıkarma gibi disiplin cezaları muhatapları üzerinde çok ağır sonuçlar doğurmaktadır. İdari yaptırımlar hakkında genel kanun olma niteliğine sahip olan Kabahatler Kanunu’nun disiplin cezalarından hiç bahsetmemiş olması büyük eksikliklerdir.

Üçüncü olarak dile getirilmesi gereken problem ise Kabahatler Kanunu’nun idari para cezaları ile ilgili de herhangi bir ayırma gitmemiş olmasıdır. Oysaki regülasyon kurumlarının verdiği yüklü miktardaki para cezaları ile örneğin trafik ihlali nedeniyle verilen cüz’i miktardaki cezaların aynı kategoride değerlendirilmesi, bunlara uygulanacak temel ceza hukuku ilkelerinin farklılığı sebebiyle karmaşıklığa yol açmaktadır.

Bu gerekçelere binaen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun yaptığı idari yaptırımlar tasnifi yerine, doktrinde ULUSOY tarafından dile getirildiği¹⁶ gibi, öncelikle “*idari cezalar*” ın “*idari tedbirler*” den ayrıştırılması ve idari cezaların da kendi içerisinde “*regülatif cezalar*”¹⁷ “*kabahat cezaları*” ve “*disiplin cezaları*” olarak tasnif edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Kabul etmiş olduğumuz bu tasnife göre;

Regülatif cezalar ile kastedilen, belirli bir mal ve hizmet piyasasını düzenlemek ve denetlemekle görevlendirilmiş olan EPDK, BDDK, RK, SPK,

15 Ulusoy, Ali (2013) İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, s. 11.

16 Ulusoy (2013), s. 11.

17 Kanunda yer almamakla birlikte doktrinde dile getirilen bu kavram Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiş ve kararda regülatif cezalar “özel bir faaliyet alanında kamu düzenini korumak veya belli bir sektörü düzenlemek amacıyla ilgili kanunlarda özel olarak yetkilendirilmiş idari makamlar tarafından verilen idari cezalar” olarak tanımlanmıştır: Anayasa Mahkemesi, E. 2015/109, K. 2016/28, T. 7.4.2016.

RTÜK gibi düzenleyici ve denetleyici kurumların piyasa aktörlerine karşı uyguladıkları ve nitelik itibariyle çok yüksek meblağlarda para cezalarını veya lisans iptali gibi ağır sonuçları doğuran regülatif (düzenleyici) cezalardır.

Kabahat cezaları ile kastedilen, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda ve diğer bir kısım mevzuatta yer alan ve nitelik itibariyle hukuka aykırılık içeriği az olan fiillere karşı öngörölmüş yaptırımlardır. Örneğin afiş asma ya da sigara içme fiillerine karşı öngörölen küçük meblağlı para cezaları gibi. Dolayısıyla bütün idari ihlalleri kabahat olarak tanımlayan 5326 sayılı Kanun'un sistematiği yerine sadece hukuka aykırılığı düşük olan ihlalleri kabahat olarak tanımlamak daha uygun olacaktır.

Disiplin cezaları ise, belirli bir statüde bulunan kimselere karşı uygulanan ve bizzat o kimselerin şahsı, özlük hakları, geleceği vs. gibi hususlar üzerinde etki doğuran disiplin yaptırımlarıdır. Örneğin memurlara ya da öğrencilere uygulanan uyarma, kınama yaptırımları gibi.

II.CEZA HUKUKU İLKELERİ VE İDARİ YAPTIRIMLAR

İdare yaptırım uygularken hem “davacı” hem “savcı” hem “hükmü veren” hem de “hükmü icra eden” konumundadır. İşte bu nedenle temel ceza hukuku ilkelerinin (*kanunilik, şahsilik, ölçülülük, geriye yürümezlik, mükerrer cezalandırma yasağı, savunma hakkı*) idari yaptırımlar açısından da uygulanıp uygulanmayacağı hususu büyük önem taşımaktadır.

A. KANUNİLİK

Suç ve cezaların ancak kanun ile ihdas edilmesi ve bunların usulüne uygun olarak ilan edilmek suretiyle herkes tarafından öğrenilmesinin sağlanmasını ifade eden ilkeye *kanunilik ilkesi* denilmektedir¹⁸. “*Kanunsuz suç olmaz (nullum crimen sine lege)*” ve “*kanunsuz ceza olmaz (nullum poena sine lege)*” şeklinde iki farklı yansıması bulunan bu ilke, kişi hürriyetinin hukuki himaye altına alınmasını ve kimsenin keyfi bir surette cezalandırılmamasını gaye edinir¹⁹.

18 Öztürk, Bahri & Erdem, Mustafa Ruhan (2008) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 41.

19 Akbulut, Emre (2013) Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 110.

Evrensel bir ilke olan²⁰ ve özellikle ikinci dünya savaşından sonra birçok liberal devlet anayasasında ve modern devletlerin birçoğunun ceza kanununda yer alan²¹ kanunilik ilkesi, mevzuatımız açısından hukuki meşruiyetini öncelikle Anayasa'dan almaktadır. 1982 Anayasası md. 38'e göre,

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”²².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlığını taşıyan 2'nci maddesine göre de,

“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez.”

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

TCK'nın bu maddesi ise kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini Anayasa'dan farklı ve daha vurgulu bir dille tekrar ederek idarenin suç ve ceza ihdas edemeyeceğini belirtmiş ve daha sonra suç ve cezalarda kıyas yasağı bulunduğunu ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere kanun koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak şartıyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma tabi tutulacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir²³. Dolayısıyla “yasamanın asliliği” ilkesi gereği, ceza hukuku anlamında hangi fiillerin suç olması ve bu fiillere hangi cezaların öngörülmesi

20 Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 7: “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunmaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”.

21 Hafizoğulları, Zeki (2008) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, US-A Yayıncılık, s. 21.

22 “Bu maddede, suç ve cezaya ilişkin çeşitli temel hükümler yer almaktadır... Bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak yasama tasarrufu ile konulabilecektir. Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır” (Anayasa md. 38'in gerekçesinden).

23 Anayasa Mahkemesi, E. 2013/97, K. 2014/60, T. 27.3.2014.

gerektiği hakkında kanun koyucunun geniş ve münhasır bir takdir yetkisinin olduğunu ifade edebiliriz.

Bugün için, ülkemiz de dâhil, modern devletlerin birçoğunun ceza kanunlarında yer alan²⁴ kanunilik ilkesi, *ceza hukuku* anlamında suç ve cezalar açısından büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte ülkemizde, kanunda *cezanın* açık bir şekilde öngörülmesine rağmen *suçun* kanunda belirtilmediği ve bu fiili belirlemek yetkisinin belirli kurallar dâhilinde idareye/yürütme organına bırakıldığı ve doktrinde “beyaz hüküm²⁵” ya da “açık ceza kaideleri²⁶” olarak adlandırılan bazı kanuni düzenlemeler de mevcut olmuştur²⁷. Örneğin, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu’nun 1’inci maddesi Bakanlar Kuruluna bazı kararlar alarak tebliğler yayınlama yetkisi vermiş; Kanununun 3’üncü maddesi ise 1’inci maddeye göre alınan kararlara uymayanlara adli para cezası verileceğini öngörmüştü. Böylece karşılığında adli para cezası öngörülen fiili yani *suçu* belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu’na (yürütme organına) bırakılmış olmaktadır. Ancak bu hüküm 2008 yılında değiştirilmiş ve maddede geçen adli para cezaları idari para cezalarına dönüştürülmüştür.

Ceza hukukunu ilgilendiren suç ve cezalar kadar olmasa da kanunilik ilkesi, kural olarak, kabahatler ve idarî yaptırımlar açısından da geçerli kabul edilmektedir²⁸. Aşağıda izah edeceğimiz üzere, kanunilik ilkesinin cezalar ile ilgili olan “*kanunsuz ceza olmaz*” kısmı idarî yaptırımlar açısından da mutlak kabul edilmekte²⁹ ve fakat fiillerle ilgili olan “*kanunsuz suç olmaz*” kısmı, idari yaptırımlar açısından mutlak kabul edilmemekte ve bu ilkedен taviz verilebileceği öngörülmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 4’üncü maddesine göre,

“Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

24 Özbek, Veli Özer & Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar & Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 72.

25 Özgenç, İzzet (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 110.

26 Gölcüklü, Feyyaz (1963) ‘İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki’ AÜSBFD, C: XVIII, S: 2, s. 121.

27 Akbulut, s. 112.

28 Tan, Turgut (2016) İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 417.

29 Gençay, Şehnaz (2011) ‘Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun Yaptırım Uygulama Yetkisi ve Yargısal Denetimi’ Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (11-15 Ocak 2010 Ankara), Ankara Barosu Yayınları, C: 3, s. 180.

Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir”.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere kanunilik ilkesinin ceza hukukuna olan yansımaları ile idari yaptırım hukukuna olan yansımaları birbirinden farklıdır.

Öncelikle, ceza hukuku açısından hem suç ve hem de cezalar ancak kanunla ihdas edilebilir ve içerikleri de ancak kanunla doldurulabilir. Oysa ki idari yaptırımlara dair genel kanun niteliğini haiz³⁰ Kabahatler Kanunu bu ilkeyi mutlak kabul etmeyerek, *hangi fiillerin* kabahat oluşturacağını kanunda açıkça tanımlanabilmesinin yanı sıra kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceğini belirtmiştir. Yani bu hüküm sayesinde Yasama Organı çıkardığı bir kanunda *“kurumun belirlediği ilkelere aykırılık halinde..”* ya da *“alınması gereken tedbirlere aykırılık halinde..”* gibi çerçeve hükümler kullanarak bu hükümlerin içeriğinin idare tarafından doldurulmasına izin verebilecektir³¹.

Bununla birlikte Kanuna göre kabahat karşılığı olan yaptırımların türü (örneğin para cezası mı, lisans iptali mi ya da meslekten men etme mi?), süresi (örneğin geçici kapatma kararlarında 3 gün mü, 7 gün mü, 30 gün mü?) ve miktarı (örneğin para cezalarında 100 TL mi, 1000 TL mi, 50.000 TL mi?) ancak kanunla belirlenebilir. Buna göre kabahat teşkil eden fiillere karşı hangi cezaların verilebileceği ancak kanunla düzenlenebilir (tüzük, yönetmelik, genelge vs. ile düzenlenemez).

Dolayısıyla bizzat Kabahatler Kanunu *“kanunsuz ceza olmaz”* ilkesini idari yaptırımlar açısından mutlak kabul etmekte ancak *“kanunsuz suç olmaz ilkesi”* ne istisnalar getirilebileceğini öngörmektedir. İdari yaptırımlar açısından *“kanunsuz suç olmaz”* ilkesine istisna getirilebileceğine dair hüküm dokt-

30 *“Genel kanun niteliği/Madde 3- (Değişik: 6/12/2006-5560/31 md.) (1) Bu Kanunun; a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır”.*

31 Örneğin 2872 sayılı Çevre Kanunu md. 20/b'ye göre *“İzne tâbi tesisleri, aldıkları izin belgesinde veya yönetmeliklerde öngörülen önlemleri almadan veya yönetmeliklerde belirlenen emisyon standartlarına ve sınırlamalarına aykırı olarak işletenlere... Türk Lirası idari para cezası verilir”.* Görüldüğü üzere maddede düzenlenen çerçeve hükmüne aykırılık halinde **hangi cezanın** (idari para cezası) verileceği kanun tarafından düzenlenmiş ancak **hangi fiile** para cezası verileceği kanunda açıkça yer almayıp bu yetki (alınması gerekli önlemleri ya da emisyon standartlarını belirleme yetkisi) yönetmeliğe havale edilmiştir.

rinde bazı yazarlar tarafından kabul görmüş³²; diğer bazı yazarlar tarafından ise, bunun “yasama yetkisinin devri” sayılacağı gerekçesiyle, eleştirilmiştir³³.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce, Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırımlara dair yaptığı tasnif mevcut ihtiyaçlara cevap verememektedir. Bu nedenle Kanun'un ortaya koyduğu genel hükümlerin bir bütün olarak tüm idari yaptırımlar açısından uygulanması hakkaniyete uygun düşmemektedir. Bu nedenle konuyu *idari tedbirler*, *regülatif cezalar*, *kabahat cezaları* ve *disiplin cezaları* açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

İdari tedbirler açısından, bu tedbirler geçici nitelikte olduğu için, kanunilik ilkesi kural olarak uygulanmamakta ve idarenin gerekli gördüğü idari tedbirleri tüzük ve yönetmeliklerle düzenleyebileceği kabul edilmektedir³⁴. Örneğin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, önceden silah ruhsatı bulunan bir kimsenin ceza mahkemesinde yargılanması sırasında (yargılama sonuçlanana kadar) yeni silah ruhsatı alamayacağına ve silahının emanete alınacağına dair yönetmelik hükmünü, bu yönde sarih bir kanuni hüküm bulunmamasına rağmen, hukuka uygun bulmuştur³⁵.

Regülatif cezalar açısından kanunilik ilkesi yukarıda yer verdiğimiz Kabahatler Kanunu md. 4'te yer alan esaslar çerçevesinde geçerli kabul edil-

32 “...İdari suçların içeriğinin düzenleyici işlemlerle belirlenmesi mümkündür. Özellikle, bağımsız idari otoritelerin görev ve yetkilerini düzenleyen kimi yasalarda, ilgili kurullara, bu konularda kararlar alabilme ve idari suçların içeriğini düzenleyici işlemlerle belirleyebilme konusunda yetki tanınması da bağımsız idari otoritelerin görevlerinin ve görev yaptıkları alanların niteliğinin gereğidir. Özellikle kimi teknik konuların yasalarda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi mümkün olmayabilir...” Karabulut, s. 145; “... İdari suç yani karşılığında idari ceza verilecek fiillerin ayrıntılarının somut olarak idari düzenlemelerle belirlenmesi konusunda esneklik ceza hukukuna göre çok daha fazladır. Bu bağlamda disiplin cezalarında, regülatif cezalarda, hatta kabahatlerde verilecek idari cezanın türünün doğrudan kanunla belirlenmesi zorunludur. İdari ceza miktarı ise ya maktu veya nispi şekilde kanunla belirlenmeli, ya da kanunla öngörülen alt ve üst sınır arasında verilecek ceza miktarı idarenin takdirine bırakılmalıdır...” Ulusoy (2013), s. 85-86; “...İdare çerçeve hükümlerle bağlı olarak yaptırım gereken eylemler hakkında düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Ancak bu düzenleme sonunda uygulayacağı yaptırım, kanunda gösterilenlerle sınırlıdır. İdare Hukuku'nda bu ilkenin Ceza Hukuku'nda olduğu gibi katı bir şekilde uygulanmaması kural olmalıdır... Kanun konuya ilişkin asli ve temel kuralları belirtmekle yetinebilir. İkincil (tali) konular alt düzenleyici idari işlemlere bırakılabilir...” Sancakdar, Oğuz ‘İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku'ndaki Anayasal Temelleri’: Ulsan, İlhan & Başaran Yavaşlar, Funda (2009) İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s. 77.

33 “...Kişi hak ve özgürlükleri açısından sınırlama getiren idari cezaların da, gerek eylem gerekse eylem karşılığında uygulanacak yaptırım boyutuyla yasa koyucu tarafından düzenlenmesi gerektiği söylenebilir...” Akbulut, s. 123.

34 Ulusoy (2013), s. 98.

35 DİDDK, 19.06.2013, YD İtr. No: 2013/292 (YD ve İtr. reddedilen karar: 15. D., 19.12.2012, E. 2012/7049) (Aktaran: Ulusoy (2013), s. 98).

mektedir. Kanun koyucu, regülasyonun söz konusu olduğu piyasalarda idari yaptırımların türünü, süresini ve miktarını kendisi belirlemekte; bu yaptırımları gerektiren idari ihlallerin neler olduğu hususunda ise “çerçeve hüküm” çizerek bu çerçeve hükmün içeriğini idarenin genel ve düzenleyici işlemlerine havale etmektedir. Örneğin 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu md. 16/1/b’ye göre “*Bu Kanun, ikincil mevzuat veya lisans hükümlerine, Kurul kararlarına ve talimatlara aykırı hareket edildiğinin saptanması hâlinde... beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası verilir*”. Görüldüğü üzere söz konusu maddede yer alan idari para cezası miktarı çok yüksek olmasına rağmen kanun, idari yaptırım gerektiren fiilleri doğrudan sayma yoluna gitmemiş; bu fiilleri belirleme işini ikincil mevzuata, lisans hükümlerine, Kurul (EPDK Kurulu) kararlarına ve talimatlarına bırakarak “kanunsuz suç olmaz” ilkesine aykırı bir düzenlemeye yer vermiştir.

EPDK gibi düzenleyici ve denetleyici kurumların görevleri belirli bir sektörle sınırlandırıldığından ve bu kurumların görevleri kuruluş kanunlarında ayrıntılı şekilde düzenlendiğinden, verebilecekleri idari yaptırımın türü, süresi ve miktarının kanunla belirlenmiş olması yeterli olup, yaptırım gerektiren fiillerin hangileri olduğunun bizzat kanunla düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır³⁶. Kanaatimizce, aksinin kabulü de fiilen mümkün değildir. Zira sürekli değişen ve gelişen piyasa ihtiyaçlarının (çok yavaş işleyen) kanuni düzenleme süreci ile takip edilerek ihtiyaçlara göre hareket edilmesi ve TBMM’nin yoğun iş yükü yanında, farklı farklı sektörlerle dair idari yaptırım gerektiren her bir fiili tek tek tespit etmesi Meclisi çalışamaz hale getirir³⁷. Ayrıca enerji ya da sermaye piyasası gibi teknik piyasalarda ne gibi idari ihlallerin gerçekleşebileceği ancak bu piyasalarda uzmanlaşmış kurumlar tarafından tespit edilebilir. Bu nedenle regülasyon piyasalarındaki idari ihlallerin tespitinin, ilgili sektörün regülasyonu ile görevlendirilmiş düzenleyici ve denetleyici kurumlara tevdi edilmesi en doğru çözümdür.

Regülatif cezalarla ilgili dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, kanunun çizdiği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin ancak “*genel ve düzenleyici*” işlemleri ile doldurulabileceği; diğer bir ifadeyle idarenin “*birel*” işlemleriyle doldurulamayacağıdır. Bilindiği üzere “düzenleyici işlemler”

36 Ulusoy (2013), s. 87.

37 Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2015/85, K. 2016/3, T. 13.01.2016: “*yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetenilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir*”.

genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı işlemler iken; birel işlemler özel ve somuttur. Bu nedenle idare, kanunun sınırlarını çizdiği çerçeve hükmün içeriğini, sayısı belli ya da belirlenebilir nitelikte şirketi hedef alarak düzenleyemez. İdareye düzenleme yetkisi verilmesinin temel sebebi de idarenin takdir yetkisini somutlaştırmak olduğu için³⁸ bu vesile ile idarenin eşitlik ilkesine uygun hareket etmesi sağlanmış olacaktır.

Kabahat cezalarının kanuniliği açısından da yine 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun öngördüğü sistemin geçerli olması; yani idari yaptırımın türü, süresi ve miktarının kanunla belirlenmesi ancak idari ihlallerin tespiti hususunda ilgili idareye takdir hakkının tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Kabahat cezaları, genel kolluk yetkileri kapsamında "kabahat" olarak nitelenebilecek basit mevzuat ihlallerine karşı öngörülen hafif nitelikte ve genellikle para cezası şeklinde uygulanan cezalar olduğu için kişiler hakkında ağır etki ve sonuç meydana getirmezler³⁹. Bu nedenle kabahatler hakkında da "kanunsuz suç olmaz" ilkesinden taviz verilebileceğini ifade edebiliriz. Mesela 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu md. 31/E'ye göre Kaymakam, ilçenin her yönden genel idare ve genel gidişini düzenlemek ve denetlemekten sorumludur. Sorumluluk ise yetkiyi de beraberinde getirmelidir. Bu nedenle örneğin turizm bölgesinde görev yapan bir kaymakam, kanunun çizdiği sınırlar içerisinde, turizmin gerektirdiği önlemleri alabilir ve bu arada idari yaptırım gerektiren ihlalleri belirleyebilir. Aksi halde, kanunilik ilkesinin katılığı sebebiyle bazı fiillerin cezasız kalmasına sebebiyet verilmiş olur ve sosyal hayatta kargaşa ve huzursuzluklar baş gösterir⁴⁰.

Disiplin cezaları açısından ise kanunilik ilkesi özel bir öneme sahiptir. Özellikle öğrencilik ya da memuriyet gibi belli bir statüden uzaklaştırma neticesini doğuran disiplin cezaları muhatapları üzerinde ağır etki ve sonuçlara sebebiyet vermekte, kişilerin temel hakkı niteliğinde olan eğitim ya da çalışma hakkına ciddi müdahale niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, regülatif cezalarda ve kabahat cezalarında esnek bir şekilde uygulanan kanunilik ilkesinin disiplin cezaları hakkında da esnek uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Buna göre burada sorulması gereken soru; disiplin cezaları hakkında kanunun bir çerçeve çizmesi ve bu çerçevenin de idarenin düzenleyici işlemleri ile doldurulabilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

38 Güneş, Turan (1965) Türk Pozitif Hukukunda Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri, Ankara, AÜSBF Yayınları, No: 191-173, s. 88.

39 Ulusoy (2013), s. 147.

40 Soyaslan, Doğan (1990) Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Ankara, 1. Baskı, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, s. 41.

Anayasa Mahkemesi'ne konu olmuş yakın tarihli bir davada, üniversite personellerine verilecek disiplin cezalarıyla ilgili 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (b) fıkrasında değişiklik öngören kanun hükmünün⁴¹ Anayasa'ya ve kanunilik ilkesine aykırılığı iddia edilmiştir. Söz konusu hüküm ile 2547 sayılı Kanun'da öngörülen değişiklik şu şekildedir:

“(Değişik: 1/3/2014 - 6528/7 md.) Öğretim elemanları, memur ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezaları uyarı, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.”

Görüldüğü üzere fıkranın ilk cümlesinde üniversite personeline verilecek cezaların nelerden ibaret olduğu tadadı şekilde sayılmış; ikinci cümlesinde ise, hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağını belirleme yetkisi Yükseköğretim Kurulu'na yani idareye bırakılmıştır.

Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirme sonucunda; Anayasa'nın 38'inci maddesinde yer alan *“kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz”* ve *“ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”* hükümlerinin yani suç ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin cezaları açısından da geçerli olduğunu belirtmiş ve Anayasa md. 128/2'de yer alan *“memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”* hükmüne binaen üniversite personelinin disiplin işlemlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirterek, davaya konu fıkranın kanunilik ilkesine aykırı gördüğü ikinci cümlesini (kararın Resmi Gazete'de yayımından itibaren 9 ay sonra geçerli olmak üzere) iptal etmiştir⁴².

Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluyla önüne gelen yine yakın tarihli bir başka davada ise, Emniyet Teşkilat Kanunu'nun⁴³ *“polislere uygulanacak disiplin cezalarını gerektiren fiil ve hareketler ile cezaların derece ve miktarının tüzükle belirleneceği”* yönündeki 83'üncü maddesinin kanunilik ilkesi açısından hukuka aykırı olduğu yönündeki iddiayı değerlendirmiş ve neticede Anayasa

41 1.3.2014 tarihli ve 6528 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7'nci maddesi.

42 Anayasa Mahkemesi, E. 2014/100, K. 2015/6, T. 14.01.2015.

43 04.06.1937 tarihli ve 3201 sayılı.

B. ÖLÇÜLÜLÜK

Hukuk devleti ile ilgili bir kavram olan⁴⁷ ve doğrudan 82 Anayasası'nda ifadesini bulan⁴⁸ ölçülülük ilkesi, bir hak ve hürriyeti sınırlandırmada başvurulan aracın; amacı gerçekleştirmeye *elverişli*, amaç için *gerekli (zorunlu)* ve amaçla *orantılı (mütenasip)* olması anlamına gelmektedir⁴⁹.

Ölçülülük ilkesi *ceza hukuku* alanında çok önemli olduğu gibi *idari yaptırımlar hukukunda* da büyük bir öneme sahiptir ve idarî yaptırım tesis edilirken bu ilkenin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hukuk devletinde ceza hukukuna dair düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak şartıyla hangi fiillerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken kabahat ve yaptırım arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır⁵⁰.

İdare, kanunla kendisine bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırma konusunda takdir yetkisinin tanındığı hallerde bu yetkisini, sınırlama amacının gerçekleşmesi açısından elverişli ve gerekli olmayan, ayrıca sınırlama amacı ile makul bir oran içerisinde bulunmayan araçlarla kullanamayacaktır. Bu gibi hallerde takdir yetkisinin kullanımının ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan *elverişlilik*, *gereklilik (zorunluluk)* ve *orantılılık* kıstaslarına uygunluğu idarî yargı mercilerince denetlenecek ve şüphesiz bu denetim, yerindelik denetimi kapsamında değerlendirilemeyecektir⁵¹. İdarî yargı hâkimi kabahat ile yaptırım arasında âdil bir dengenin bulunup bulunmadığını ve uygulanan idarî yaptırımın sebep, konu ve maksat unsurları açısından "*gerekli*" olup olmadığını denetlemelidir⁵².

Bunun yanı sıra ölçülülük ilkesi, hukuka aykırı olduğu düşünülen bir idari işleme karşı henüz yargı mercii önüne gitmeden önce İYUK md. 11'e göre üst mercie yapılacak başvuruda da öne sürülebilecek bir ilkedir⁵³. Zira başkaca herhangi bir sebep olmasa dahi salt ölçülülük ilkesine aykırılık, idari

47 Hakeri, s. 34.

48 1982 Anayasası md. 13: "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*".

49 Oğurlu, Yücel (2002) Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 21.

50 Anayasa Mahkemesi, E. 2014/52, K. 2014/139, T. 11.9.2014.

51 Akbulut, s. 360.

52 Oğurlu (2002), s. 91.

53 Oğurlu (2002), s. 34.

bir işlemin hukuka aykırı kabul edilmesi için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmelidir.

Ölçülülük ilkesi özellikle idari para cezalarının maktu ya da nispi olup olmamaları noktasında özellik arz etmektedir. İdari para cezalarının ölçülülüğü ile ilgili olarak *regülatif cezaları* ve klasik *kabahat cezalarını* ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Kanaatimizce, idari düzeni ihlal eden *kabahatlerin* haksızlık içeriğinin azlığı ve bu gibi fiillere uygulanan yaptırım miktarlarının düşüklüğü sebebiyle, haksızlık teşkil eden fiile karşı maktu cezaların belirlenmesi, diğer bir ifadeyle failin ekonomik durumu ya da kastının var olup olmadığı gibi sübjektif kıstasların değerlendirilmeye alınmaması, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Zira “hızlılık” ve “usul ekonomisi” kabahat cezaları açısından önemli birer unsur olduğundan, failin sübjektif durumunun araştırılarak buna göre yaptırım tesis edilmesi, bu gibi cezalardan beklenen faydayı önleyecek ve devlete maliyeti açısından da “astarı yüzünden pahalı” bir tedbir olacaktır. Örneğin trafikte kırmızı ışık ihlali yapan sürücülerin her biri hakkında ayrı ayrı sübjektif değerlendirme cihetine gidilmesi ya da olayda kast ile mi yoksa taksir ile mi hareket edildiğinin araştırılarak buna göre cezaya hükümlenmesi, trafik cezalarının uygulanmasını neredeyse imkânsız kılacaktır.

Regülatif para cezaları ise, çok yüksek meblağlara ulaştığı ve failin ekonomik durumunu derinden etkileyebilecek niteliğe sahip olduğu için bu cezaların maktu şekilde düzenlenmesi (nispi şekilde düzenlenmemesi) kanaatimizce ölçülülük ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Buna rağmen pozitif hukukumuzda regülatif cezalar açısından da maktu cezaların belirlendiğini ve idareye failin sübjektif durumunu değerlendirme imkânının yani takdir hakkının tanınmadığı durumların var olduğunu görmekteyiz⁵⁴.

Kanaatimizce burada yapılması gereken şey; bir alt ve üst sınır belirlenerek idareye bu alt ve üst sınırlar arasında takdir hakkının tanınması ya da failin ekonomik durumu, failin hukuka aykırılık düzeyi, zarar miktarı vs. gibi sübjektif kıstaslara göre (örneğin şirketlerin bir önceki mali yıl cirolarına göre) belirli oranlarda yaptırım uygulanmasıdır.

Konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin 2016 yılında vermiş olduğu ve özellikle sermaye ve enerji piyasalarını ilgilendiren regülatif cezalarda göz önünde bulundurulması gereken önemli bir kararı bulunmaktadır⁵⁵.

54 Örneğin 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda yer alan idari para cezalarının **tamamı** maktu şekilde düzenlenmiştir.

55 Anayasa Mahkemesi, E. 2015/109, K. 2016/28, T. 7.4.2016.

Karara konu 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu md. 8/2/a'ya göre petrol bayileri "bayisi olduğu dağıtıcı haricinde diğer dağıtıcı ve onların bayilerinden akaryakıt ikmal yapılması" ile yükümlüdür. Kanun bu yükümlülüğün ihlali durumunda ise bayilere 850 bin TL para cezası öngörmüştür⁵⁶. Ancak burada öngörülen para cezası "maktu" olarak düzenlenmiştir. Yani failin ekonomik durumu, fiilin haksızlık içeriği, ortaya çıkardığı zarar miktarı, haksızlığın süresi vs. gibi subjektif nedenler göz önünde tutulmamış ve dolayısıyla idareye herhangi bir takdir hakkı tanınmayarak ilgili maddeyi ihlal eden her şirkete sabit miktarda idari para cezası uygulanması kanun koyucu tarafından emredilmiştir. 5015 sayılı Kanun'un mezkûr hükmünün hukuka aykırı olduğunu düşünen Danıştay 13'üncü Dairesi ise somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ve ilgili maddenin Anayasa md. 2'de düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi şu değerlendirmelerde bulunarak maddeyi iptal etmiştir:

"İtiraz konusu kuralda bayilerin bağlı buldukları dağıtıcı haricinde başka dağıtıcılardan veya onların bayilerinden akaryakıt ikmal etmeleri durumunda öngörülen idari para cezası "regülatif idari para cezası" niteliğinde maktu olarak düzenlenmiştir. Bu cezada, işletmelerin ekonomik büyüklüğü ve sınıfına ilişkin herhangi bir kademelendirme yapılmadığı görülmektedir. Buna göre, tek pompa ile faaliyet gösteren ve idari para cezası miktarı kadar yıllık cirosu bulunmayan bir akaryakıt istasyonu ile büyük ölçekteki akaryakıt istasyonunu işletenler açısından yükümlülüğün ihlali halinde verilecek ceza miktarı aynı olmakla birlikte, para cezasının miktarının yüksek olması göz önüne alındığında tek pompa ile faaliyet gösteren ve cirosu yüksek olmayan akaryakıt bayisi için verilen ceza daha ağır sonuçlar doğurabilmektedir.

Diğer taraftan... idari para cezası uygulanırken fiilin işleniş şekli, diğer bir ifadeyle akaryakıtın ikmalinin ne şekilde yapıldığı, failin kusur durumu başka bir ifadeyle bayinin fiili kasıtlı veya taksirle işleyip işlemediği ve ikmal edilen akaryakıtın miktarı gibi hususlarda dikkate alınmamaktadır.

Bu itibarla... fiilin haksızlık içeriği, bayilerin kusur durumu dikkate alınmadan, ekonomik büyüklüklerine ve sınıflarına göre adil bir denge gözetilmeden, itiraz konusu kuralla ölçülü ve makul olmayan idari para cezası ile cezalandırılmaları, hukuk devletinin gereği olan "adalet" ve "hakkaniyet" ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural... Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir".

56 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesiyle değiştirilen 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu md. 19/2/c'ye göre.

Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme haklı olarak, maktu surette belirlenen regülatif idari para cezalarında *işletmelerin ekonomik büyüklüğü, fiilin işleniş şekli, failin kusur durumu ve haksızlık miktarı* gibi sübjektif kıstasların nazara alınmamasını ölçülü ve makul bulmamış ve bu durumun adalete ve hakkaniyete uygun düşmeyeceğini açıkça ifade etmiştir.

Disiplin cezaları açısından da ölçülülük ilkesi önemli bir kıstastır. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kanuniliğin bir yansıması olan “*kanunsuz suç olmaz*” ilkesinin istisnası kabul edilebilecek *torba hükümler*⁵⁷ sayesinde kıyas yapılabilmekte ve kanunun sayma yoluyla belirlediği bir takım idari ihlallere nitelik itibariyle benzeyen ancak kanunda sayılmayan başka fiillere de yaptırım uygulanması idarenin takdirine bırakılmaktadır. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 125’te devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ve bu cezaları gerektiren disiplin suçları tek tek sayıldıktan sonra “*yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir*” denilmek suretiyle bir torba hüküm eklenmiş ve bu suretle idareye takdir hakkı tanınmıştır. Ancak kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olan takdir hakkının aynı zamanda ölçülülük ilkesine de uygun şekilde kullanılması ve kanunda sayılmayan bir fiili işlemek suretiyle idari düzeni ihlal eden memura uygulanacak cezanın, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli, amaçla orantılı ve amaç için zorunlu olması gerektiği ve aksi halde idari yargı denetimi yoluyla iptal edilebileceği kanaatindeyiz.

C. ŞAHSİLİK

1982 Anayasası’nın 38’inci maddesinde⁵⁸ ve 5237 sayılı TCK’nın 20’nci maddesinde⁵⁹ ifadesini bulan şahsılık ilkesine göre ceza sorumluluğu şahsidir ve birisinin hatasıyla, başkası veya akrabası hatalı sayılamaz, cezaya müstahak olamaz⁶⁰.

Kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin gereklerinden biri olan şahsılık ilkesine göre asli ve fer’i failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları mümkün değildir⁶¹. Bu ilke sadece adli cezalar açısından değil idari yaptırımlar açısından da uygulanması gereken bir ilkedir⁶².

57 Ulusoy (2013), s. 127.

58 1982 Anayasası md. 38/7: “...Ceza sorumluluğu şahsidir...”.

59 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md. 20/1: “Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz...”

60 Hakeri, s. 35.

61 Anayasa Mahkemesi, E. 2014/161, K. 2015/26, T. 5.3.2015.

62 Anayasa Mahkemesi, E. 2011/105, K. 2012/38, T. 15.3.2012.

Anayasa Mahkemesi'ne konu olan bir davada Yüksek Mahkeme idari yaptırımların şahsiliği ile ilgili önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. İstanbul 3'üncü ve 8'inci idare mahkemelerinin somut norm denetimi yoluyla Yüksek Mahkeme'ye başvuru yaptıkları söz konusu davada⁶³, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu Ek md. 2/3'te yer alan “İlgili belediyeden izin veya ruhsat almaksızın, belediye sınırları dâhilinde ticari amaçlı yolcu taşıyan kişiye, araç sahibine, bağlı bulunduğu durak, işyeri ve işletmelerin sorumlularına birinci fıkrada gösterilen idari para cezası üç kat olarak, fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde tekerrürü halinde ise beş kat olarak uygulanır. Ayrıca, araç her defasında altmış gün süre ile trafikten men edilir” hükmünün Anayasa md. 38/7'de yer alan cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu; zira bir kimsenin icraî veya ihmali herhangi bir hareketi olmasa dahi sadece araç sahibi olmasından dolayı başkasının bir fiili nedeniyle yaptırıma maruz kalmasının söz konusu olduğu ileri sürülmüştür. Yaptığı değerlendirme neticesinde Yüksek Mahkeme haklı olarak, maddede geçen “araç sahibi⁶⁴” kavramını cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bulmuş ve ilgili hükmü “işlemediği bir fiilden dolayı araç sahibine yaptırım uygulanmasına neden olabilecek nitelikte” bulduğu için iptal etmiştir.

Anayasa md. 38/7 hükmü adli ya da idari cezalar arasında bir ayırım yapmayarak tüm cezaların şahsi olduğunu ifade etmişse de idari yaptırımlar açısından zaman zaman bu ilkedden taviz verildiği görülmektedir. Mesela, ailesindeki bir kişinin güvenlik soruşturmasının olumsuz çıkması nedeniyle bir kişinin askeri öğrenciliğe alınmamasını Danıştay İDDK idari tedbir niteliğinde görerek, söz konusu işlemi hukuka aykırı görmemiş ve bu nedenle bu tür idari tedbirlerde şahsiliğin uygulanmayacağına hükmetmiştir⁶⁵.

İdari yaptırımlar açısından şahsiliğin verilen bir diğer taviz ise bizzat Kabahatler Kanunu'nda yer almaktadır. Organ veya temsilcinin davranışından dolayı tüzel kişinin ya da temsil edilen gerçek kişinin sorumluluğunun düzenlendiği 8'inci maddeye göre:

“(1) Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir.

63 Anayasa Mahkemesi, E. 2014/52, K. 2014/139, T. 11.9.2014.

64 İtiraza konu kararın uygulanacağı somut dava “yolcu taşıyan kişi” ve “araç sahibi” ile ilgili olduğu için Yüksek Mahkeme incelemesini bu kavramlara hasretmiştir, diğer kavramlar yönünden inceleme yapmamıştır.

65 DİDDK, 07.11.2012, E. 2008/426 (Kısmen bozulan karar: 8. D, K. 2007/6864) (Aktaran: Ulusoy (2013), s. 124).

(2) *Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir.*

(3) *Kanunun, organ veya temsilcide ya da temsil edilen kişide özel nitelikler aradığı hallerde de yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır.*

(4) *Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, organ veya temsilcilik ya da hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturan işlemin hukuken geçerli olmaması halinde de uygulanır.”*

Bu maddeye dair öncelikle ifade etmemiz gereken husus ceza hukuku anlamında tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayıp ancak güvenlik tedbirine hükmolunabilirken⁶⁶; kabahatler hukuku açısından tüzel kişilere de yaptırım uygulanabilmesinin mümkün olduğudur. Bunun gerekçesi ise *idarî para cezasının niteliği ve amacının farklılığı* olarak ifade edilmiştir⁶⁷. Kanaatimizce tüzel kişiler hakkında ceza hukuku anlamında cezaya hükmolunması mümkün değilse de kabahatler hukuku anlamında idari yaptırıma tabi tutulması pekâlâ mümkün olmalıdır. Zira mal ya da insan topluluklarına şahsiyet izafe edilerek onların birer “kişi” olarak tanınması bu gibi gayeler içindir. Faaliyet yetkisine sahip olan, yükümlülöklere de tabi olmalıdır.

Maddenin 1’inci fıkrasına göre, idari ihlali gerçekleştiren kişinin a) bir gerçek veya tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatıyla hareket etmesi ya da b) tüzel kişi için görev üstlenen kişi olması durumunda; *hem bu kişiye hem de ilgili tüzel kişiye ceza verilebilmektedir*⁶⁸. Diğer bir ifadeyle ortada tek bir fiil ve dolayısıyla tek bir ihlal mevcut olmasına rağmen; aynı fiil nedeniyle iki ayrı yaptırım uygulanabilmektedir. Dolayısıyla bu hüküm, kabahat işleyen kişi ile birlikte temsil edilen tüzel kişiyi de yaptırıma tabi tuttuğu için şahsilik ilkesinin açık bir istisnasıdır. Maddede zikredilen görevlilerin hukuka aykırı davranışlarından dolayı tüzel kişinin de sorumlu tutulabilmesi için, mezkûr görevlilerin eylemleri ile tüzel kişinin faaliyetleri arasında bir illiyet bağı olması gerekir. Bu illiyet bağı kurulmadığı takdirde görevlilerin her eyleminden tüzel kişinin de sorumlu tutulması gerekir ki böyle bir durum mantık kurallarıyla bağdaşmaz⁶⁹.

66 5237 sayılı TCK md. 20/2.

67 Madde gerekçesinden.

68 Ulusoy (2013), s. 122.

69 İnan, Atilla (2011) Açıklamalı Gerekçeli Kabahatler Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Semih Ofset, s. 125.

Maddenin 2'nci fıkrasında, aynı fiil nedeniyle iki ayrı *gerçek kişi* hakkında idari yaptırım tesis edilebileceği hal düzenlenmiştir. Geniş bir uygulama alanına sahip bu fıkra da şahsilik ilkesinin açık bir istisnasını teşkil etmektedir. Zira temsil ilişkisinin söz konusu olduğu her faaliyet bu fıkraya dâhil edilme imkânına sahiptir. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus idari ihlalin, temsil ilişkisinin gerektirdiği bir faaliyet kapsamında işlenmiş olması gerektiğidir. Aynı durum iş sahibi ve çalışan arasındaki ilişki açısından da geçerlidir. Buradaki temsil ilişkisinin var olup olmadığının tespiti ise idari yaptırımı uygulayacak olan makamın takdirinde olacaktır.

Maddenin son fıkrası ise; birinci ve ikinci fıkralarda bahsedilen temsil ilişkisinin hukuken geçerli olmadığı durumlarda da bu ilişki hukuken varmış gibi cezaya hükmolunabileceğini ifade etmektedir. Hukuken geçerli olmayan bir ilişkiye istinaden cezaya hükmolunması ilk bakışta hukuk mantığı ile bağdaştırılamıyorsa da madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere burada kastedilen, temsil ilişkisinin bilahare hukuka aykırı bulunarak *iptal* edilmesi halinde dahi iptalden önceki kabahatler nedeniyle idari yaptırım sorumluluğunun devam edeceğidir. Dolayısıyla mutlak butlanla malul ve bu nedenle “yok” hükmünde kabul edilen bir temsil ilişkisi nedeniyle temsil edilenin de idari yaptırımı tabi tutulmaması gerekir.

Kanaatimizce; organlık sıfatı, temsil ya da görev ilişkisi nedeniyle, temsil edilenin de idari yaptırımı tabi tutulması bir nevi “kefalet” ilişkisine benzetilebilir. Bu anlamda, bir kabahat nedeniyle iki ayrı kişiliğin sorumlu tutulması, bozulan idari düzenin daha çabuk tesisine hizmet edecek olsa da buradaki sorumluluğun “müteselsil” sorumluluk şeklinde kabul edilmesi gerekir. Zira ihlal edilen hukuki norm bir tanedir ve bu nedenle tek bir tazmin yeterli kabul edilmelidir. Ne var ki madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere (her ne kadar gerekçe bağlayıcı olmasa da) tasarının sisteminde müteselsil sorumluluk değil; ayrı ayrı sorumluluk kabul edilmiştir⁷⁰.

70 Madde 8'in gerekçesinden: “Tüzel kişi hakkında idari yaptırım uygulanabilmesi, organ veya temsilci sıfatıyla tüzel kişi adına hareket eden ya da tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde istihdam edilen kişi hakkında da idari yaptırım uygulanmasına engel teşkil etmez. Bu durumda tüzel kişi ile gerçek kişilere verilen idari para cezasının tahsili açısından müteselsil sorumluluk da kabul edilemez. İdari para cezası, bir ceza hukuku yaptırımı niteliği taşımamakla birlikte; bir kamu hukuku yaptırımı olması dolayısıyla ve uygulanmasıyla güdülen amacın gerçekleşebilmesi için ancak hakkında uygulanan kişi üzerinde etkili olabilmelidir. Bu bakımdan, Tasarının sisteminde, işlenen kabahat nedeniyle verilen idari para cezası ile ilgili olarak müteselsil sorumluluk kabul edilmemiştir”.

D. SORUŞTURMA YAPILMASI ve SAVUNMA ALINMASI

Soruşturma yapılmaksızın ve savunma alınmaksızın ceza ya da yaptırım uygulanamaması ilkesi evrensel bir hukuk normu haline gelmiş temel bir ilkedir⁷¹. Ceza hukuku anlamında mutlak kabul edilen bu ilkenin idarenin uyguladığı idari yaptırımlar açısından da (kural olarak) geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak konuyu *regülatif cezalar*, *disiplin cezaları* ve *kabahat cezaları* açısından ayrı ayrı ele almak gerekmektedir.

Regülatif cezalar açısından Danıştay, para cezası verilmeden önce, şahsî olarak yaptırım uygulanmasına neden olabilecek kusurlu eylem ve bu eylemin ihlal ettiği mevzuat hükmü açık bir şekilde *yazılmamak* suretiyle ilgiliden savunma istenmiş olmasını ya da hiç savunma hakkı kullandırılmadan yaptırım uygulanmasını, idarî usul yönünden hukuka aykırı bulmakta ve idarî işlemin iptal edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷².

Ancak Danıştay'ın idari para cezaları hakkında yukarıda yer alan içtihadına aykırı kararları da bulunmaktadır. Örneğin petrol veya LPG piyasasında bayilerin standart dışı yakıt sattığının veya lisans kapsamı dışında faaliyet gösterdiğinin “tutanakla” tespit edilmesi halinde, idari para cezası verilmeden önce EPDK tarafından ayrıca bir soruşturma yapılmaması yönündeki uygulama ve yine bu yöndeki yönetmelik hükümleri Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmuştur⁷³. Ancak EPDK tarafından sonradan yapılan yönetmelik değişikliği⁷⁴ ile savunma alınmadan idari para cezası verilmemesi kuralı (bazı istisnalar dışında) açıkça öngörülmüş ve yapılan bu kanuni değişiklik ile soruşturma yapılması zorunlu tutulmuştur⁷⁵.

Kanaatimizce, savunma ilkesi ile ilgili değinilmesi gereken diğer bir husus, düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının, mevzuat hükümlerini ihlal ettiği iddiası ile savunmaları talep edilen kişilere “sözlü savunma” imkânını tanınması gerekliliğidir. Zira sözlü savunma alınması, soruşturmaya konu somut olayın açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olacaktır. Örneğin Rekabet

71 Ulusoy (2013), s. 50.

72 Danıştay 13. D., E. 2005/1796, K. 2005/2556, T. 17.05.2005, aynı yönde: Danıştay 13. D., E. 2005/1797, K. 2005/2558, T. 17.05.2005; Danıştay 13. D., E. 2006/4709, K. 2008/6762, T. 13.10.2008 (Aktaran: Çakmak, Zeynep (2011) Bağımsız İdarî Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, 1. Baskı, Ankara, Çakmak Yayınevi, s. 212).

73 Örnek: Danıştay İDDK, 05.12.2012, E. 2012/1099 (Aktaran: Ulusoy (2013), s. 51).

74 Örneğin, 06/01/2005 tarihli ve 25692 sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan “Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” md. 26’da değişiklik yapan ve 22.02.2012 tarih ve 28212 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan yönetmeliğin 3’üncü maddesi.

75 Ulusoy (2013), s. 51.

Hukuku uygulamalarında sözlü savunma imkânının⁷⁶ etkin bir şekilde kullanılmasına rağmen elektrik piyasasında şirketlere böyle bir hak verilmemiş olması doktrinde eleştirilmiştir⁷⁷.

Disiplin cezaları açısından ise savunma hakkı mutlak kabul edilmeli ve bu hususta herhangi bir istisnaya yer verilmemelidir. Kaldı ki memurlara, diğer kamu görevlilerine, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği hükmü Anayasal düzeyde koruma altına alınmış temel bir haktır⁷⁸. Doktrinde bir kısım yazarlardan tarafından, Anayasada yer verilen savunma hakkının teknik anlamda savunma hakkı değil “isnada ilişkin açıklamalar” olduğu ifade edilmekte⁷⁹ ise de Anayasa’nın açık beyanı karşısında kamu görevlileri bakımından savunma hakkı, “yargısal usul benzeri bir usul evresi” olarak kabul edilmelidir⁸⁰.

Üniversite öğrencilerine uygulanacak disiplin cezaları açısından ise savunma hakkı yönetmelik tarafından koruma altına alınmıştır. Üniversite öğrencilerine uygulanacak disiplin cezalarının düzenlendiği Yükseköğre-

76 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md. 46: “Sözlü savunma toplantısı, tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirmeleri üzerine yapılır. Ayrıca Kurul, kendiliğinden sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verebilir”.

77 Ulusoy konuyla ilgili olarak 11 -15 Ocak 2010 tarihli Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı’nda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “...Burada idarî usul yönünden yine önemli bir problem var bence genel olarak hem yönetmelikte, hem de kanundaki düzenlemelerde, sözlü savunma hiç öngörülmemiş. Gerçi kanunda illa öngörülmesi de bana göre gerekli değildir, yönetmelikle de bu öngörülebilirdi. Bu sözlü savunma biliyorsunuz özellikle Rekabet Kurumu’nun yaptığı soruşturmalarda çok etkili bir şekilde kullanılıyor ve savunma hakkının kullanılabilmesi için bence çok pratik ve çok etkili, önemli bir yol. Enerji ile ilgili konularda da belki sınırlarını çizerek, illa her soruşturma için belki gerekemeyebilir, ama bir sınırmı çizerek özellikle çok önemli, işte milyarlarca liralık idarî cezalar uygulayabiliyor EPDK, çok ağır derecede işte lisans iptali cezaları uygulayabiliyor. Dolayısıyla bu soruşturma aşamasında veya soruşturma sonucunda Kurulun karar verme aşamasından önce Kurul önünde bir sözlü savunma imkânının öngörülmesi düzenlemelerde bence son derece yerinde olur. Burada Rekabet Kurumu uygulaması da bir örnek olarak, bir tecrübe olarak bana göre son derece yararlı olduğu görülmüştür.” Ulusoy, Ali (2011) ‘Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun Yaptırım Uygulama Yetkisi ve Yargısal Denetimi’ Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (11-15 Ocak 2010 Ankara), Ankara Barosu Yayınları, C: 3, s. 188.

78 “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez” (1982 Anayasası md. 129/2).

79 Hafızoğulları, Zeki (1994) ‘Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı’ Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s. 25.

80 Akyılmaz, Bahtiyar (2002) ‘Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar’ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VI, S: 1-2, s. 253.

tim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin⁸¹ *Savunma Hakkı* başlıklı 15/1'inci maddesine göre: “*Hakkında disiplin soruşturması açılan öğrenciye isnat edilen suçun neden ibaret olduğu, savunmasını yapacağı tarihten en az yedi gün önce yazılı olarak bildirilir. Bu yazıda; öğrenciden belirtilen gün, saat ve yerde savunmasını yapmak üzere hazır bulunması istenilir*” denilerek, yükseköğretimde okuyan ve hakkında disiplin soruşturması yürütülen öğrencilere, disiplin cezası uygulanmadan önce savunma hakkının tanınması ve en az yedi günlük süre verilerek bu hakkının kullandırılması *amir hüküm* şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla idari cezaların bir nevi olan *disiplin yaptırımları* açısından savunma hakkının mutlak surette benimsenmiş olduğunu ifade edebiliriz.

İdari cezalarda genel prensip bu olmakla birlikte, idari cezaların bir alt grubunu oluşturan *kabahatler* açısından soruşturma yapılması ve savunma alınması ilkesinin uygulanmadığı ve bunun gerekçesinin de pratik ihtiyaçlar olduğunu ifade edilmiştir⁸². Örneğin trafik düzenini ihlal eden ya da aracını yanlış yere park eden bir sürücüye uygulanacak idari yaptırım açısından soruşturma açılması ve savunma alınması kuralının öngörülmesi, bu yaptırım ile ulaşılmak istenen sonuçları ortadan kaldıracak ve ayrıca cezalandırma derecesi düşük olan bir netice için çok daha fazla masrafa girilmesine ve dolayısıyla usul ekonomisine aykırılığa sebebiyet verecektir.

Sonuç olarak, savunma alınması ve soruşturma yapılması ilkesinin ceza hukukunda mutlak olarak uygulandığını ancak bu ilkenin idari yaptırımlar açısından mutlak olarak uygulanmadığını ve yukarıdaki gibi pratik ihtiyaçlara binaen Danıştay'ın bazı idari para cezaları ve kabahat yaptırımları açısından “soruşturma açılması ve savunma alınması” ilkesini gerekli görmediğini ifade edebiliriz.

E. SUÇ VE CEZALARIN GEÇMİŞE YÜRÜMEMESİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *zaman bakımından uygulanma* başlıklı 7'nci maddesine göre:

“(1) *İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı*

81 18.08.2012 tarih ve 28388 sayılı Resmi Gazete.

82 Ulusoy (2013), s. 56.

da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşse infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.”

Türk Ceza Kanunu'nun öngördüğü bu hükmünden çıkarılan “suç ve cezaların geçmişe yürümemesi” ve “lehe hükmün geçmişe yürümesi” ilkeleri de yine evrensel kabul edilen ceza hukuku hükümlerindedir. Bu hükümlere göre bir fiil, işlendiği zaman yürürlükte olan ceza kanunu tarafından suç olarak kabul edilmemişse o fiilin sonradan suç kabul edilmesinin faile menfi anlamda herhangi bir etkisi olmayacaktır. Fakat sonradan yürürlüğe giren hüküm failin lehine ise o hüküm fail açısından da geçerli kabul edilecektir.

İdari yaptırımlar açısından genel hükümler ihtiva eden Kabahatler Kanunu'nun zaman bakımından uygulama başlıklı 5'inci maddesinin 1'nci fıkrasına göre⁸³ Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanacaktır. Buna göre, kanaatimizce, idari yaptırımlar açısından da “suç ve cezaların geçmişe yürümemesi” ve “lehe hükmün geçmişe yürümesi” ilkeleri geçerlidir.

Bununla birlikte Danıştay bir kararında, değiştirilen hükmün fail aleyhine uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Bu olayda Rekabet Kurulu, çıkardığı bir yönetmelikle, rekabet ihlali yapan şirketlerin bir önceki yıl cironunun %10'una kadar idari para cezası verme yetkisini objektif olarak daha da somutlaştırabilmek adına, birtakım kıstaslar belirlemiş; cironun %3'ünü “baz ceza” olarak belirleyerek, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri bu baz cezaya uygulamak suretiyle (yüzde onluk üst limiti geçmemek kaydıyla) daha öngörülebilir bir cezalandırma sistemi kurmaya çalışmıştır⁸⁴. Yönetmelikte yer alan geçici bir madde ile de (geçici md. 1) bu yeni uygulamanın, yürürlük tarihinden önce başlamış ancak henüz sonuçlandırılmamış soruşturma ve ihlaller açısından da uygulanacağını öngörmüştür. Bu yönetmelik hükmüne

83 Madde 5- (1) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir.

84 Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, R.G. 15.02.2009, s. 27142.

karşı açılan iptal davasında, anılan geçici maddenin suç ve cezaların geçmiş yürütülememesi ilkesine aykırı olduğu iddia edilmişse de bu iddia Danıştay tarafından kabul görmeyerek yönetsel hükümünün hukuka uygun olduğu yönünde karar verilmiştir⁸⁵.

Kanaatimizce, somut olayda cironun %3'ünün baz ceza olarak belirlenmesine dair Rekabet Kurulu kararının, yürürlük tarihinden önce başlamış ancak sonuçlandırılmamış soruşturmalar açısından da geçerli kabul edilmesi "suç ve cezaların geçmişe yürütülmemesi" ilkesine ve dolayısıyla hukuki güvenlik ve idari istikrar ilkelerine aykırıdır. Zira %3 oranının baz alınmış olması idari yaptırım miktarının esasını etkileyebilecek ve dolayısıyla şirketin ödemesi gereken ceza miktarını artırabilecek bir karardır.

Türk Ceza Kanunu'nun 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre ise hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrür ile ilgili olanlar hariç infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanacaktır. Derhal uygulama kuralı olarak adlandırılan bu ilke Kabahatler Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'nci fıkrasının 2'nci cümlesinde de "*kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir*" şeklinde ifadesini bulmuştur. Dolayısıyla hem ceza hukuku bakımından hem de kabahatler hukuku bakımından infaza dair kanun değişiklikleri, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hemen uygulanmalıdır. Ancak ikisi arasındaki tek fark TCK'nın anılan hükmünde üç adet istisnaya yer verilmiş olmasıdır.

Bir kabahatin gerçekleşmesi ve bu kabahate yaptırım uygulanması dört aşamadan oluşur: *eylemin gerçekleşmesi aşaması, soruşturma aşaması, karar aşaması ve infaz (uygulama) aşaması*⁸⁶. Eylem aşamasında kabahat işlenip tamamlanmakta; soruşturma aşamasında yetkili makam tarafından gerekli araştırma ve soruşturma yürütülmekte; karar aşamasında soruşturmanın sonucuna göre yetkili kurul ya da kişi tarafından yaptırım kararı alınmakta; infaz aşamasında ise yaptırım kararının icrasına geçilmektedir.

Derhal uygulama ilkesinin en önemli sonuçlarından biri, yeni kanunun uygulanmasında failin lehine ya da aleyhine olmasına bakılmamasıdır⁸⁷. Dolayısıyla, idari yaptırımlar hukukunda, kararların infazına dair yapılacak

85 Danıştay 13. D., 05.11.2010 (YD ret), E. 2010/3202; İDDK (YD itiraz ret), 14.06.2011, E. 2010/1226 (Aktaran: Ulusoy (2013), s. 68).

86 Doğan, Beşir Fatih & Çağlayan, Ramazan (2008) 'Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması Sorunu Üzerine' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XII, S:1-2, s. 569.

87 Özbek, Veli Özer & Kanbur, Mehmet Nihat & Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar & Tepe, İlker (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 115.

değişikliklerin failin lehine olup olmadığına bakılmaksızın hemen uygulanması gerekmektedir.

Kabahatler Kanunu md. 5/2'de bahsedilen derhal uygulama kuralı ile kastedilen, idari yaptırımların infazına dair *usuli değişikliklerdir (tahsil yöntemi, taksit sayısı, kaç gün içinde ödenmesi gerektiği, kaç gün içinde ödenirse indirimden faydalanılabileceği vs)*. Diğer bir ifadeyle cezaların *esasını (özünü)* etkileyecek, miktarını artıracak değişiklikler değildir. Örneğin Çevre Kanunu'na aykırı olarak katı atık ya da arıtma tesisi kurmaması nedeniyle bir fabrikaya 60.000 TL idari para cezası uygulandıktan 2 gün sonra mevzuat değişikliği ile bu ihlalin cezası 80.000 TL'ye çıkarılsa ve henüz ceza tahsil edilmemiş olsa bile önceki hüküm geçerli olacak ve 60.000 TL tahsil edilecektir. Ancak mevzuatta cezanın infazına dair değişikliğe gidilirse; örneğin daha önce cezayı 5 eşit taksitte ödeme imkânı varken taksit sayısı 3'e düşürülürse burada yeni değişikliğin *derhal uygulanması* ve kişiye 5 değil 3 taksit hakkı tanınması gerekecektir. Kabahatler Kanunu'nun cezaların infazına dair düzenlemesi bu yönde olmakla birlikte, failin aleyhine olabilecek mevzuat değişikliklerinde "geçiş hükümleri" konması ve bu suretle failin haklarının korunması gerektiği kanaatindeyiz.

F. MÜKERRER CEZALANDIRMA YASAĞI (NON BIS IN IDEM)

Suç işleyen bir failin aynı fiilinden dolayı birden fazla yargılanamaması ve/veya cezalandırılmaması anlamına gelen "non bis in idem" ilkesi hukukun temel ilkelerinden biri olup ceza hukuku anlamında mutlak uygulanma durumundadır.

İdari yaptırımlar hukuku açısından ise konuyu farklı farklı ele almak gerekmektedir. Öncelikle aynı fiil nedeniyle hem *idari yaptırım* hem de *idari tedbir* uygulanması durumunda ortada non bis in idem ilkesine aykırı bir durum oluşup oluşmayacağıнын irdelenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce böyle bir durumda, *idari tedbirler* teknik olarak ceza niteliğinde sayılmadığı için, aynı fiil nedeniyle hem idari yaptırım hem de idari tedbir uygulanması halinde non bis in idem ilkesine aykırı bir durum yani birden fazla cezalandırma durumu söz konusu olmayacaktır. Örneğin, mevzuata aykırı faaliyette bulunan bir işyerine idari para cezası verilip aynı zamanda geçici olarak kapatma, mühürleme veya faaliyetten men kararı alınması gibi⁸⁸.

88 Ulusoy (2013), s. 111.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun İctima başlıklı 15/1'inci maddesine göre:

“Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir”.

Bu hükme göre Kabahatler Kanunu non bis in idem ilkesini, idari yaptırımlar açısından kısmen kabul etmiştir. Buna göre, bir fiil nedeniyle sadece iki ayrı idari para cezası (regülatif para cezası ve kabahat para cezası) öngörülmüşse en ağır idarî para cezası uygulanacaktır. Bu durumda non bis in idem ilkesi mutlak olarak tatbik edilecek yani mükerrer cezalandırılmaya gidilmeyecektir. Fakat aynı fiil nedeniyle hem idari para cezası hem de örneğin lisans iptali cezası öngörülmesi durumunda ise her iki yaptırım da aynı anda uygulanabilecektir⁸⁹.

Konu ile ilgili somut bir örnek Petrol Piyasası Kanunu'nda mevcuttur⁹⁰. Madde gereği Petrol Piyasası Kanunu'na göre idari para cezalarının veya idari yaptırımların uygulanması bu Kanun'un diğer hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir ve yine bu Kanuna göre verilen ceza ve tedbirler diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellememektedir. Dolayısıyla, hukuka aykırı bir fiili nedeniyle idari yaptırım uygulanması gereken bir petrol bayisine hem idari para cezası uygulanabilecek hem de örneğin bayi belli bir müddet faaliyetten men edilebilecektir.

Disiplin cezaları açısından, aynı fiil nedeniyle hem *adli ceza* hem de *idarî yaptırım* öngörülmesi durumunda ise mükerrer cezalandırma yasağının uygulanmayacağı (doktrin ve yargı kararlarında) kabul edilmektedir. Çünkü idari düzen ile adli düzenin birbirinden farklı olduğu dolayısıyla korunan menfaatlerin de birbirinden farklılaştığı ifade edilmektedir. Örneğin bir memurun adli bir cezayı gerektiren fiiline karşı hem disiplin yaptırımına hem de adli cezaya tabi tutulması gerekmektedir.

Disiplin yaptırımları açısından durum böyle iken klasik anlamda “kabahat” olarak adlandırılan fiiller (çöp atma, afiş asma, dilencilik yapma, kırmızı ışıkta geçme vs.) ile; “suç” olarak tanımlanan fiilin aynı olması duru-

89 Ulusoy (2013), s. 113.

90 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu md. 19/1.

munda ise *sadece suçtan dolayı* yaptırım uygulanabileceği, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3'üncü maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre: *“Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır”*.

Kanaatimizce, aynı fiil iki ayrı düzeni ihlal ediyor ise fail hakkında hem suçtan hem de kabahatten dolayı ayrı ayrı cezaya hükümlenmelidir.

Konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda; trafikte seyir halinde olan bir araç, trafik ekiplerince durdurularak sürücüye alkol testi yaptırılmış ve yapılan muayenede sürücünün 2.83 promil alkollü olduğu tespit edilmiştir. Buna istinaden sürücüye 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) md. 48/5'e göre⁹¹ idari para cezası verilerek ehliyetine el konulmuş; ayrıca md. 48/6'nın⁹² yollamasıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md. 179/3'e binaen⁹³ kişi hakkında “trafiği tehlikeye sokma” suçundan dava açılmıştır. Alkollü sürücü hakkında aynı fiil nedeniyle (alkollü araç kullanma) hem idari yaptırım hem de adli ceza tesis edilmesini öngören 2918 sayılı KTK md. 48/6'nın, Kabahatler Kanunu md. 15/3'e ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunun iddia edildiği davada Yüksek Mahkeme; Non bis in idem ilkesinin, aynı fiille hem kabahat hem de suç işlenen durumlar açısından mutlak olmadığını; konu bakımından birbirine benzeseler dahi, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesinin mümkün olduğunu; bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılmasının hukuk devleti ve *'aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz'* ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini; bu nedenle, almış oldukları 1.00 promilin üzerindeki alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmalarına rağmen araç kullanan sürücülerin, idari para cezası yanında, ayrıca ceza yaptırımıyla da cezalandırılmalarını öngören kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiş ve davayı reddetmiştir⁹⁴.

91 2918 sayılı KTK md. 48/5: *“Yapılan tespit sonucunda, 0.50 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında, fiili bir suç oluştursa bile, 700 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi altı ay süreyle geri alınır...”*

92 2918 sayılı KTK md. 48/6: *“...1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır”*.

93 5237 sayılı TCK md. 179/3: *“Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi... cezalandırılır”*.

94 Anayasa Mahkemesi, E. 2014/124, K. 2015/25, T. 5.3.2015.

Kanaatimizce, Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu bu karar gayet yerinde bir karardır. Zira idari düzen kuralları ve adli düzen kuralları birbirinden farklı hukuki değerleri koruduğu için iki farklı yaptırımın uygulanması gerekmektedir. Oysaki 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 15/3'te yer alan düzenleme, bunun aksini öngörmektedir. Kanaatimizce, bu fıkra açısından mevzuat değişikliğine gidilmesi ve aynı fiil ile hem kabahat hem de suç işlenmesi halinin iki farklı yaptırımı (adli ceza ve idari yaptırım) tabi tutulması yerinde olacaktır.

SONUÇ

5326 sayılı Kabahatler Kanunu, karşılığında idari yaptırım öngörülen her fiili “*kabahat*” olarak adlandırmış; idari yaptırımları da *idari para cezası ve diğer idari tedbirler (mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer idari tedbirler)* şeklinde ikiye ayırmıştır. Ancak idari düzeni ihlal eden bütün fiilleri sadece kabahat olarak adlandırmak mevcut ihtiyaçlara cevap vermemektedir. Zira idari ihlaller ve bunlara uygulanması öngörülen idari yaptırımlar arasında nitelik ve nicelik anlamında ciddi farklar vardır. Bu nedenle, öncelikle idari tedbirlerin idari yaptırımlardan ayrılması ve idari yaptırımların da kendi içerisinde *regülatif cezalar (regülasyon piyasasında verilen lisans iptali ya da yüksek meblağlı para cezaları vs.)*, *kabahat cezaları (trafik ihlali neticesinde kesilen düşük miktarda cezalar vs.)* ve *disiplin cezaları (disiplin ihlalleri neticesinde memurlara verilen uyarma, kınama, memuriyetten çıkarma vs.)* şeklinde üçe ayrılması gerekmektedir.

Ceza hukuku ilkelerinin idari yaptırımlar açısından da uygulanması, yaptırım uygularken idarenin hem “*davacı*” hem “*savcı*” hem “*hükmü veren*” hem de “*hükmü icra eden*” konumunda olması sebebiyle büyük önem taşımaktadır. Bu ilkeler sayesinde vatandaş ile idare arasında “silahların eşitliği” sağlanmış olur.

Kanunilik, şahsılık, ölçülülük, geriye yürümezlik, mükerrer cezalandırma yasağı ve savunma hakkı gibi ilkeler temel ilkelerdir. Ceza hukuku ile idari yaptırım hukukunun cezalandırma amaçlarının, korudukları hukuki değerlerin, bireyler üzerindeki tesirlerinin farklılığı sebebiyle; ilkelerin bu disiplinlere uygulanma düzeyleri de farklılaşacak ve ceza hukuku açısından mutlak uygulanması gerektiği kabul edilen birtakım ilkelere, idari yaptırım hukukunda tavizler verilebilecektir.

Kanunsuz suç olmaz ve kanunsuz ceza olmaz şeklinde iki farklı yansıması bulunan *kanunilik ilkesi ceza hukuku* anlamında mutlak uygulanırken; idari yaptırımlarda, kural olarak, sadece kanunsuz *ceza* olmaz ilkesi mutlak uygulanmakta, kabahatler açısından ise kanunun belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin idarenin düzenleyici işlemleri doldurulabileceği, yani hangi fiillerin idari ihlal sayılacağının idare tarafından belirlenebileceği kabul edilmektedir. Ancak yine de yaptırımın türü, süresi ve miktarının her halükarda kanunla belirlenmesi gerekmektedir.

Bir hak ve hürriyeti sınırlandırmada başvuru aracı; amacı gerçekleştirmeye elverişli, amaç için gerekli (zorunlu) ve amaçla orantılı (müte-nasip) olması anlamına gelen ölçülülük ilkesi özellikle idari para cezalarının maktu ya da nispi olup olmamaları noktasında önem taşımaktadır. Kabahat para cezası miktarlarının düşüklüğü sebebiyle, bu cezalarda maktu oranların belirlenmesi ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmezken; regülatif para cezası miktarlarının çok yüksek olması ve failin ekonomik durumunu derinden etkileyebilmesi sebebiyle, bu cezalarda maktu oranların belirlenmesi (nispi şekilde düzenlenmemesi) ölçülülük ilkesine aykırıdır.

Şahsilik ilkesi, idari yaptırımlarda, organ veya temsilcinin davranışından dolayı tüzel kişinin ya da temsil edilen gerçek kişinin de sorumlu tutulması sebebiyle mutlak uygulanmamaktadır. Temsil ya da görev ilişkisi nedeniyle, temsil edilenin de idari yaptırıma tabi tutulması bir nevi “kefalet” ilişkisine benzediğinden buradaki sorumluluğun ayrı ayrı değil, müteselsil olması gerekir.

Soruşturma yapılması ve savunma alınması ilkesi açısından kabahat cezalarında taviz verilmesi hukuka uygun görülürken; regülatif cezalarda ve disiplin cezalarında taviz verilmesi hukuka aykırılık teşkil eder.

Suç ve cezaların geçmişe yürümemesi ilkesi açısından Türk Ceza Kanunu’nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanacaktır. Dolayısıyla idari yaptırımlar açısından da “suç ve cezaların geçmişe yürümemesi” ve “lehe hükmün geçmişe yürümesi” ilkeleri geçerlidir. Bunun yanında infaza dair kanun değişikliklerinde “derhal uygulama kuralı” geçerlidir. Ancak idari yaptırımlardan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekrerrür” hükümleri derhal uygulama kuralından istisna tutulmuştur. İdari yaptırımların infazına dair değişikliklerden kasıt *usuli değişikliklerdir (tahsil*

yöntemi, taksit sayısı, kaç gün içinde ödenmesi gerektiği, kaç gün içinde ödenirse indirimden faydalanılabileceği vs). Diğer bir ifadeyle cezaların esasını (özünü) etkileyecek, miktarını artıracak değişiklikler değildir.

Suç işleyen bir failin aynı fiilinden dolayı birden fazla yargılanmaması ve/veya cezalandırılmaması anlamına gelen *non bis in idem ilkesinin*, aynı fiil ile hem bir suç hem de idari ihlal işlenmesi durumunda uygulanmaması gerekir. Bu nedenle “*bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir*” hükmünü öngören Kabahatler Kanunu md. 15/3’ün değiştirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Emre (2013) *Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi*, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

Akyılmaz, Bahtiyar (2002) 'Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VI, S: 1-2, s. 241-262.

Çağlayan, Ramazan (2006) *İdarî Yaptırımlar Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım.

Çakmak, Zeynep (2011) *Bağımsız İdarî Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu*, 1. Baskı, Ankara, Çakmak Yayınevi.

Çınar, Hacı Yusuf (2009) 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu Çerçevesinde İdarî Yaptırımlar (Yayımlanmamış EPDK Uzmanlık Tezi), Ankara.

Doğan, Beşir Fatih & Çağlayan, Ramazan (2008) 'Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması Sorunu Üzerine' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XII, S:1-2, s. 565-583.

Erdoğan, Burcu (2012) 'İdarî Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması' Ankara Barosu Dergisi, S: 2, s. 241-276.

Gençay, Şehnaz (2011) 'Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun Yaptırım Uygulama Yetkisi ve Yargısal Denetimi' Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (11-15 Ocak 2010 Ankara), Ankara Barosu Yayınları, C: 3, s. 177-184.

Gölcüklü, Feyyaz (1963) 'İdarî Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki' AÜSBFD, C: XVIII, S: 2, s. 115-182.

Günday, Metin (2015) *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.

Güneş, Turan (1965) *Türk Pozitif Hukukunda Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, AÜSBF Yayınları, No: 191-173.

Hafizoğulları, Zeki (1994) 'Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı' Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s. 20-40.

Hafizoğulları, Zeki (2008) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, US-A Yayıncılık.

Hakeri, Hakan (2016) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

İnan, Atilla (2011) Açıklamalı Gerekçeli Kabahatler Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Semih Ofset.

Kangal, Zeynel T. (2011) Kabahatler Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık.

Karabulut, Mustafa (2008) İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Karahanoğulları, Onur (1999) 'Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri' Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C: 8, S: 3, s. 55-77.

Kaya, Cemil (2005) 'Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler' Amme İdaresi Dergisi, C: 38, S: 2, s. 61-87.

Koca, Mahmut & Üzülmüş, İlhan (2012) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Oğurlu, Yücel (1999) 'İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı' A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: III, S:1, s. 143-194.

Oğurlu, Yücel (2002) Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Özay, İlhan (1985) İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Özbek, Veli Özer & Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar & Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Özbek, Veli Özer & Kanbur, Mehmet Nihat & Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar & Tepe, İlker (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 115.

Özen, Mustafa (2013) İdari Ceza Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Özgenç, İzzet (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Öztürk, Bahri & Erdem, Mustafa Ruhan (2008) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Sancakdar, Oğuz ‘İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku’ndaki Anayasal Temelleri’: Ulusan, İlhan & Başaran Yavaşlar, Funda (2009) İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s. 59-109.

Soyaslan, Doğan (1990) Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Ankara, 1. Baskı, Kazancı Kitap Ticaret AŞ.

Tan, Turgut (2016) İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Toroslu, Nevzat (2012) Ceza Hukuku Genel Kısım, 17. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.

Ulusoy, Ali (2011) ‘Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun Yaptırım Uygulama Yetkisi ve Yargısal Denetimi’ Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (11-15 Ocak 2010 Ankara), Ankara Barosu Yayınları, C: 3, s. 184-190.

Ulusoy, Ali (2013) İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık.

Zanobini, Guido (1964) İdari Müeyyideler, Ankara, AÜSBF Yayınları (Çeviren: Günel, H. Yılmaz).

DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERE KARŞI BİREYSEL BAŞVURU

Yrd. Doç. Dr. Ebru GÜNDÜZ*
Arş. Gör. Alkim AKTAŞ**

ÖZET

Bireysel başvuru yolu, Anayasamıza 2010 yılında dahil edilmiştir ve Anayasa'nın 148. maddesinde bu yolun tüm kamu gücü eylem ve işlemlerine karşı mümkün olduğu belirtilmiştir. 6216 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile, bireysel başvuru yoluna ilişkin Anayasa maddesinin kapsamı oldukça daraltılmış, düzenleyici işlemlere karşı doğrudan başvuru yapılamayacağı ifade edilmiştir. Düzenleyici işlemler, idarenin kamu gücünü yoğun şekilde kullandığı işlemlerdir. Bu işlemlerin bireysel başvuru kapsamından çıkarılması ise, hak ihlallerinin asıl sebebini oluşturan işlemin denetlenememesine sebep olmaktadır. Bu yüzden getirilen sınırlamanın Anayasa'ya uygunluğunun değerlendirilmesi gereklilik oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Düzenleyici işlem, bireysel başvuru, anayasa, hukuk devleti, anayasa mahkemesi.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

INDIVIDUAL APPLICANTS AGAINST TO REGULATOR PROCEEDINGS

ABSTRACT

Individual application, has been included in the Constitution in 2010 and according to Article 148 of the Constitution, that way is possible against all actions and acts of public power. The scope of the constitutional article concerning the individual application is quite restricted with Law No. 6216, that can not be possible to make directly to individual applicants against regulatory proceedings. Regulatory proceedings are administration proceedings which public power are heavily used by administration. The exclusion of that proceedings of individual applications causes unchecked processing which constitute the main cause of human rights violations. Therefore it is the necessity that the limitation should be assessed in terms of constitution.

Keywords: Regulatory proceedings, individual application, constitution, rule of law, constitutional court.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurunun kabul edildiği bir ülkede, iç hukuk yolları aracılığı ile temel hak ihlallerinin ortadan kaldırılamaması birçok olumsuz sonuca sebebiyet verebileceğinden, bireysel başvuru yolu ülkemiz açısından da bir gereklilik olarak karşımıza çıkmış ve bireysel başvuru yolu, 2010 yılında gerçekleştirilen referandumla hukuk sistemimize dahil edilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önlenmesi amacıyla getirilen bu başvuru yolu, Kanun ile getirilen sınırlamalar dolayısıyla birçok endişe ve sıkıntıyı da beraberinde getirmiş, tartışmalara sebebiyet vermiştir.

Bireysel başvuru yolu Anayasa'nın 148. maddesinde düzenleme altına alınmıştır ve bu maddede herkesin, kamu gücü işlemlerine karşı bireysel başvuru yapma hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu konuda Anayasa'da kapsamlı bir çerçeve hüküm düzenlenmiş, detaylara ise 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yer verilmiştir.

Anayasa hükmüne göre herkesin, tüm kamu gücü işlemlerine karşı başvuru yapabilmesi mümkün kılınmasına rağmen, anılan Kanun ile gerek başvuru yapabilecek kişiler, gerekse başvuruya konu olabilecek işlemler bakımından ciddi sınırlamalar getirilmiştir. Bu sebeple bahsi geçen Kanun, içerdiği hükümlerin gerçek mahiyetinin ne olduğu konusunda ve Anayasadan farklı bir düzenlemenin kanun ile yapılıp yapılamayacağına dair haklı endişelere neden olmuştur. Bu konuda ise en önemli husus, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda Kanun maddelerinin Anayasa'da yer alan düzenlemelere uygun olup olmadığının belirlenmesidir.

Çalışmanın temel amacı, 6216 sayılı Yasa ile bireysel başvuru yolu açısından düzenleyici işlemler aleyhine oluşan sınırlandırmanın kapsamını belirlemek ve getirilen düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık teşkil eder nitelikte olup olmadığını ortaya koymaktır. Bu amaç doğrultusunda, çalışmada ilk olarak bireysel başvurunun niteliği ve amacından bahsedilmiş, daha sonra bireysel başvuru kapsamına alınmayan işlemler değerlendirilmiş, Anayasa Mahkemesi'nin düzenleyici işlemlere karşı bireysel başvuru konusundaki değerlendirmesine yer verilerek, 6216 sayılı Kanun ile yapılan sınırlamaların Anayasa'ya uygunluğu tartışılmıştır.

I. BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN AMACI VE NİTELİĞİ

2010 yılında Anayasa'da yapılan değişiklik ile pozitif hukukumuzda yerini alan bireysel başvuru yolu, uzun yıllar öncesinden tartışılmaya başlanmıştır. İlk olarak 2000 yılında Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından, daha

sonra ise Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan anayasa önerilerinde bireysel başvuru yolu yerini almıştır¹. 2004 yılında ise Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılmasına ilişkin bir öneride² de bireysel başvuru yoluna yer verildiğini görüyoruz.

Nitekim 2010 yılına kadar temel hak ve hürriyetleri koruma maksadı taşıyan bireysel başvuru mekanizmasının hayata geçirilememesi büyük bir talihsizlik olmuştur. Bu durum AİHM'e başvurunun da artmasına sebebiyet vermiş ve AİHM'e başvurudaki bu artış, 2010 yılında kabul edilen 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un temel gerekçesini oluşturmuştur. Zira Kanun'un gerekçesinde AİHM'e başvurunun ve mahkum olunan tazminatların çokluğundan bahsedilmiş, bireysel başvuru yolu ile bu olumsuzlukların azaltılacağı, kişilerin AİHM'e başvurmadan iç hukuk yolları ile tatmin edilebileceği belirtilmiştir³. Dolayısıyla anılan Kanun'un gerekçesine göre, bireysel başvuru yolunun getirilmesindeki esas sebep, tazminatların önünde bir engel niteliği taşımasıdır. Bunun yanında, temel hak ve özgürlüklerin korunması dolayısıyla hak ihlallerinin önüne geçilmesi ise ikinci sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bireysel başvuru yolunun getirildiği Anayasa değişikliği yapılmasına dair kanunun temel gerekçesi olan AİHM'e başvuruların azaltılabilmesi için bireysel başvurunun etkili bir yol olması ve gerçek anlamda hak ihlallerini ortadan kaldırması gerekmektedir. Dolayısıyla bireysel başvuru ile asıl hedeflenen hak ihlallerinin engellenmesi olmalıdır, ancak bu şekilde AİHM'e başvuru da azaltılabilecektir⁴. Bu sebeple, 5982 sayılı Kanun'un gerekçesi bu yönü ile eleştirilmeye açıktır.

Bireysel başvuru yolunun niteliği konusunda pek çok tartışma olmakla birlikte⁵, çoğunlukla olağanüstü kanun yolu olduğu kabul edilmektedir⁶. An-

- 1 Erdinç, Tahsin (2015), 'Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)', TAAD, C: 6, S: 20, 87-138, <<http://www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-20/>>, s.e.t. 03.04.2016, s. 91-92.
- 2 Öneri için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/turkiyeraporu.pdf>, s.e.t. 10.04.2016.
- 3 Gerekçe için bkz. <https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf>, s.e.t. 10.04.2016.
- 4 Benzer Görüş için bkz. KANADOĞLU, Osman Korkut (2013), 'Anayasa Şikâyetinin Hukuki Temelleri', Anayasa Mahkemesi'ne Başvuru Hakkı Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 49-70, <<http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/BIREYSELBASVURU.pdf>>, s.e.t. 10.04.2016, s. 49.
- 5 Tartışmalar için bkz. Ersoy, Uğur (2016), 'Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları', Ankara Barosu Dergisi, Y: 2016, S: 2, 125-153, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-2/3.pdf>>, s.e.t. 15.10.2016, s. 134-137.
- 6 Güveyi, Nazmiye (2015), Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 30.

cak Anayasa Mahkemesi'nin hem ilk derece hem son derece yetkili yargı yeri olması ve bireysel başvurunun başka bir yargı kolundaki mahkemenin kesinleşmiş kararına karşı yapılması, bireysel başvuruyu olağanüstü kanun yollarından ayıran özellikleridir. Bunlara ilaveten, bireysel başvuru yolu diğer kanun yollarının devamı niteliğinde olmadığı gibi, bu yollarda yapılmış hataların da düzeltilebileceği bir yol da değildir⁷. Bireysel başvuru yolu Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan, temel hak ve özgürlükleri koruma amaçlı, kendine has denetim türüdür. Bireysel başvurunun işlevi sadece bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlalini engellemek değil, aynı zamanda Anayasa ile sağlanan hukuk düzeninin korunması ve tüm devlet organlarının temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda eğitilmesine hizmet etmektedir⁸.

Anayasa'nın 148. maddesine göre, herkes Anayasa Mahkemesi'ne, Anayasa'da yer alan ve aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bulunan haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile kamu gücü işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunma imkanına sahiptir. Anayasadaki bu düzenlemeye göre, bir hak ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için bu hakkın hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hem de Anayasa'da yer alması gerekmektedir. Bu sebeple, Anayasa'da yer alan bir temel hak ve hürriyet sözleşme kapsamında yer almıyorsa bireysel başvuru kapsamı içerisinde değerlendirilemeyecektir. Her ne kadar Sözleşme kapsamında bulunmayan hak ve hürriyetler için bireysel başvuru yoluna gidilemeyecekse de kapsam içerisinde bulunan haklar için Anayasa Mahkemesi'ne geniş ve kapsamlı bir yetki verildiği görülmektedir.

II. BİREYSEL BAŞVURUNUN KAPSAMI DIŞINDA BIRAKILAN İŞLEMLER

Anayasa'nın 148. maddesinde tüm kamu gücü işlemlerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya gidilebileceği şeklinde oldukça geniş bir şekilde düzenlenen bireysel başvuru hakkının, 6216 sayılı Kanun ile ciddi bir sınırlandırmaya tabi tutulduğunu görüyoruz. Anılan Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrası “yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz” hükmünü içermektedir.

7 Sabuncu, M. Yavuz & ARNWINE, Selin Esen (2004), Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli, Anayasa Yargısı, S: 21, <http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/tiasm.pdf>, s.e.t. 10.04.2016.

8 KANADOĞLU, Osman Korkut (2015), Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 10.

6216 sayılı Yasa'nın 45. maddesindeki hükümden de anlaşılacağı üzere, ilk olarak yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru yolu kapatılmıştır. Yasama işlemlerinden kasıt, yasama organının gerçekleştirdiği, kanun, parlamento kararı, iç tüzük gibi işlemlerdir⁹. Ülkemizde yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru yolu kapatılmış olsa dahi, birçok ülkede bu işlemlere karşı bireysel başvuru yolunun açık olduğu görülmektedir. Örneğin, bireysel başvurunun köklü ve etkili şekilde kullanıldığı Almanyada, buna ek olarak Avusturya ve Güney Kore'de yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru yolu kapatılmamıştır¹⁰.

Anılan Kanun hükmü ile yasama işlemlerine karşı başvuru yolu kapatılmış olduğundan ancak yasama işleminin uygulanması halinde uygulama işlemine karşı yargı yolu tüketildikten sonra bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir. Dolayısıyla, pozitif hukuk kurallarımıza göre, hak ihlali doğmadan önüne geçilmesi değil hak ihlali doğduktan sonra bunun telafisi imkanına sahibiz. Bu konuda çok önemli bir karar Alman Anayasa Mahkemesi tarafından alınmıştır. Kısaca bu kararda, 11 Eylül saldırısı ardından Alman hükümeti tarafından yapılan bir yasal düzenleme ile bir uçağın kişilerin yaşamını tehlikeye sokacak şekilde kullanılması halinde, uçağın savaş uçakları tarafından düşürülmesi mümkün kılınmıştır¹¹. Alman Anayasa Mahkemesi ise, bu kanun maddesinin uygulanmasının beklenemeyeceği, kanunun uygulanmasının beklenmesi halinde kişilerin yaşam hakkının telafisi mümkün olmayacağı gerekçesi ile bireysel başvuruyu kabul ederek, söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir. Benzer bir düzenlemenin ülkemizde varlığı halinde ise bu kanuna karşı bireysel başvuru yapılması mümkün olmayacak, ancak kanunun uygulanması halinde, uygulama işlemine karşı bireysel başvuru yoluna gidilebilecek ve bunun için de kişilerin uçağa binmesi, uçağın düşürülmesi sonucu da hayatlarını kaybetmeleri gerekecektir.

6216 sayılı Kanun'un 45. maddesindeki bireysel başvuru yolunun kapsamı dışında bırakılan işlemlerden birisi de Anayasa Mahkemesi kararlarıdır. Dolayısıyla kanunlar için somut veya soyut norm denetimi sonrası Anayasa

9 Sarıgüzel, Hacı (2013), 'Bireysel Başvuruya Konu Yapılamayacak İşlem ve Kararlar', Adalet Dergisi, S: 45, 63-88, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/45.sayi/4_hacisariguzel.pdf>, s.e.t. 03.04.2016, s. 72.

10 Erdinç, s. 131-132.

11 Görgün, Emin & Aydın, Yakup (2012), 'Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu', Sayıştay Dergisi, S: 84, 63-88, <<http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der84m4.pdf>>, s.e.t. 03.04.2016, s. 67.

Mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuru mümkün değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin de hak ihlaline sebep olma ihtimali bulunmaktadır. Kanaatimizce böyle bir sınırlandırma bireysel başvurunun kabul edilmiş amacı ile bağdaşmamaktadır. Yüksek Mahkeme, 6216 sayılı Kanun'un Anayasaya aykırılığı sebebiyle önüne gelen uyuşmazlıkta, Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuruya ilişkin olanlar dışındaki kararların Genel Kurul tarafından verildiğini, Genel Kurulca verilen kararların kesin olduğunu ve bölümler tarafından denetlenmesinin benimsenmemesinin pek tabii olduğunu belirtmiştir¹². Konu ile ilgili bir diğer problem ise, yasanın uygulanması sonucu uygulama işlemine karşı bireysel başvuru yoluna gidilmesi halinde uygulama işleminin sebebi olan yasanın, uygulama işlemi aracılığı ile denetlenip denetlenemeyeceğidir. Tasarıda yer alan "bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar" ifadesinin Kanun'da yer almaması dolayısıyla, denetimin yapılması konusunda tereddütler ortaya çıkmıştır¹³. Genel Kurul'a iptal için bildiremeyecek olsa da Mahkeme'nin bu durumda da ihlalin olup olmadığını tespit edebilmesi temel hak ve hürriyetler lehine bir yorum olacaktır¹⁴.

Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin de farklı değerlendirmeleri vardır. Doğrudan yasama işlemi için yapılan başvurularda çoğunlukla yasanın hakkı ihlal edip etmediği yönünden bir inceleme yapmadan konu bakımından yetkisizlik kararı veren Mahkeme¹⁵, siyasi partilere ilişkin 2015 tarihli bir kararın-

12 "Kanun koyucu yukarıda belirtilen Anayasa hükümleri ile Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulüne ilişkin 149. maddesini göz önünde bulundurarak Genel Kurul tarafından verilen ve Anayasa gereği kesin olan kararların, bölümler tarafından yapılacak bir incelemenin konusu olamayacağını belirlemiştir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından verilen ve Anayasa'nın 148. ve 153. maddeleri hükmü gereğince kesin olan kararlar aleyhine bireysel başvuru yapılamaması hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması olarak değerlendirilemez.", AYM, E: 2011/59, K: 2012/34, T: 01.03.2012 <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 05.04.2016.

13 Göztepe, Ece (2011) 'Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi', TBB Dergisi, S: 95, s.13-40, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-95-718>>, s.e.t. 03.04.2016, s. 28.

14 Yıldırım, Akif (2015), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 64.

15 "Bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespitini yapan ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvencedir. Bu güvence kapsamında, bireylere doğrudan yasama işleminin iptalini isteme yetkisi tanınmamıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak kabul edilemez". AYM, B.N: 2014/18926, T: 22.01.2015; B.N: 2012/30, K: 05.03.2013; B.N: 2013/8350, K: 10.06.2015; B.N: 2014/8842, K: 06.01.2015, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 10.04.2016.

da¹⁶ ise esasa girerek, kanun hükmünü değerlendirmiş ve sınırlamanın ölçülü olduğuna kanaat getirmiştir. Her ne kadar başvuru sonucunda ihlalin olmadığına karar verilmiş olsa da, hem doğrudan bir kanun maddesinin Anayasaya aykırılık iddiasıyla yapılan başvuruyu uygulama işlemine yapılmış başvuru olarak kabul etmesi, hem de uygulama işleminin dayanağı olan yasa maddesini incelemesi Yüksek Mahkeme'nin temel hak ve özgürlükleri koruyucu yorum yaptığını ortaya koymaktadır.

Bir diğer bireysel başvuruya konu olamayacak kategori ise, Anayasa tarafından yargı denetimi dışında bırakılan işlemlerdir. Anayasa'nın 125. maddesinde, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ve Yüksek Askeri Şura'nın terfi ve kadrosuzluk sebebiyle emekliye ayırma işlemleri yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Yine Anayasa'nın 159. maddesinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurumu'nun (HSYK) meslekten çıkarma cezası dışındaki kararlarına karşı yargı yoluna gidilemeyeceği düzenlenmiş, 148. maddesinde düzenlenen Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri için de yargı yolu kapatılmıştır.

Anayasa Mahkemesi de yargı yolu kapalı işlemlere karşı yapılan bireysel başvuruları reddetmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvurunun konusunu, Spor Genel Müdürlüğü Merkez Ceza Kurulunca verilen disiplin cezasına karşı Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu'na itiraz başvurusunda bulunulması ancak bu başvurudan sonuç alınamamasından dolayı hakkın ihlal edilmesi iddiası oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi başvuruya ilişkin kararında Anayasa'nın 59. maddesinde yer alan, tahkim kurulu kararlarının kesin olduğu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı hükmü dolayısıyla konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir¹⁷. Bu karardan da anlaşılacağı üzere Mahkeme “yargı merciine başvurulamaz”

16 Başvuru, Saadet Partisi ve Büyük Birlik Partisi'nin 2820 sayılı Kanun'un 61. maddesinde belirtilen devlet yardımı alabilmek için öngörülen %3 oy alma şartının eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline ilişkindir. Mahkeme, kararda ilgili Partilerin %3 oy oranı kazanamamaları dolayısıyla başvurunun, maddenin uygulanması niteliğindeki işleme karşı olduğunu belirterek esas incelemesine geçmiştir., AYM, B.N: 2014/8843, K: 10.12.2015, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 10.04.2016.

17 “6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağı hükmüne bağlanmıştır. Anayasa'nın 59. maddesinde spor tahkim kurulu kararlarının kesin olduğu ve hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Başvuru, Tahkim Kurulu tarafından verilen disiplin cezasına ilişkindir. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca bu konuda bireysel başvuruda bulunulamaz. Açıklanan nedenlerle, Anayasa ile yargı yolu kapatılan Tahkim Kurulu'nun verdiği disiplin cezasına yönelik başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”, AYM, B.N: 2012/620, K: 12.02.2013, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 05.04.2016,

ibaresinin bireysel başvurunun önüne geçtiğini ortaya koymaktadır. Bundan dolayı kesin işlemler başvuru konusu olamamaktadır.

6216 sayılı Kanun'da yer alan hükme göre bireysel başvuru yolunun kapalı olduğu son işlem türü ise düzenleyici işlemlerdir. Bilindiği gibi, idarenin tek yanlı işlemleri bireysel işlemler ve düzenleyici işlemler olarak ikiye ayrılır. Bu ayrıma göre bireysel işlemler, belirli nesne veya kişiye ve belli bir duruma yönelik olarak meydana getirilen somut, bir kez uygulanmakla tükenen, kişisel nitelikteki işlemler¹⁸ olmasına rağmen, düzenleyici işlemler, genel, soyut, kişilik dışı statü kurallarını veya kolluk düzenlemelerini içeren işlemlerdir¹⁹. Dolayısıyla bireysel işlemler, düzenleyici işlemlerin uygulanması niteliğini taşımaktadır. 6216 sayılı Kanun hem yasama işlemlerinin hem de düzenleyici işlemlerin doğrudan bireysel başvuruya konu olamayacakları düzenlenmiştir. Düzenleyici işlemlere ilişkin bireysel başvuru yolunun kapatılması, diğer başlıklar altında inceleneceğinden, burada detaylı bilgi verilmesine ihtiyaç duyulmamıştır.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERE KARŞI BİREYSEL BAŞVURU YOLUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMESİ

Daha önce belirttiğimiz gibi, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında yasama işlemleri ve düzenleyici işlemler aleyhine “doğrudan” bireysel başvuru yapılamayacağı ifade edilmiştir. Doktrinde ise “doğrudan” ifadesi farklı şekillerde yorumlanmıştır. İlk olarak, idarenin düzenleyici işlemlerine karşı idari yargıya başvurulması gerektiği, yargı yolu tüketildiğinde düzenleyici işleme karşı bireysel başvuru yoluna gidilebileceği öngörülmüştür. Bu görüşe göre, “doğrudan” ifadesinden anlaşılması gereken mahkeme kararı olmadan düzenleyici işleme karşı bireysel başvurunun mümkün olamayacağıdır²⁰. Doktrinde daha çok kabul edilen diğer görüş ise, “doğrudan” ifadesi ile ancak uygulama işlemine karşı bireysel başvurunun mümkün kılındığı, düzenleyici işleme karşı yargısal süreç sonunda dahi bireysel başvuruya gidilemeyeceği yönündedir²¹.

18 Akyılmaz, Bahtiyar& Sezginer, Murat& Kaya, Cemil (2015) İdare Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 397.

19 Atay, Ethem (2012) İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 441.

20 Şirin, s. 92.

21 Turabi, Selami (2015), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 106; Karan, Ulaş (2015), Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 155.

Görüldüğü üzere, doktrinindeki her iki yorum da bizi farklı sonuçlara ulaştırmaktadır. İlk görüş kabul edildiğinde, düzenleyici işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaması, bireysel başvurunun kapsamı üzerinde herhangi bir kısıtlama olarak değil, sadece bir tespit hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira düzenleyici işlemlere karşı da zaten bireysel başvuru öncesinde idari yargıya gidilmesi zorunlu olduğu için, düzenleyici işlemlere karşı da mahkeme kararı üzerine Anayasa Mahkemesi'ne gidilmesi mümkün hale gelmektedir. Bu şekilde bir düşünce, düzenleyici işlem ile hakkı ihlal edilen kişinin ister iptal davası isterse tam yargı davası sonucu verilen mahkeme kararı ile hak ihlalinin ortadan kaldırılmadığı gerekçesiyle bireysel başvuru yoluna gidebilmesini mümkün kılacaktır.

Diğer görüşe baktığımızda ise “doğrudan” ifadesinden, düzenleyici işlemin kişiye uygulanması gerektiği, bir diğer ifade ile düzenleyici işleme dayanılarak bireysel bir işlem tesis edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kişi, düzenleyici işleme karşı değil, düzenleyici işlemin birel işlem aracılığı ile kendisine uygulanması sonucu ortaya çıkan hak ihlallerine karşı bireysel başvuruya gidebilecektir. Başka bir ifade ile, kişi sadece bireysel işlem ile alakalı olarak idari ve yargısal başvuru yollarını tüketecek ve daha sonra ihlal giderilmez ise Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecektir. Görüldüğü üzere bu durumda, bir tespitten söz etmek mümkün olmayıp, konuya ilişkin ciddi bir sınırlandırılma getirilmiş olmaktadır.

“Doğrudan” ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiğini ortaya koymak için hem kanundaki ifadenin değerlendirilmesi hem de Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin değerlendirmesinin ele alınması gerekmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi 6216 sayılı Kanun'da yasama işlemleri ile düzenleyici işlemler birlikte değerlendirilmiş ve her ikisine karşı da doğrudan başvurunun mümkün olamayacağı belirtilmiştir. “Doğrudan” ifadesinden, diğer yargısal ve idari başvuru yollarının tüketilmiş olması ve yargısal yollar tüketildikten sonra bireysel başvuru yoluna gidilebileceği anlaşılırsa, bir kanun aleyhine tüketilebilecek yargısal yol, somut veya soyut norm denetimi olduğu için, bu denetimler sonucunda verilen kararlar aleyhine bireysel başvuruya gidilebilmesi mümkün hale gelecektir. Ancak 6216 sayılı yasanın 45. maddesi ile Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuru yoluna gidilemeyeceği düzenlendiği için somut veya soyut norm denetimi sonucu verilen kararlara karşı bireysel başvuru yolu işletilemeyecektir. Dolayısıyla bu şekilde yapılan bir yorum ile düzenleyici işlemler için idari yargıya başvuru sonrasında bireysel baş-

vuru mümkün olurken, yasama işlemleri için bu yol mümkün olamayacaktır. Bu sebeple yasama işlemleri ile düzenleyici işlemler arasında farklılık ortaya çıkacağı için “doğrudan” ifadesi yargısal yolların tüketilmesi şeklinde yorumlanamaz. “Doğrudan” ifadesini, yasama işleminin ve düzenleyici işlemin kişiye uygulanmadan bireysel başvuruya konu yapılamayacağı şeklinde yorumladığımızda ise, yasama işlemleri ile idarenin düzenleyici işlemleri arasında herhangi bir farklılık ortaya çıkmayacak, her ikisi de bir uygulama işlemine konu olduktan sonra uygulama işlemi bireysel başvuruya konu edilebilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin hem 6216 sayılı Kanun'un Anayasaya aykırılık iddiasını incelediği kararından hem de bireysel başvuru sonucu verdiği kararlarından anlaşılacağı üzere, Yüksek Mahkeme “doğrudan başvuru yapılamaz” ifadesini, uygulama işlemi yapılmadan yasama işlemlerinin ve düzenleyici işlemlerin bireysel başvuruya konu olamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Zira Mahkeme, 6216 sayılı Yasa'nın Anayasa'ya aykırılığı iddiasını değerlendirdiği kararında yer verdiği, “yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamaması, tamamen bireysel başvuru hakkının niteliği ile ilgili olduğu gibi bu işlemlerin uygulanmadıkları sürece bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline yol açabilecek niteliğe sahip bulunmalarından da kaynaklanmaktadır” ifadesi ile bu işlemlerin bireysel başvuruya konu olamamasını, uygulanmadıkları sürece herhangi bir hak ihlaline neden olamayacağına bağlamakta ve bu işlemlerin uygulanması halinde ise Anayasa Mahkemesi'ne başvurunun mümkün olduğunu belirtmektedir²². Aynı doğrultuda, Yüksek Mahkeme konu bakımından yetkisizlik verdiği bir kararında da, “bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespitini yapan ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvence...” ifadesine yer verdikten sonra, bu işlemlerin uygulanmadığı sürece niteliği icabı hak ihlaline sebep olmayacağını belirtmiştir²³.

Anayasa Mahkemesi 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 33. maddesi hükmünün anayasal hakları ihlal ettiği gerekçesiyle yapılan bireysel başvuruda, başvurunun doğrudan yasama işlemine karşı olduğunu, bireysel başvurunun temel hak ve özgürlükleri hedef alan bir güvence teşkil ettiğini, bu

22 AYM, E: 2011/59, K: 2012/34, T: 01.03.2012, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 05.04.2016.

23 AYM, B.N: 2012/30, T: 05.03.2013, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 05.04.2016.

güvence kapsamında yasama işleminin iptalini isteme hakkının bulunulmadığını ve yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işleme karşı başvurunun mümkün olduğunu belirtmiştir²⁴.

Mahkeme'nin önüne gelen başka bir başvuruda ise, başvuru sahibi, Milli Savunma Bakanlığı aleyhine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde bir dava açmış, bu dava reddedilerek 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname gereğince idare lehine vekalet ücretine hükmedilmiştir. Mahkeme, kararında düzenleyici işlemin temel hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olması halinde ancak bu işleme dair uygulanma işlemlerine karşı başvurunun mümkün olduğunu, ilgili Kanun Hükmünde Kararname gereğince vekalet ücretine hükmedilmesi ile bu işlemin davaya uygulandığını belirtmiş ve konu bakımından yetkisizlik kararı vermeyerek esasını incelemiştir²⁵.

6216 sayılı Yasadaki düzenlemelerden ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından da anlaşılacağı üzere, yasama işlemlerine ve düzenleyici işlemlere karşı yargısal yollar tüketilse dahi bireysel başvuru yoluna gidilemeyecek, ancak bir uygulama işleminin varlığı halinde sadece uygulama işlemine karşı bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir.

IV. DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERE KARŞI KAPALI OLAN BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN ANAYASAYA UYGUNLUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

6216 sayılı Yasa ile düzenleyici işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuru yolunun kapatılması ve Anayasa Mahkemesi tarafından da bu kuralın katı bir şekilde yorumlanarak sadece düzenleyici işlemlerin uygulanması halinde, uygulama işlemine karşı bireysel başvuruyu kabul etmesi, bireysel başvuru hakkı konusunda ciddi bir sınırlama oluşturmaktadır. Anayasada yer almadığı halde düzenleyici işlemlere karşı yasa ile getirilen bu sınırlamanın Anayasaya uygunluğunun değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bilindiği üzere temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Bireysel başvuru yoluna getirilen sınırlamanın da öncelikle Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında de-

24 AYM, B.N: 2014/8842, T: 06.01.2015, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 07.04.2016.

25 AYM, B.N: 2013/1613, T: 02.10.2013; B.N: 2014/8842, T: 06.01.2015, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 07.04.2016.

ğerlendirmesi gerekir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılma koşullarını düzenleyen 13. maddeye göre²⁶, temel hak ve hürriyetlere yapılan sınırlama, kanun aracılığı ile Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilmiş özel sınırlandırılma sebepleri doğrultusunda, hakların özlerine dokunulmaksızın yapılabilecek, aynı zamanda sınırlama Anayasa'nın sözüne ve ruhuna demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyete aykırı olmayacaktır.

6216 sayılı Kanun ile düzenleyici işlemler için bireysel başvuru konusunda getirilen sınırlamanın öncelikle özel sınırlama sebepleri açısından değerlendirilmesi gerekir. Buna göre 13. maddede temel hak ve hürriyetlerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddesindeki sebeplere bağlı kalınarak sınırlandırılabileceği düzenlenmiştir. Bireysel başvuruya ilişkin Anayasa'nın 148. maddesinde ise, Anayasa ve İnsan hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve hürriyetlerin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla herkesin bireysel başvuru yoluna gidebileceği düzenlenmiş olup bireysel başvuruya ilişkin herhangi bir sınırlandırma sebebi yer almamıştır. İlgili Anayasa maddesinde özel bir sınırlama sebebi olmamasına rağmen, bir hakkın sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı konusunda doktrinde iki farklı görüş vardır. İlk görüşe göre Anayasa'da genel sınırlama sebepleri de bulunmadığı için, ilgili maddede özel sınırlama sebebi bulunmadığı sürece, bir temel hakkın sınırlandırılması mümkün değildir²⁷. Diğer görüş ise, Anayasa'nın ilgili maddesinde herhangi bir özel sınırlama sebebi bulunmasa da söz konusu hak ve hürriyetler için hakkın doğasından kaynaklanan bir sınırlamanın var olduğu ve bu yönde hak ve hürriyetin sınırlandırılabilmesi şeklinde²⁸. Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarında bu görüşü benimsediğini görmekteyiz. Örneğin, Anayasa'da hak arama özgürlüğü 36. maddede, “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmü ile düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, Anayasa'da 36. madde için herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmemiştir.

26 Anayasa madde 13; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

27 Gözler, Kemal (2015), Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık, s.127.

28 Bozkurt, Tamer (2008), ‘Haklarında Özel Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum’, Ankara Barosu Dergisi, C: 66, S: 1, s. 134-142, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2008-1/7.pdf>>, s.e.t. 11.04.2016, s. 136.

Anayasa Mahkemesi ise hak arama özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın 36. maddeye aykırı olmadığını, hakkın doğasından gelen sınırlandırmaların yapılabileceğini hüküm altına almıştır²⁹. Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumuna benzer olarak AİHM de özel sınırlandırma sebebi bulunmayan bu halde; “hak arama özgürlüğü mutlak yani koşulsuz ve sınırsız değildir. Özellikle söz konusu hakkın suiistimalini önlemek amacıyla devletler gerekli tedbirleri almakta serbesttirler”³⁰ ifadesine kararında yer vererek, sınırlandırmanın ölçülü olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Başka bir ifade ile Mahkeme'ye göre sınırlandırmanın amacı hakkın kullanımına yönelik tedbirler olarak görülmektedir.

Hem Anayasa Mahkemesi hem AİHM tarafından da belirtildiği gibi hiçbir hak sınırsız değildir. Bu hakların kötüye kullanılmasının da önlenmesi amacı ile hakkın doğasından gelen sınırlandırmalar makul kabul edilmelidir.

Anayasa'nın ilgili maddesinde bir özel sınırlama sebebi bulunmasa da bir hak ve hürriyet için niteliğinden kaynaklanan bazı sınırların varlığını kabul ettikten sonra, bireysel başvuru ile ilgili getirilen düzenleyici işlemlere ilişkin bu sınırlandırmanın hakkın doğasından gelip gelmediğini tespit etmemiz gerekmektedir. Bilindiği gibi, bireysel başvurunun amacı temel hak ihlallerinin önüne geçilmesi, hak ihlallerinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesidir. Özel bir sınırlama sebebi olmamasına karşın 6216 sayılı yasa ile idarenin düzenleyici işlemleri bireysel başvuru yolunun kapsamından çıkarılmıştır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanunu'nun bazı maddeleri dolaşısıyla açılan iptal davasında, düzenleyici işlemlerin doğrudan bireysel baş-

29 “Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır” AYM, E: 2014/92, K: 2016/6, T: 28.01.2016, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 08.10.2016; Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin bir başka kararında da aynı yönde olarak sınırlamanın, hak arama özgürlüğünün düzenlendiği 36. maddeye aykırılık teşkil etmediği yönünde karar vermiştir, AYM, E: 2013/84, K: 2014/183, T: 04.12.2014, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 09.04.2016,

30 Golder/İngiltere, 21.02.1975, A 18, & 37-38; Monnell et Morris/ İngiltere, 02.03.1987, A 115, & 59; Geouffree de la Pradella/ Fransa, 16.12.1992, A 253-b, & 28; Nakleden; Gözübüyük, A. Şeref& Gölçüklü, A. Feyyaz (2004), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 278.

vuruya konu olamamasının gerekçesini, bireysel başvurunun niteliği olarak ifade etmiş olsa da, düzenleyici işlemlere ilişkin bu sınırlama bireysel başvuru hakkının kapsamını önemli şekilde etkilemektedir. Şöyle ki, Anayasa'da kamu gücü kullanılarak yapılan işlemlere karşı bireysel başvuru yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir. İdarenin düzenleyici işlemleri de idarenin yoğun biçimde kamu gücünü kullandığı işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır. İdare düzenleme yapma yetkisini kullanarak, çok sayıda kişiyi ve durumu etkileyebilecek kurallar tesis edebilmektedir. Dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemleri, istisnai de olsa doğrudan hak ihlallerine sebep olabilmekte³¹ ama genellikle de hak ihlallerinin kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple, düzenleyici işleme karşı bireysel başvuru yolunun açık olması hak ihlalleri doğmadan, ihlallerin önüne geçilmesine imkan sağlayacaktır. Düzenleyici işlemlerin ileride bireysel işlemler ile uygulandıktan sonra hak ihlallerinin doğmasını beklemek, hak ihlal edilmeden bu ihlalin önüne geçilebilecekken, ihlal gerçekleşikten sonra bunun telafisine imkan sağlayan bir yöntem olarak karşımıza çıkmakta, bunun ise bireysel başvurunun hem kabul ediliş amacına hem de bu sınırlamanın bireysel başvuru hakkının niteliğinden kaynaklanmadığı için Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Aynı zamanda düzenleyici işlemlere karşı Yasa ile bireysel başvuru yolunun kapatılmasının, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmanın bir diğer sınırı olarak kabul edilen "hakkın özüne dokunmama" koşuluna uygunluğu açısından da değerlendirilmesi gerekir. Hakkın özü kavramı, sübjektif bir ifadedir ve her temel hak ve hürriyet için ayrı ayrı ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. ÖZBUDUN tarafından, hakkın özü şu şekilde ifade edilmektedir; "hakkın özü onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde onu anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir"³². Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi de bir kararında "kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerektiğini"³³ ifade etmiştir. Bireysel başvuru yolu kamu gücü kullanılarak yapılan hak ihlallerinin önüne geçilmesi amacıyla kabul edil-

31 Örnek olarak bkz., "Daha önce imalatı ve satışı serbest olan bir madde hakkında yasak getiren bir düzenleyici işlem, doğrudan hak ihlallerine sebebiyet verebilir. Yasak getiren düzenleyici işlem nedeniyle, bu madde için imalathane kuran kişinin, hem imalathanesi işe yaramaz hale gelecek hem de imal ettiği mal elinde kalacaktır"; Çağlayan, s. 551.

32 Özbudun, Ergun (2015), Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 117.

33 AYM, E: 2013/54, K: 2013/154, T: 26.12.2013, <<http://www.kararlar.yeni.anayasa.gov.tr>>, s.e.t. 10.04.2016.

miş bir hukuki araçtır. İdarenin düzenleyici işlemleri de idarenin tek yanlı olarak gerçekleştirdiği ve kural koyduğu işlemleridir. Daha önce de ifade edildiği gibi idare, düzenleyici işlemler ile yoğun bir şekilde kamu gücü kullanmaktadır. Bu işlemler ile idare genel olarak düzenlemeler yapmakta, daha sonra bunlar bireysel işlemlerle somutlaştırılmaktadır. Dolayısıyla, idarenin yaptığı düzenleyici işlemler ileride gerçekleştirilecek bireysel işlemlerin dayanağını oluşturmaktadır. Bu sebeple düzenleyici işlemler genellikle, hak ihlallerinin temel kaynağı olarak karşımıza çıkarlar. Düzenleyici işlemlerin bireysel başvuru kapsamından çıkarılması, bireysel başvuru hakkının özüne bir müdahale teşkil etmektedir. Hak ihlali doğmadan bunun önüne geçilebilecekken, hak ihlali gerçekleşikten sonra bu ihlalin telafisi yoluna gidilmesi, bireysel başvuru yolunun temel hak ve hürriyetleri koruma amacına aykırıdır. Çünkü bireysel başvuru sadece hak ihlalinin telafi etme amacına değil, aynı zamanda ihlalin önüne geçme amacına da hizmet etmektedir. Bu sebeple düzenleyici işlemlerin bireysel başvuru yoluyla denetlenmesine ilişkin getirilen bu sınırlama ile Anayasanın 13. maddesindeki “hakkın özüne dokunulamaz” koşulunun ihlal edildiği kanaatindeyiz.

Aynı zamanda 6216 sayılı yasa ile düzenleyici işlemlere getirilen bu sınırlamanın Anayasa'nın 36. maddesine de aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz. Bireysel başvuru yolu Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan hak arama hürriyetinin kullanılma yöntemlerinden bir tanesidir. Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi bireysel başvurunun niteliğinden de kaynaklanmayan şekilde, bireysel başvuru sınırlandırıldığı için Anayasaya aykırı bir şekilde hak arama özgürlüğü de sınırlandırılmış olmaktadır.

Diğer önemli bir husus ise, bu yapılan sınırlandırmanın hukuk devleti ilkesine uygunluğunun belirlenmesidir. Cumhuriyetin niteliklerinin sayıldığı Anayasa'nın 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devletidir. Hukuk devleti, insan haklarını koruyup güçlendirmekle kendisini sorumlu kabul eden, faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya bağlı kalan, bağımsız mahkemeler tarafından işlem ve eylemleri denetlenen devlet anlamına gelmektedir³⁴. Hukuk devleti ilkesinin unsurlarından bir tanesi temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasıdır. Bireysel başvuruya ilişkin getirilen bu sınırlama, hukuk devleti ilkesinin en temel unsuru kabul edilen bu unsurun uygulanmasının önüne geçeceği için hukuk devleti ilkesine ve Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

34 Hakyemez, Yusuf Şevki (2009), Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 257.

6216 sayılı Kanun'daki düzenleyici işlemlere karşı bireysel başvuru hakkında göze çarpan bir diğer husus ise bu hükmün açık olmamasıdır. Doğrudan ifadesine yönelik yapılan tartışmalardan anlaşılacağı gibi, bahsi geçen Kanun'da "doğrudan" kavramı net bir şekilde ifade edilmemiştir. Özellikle temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlandırma getiren kanun hükmünün herhangi bir tartışmaya yol açmayacak şekilde, açık ve net olarak ifade edilmesi gerekmektedir. Hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biri olan hukuki belirlilik ilkesi de bunu gerektirmektedir. Nitekim hukuki belirlilik ilkesi gereği, kişilerin hangi somut olguya hangi sonucun bağlandığını hiçbir duraksama olmadan anlayabilmesi gerekmektedir³⁵. Düzenleyici işlemlere karşı yapılan bireysel başvuru hakkının sınırlandırılmasında kullanılan doğrudan kavramının hukuki belirlilik ilkesine, dolayısıyla da hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Düzenleyici işlemin uygulama işleminden bağımsız olarak bireysel başvuru kapsamı dışında bırakılması idarenin sorumluluğu açısından da önemlidir. Şöyle ki, düzenleyici işlemlere karşı bireysel başvuru yolunun açılması ile düzenleyici işlem uygulanarak doğacak zararların önüne geçilecek ve idare tazmin yükümlülüğünden de kurtulacaktır. Daha önce de ifade edildiği gibi düzenleyici işlemler genellikle hak ihlallerinin temel kaynağı olarak karşımıza çıkmakta, dolayısıyla düzenleyici işleme karşı bireysel başvuru yoluna gidilmediği sürece yeni ihlaller ve devamında idarenin de yeni tazmin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Bu konuda tasarıda da yer alan ancak Kanun'da yer almayan bir hüküm üzerinde durmak gerekmektedir. Bu hükme göre, ihlal bir mahkeme kararından veya idari işlemde kaynaklandığı takdirde Anayasa Mahkemesi'ne bu karar veya işlemi iptal etme yetkisi tanınmakta idi. Ancak bu madde Anayasa Mahkemesi'ne diğer mahkeme kararlarını iptal etme yetkisi verilmesi sonucunu doğuracağından, Anayasa Mahkemesi'nin süper temyiz merci haline dönüşebileceği gerekçesi ile eleştirilmiştir³⁶. Oysaki ihlallerin önüne geçilmediği sürece sadece ihlalin tespiti veya tazminata hükmedilmesi yeterli olamayacaktır. Bu durum, bireysel başvurunun niteliğine ve amacına uygun kabul edilemez³⁷.

35 Can, Osman (2005), 'Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış', AÜEHFD, C: 9, S: 1-2, <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_5.pdf>, s.e.t. 11.04.2016, s. 93.

36 Tasarı için bkz. <<http://www.kgm.adalet.gov.tr/TasariSamarlari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6216-1ss.pdf>>, s.e.t. 11.04.2016.

37 Benzer görüş için bkz. Özbudun, Ergun, "Yargı Kararları İçin AYM'ye Bireysel Başvuru Zamanı", <<http://www.dunyabulteni.net/yazar/ergun-ozbudun/15457/yargi-kararlari-icin-aymye-bireysel-basvuru-zamani>>, s.e.t. 11.04.2016.

Bireysel başvuru kurumunu en etkin şekilde işleten Almanya uygulamasına bakıldığında, düzenleyici işlem ve yasama işlemi dahil tüm temel hak ve özgürlükleri ihlal eden işlemlere karşı bireysel başvurunun mümkün olduğu görülmektedir³⁸. Yine Avusturya'da da bir uygulama işlemine gerek duyulmadan, düzenleyici işlemin doğrudan kişiler üzerinde etki doğurması halinde bireysel başvuru söz konusu olabilmektedir³⁹. Hak ihlalinin uygulama işlemine bağlanması her durum için şart olmamalıdır. Bir düzenleyici işlem temel haklar için ciddi bir tehlike oluşturabileceğinden bireysel başvurunun düzenleyici işlemin uygulanması koşuluna bağlanmaması gerekir. İşlem, kişiler üzerinde doğrudan etki doğuruyorsa bireysel başvuruya konu yapılabilirliklidir⁴⁰. Bu yüzden yasama işlemlerine ve düzenleyici işlemlere karşı doğrudan başvurunun kabul edilmesi gerekir⁴¹.

Değnilmesi gereken bir diğer nokta da İYUK'un 12. Maddesine göre düzenleyici işleme ve buna dayanılarak yapılan bireysel işleme birlikte dava açılması sonucunda verilen mahkeme kararına karşı bireysel başvuru yoluna gidilmesi halinde, düzenleyici işlemin de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesinin mümkün kabul edilip edilemeyeceğidir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi 6216 sayılı yasa ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından da anlaşılacağı gibi sadece bireysel işlemler açısından bireysel başvuru değerlendirilecek, düzenleyici işlemler değerlendirilmeyecektir. Ancak hak ihlalinin temel kaynağı olan düzenleyici işlemin de Anayasa Mahkemesi tarafından da değerlendirilmesi gerekmektedir⁴².

- 38 Sabuncu, Yavuz (1987), "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti", AÜSBFD, C: 37, S: 3, <<http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/37/3/yavuzsabuncu.pdf>>, s. 147; Kılınç, Bahadır (2008), 'Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği', Anayasa Yargısı, C: 25, <www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/bahadir_kilinc.pdf>, s.e.t. 08.04.2016, s. 30.
- 39 Holzinger, Gerhart (2009), 'Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 26, <www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/gerhartholzinger.pdf>, s.e.t. 08.04.2016, s. 75.
- 40 Yalçınöz, Bahadır (2013), 'Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar', Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S: 2, <<http://dergi.uysuzmazlik.gov.tr/umdu/2ikincisayi/bahadiryalcinoz.pdf>>, s.e.t. 18.10.2016,
- 41 Benzer görüş için bkz. Sağlam, Fazıl (2011), 'Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar', TBB, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Paneli, Ankara, 20-30, <tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf>, s.e.t. 08.04.2016, s. 27.
- 42 Benzer görüş için bkz. Şimşek, Tacettin (2011), 'İdari Yargı Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı', TBB, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Paneli, Ankara, s. 137; Şahbaz, İbrahim (2011), 'Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar', TBB, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Paneli, Ankara, <tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf>, s.e.t. 08.04.2016, s. 111.

Konuya örnek oluşturabilecek bir bireysel başvuru, Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Uygulama ve Denetleme Daire Başkanlığının Birleştirilmiş Genelgesi'nde "Şehir içi ve belediye mücavir alanlarında çalıştığını beyan etmeme ve durumu tescil belgelerine işletmeme" halinde otobüs, kamyon gibi araçlarda takometre bulundurulmaması halinde ceza verileceğine ilişkin düzenlenme ile ilgilidir⁴³. Genelge dolayısıyla kendisine ceza verilen ve Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından da cezanın hukuka uygunluğu yönünde hakkında karar verilen kişi, adil yargılanma hakkının ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi asıl problemin suçta ve cezada kanunilik ilkesine uyulmamasından kaynaklandığını, Kanun'da yer almayan bir hükmün Genelge ile getirilip, idarenin düzenleyici işlemleri ile kabahat ihdas edilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme kararın devamında idarenin düzenleyici işlemi ile ilgili bir değerlendirme yapmayıp, ihlalin genelgeyi uygulayan mahkeme kararından kaynaklandığını belirtmiştir. Ancak hak ihlalinin temel sebebi mahkeme kararı değil, idarenin düzenleyici işlemidir. Hem düzenleyici işlemlere karşı bireysel başvuru yolunun açık olması, hem de Anayasa Mahkemesi'ne iptal hakkı tanınması, bu somut örnekten de anlaşılacağı üzere çoğu kez bir gerekliliktir.

SONUÇ

Anayasa'nın 148. maddesinden alınan yetki sonucu kanun koyucu, 2011 yılında 6216 sayılı Kanun ile bireysel başvuruya ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerde başvurunun yöntemine ilişkin hususlar yer almakla birlikte, bunun yanında sınırlandırma niteliği taşıyan maddelere yer verilmiştir. Anılan kanunda yer alan sınırlamalardan bir tanesi de düzenleyici işlemlere ilişkindir. Kanun ile düzenleyici işlemler ile yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yoluna gidilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. 6216 sayılı Yasa ile getirilen bu hükümde hem yasa koyucunun amacı hem de Anayasa Mahkemesi kararlarına göre düzenleyici işlemler aleyhine yargı yolu tüketilmiş olsa dahi bireysel başvuru mümkün kabul edilmemekte, ancak uygulama işlemi neticesinde uygulama işlemine karşı başvuru yolu kabul edilmektedir.

43 AYM, B.N: 2013/849, T: 15.04.2014, <<http://www.kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/>>, s.e.t. 11.04.2016.

6216 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme Anayasa hükmünü sınırlandırıcı nitelikte olduğu için, bu sınırlamanın Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesine uygunluğu sağlaması gerekmektedir. Ancak Anayasa'nın bireysel başvuru hakkını düzenleyen 148. maddesinde tüm kamu gücü eylem ve işlemlerine karşı bireysel başvuru hakkının mümkün olduğu düzenlenmişken, 6216 sayılı yasa ile idarenin kamu gücünü yoğun şekilde kullandığı düzenleyici işlemler bireysel başvuru yolunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Anayasa'nın ilgili maddesinde özel bir sınırlama sebebi olmadığı halde, bireysel başvuru hakkının kapsamını son derece daraltan bu hüküm kanaatimizce Anayasa'nın 13. maddesine uygunluk sağlamamaktadır. Hakkında özel sınırlandırma sebebi bulunmayan bir hakkın tamamen sınırsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Yapılan sınırlama hakkın özüne dokunmadığı sürece Anayasa'ya uygunluk taşıyabilecektir. Ancak 6216 sayılı yasa ile getirilen düzenleme bireysel başvuru yoluyla denetlenmesi için sadece uygulama işlemine karşı yapılmasını gerektirdiği için ve bu işlemlerin asıl dayanağı olan düzenleyici işlemlerin denetlenmesini engellediği için hakkın özüne de dokunan bir sınırlama karşımıza çıkmaktadır.

Hukuk devleti ilkesi temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasını gerektirmektedir. Bireysel başvuru yolunun esas amacı da temel hak ve hürriyetlerin korunması, hak ihlallerinin önüne geçilmesidir. Anılan yasa ile getirilen düzenlemeler ise bireysel başvurunun hak ihlalinin önüne geçme özelliğini bertaraf etmekte, bu yolu adeta zarar tazmini yoluna dönüştürmektedir. Hak ihlalleri henüz doğmadan dahi önüne geçilme imkanı varken, bir düzenleyici işlemin kişilere uygulanmasının ile zararın ortaya çıkmasının beklenmesi hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Hukuk devleti ilkesinde yapılan düzenlemelerin açık olması gerekmektedir ve bu ise hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir. 6216 sayılı Kanun'un ise 45. maddesinde düzenleyici işlemlere karşı "doğrudan" başvuru yapılamayacağı belirtilmiş, "doğrudan" ifadesinden ne anlaşılacağı ise tamamen yoruma bırakılmıştır. Oysaki sınırlama getiren bir hükmün yoruma bu ölçüde açık bırakılması hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan hukuki belirlilik ile de bağdaşmamaktadır. Tüm bu sebepler dolayısıyla 6216 sayılı Kanun'un düzenleyici işlemlere karşı bireysel başvuru yapılmasına dair hükmünün Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz.

Bu tür aykırılıklar ortadan kaldırılmadan bireysel başvurunun tam amacına ulaşmasını beklemek pek olağan değildir. Bireysel başvuru yolu ile temel hakların korunması esas alındığı için mümkün olduğunca özgürlükçü hüküm-

ler düzenlenmeli, koruma kapsamı daraltılmak yerine arttırılmaya çalışılmalıdır. Kanaatimizce kanunda değişikliklere gidilmeli, mümkün olduğunca temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı geniş tutularak düzenlemeler yapılmalı hatta diğer ülkelerde olduğu gibi ihlali doğuran işlemlerin iptali yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne tanınmalıdır. Aksi durum, bu yolun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmayı azaltan bir kurum olmasının önüne geçebileceği gibi, idarenin de tazmin yükümlülüğünün artmasına sebep olacaktır. Bu halde ise, ihlallerin engellenemediği ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru sürecinin de uzatıldığı bir uygulamaya dönüşmesine sebep olunabilecektir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar& Sezginer, Murat& Kaya, Cemil (2015), İdare Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık.

Atay, Ethem (2012), İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Bozkurt, Tamer (2008), ‘Haklarında Özel Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum’, Ankara Barosu Dergisi, C: 66, S: 1, s. 134-142, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2008-1/7.pdf>>, s.e.t. 11.04.2016.

Can, Osman (2005), ‘Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış’, AÜEHFD, C: 9, S: 1-2, <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_5.pdf>, s.e.t. 11.04.2016.

Çağlayan, Ramazan (2015), İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Erdinç, Tahsin (2015), ‘Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)’, TAAD, C: 6, S: 20, s. 87-138, <<http://www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-20/>>, s.e.t. 03.04.2016.

Ersoy, Uğur (2016), ‘Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları’, Ankara Barosu Dergisi, Y: 2016, S: 2, s. 125-153, <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-2/3.pdf>>, s.e.t. 15.10.2016.

Görgün, Emin & Aydın, Yakup (2012), ‘Sayıştay Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu’, Sayıştay Dergisi, S: 84, s. 63-88, <<http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der84m4.pdf>>, s.e.t. 03.04.2016.

Gözler, Kemal (2015), Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık.

Göztepe, Ece (2011) ‘Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi’, TBB Dergisi, S: 95, s. 13-40, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-95-718>>, s.e.t. 03.04.2016.

Gözübüyük, A. Şeref& Gölcüklü, A. Feyyaz (2004), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Güveyi, Nazmiye (2015), Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.

Hakyemez, Yusuf Şevki (2009), Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Holzinger, Gerhart (2009), 'Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 26, <www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/gerhartholzinger.pdf>, s.e.t. 08.04.2016.

Kanadoğlu, Osman Korkut (2013), 'Anayasa Şikayetinin Hukuki Temelleri', Anayasa Mahkemesi'ne Başvuru Hakkı Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, s. 49-70, <<http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/BIREYSELBASVURU.pdf>>, s.e.t. 10.04.2016.

Kanadoğlu, Osman Korkut (2015), Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.

Karan, Ulaş (2015), Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Kılınç, Bahadır (2008), 'Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği', Anayasa Yargısı, C: 25, <www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/bahadir_kilinc.pdf>, s.e.t. 08.04.2016.

Özbudun, Ergun (2015), Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Özbudun, Ergun, "Yargı Kararları İçin AYM'ye Bireysel Başvuru Zamanı", <<http://www.dunyabulteni.net/yazar/ergun-ozbudun/15457/yargi-kararlari-icin-aymye-bireysel-basvuru-zamani>>, s.e.t: 11.04.2016.

Sabuncu, M. Yavuz & ARNWINE, Selin Esen (2004), Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli, Anayasa Yargısı, S: 21, <http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/tiasm.pdf>, s.e.t. 10.04.2016.

Sabuncu, Yavuz, "Federal Almanyada Anayasa Şikayeti" (1987), AÜS-BFD, C: 37, S: 3, <<http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/37/3/yavuzsabuncu.pdf>>, s.e.t. 08.04.2016.

Sağlam, Fazıl (2011), ‘Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar’, TBB, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Paneli, Ankara, 20-30, <tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf>, s.e.t. 08.04.2016.

Sağlam, Fazıl (2011), “Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar”, TBB, Anayasa Mahkemesine Bireysel BAŞVURU Paneli, Ankara, 20-30, <tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf>, s.e.t. 08.04.2016.

Sarıgüzel, Hacı (2013), ‘Bireysel Başvuruya Konu Yapılamayacak İşlem ve Kararlar’, Adalet Dergisi, S: 45, 63-88, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adalet-dergisi/45.sayi/4_hacisariguzel.pdf>, s.e.t. 03.04.2016.

Şahbaz, İbrahim (2011), ‘Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar’, TBB, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Paneli, Ankara, <tbb-yayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf>, s.e.t. 08.04.2016.

Şimşek, Tacettin (2011), “İdari Yargı Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, TBB, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Paneli, Ankara, <tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf>, s.e.t: 08.04.2016.

Şirin, Tolga (2015), Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.

Turabi, Selami (2015), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Yalçınöz, Bahadır (2013), ‘Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S: 2, <http://dergi.uysmazlik.gov.tr/umd/2ikincisayi/bahadiryalcinnoz.pdf>, s.e.t: 18.10.2016.

Yıldırım, Akif (2015), Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları.

ULUSLARARASI CEZA YARGILAMALARINA BAŞLANABİLMESİNDE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİNİN ROLÜ VE SUDAN ÖRNEĞİ

Arş. Gör. Figen TABANLI*

ÖZET

Uluslararası hukukta sorumluluk esas olarak devletlerindir. Ancak devletlerin sorumluluğu yanında bireylerin cezai olarak sorumlu tutulabilmeleri ve işlemiş oldukları uluslararası nitelikteki suçlardan dolayı uluslararası mahkemelerde yargılanmaları uluslararası ceza hukukunun en temel amaçlarından biridir. Uluslararası Ceza Mahkemesi de bu temel amacı sağlayabilmek için kurulmuş, insancıl hukuk kapsamındaki uluslararası suçları kovuşturan sürekli bir mahkeme niteliğindedir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini kullanmaya başlamasında Birleşmiş Milletler önemli bir rol oynamaktadır. Uluslararası barış ve güvenliğin tehdit veya ihlal edildiği durumlarda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi harekete geçmektedir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Roma Statüsü m. 13/b'de sahip olduğu yetkiye dayanarak durumu Birleşmiş Milletler Şartı VII. Bölüm'e uygun şekilde mahkemeye gönderdiğinde olay Mahkeme'nin yetki alanına girmiş bulunmaktadır.

Sudan'da yaşananlar uluslararası toplumun konuya müdahil olmasını gerektirmiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi harekete geçmiş ve Darfur'daki olayları araştırması için bir araştırma komisyonu kurmasını istemiştir. Araştırma ve yerinde gözlemlere dayanan Komisyon Raporu sonucu Güvenlik Konseyi, 31 Mart 2005 tarihli ve 1593 sayılı kararı ile Darfur'daki durumu 1 Temmuz 2002'den sonrasını kapsayacak şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne havale etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Sudan, Darfur Krizi.

* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı,
figen_ercan@hotmail.com

THE ROLE OF THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL IN THE INITIATION OF INTERNATIONAL CRIMINAL AND THE CASE OF SUDAN

ABSTRACT

The states are mainly responsible for international law. However, in addition to the responsibilities of states, criminal liability of individuals and criminal proceedings against international courts for international criminal offenses are one of the fundamental aims of international criminal law. The International Criminal Court is also established to provide this main aim and is a constant court that prosecutes international crimes under humanitarian law.

The United Nations plays an important role in the use of the jurisdiction of the International Criminal Court. The United Nations Security Council takes the action when international peace and security are threatened or violated. United Nations Security Council based upon Rome Statute m. 13/b, the case has included into the jurisdiction of the Court when it sent the case to the court in accordance with Chapter VII of the United Nations Charter.

Incidents in Sudan is required that international community to be involved in the issue. The United Nations Security Council has acted and asked to establish a research commission to investigate the incidents in Darfur. Result of the Commission Report based on research and on-the-spot observations The Security Council has referred to the International Criminal Court in Darfur with a resolution no. 1593 of 31 March 2005, covering the situation after 1 July 2002.

Keywords: International Criminal Court, United Nations, United Nations Security Council, Sudan, Darfur Crisis.

GİRİŞ

Uluslararası ceza hukuku, uluslararası suçlar ve uluslararası ceza kovuşturmasına ilişkin düzenlemeleri kapsayan, ulusal hukuk, uluslararası insan hakları, insancıl hukuk ve ulusal ceza hukukunun melez bir bileşimi olarak tanımlanabilir¹.

Devletler şeklinde örgütlenen toplumlar, kendi toplumlarının niteliklerine uygun iç hukuklarını oluşturdukları gibi, uluslararası toplum da bütün devletleri kapsayacak, tüm devletlerin gereksinimlerine yanıt verecek ve toplumların niteliklerine uygun olacak uluslararası hukuku oluşturmaktadır. Ancak devletlerin egemenlik haklarının en çok vurgulandığı ceza hukuku alanında uluslararası düzeye geçişte büyük sorunlar çıkmakta ve bu sebeple uluslararası ceza hukukunun oluşturulmasında büyük zorluklarla karşılaşmaktadır. Buna rağmen, uluslararası ceza hukuku alanında *ad hoc* mahkemelerin ve 17 Temmuz 1998 tarihinde kabul edilen, 01 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM), kurulmasıyla önemli bir aşamaya gelinmiştir.

“*Uluslararası hukukun babası*” olarak tanınan Hugo Grotius uluslararası hukuku “*mahkemesiz hukuk*” olarak tanımlamayı daha uygun bir yaklaşım olarak görmüştür. Ancak günümüzde uluslararası yargı sistemi UCM'nin de kurulmasıyla sadece uluslararası düzene yönelik liberal yaklaşımların önemli bir bileşenini değil, aynı zamanda uluslararası sistemin de ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır².

Uluslararası hukukta sorumluluk esas olarak devletlerindir. Ancak devletlerin sorumluluğu yanında bireylerin cezai olarak sorumlu tutulabilmeleri ve işlemiş oldukları uluslararası nitelikteki suçlardan dolayı uluslararası mahkemelerde yargılanmaları uluslararası ceza hukukunun en temel amaçlarından biridir. UCM de bu temel amacı sağlayabilmek için kurulmuş, insancıl hukuk kapsamındaki uluslararası suçları³ kovuşturan ve 20. yüzyılın sonlarında

1 Cassese, Antonio (2003) *International Criminal Law*, International Law, Malcolm D. Evans (Editör), USA, Oxford University Press, s. 721.

2 Kingbury, Benedict, ‘International Courts: Uneven Judicialisation in Global Order’ :Crawford, James and Koskeniemi, Martti (Editör) (2012) *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, s. 203.

3 Roma Statüsü kapsamında düzenlenen ve UCM'nin yargı yetkisine giren suçlar; soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur. Cassese'ye göre uluslararası suçlar; çoğunlukla uluslararası örf ve adet hukuku tarafından sınırları çizilen, savaş suçları,

kurulup 21. yüzyılda uluslararası insancıl hukukun egemenliğine katkı yapan sürekli bir mahkeme niteliğindedir.

UCM'nin kuruluş amacı; uluslararası suçlarla mücadelede, uluslararası düzeyde örnek bir adaleti sağlamak, bu tür suç mağdurlarının zararlarını gidermek, uluslararası düzeyde sosyal değerleri ve bireysel dürüstlüğü güçlendirmek, bu suçlar konusunda günümüz nesillerini eğitmek ve en önemlisi de gelecekte muhtemel bu tür insani çöküşleri önlemek ve bunların cezasız kalmayacağı inancını yerleştirerek insanları vazgeçirmek, ad hoc mahkemelerin sakıncalarını gidermektir⁴. Roma Statüsü'nün önsözünde de bu tip ifadeler yer almaktadır.

UCM'nin yargı yetkisini kullanmaya başlamasında Birleşmiş Milletler (BM) önemli bir rol oynamaktadır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne (BMGK) bir olay hakkında uyuşmazlık taraflarının Statü'yü onaylayıp onaylamadığına bakılmaksızın Mahkeme'den bu konuda yargılama yapılmasını talep etme hakkı verilmiştir (Statü m. 13/b).

BM Antlaşması VII. Bölüm, madde 39'da Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42. maddeler uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır. Madde 41'de BMGK'nin silahlı kuvvet içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabileceği hükmü yer almaktadır. Buna göre bu önlemler; ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir. Güvenlik Konseyi, madde 41'de öngörülen önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa madde 42'de yer alan uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve BM üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir.

BMGK'nin, BM Antlaşması VII. Bölüm çerçevesinde yukarıda anılan maddelere dayanarak aldığı karar dahilinde, Mahkeme'den talepte bulunma-

insanlığa karşı suçlar, soykırım, saldırı, işkence ve uluslararası terörizmdir. Bk. Cassese, s. 721.

4 Başak, Cengiz (2003) Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 53.

sından itibaren on iki ay süreyle, Roma Statü'ne dayanarak hiçbir soruşturma veya dava açılmamaktadır. Ayrıca BMGK on iki ay süreyle devam eden bir yargılamanın ertelenmesini de talep edebilmekte ve bunu BM Antlaşması VII. Bölüm çerçevesinde alacağı yeni bir kararla birden çok defa tekrarlayabilmektedir (Statü m. 16). BMGK'ne verilen bu yetkiler birtakım eleştirilere maruz kalmıştır.

Çalışmada ayrıca BMGK kararları ile müdahalede bulunulup suçluların yargılanmasının BMGK tarafından UCM'ne gönderilmesine güzel bir örnek olacağını düşündüğümüz Sudan'da yaşanan olaylar ve BM'nin ve UCM'nin bu olaylar karşısındaki tutumu incelenecektir.

I. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN YARGI YETKİSİNE GENEL BİR BAKIŞ

İkinci Dünya Savaşı, tüm dünya açısından büyük acılarla doludur. Milyonlarca insan hayatını kaybetmiş, daha çoğu sakat kalmış, evlerini, işlerini ve yakınlarını kaybetmiştir. Bu dönemde, savaşın galipleri tarafından mağlup olan düşmanlarının işledikleri suçları yargılamak için birisi Almanya'da, diğeri Japonya'da olmak üzere iki uluslararası ad hoc mahkeme kurulmuştur. Ne var ki bu mahkemeler, savaş ve insanlık suçlularının sadece bir kısmını yargılayabilmiştir. Japonya'ya atom bombası atılmasına karar verenler, hiç bir yargı organı karşısında hesap vermemişlerdir⁵.

Uluslararası suçları yargılamak üzere daha önceden kurulmuş olan uluslararası mahkemeler, ad hoc mahkemelerdir, yani geçicidirler⁶. Savaşın galipleri tarafından veya BMGK kararı ile kurulan bu ad hoc mahkemelerin, belli bir yer ve zaman dilimi içerisinde işlenmiş bulunan uluslararası suçları kovuşturmakla sınırlı bir yetkisi bulunmaktadır ve birçok eleştiriye maruz kalmışlardır. UCM ise öncekilerden farklı olarak sürekli bir kuruluştur.

UCM'de, BM ile bağlantılı hükümler bulunmasına rağmen, UCM, BM'nin bir organı değildir; yalnızca taraf devletler tarafından bağlayıcı olan, antlaşmaya dayalı bir kuruluştur. Yani, UCM bağımsız bir kuruluştur. Dolayısıyla, yargı yetkisi genel nitelik gösterir ve yer ve zaman bakımından diğerleri gibi herhangi bir sınırlamaya tabi değildir⁷.

5 Uzun, Elif (2003) 'Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü', Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 2, s. 26.

6 Ad Hoc Mahkemeler; Nüremberg ve Tokyo (Uzakdoğu için) Askeri Mahkemeleri ile Ruan-da ve Eski Yugoslavya için kurulan mahkemelerdir.

7 Erdal, Selcen (2010) Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara,

Statü'nün başlangıç ilkesine ve 1. maddesine göre UCM, ulusal mahkemelere göre "tamamlayıcı" niteliktedir. Bir başka deyişle, sözleşmeye taraf olan ülkelerin ulusal ceza mahkemeleri, UCM statüsünde sayılan ağır suçları soruşturma ve cezalandırma mevzuatına ve uygulamasına, isteğine ve kapasitesine sahipse, UCM hareketsiz kalmaktadır. Statü'de belirtildiği üzere, ilgili devlet, göstermelik yargılama yapıyorsa, yargılama yapıp göstermelik cezalar veriyorsa veya yargılama yapmıyorsa ya da yargılama yapabilecek kapasiteye sahip değilse, tamamlayıcı olarak, UCM'nin yargılama yetkisi devreye girecektir (Statü m. 17).

Mahkeme, Statü'ye taraf devletlerin egemenlik alanında işlenen suçlar (mülkîlik ilkesi) ile Statü'ye taraf olan devletlerden birinin vatandaşı tarafından işlenen suçları yargılamaya yetkilidir (faile göre şahsîlik ilkesi).

Mahkeme, ancak bu Statü yürürlüğe girdikten sonra işlenmiş suçlarla ilgili olarak yargı yetkisini kullanabilir (Statü m. 11/1). Bir devlet Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonra taraf olmuş ve daha önce Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul ettiğini açıklamamışsa, Mahkeme yargı yetkisini ancak o devletin taraf olduğu andan itibaren işlenen suçlarla ilgili olarak kullanabilir (Statü m. 11/2). Roma Statüsü'ne sonradan taraf olan bir devlet açısından, kural olarak taraf olduğu tarih itibarıyla yargılama yetkisi devreye girmesine rağmen ilgili devlet, geriye doğru mahkemenin yargılama yetkisini tanıyabilir.

Zaman ve yer bakımından yetkide istisnai olarak, Roma Statüsü'nü onaylamayan bir devlet, suç karşısında mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiğine dair bir bildirimde bulunduğu mahkemenin yargı yetkisini kabul edebilmektedir (Statü m. 12/3). Yine suçlar uluslararası barış ve güvenliğin tehdit veya ihlal edildiği durumlarda işlendiğinde ve BMGK Statü m. 13/b'de sahip olduğu yetkiye dayanarak durumu BM Şartı VII. Bölüm'e uygun şekilde mahkemeye gönderdiğinde olay Mahkeme'nin yetki alanına girmiş bulunmaktadır.

Mahkeme, Roma tüzüğüne uygun olarak, gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahiptir (Statü m. 25/1). Mahkeme, fiili işlediği iddia edilen tarihte, 18 yaşın altında olan hiçbir şahsı yargılama yetkisine sahip değildir (Statü m. 26). 18 yaşından küçük faillerin, ceza ehliyeti Statü'nün hazırlanması aşamasında tartışılmıştır. Ancak, ceza ehliyeti çeşitli ülkelerde farklı olduğundan tartışmalarda bir sonuca varılamamıştır.

Uluslararası hukuk, toplumsal düzeni ihlal eden eylemleri hafiften ağıra doğru sınıflandırmıştır. Hafif olanları tamamen devletlerin yargı yetkisine bırakmayı tercih ederken, en ağır kabul ettiği ihlallerin (*grave breaches*) uluslararası ceza yargı yetkisi bağlamında cezalandırılmasını öngörmüştür. Ağır suçların belirlenmesinde ise ağır ihlallerin yoğun olarak gerçekleştiği silahlı çatışma dönemleri esas alınmıştır⁸.

UCM'nin maddi yargı yetkisi (görev alanı) içindeki bu suçlar; soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur (Statü m. 5). Statü'de tanımlanan bu suçlar zamanaşımına tabi değildir (Statü m. 29). Şunu da belirtmek gerekir ki; Roma Statüsü'nde yer alan suçlar arasında herhangi bir hiyerarşi söz konusu değildir⁹.

II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ İLE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Olaylar, Mahkeme önüne üç farklı şekilde gelebilmektedir (Statü m. 13):

“Bu tüzük hükümleri gereğince, 5. maddede bahis konusu bir suç ile ilgili olarak Mahkeme, aşağıdaki koşullarda yargı yetkisini kullanabilir:

(a) 14. madde gereğince bir taraf devlet tarafından Mahkeme savcısına başvuru bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum;

(b) Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme savcısına başvuru bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum;

(c) 15. maddeye uygun olarak bir suçun işlendiğine dair savcı tarafından soruşturma başlatılması.”

Görüldüğü üzere Statü'nün 13/b maddesinde BMGK'ne bir uyuşmazlığı UCM'ye havale etme yetkisi tanınmıştır. Diğer bir ifade ile Güvenlik Konseyi BM Antlaşması'nın VII. bölümüne istinaden aldığı bir karar ile Statü'de düzenlenen uluslararası suçlar bakımından UCM'de yargılama yapılmasını talep edebilmektedir.

8 Çınar, M. Fatih (2004) Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, 1. Baskı, Çanakkale, Kazancı Matbaacılık, s. 43.

9 A. Schabas, William (2004) An Introduction to The International Criminal Court, Second Edition, Cambridge University Press, s. 30.

Statü madde 8 bis'de¹⁰ saldırı suçu ve fiili tanımlanmıştır. Mahkeme, BMGK başvurusu ile saldırı suçu üzerinde de yargı yetkisini kullanabilmektedir ancak bunun için bazı özel şartlar getirilmiştir. Statü madde 15 ter'e¹¹ göre; Mahkeme yargılama yetkisini ancak değişikliklerin otuz taraf devlet tarafından onaylanması ya da kabul edilmesinden bir yıl sonra işlenecek saldırı suçları üzerinde kullanabilir. Ayrıca Mahkeme, 1 Ocak 2017 tarihinden sonra alacağı karara bağlı olarak, saldırı suçu üzerinde yargılama yetkisini bu madde kapsamında kullanmaya başlayacaktır.

Bu düzenlemeye karşı çıkanlar, siyasi nitelikli bir organa böyle bir yetkinin verilmesinin, Mahkeme'nin tarafsızlığını ve inandırıcılığını olumsuz yönde etkileyeceğini öne sürmüşlerdir. Ayrıca veto yetkisi dolayısıyla bu maddenin sadece Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi olmayan devletlere karşı işlebileceğinden duyulan endişe sıkça ifade edilmektedir. Güvenlik Konseyi'ne soruşturma başlatmak için savcılığa başvurma yetkisinin verilmesi devletlerin egemen eşitliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle de eleştirilmiştir¹².

Buna karşılık, bu hükmü destekleyenler, bu yetki sayesinde, ileride ad hoc mahkeme kurmaya gerek kalmayacağını savunmuşlardır. Ayrıca burada Konsey'e tanınan imkânın gerçek anlamda bir yetki olmadığı, sadece Mahkeme'yi harekete geçirecek bir araç olacağı, Konsey'e BM Şartı uyarınca zaten sahip olduğu imkânlara ek olarak bir gücün tanınmış olmayacağı belirtilmiştir¹³.

BMGK bir konuyu mahkemeye götürdüğü zaman Statü'ye taraf olunup olunmaması önem taşımamaktadır. Statü'de somut bir olay veya davanın değil, soyut bir durumun mahkemeye sevk edileceği belirtilmek suretiyle bağımsızlığının korunduğu belirtilmektedir¹⁴.

BMGK'nin BM Antlaşması VII. Bölüm çerçevesinde aldığı karar dahilinde, Mahkeme'den talepte bulunmasından itibaren on iki ay süreyle, bu Statü'ye dayanarak hiçbir soruşturma veya dava açılmaz veya açılan bir davaya devam edilemez; talep aynı koşullar altında Konsey tarafından yenilenebilir (Statü m. 16).

10 Madde 8 bis, 1 Haziran 2010 tarihli ve RC/Res.6 sayılı Gözden Geçirme Konferansı kararıyla metne eklenmiştir.

11 Madde 15 ter, 11 Haziran 2010 tarihli ve RC/Res.6 sayılı Gözden Geçirme Konferansı kararıyla metne eklenmiştir.

12 Erdal, s. 143.

13 Önok, R. Murat (2003) Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 131.

14 Önok, s. 131.

İlk bakışta bu düzenlemenin amacı, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması ve korunmasında BM Antlaşması ile Güvenlik Konseyi'ne verilen yetki ve konunun korunması ve diğer mercilerin bu duruma müdahale etmesinin önüne geçilmesi olarak görülmektedir. Böylece, Mahkeme'nin aceleci ve zamansız bir zamanda girişeceği incelemelerin, Güvenlik Konseyi'nin diplomatik ve siyasi girişimlerini zedelemesi önlenmiş olacaktır¹⁵.

Güvenlik Konseyi'ne verilen bu yetki de eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle talebin üst bir sınır olmaksızın istenildiği kadar uzatılabilmesi Konsey'e, Mahkeme'nin yargı yetkisini belli bir olay için tamamen ortadan kaldırma fırsatı verecektir. Siyasi nitelikteki böyle bir organa adaletin yürütülmesini bu şekilde engelleme imkanı verilmesi onaylanacak bir durum değildir. Kaldı ki, bu yetkiyi UCM'nin faaliyetlerinin aynı olayla ilgili olarak Güvenlik Konseyi tarafından yürütülen siyasi girişimlere zarar verebileceği gerekçesine dayandırmak da doğru değildir. Nitekim Güvenlik Konseyi'nin bu konudaki ilk sınavı bu eleştirileri haklı çıkarmıştır. Konsey 12 Temmuz 2002 tarihinde aldığı 1422 sayılı karar¹⁶ ile BM Barış Gücü Operasyonlarına katılan kuvvetlere mensup kişilerin hakkında açılması düşünülebilecek herhangi bir soruşturmanın on iki ay boyunca ertelenmesini talep etmiştir. Statünün kabul edilmesinden itibaren kendi vatandaşları üzerinde yargı yetkisinin kullanılmasına izin vermeyeceğini ve bunu sağlamak için de her yola başvuracağını açıklayan ABD'nin ısrarı ve baskısıyla bu karar alınmıştır¹⁷.

Bununla birlikte, bu durumların her birinde bir soruşturma açılıp açılmayacağına ve soruşturma üzerinde temellenen hukuki onaya bağlı olarak bir davanın açılıp açılmayacağına karar vermek, devletlerin ya da BMGK'nin değil, UCM savcısının takdirine bağlıdır. Bu nedenle UCM savcısı, bir anlamda şartları varsa herkes hakkında dava açabileceği için "*dünyanın en güçlü adamı*" tamlamasıyla anılmaktadır¹⁸. Ancak yine de BMGK'ne tanınan bu yetkiler Mahkeme ve savcılık üzerinde güçlü bir baskı oluşturacaktır.

En önemli noktalardan biri de UCM'nin etkin bir şekilde işleyebilmesi için çok büyük miktarlarda yeterli bir maddi imkâna sahip olması gereğidir. Bir uluslararası mahkemenin işleyişi çok yüksek masrafları gerektirmektedir. Uluslararası örgütlerin en büyük finansörü olan ABD'nin yokluğunda, UCM'nin gerektirdiği mali kaynakların büyük ölçüde BM tarafından veya onun denetimi altında, BM üyesi devletler tarafından sağlanacağını öngörmek zor değildir.

15 Erdal, s. 145.

16 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1422 Sayılı Kararı, < <http://www.amicc.org/docs/SC-res1422.pdf> >, s.e.t. 15.09.2016.

17 Erdal, s. 145-46.

18 Kurşun, Günel (2011) 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, Ankara, s. 10.

Özellikle BMGK tarafından Mahkeme'ye havale edilen olaylarda, soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği bütün masrafların, BM tarafından sağlanacağını söylemek mümkündür, zira mali yetersizlik sebebiyle bu olayların üzerine gidilememesi UCM'nin olduğu kadar BMGK'nin de itibarını sarsacaktır¹⁹.

BMGK'nin Roma Statüsü'ne taraf olmayan ülkelerdeki olayları UCM'ye havale etme yetkisini çoğunlukla Roma Statüsü'ne taraf olmayan Afrika ülkeleri için kullandığı görülmektedir. BMGK'ne verilen bu yetki UCM'nin evrensel yargı yetkisini kullanması için önemli bir fırsat olmakla birlikte söz konusu yetki, sadece güçsüz ve güvenlik sorunları yaşayan devletlerin vatandaşlarını yargılamak için kullanılacaksa bu durum UCM'nin güçlü devletlerin çıkarlarına hizmet eden bir kurum olarak görülmesine sebep olacaktır. Bu ülkelerde yaşananların UCM'ye havale edilmesi olumlu gelişmeler olarak görülse de BMGK'nin Afrika dışında yaşanan olaylara ve kendi üye ülkelerinde yaşanan olaylara da müdahalede bulunduğu zaman bu tek yanlı tutumu ve bağımsızlığına getirilen eleştirilerden kurtulabilecektir. Bunun için de özellikle BMGK'de bir takım köklü reformların gerçekleşmesi gerekmekte bu doğrultuda çalışmalar yapılması gerekmektedir. Dünya beşten büyüktür ilkesi uygulamaya konulmalıdır²⁰.

III. SUDAN (DARFUR) KRİZİ

Sudan oldukça fazla etnik çeşitliliğe sahip bir ülke olmasına rağmen Sudanlılar kendilerini kuzey ve güney olmak üzere iki etnik kimliğe ayırmışlardır. Bu ayrımın ülkede yaşananlar üzerinde etkisinin olması ile birlikte Sudan krizini besleyen sosyal ve ekonomik sebepler başta olmak üzere pek çok neden bulunmaktadır. Bu başlık altında bu nedenlere ve Sudan'da yaşananların arka planına değinilecek olmakla birlikte ilk önce devletlerin iç işlerine müdahalede bulunmama anlayışının değişiminin Afrika ülkelerine olan etkisinden kısaca bahsedilmesi bir Afrika ülkesi olan Sudan'a müdahalenin daha iyi anlaşılması için uygun olacaktır. Daha sonra BM ve UCM'nin Sudan krizine müdahil olması ile birlikte bu kapsamda yapılanlar ve UCM'ye havale edilen yargılamalar ve sonuçları incelenecektir.

19 Önok, s. 135-36.

20 BM için Reform Arayışları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Demirel, Naim (Ocak 2013) Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinde Reform Arayışları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Sayı: 12, Cilt: 4, ss. 131-150.

A. EGEMENLİK ANLAYIŞININ DEĞİŞİMİ VE AFRİKA ÜLKELE- RİNE ETKİSİ

Uluslararası hukukta son yıllarda ortaya çıkan gelişmeleri anlamak isteyen ve Sudan krizini hukuken bir yere oturtmak isteyen herkesin 1990'lı yıllardaki tecrübelerden başlaması gerekmektedir. Ruanda'da işlenen insanlığa karşı suç yanı sıra Yugoslavya için kurulan mahkeme ve Uluslararası Adalet Divanı tarafından insanlığa karşı suç olarak kategorize edilen Srebница katliamı ve NATO'nun hukuken tartışmalı 1999 tarihli Kosova müdahalesi bu çerçevede karşımıza çıkan önemli örneklerdir. Yaşanan bu insanlık dışı olaylardan sonra iç uyumsuzlukların süper güçler tarafından araç olarak kullanılması nedeniyle soğuk savaş öncesi dönemde geçerli kabul edilen devletlerin iç işlerine müdahalede bulunmama yaklaşımı tartışmaya açılmıştır²¹.

Uluslararası barış ve güvenliği temin etmek amacı ile İkinci Dünya savaşı sonrasında kurulan BM, kuvvet kullanımı yasaklarken daha çok devletlerarasında çıkan savaş ve çatışmaları önlemeyi hedeflemiştir. Ancak küreselleşme ile hızla değişen dünya üzerindeki çatışmaların türü iç çatışmalara doğru yön değiştirmiştir. Bunun en önemli sebepleri, 1960'lı yılların sonunda sömürgeciliğin sona ermesi ile 1990 sonrası Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra iç karışıklıkları ve yönetim bozuklukları olan sorunlu devletlerin ortaya çıkmasıdır. Bu devletler içinde çıkan iç çatışmalar/savaşlar da devletlerarası savaşların yerini almış durumdadır. Söz konusu devlet vatandaşlarının en temel insan haklarının iç çatışmalarda korunması, tüm uluslararası topluluğun sorumluluk almasını gerektiren bir konu haline gelmesi, devletlerin egemenlik anlayışında önemli bir değişim gerektirmiştir. Günümüzde devletlerin egemenlik haklarının, vatandaşlarına karşı sorumlulukları kapsamında yeniden değerlendirildiği bir döneme girilmiştir. İnsan hakları ve uluslararası ceza hukukundaki gelişmelerle birlikte bireyler de uluslararası hukukun bir süjesi olarak varlık bulmuştur. Ağır insan hakları ihlalleri ile sonuçlanan uluslararası suçlar karşısında uluslararası topluluğun kayıtsız kalamayacağından hareketle, egemenlik artık devletlerin bir hakkı değil, sorumluluğu olarak algılanmaya başlanmıştır²².

21 Arsava, Füsün (2013) 'Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması İçin Yapılan Askeri Müdahale' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Sayı:12, Cilt: 4, s. 83.

22 Halatçı Ulusoy, Ülku (2013) 'Uluslararası Hukuk Açısından Libya ve Suriye Örneğinde Koruma Sorumluluğu' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Sayı: 14, Cilt: 4, s. 270.

Devletlerin egemenliği konusunda değişen bu anlayış sonrası özellikle Afrika ülkelerinde yaşanan “*Arap Baharı*” denilen Arap dünyasında baş gösteren mitingler, protestolar, halk ayaklanmaları ve silahlı çatışmalarda işlenen uluslararası suçlar, uluslararası toplumun müdahalesini gerektirmiş ve BM yaşanan iç savaşlara müdahalede bulunmuştur. Bunun sonucunda da bu suçları işleyenler UCM’ye havale edilmiş ve yargılanmaları talep edilmiştir . Sudan da anılan sürecin en önemli aktörlerinden biridir. UCM’ye taraf olmayan bu ülkede uluslararası ceza yargılamalarının gündeme gelmesi de BMGK kararları ile olmuştur.

B. SUDAN (DARFUR)’DA YAŞANANLARIN ARKA PLANI

1 Ocak 1956’da İngiltere’den bağımsızlığını kazanan Sudan halkı yüzden fazla farklı dili konuşan beş yüz etnik gruptan oluşmaktadır. Bu kadar çeşitliliğe rağmen Sudan halkı kendini kuzey ve güney olmak üzere iki belirli kimliğe ayırmaktadır. Kuzey’deki halk kendisini kabilelerine değil de daha çok Arap kültürüne bağlılıklarıyla tanıtırken, Güney’dekiler için durum farklıdır. Kabile kimliği ön planda olsa da ortak Güneylilik kimliği Kuzey’e karşı dirençte bir birleşme noktasıdır²³.

Darfur krizini besleyen diğer etkenleri sosyal ve ekonomik nedenler olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır. Darfur’un toplumsal yapısı kabilelerin uğraştıkları işten dolayı ikiye ayrılmıştır. Özellikle 1970’li yıllarda merkez hükümeti tarafından hayvancılığı destekleyen bir politika izlenmiştir. Bunun sonucunda hayvan sayısı artmış, dolayısıyla daha fazla otlak alanı ihtiyacı doğmuştur. Bu durum karşısında hayvancılıkla uğraşan Darfur’un kuzey kısmındaki göçebe kabileler ile tarımla uğraşan güney kısımdaki kabileler arasında toprak ve su yüzünden çatışmalar başlamıştır. Çatışmalar ilk başta bu yönde olsa da daha sonra kabile çatışmalarına dönüşmüştür. Merkez hükümeti tarafından bu çatışmalara yönelik çözüm önerileri sunulmaması çatışmaların çıkmaz yola girmesine yol açmıştır²⁴.

23 Gürkan, Hasan (2014) ‘Modernleşme Sürecinde Afrika’nın İki Büyük Krizi: Ruanda ve Darfur Meseleleri Üzerine Bir İnceleme’ International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Sayı: 4, Cilt: 9, s. 483.

24 Tirab, Abbkar Tirab (2016) Tarihi ve Toplumsal Bakış Açısıyla Darfur Sorunu, Eurasian House / Dosya No: 2, s. 10.

1956 yılında Sudan’da bağımsızlık ilan edildikten sonra da Darfur’daki durum İngiliz sömürge dönemindekinden pek fazla bir değişiklik göstermemiştir. Bağımsızlığın ilk yıllarında güney Sudan kesimi bağımsızlık için harekete geçmiş ve çatışmalar dönemin devlet başkanı Numeyri’nin güney kesimiyle antlaşma yaptığı 1972 yılına kadar devam etmiştir. Güney ile kuzey arasındaki iç savaş “1972 Addis Ababa Anlaşması”yla bir süre dursa da 1969’daki askeri darbe ile birlikte Bu antlaşmanın yürürlükten kaldırıldığı 1983 yılında güney kesimle çatışmalar tekrar başlamış ve “Kapsamlı Barış Anlaşması”nın (KBA) yapıldığı 2005 yılına kadar sürmüştür²⁵.

Güney Sudan 2011 yılının Ocak ayında düzenlenen referandum ile Sudan’dan ayrılma kararı vermiş, 9 Temmuz 2011 tarihinde de resmen bağımsız bir ülke olmuştur. Fakat bölgede istikrar bir türlü sağlanamamıştır. Güney Sudan’da devam eden iç çatışmalar ve Sudan’la yaşadığı gerilim nedeniyle hala istikrarsız bir yönetim görülmektedir. Güneyin ayrılması her iki ülke için dolaysız ve ağır sonuçlar getirmiştir. Sudan genel hatlarıyla “Arap” kuzey ve “Afrikalı” güney çizgileri boyunca bölünmüştür. Ancak ülkenin her iki parçasının alt etnik, din ve dil çeşitliliği yeni sorunlara yol açmıştır. Ayrılık sonrası düzenlemeler ülkenin şimdiye kadar milyonların ölümü ve yerinden edilmesiyle sonuçlanan çelişkilerini ise sadece alevlendirmiştir. 2011’den itibaren Güney Sudan’daki iç çatışmalarda on binlerce insan ölmüş, 2 milyon kişi yer değiştirmiş veya komşu ülkelere sığınmıştır. Yaklaşık 2,5 milyon kişi ise açlık tehlikesi altında bulunmaktadır²⁶. Güney Sudan’da yaşanan ikinci bir iç savaş niteliği taşıyan bu olaylar ayrıca üzerinde durulması gereken geniş bir konu olduğundan burada sadece kısaca değinerek geçiyoruz.

Sudan’ın bağımsızlığıyla beraber Arap milliyetçiliği ideolojisi yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Müslüman olmayan güney kesiminde misyoner okulları millileştirilmiştir. 1958 yılında Genaral Abbud, askeri darbeyle başa geçtikten sonra İslam’la sentezlenen Arap milliyetçiliğinin ülke genelinde yayılmasıyla ilgili çalışmalar hız kazanmıştır. Bu gelişmeler güney kesimin tepkisini

25 An Overview of the Darfur Crisis in Sudan, <[http://glpinc.org/Web_pages/News_Articles/An%20Overview %20of%20the%20Darfur%20Crisis.pdf](http://glpinc.org/Web_pages/News_Articles/An%20Overview%20of%20the%20Darfur%20Crisis.pdf)>, s.e.t. 15.09.2016.

26 Ayrıntılı bilgi için bk; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR), <<http://www.ohchr.org/EN/Countries/AfricaRegion/Pages/SSIndex.aspx>>, s.e.t. 15.09.2016, Bağımsızlık Güney Sudan’a İstikrar Getirmedi, <<http://www.dunyabulteni.net/haberler/335247/bagimsizlik-guney-sudana-istikrar-getirmedi>>, s.e.t. 15.09.2016, Güney Sudan’da ‘Korkunç’ Bilanço, 11 Mart 2016, <<http://www.milliyet.com.tr/guney-sudan-da-korkunc-bilanco/dunya/detay/2207992/default.htm>>, s.e.t. 15.09. 2016.

çekerek iç savaşın yoğunlaşmasına etki etmiştir. Darfur'da ise Hartum rejimi, Arap milliyetçiliğini teşvik ederek Arap olan kabileleri Arap olmayan kabilelere karşı kullanarak Darfur'un Araplaştırılması çalışmalarını sürdürmüştür. Libya'daki İslam'la yoğrulmuş ve sömürgecilğe karşı kurtarıcı olarak görülen Arap milliyetçi ideolojisi de Darfur'daki Arapların ilgisini çekmiştir. 1980'li yıllarda açlık problemi baş gösteren Darfur'da halkın durumu daha da kötüleşmiştir²⁷.

1969 yılında, hükümetin ülke sorunlarına çözüm üretmede başarısız kaldığı iddiasıyla Albay Cafer Muhammed El Numeyri tarafından bir askeri darbe yapılmıştır. Numeyri'nin on altı yıl süren iktidarı, 1985'te yapılan başka bir askeri bir darbeye son bulmuştur. Daha önce de birçok darbe girişimini atlatan Numeyri'ye karşı bu kez başarılı olan darbeyi yapan General Abdurahman Siwar liderliğindeki konsey idi. Derhal seçime gidileceği açıklanarak Geçici Askeri Konsey yönetimi oluşturulmuştur. 1986'da seçime gidilmiş ve Sadık El Mehdi Başbakan olmuştur. Ancak Sadık El Mehdi başarılı bir yönetim ortaya koyamamış, bu dönemde de Güney'de çatışmalar devam ederek ülkede istikrarsızlık artmıştır²⁸.

1989 yılında askeri darbeye seçimle gelen hükümeti deviren Ömer Hasan El Beşir, oluşturduğu Devrim Komuta Konseyi başkanı olarak tüm yetkileri eline alarak meclisi dağıtmış, siyasi partileri kaldırmış ve ülkede İslam hukukunun uygulanacağını belirtmiştir. 1993 yılında Devrim Komuta Konseyi'ni feshederek, kendisini devlet başkanı ilan eden Beşir, yasama ve yürütme güçlerini kendi kontrolü altına almıştır. 1996 yılında tek aday olarak girdiği seçimleri kazanan El Beşir kurduğu Ulusal Kongre Partisi'nden yasama ve yürütme güçlerini oluşturmuş ve ülkeyi tek partili bir sisteme dönüştürmüştür. 1998 yılında ülkenin dininin ve yasama kaynağının İslam olacağını öngören anayasayı çıkardıktan sonra sınırlı da olsa siyasi partilere izin vermiştir. Bununla birlikte Beşir döneminde önceki rejimlerden daha fazla Araplaştırma ve İslamlaştırma faaliyetleri yaygınlık kazanmıştır²⁹.

Güney'in hükümet kuvvetine karşı savaşını ilk örgütleyen Sudan Halkının Özgürlük Hareketi "*Sudanese People's Liberation Movement*" olmuştur. 1983'ten 2002'ye kadar bu sivil savaşta ölenlerin sayısı tek başına Angola, Bosna, Çeçenistan, Kosova, Liberya, İran Körfezi, Sierra Leone, Somali ve Ruan-

27 Uluslararası Orta Doğu Barış Araştırmaları Merkezi - IMPR Rapor (Nisan – 2013) Tarihsel ve Siyasal Boyutuyla Darfur: Çatışma, İnsani Kriz, Uluslararası Müdahale ve Barış Şansı, <https://www.researchgate.net/publication/291350844_TARIHSEL_VE_SIYASAL_BOYUTUYLA_DARFUR_CATISMA_INSANI_KRIZ_ULUSLARARASI_MUDAHALE_VE_BARIS_SANSI>, s. 7-8.

28 Gürkan, s. 485.

29 IMPR Rapor, s. 11.

da'nın toplamından daha fazladır. Sudan nüfusunun 4 milyon kadarı ise evsiz kalmıştır³⁰.

Uluslararası Af Örgütü'nün 2008 yılı itibarıyla verdiği bilgiye göre; çatışma sonucunda 90 bin kişi öldürülmüş, yaklaşık 200 bin kişi çatışmanın yol açtığı kötü şartlar ve yerlerinden edilmeden dolayı ölmüş ve 2,3 milyon kişi ise zorunlu göçe tabi tutulmuştur³¹.

Sudan'daki iç savaşta temel kırılma noktalarından biri de 1999 yılında petrol hattının açılması olmuştur. Bunun da ağır sonucu Sudan'ın petrol boru hattının kaynağını iç savaşı finanse etmek için kullanması olmuştur. Boru hattının gelirleriyle silahlar üretmeye başlanmıştır. Bu da savaşın boyutlarına ve insanî felaketin büyüklüğüne âdeta tuz biber ekmiştir. Petrol üretiminden önce batılı diplomatlar Hartum'un kıtlıkla, sellerle, göçmen krizleriyle ilgilenir görünürken petrol resme dâhil olduktan sonra rejim eleştirilerinde daha dikkatli davranmışlardır. Petrolün savaşın seyrine bir etkisi de petrol neredeyse tamamen Güney'de çıkarıldığı için hükümetin güneyi kontrol etme ve bölgedeki direnişi kırma ihtiyacını daha fazla hissetmesidir. Güneyli ayrılıkçıların Darfur'da yaşayan Afrikalılara, sorunlarına çözüm bulmada en etkili yolun silahlı mücadeleden geçtiği fikrini dayatmasıyla beraber, uzun zamandır yerliler ile göçebeler arasında var olan anlaşmazlık Afrikalı - Arap şeklinde tanımlanan bir etnik çatışmaya dönüşmüştür³².

C. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN SUDAN KRİZİNE MÜDAHİL OLMASI

Sudan'da yaşananlar uluslararası toplumun bu konuya müdahil olmasını gerektirmiştir. Bu konuda öncelikle BMGK harekete geçmiş ve Darfur'daki olayları araştırması için bir araştırma komisyonu kurmasını istemiştir. Araştırma ve yerinde gözlemlere dayanan Komisyon Raporu sonucu Güvenlik Konseyi, 31 Mart 2005 tarihli ve 1593 sayılı kararı ile Darfur'daki durumu 1 Temmuz 2002'den sonrasını kapsayacak şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne havale etmiştir. Bölgedeki sivillerin can güvenliğini korumak ve Darfur'a yapılan uluslararası yardımların ihtiyaç sahiplerine ulaşmasını temin etmek amacıyla da BM Barış Gücü kurulmuştur.

30 Gürkan, s. 485.

31 Amnesty International, <<http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/report/darfur-camps-flooded-weapons-20080122>>, s.e.t. 16.09.2016.

32 Gürkan, 486-87.

1. Araştırma Komisyonu Kurulması ve Varılan Sonuçlar

Darfur'daki ölümler ve ölümlerdeki Sudan hükümetinin ve hükümetin desteklediği Arap milislerin sorumluluğu birbirinden farklı bağımsız raporlarla teyit edilmiştir. Olayların ve ölümlerin sona ermemesi üzerine BMGK harekete geçmiş ve 18 Eylül 2004 tarihinde aldığı 1564 sayılı kararla³³ BM Genel Sekreteri'nden Darfur'daki olayları araştırması için bir araştırma komisyonu kurmasını istemiştir³⁴.

Komisyon yaklaşık üç aylık bir süre boyunca Sudan hükümet birimleri yetkilileri ve sivil toplum örgütü temsilcileri ile görüşmeler yapmış ve Darfur'da soykırım da dâhil olmak üzere bireysel cezai sorumluluğu gerektiren savaş suçları, insanlığa karşı suçlar vb. uluslararası suçların işlenip işlenmediğini araştırmıştır. Komisyon bölgede, hükümet güçleri, Arap milisler, yani Cancavidler³⁵ ve isyancı gruplar olmak üzere çatışan üç temel grubun varlığını tespit etmiştir. Komisyon hazırladığı raporda, bölgedeki çatışmalarda hükümet güçleri ile Arap milisler arasında açık bir ilişkinin var olduğunu belirtmiştir.

Komisyonun bulgularına göre ayırım yapılmaksızın sivillere yönelik saldırılar düzenlenmiştir. Sivillere yönelik saldırılar hem hükümet ve hükümet ile işbirliği içindeki milislerden hem de isyancı gruplardan gelmiştir. Ancak hükümet güçlerinin ve milislerin temel hedefleri siviller iken, isyancılar nadiren sivilleri hedef almışlardır. İsyancılar saldırılarını merkezi otoriteye karşı yoğunlaştırmışlardır. Saldırılar ile ilgili vardığı sonuçta Komisyon, hükümet güçleri ile hükümet kontrolündeki milislerin özellikle Cancavidlerin birçok olayda sivillere saldırdıklarını ve köyleri yakıp yıktıklarını ortaya koymuş ve bunun uluslararası insancıl hukuk kural ve ilkeleri ile çatışacak düzeye ulaştığını iddia etmiştir. Başta sistematik tecavüz olmak üzere özellikle genç kızlara yönelik cinsel şiddet de Komisyon'un bölgede varlığını tespit ettiği şiddet

33 Birleşmiş Milletler, 1564 Sayılı Karar, <[http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=s/res/1564\(2004\)](http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=s/res/1564(2004))>, s.e.t. 16.09. 2016.

34 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (25 Ocak 2005) <http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf>, s.e.t. 16.09.2016.

35 Elinde makineli tüfek olan her sivilin Cancavid olarak nitelendirildiği Darfur'daki duruma bakıldığında, Cancavidler üç gruba ayrılmaktadır. Birincisi, Hartum'dan destek alıp Afrika kökenli Müslüman isyancılara karşı savaşanlar. İkincisi, isyancılarla birlikte hükümete karşı savaşanlar. Üçüncüsü de hırsızlık ve soygun yapmak için Çad'dan gelen fırsatçılar oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. Kırılma Noktası Haber, İşte Darfur Gerçeği, <<http://www.kirilmanoktasi.com.tr/Detay.aspx?c=10&i=958>>, s.e.t. 22.09.2016.

biçimlerinden biri olmuştur. Sözü geçen rapora göre toplu tecavüz sayıları oldukça fazladır. Özellikle Cancavidlerin bu tecavüzlerde sorumluluğu vurgulanmış, ancak az da olsa isyancı grupların da aynı yönetime başvurdukları ifade edilmiştir.

Bu eylemlerin soykırım niteliğinde olup olmadığına gelince; Darfur sorunu için soykırım etiketini kullananlar ölümlerin yaygın, sistematik ve belirli bir etnik grubun hedef alındığı öne sürmektedirler. Yine aynı bakış açısına göre Sudan hükümeti özellikle Darfurluları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır, çünkü hükümetin mağdurlara gönderilen insani yardım çalışmalarını önlemeye çalıştığını dile getirmektedirler. Bir diğer iddiaya göre de insani yardım için bölgede bulunan görevliler seyahat için hükümetin verdiği izin belgelerinin alınmasında zorluklar çıkarılmaktadır³⁶.

Diğer taraftan, Darfur için soykırım nitelmesini kullanmayanlar da önemli tezler ileri sürmektedir. Öncelikle Darfurlular belirli bir etnik ya da dini bir grup değildir. İnsanlar etnik veya dini kimliklerinden ötürü değil buldukları bölgenin hükümete karşı tehdit oluşturan unsurlar tarafından kullanılmasından ötürü mağdur durumdadırlar denmektedir. İkinci olarak ileri sürülen tez, doğrudan ölümlerin şimdiye kadar gerçekleşen ölümlerin % 35'ini oluşturması ve yerlerinden olan kişi sayısının doğrudan öldürülen insan sayısından on yedi kat fazla olmasıdır. Fakat daha önce de savunulduğu gibi hükümetin kısıtlamalar yüzünden dolaylı ölümlerden de sorumlu tutulması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. Özellikle Hükümet ve desteklediği milisler BM, Afrika Birliği ve diğer uluslararası yardım örgütlerinden gelen erzak, ilaç vb. yardımların önünü kesmektedir³⁷.

Araştırma ve yerinde gözlemlere dayanan Komisyon Raporu ise, insanlığa ve barışa karşı suç işleyen Sudan Hükümeti'nin soykırım politikası izlediği sonucuna varmıştır. Komisyon tarafından belirtilen suçların hükümet ve desteklediği çeteler tarafından yapıldığının sabit olduğunu belirttiikten sonra, bu yapılanlar için mutlak surette soykırım denilebilmesi için merkezi hükümetin soykırım niyetinin ve kastının bulunması gerektiğine işaret etmektedir. Dolayısıyla Komisyon, Sudan hükümet yetkililerinin katliamlarda açıkça yok

36 Öztürk, Hasan, Darfur veya Bir Krizi İsimlendirme Sorunu, Bilge Adamlar Stratejik Araştırmalar Merkezi, <<http://www.bilgesam.org/incele/736/-darfur-veya-bir-krizi-isimlendirme-sorunu/#.Vvu7r-KLTIU>>, s.e.t. 16. 09.2016.

37 <<http://www.bilgesam.org/incele/736/-darfur-veya-bir-krizi-isimlendirme-sorunu/#.Vvu7r-KLTIU>>, s.e.t. 16. 09.2016.

etme kasıtları tespit edilemediğinden, hükümetin soykırım eyleminden değil de insanlığa karşı gerçekleştirilen eylemlerden sorumlu tutularak yargılanmaları gerektiği sonucuna varmıştır.

Yukarıdaki eylemleri tespit eden komisyon, yaygın ve sistematik olarak işlendiği belgelenen insanlık suçlarıyla ilgili hesap verilebilirliğin işletilmesi için gerekli uluslararası yargı mekanizmalarının harekete geçirilmesi gerektiğine işaret ederek, bu suçların Roma Statüsü m. 13/b uyarınca UCM’de yargılanmasını tavsiye etmiştir. Çünkü Sudan’ın adalet sistemi bu suçları işleyenleri araştırıp kovuşturmada yetersizliğini ve isteksizliğini göstermiştir.

2. Birleşmiş Milletler Barış Gücünün Kurulması

BMGK’nin 31 Temmuz 2007 tarihinde aldığı 1769 Sayılı Kararı³⁸ ile Afrika ülkelerinden Sudan’ın batısındaki kriz bölgesi Darfur’da konuşlandırılması kararlaştırılan “*BM-Afrika Birliği Darfur Misyonu*” (UNAMID) adı altında bir BM Barış Gücü kurma kararı almıştır. Afrika Birliği ve BM işbirliği içindeki bu karma gücün öncelikli olarak iki amacı bulunmaktadır: Bölgedeki sivililerin can güvenliğini korumak ve Darfur’a yapılan uluslararası yardımların ihtiyaç sahiplerine ulaşmasını temin etmek.

1769 sayılı karar gereği Darfur’a yirmi bin asker ve altı bin polisin yanı sıra beş bin de sivil yardım personeli gönderilmesi planlanıyordu. Ancak başkent Hartum’daki merkezî Sudan hükümetinin uluslararası toplumla işbirliğine yanaşmaması sonucu bu sayının şimdilik dokuz binle sınırlı kalmıştır. “*Sudan, barış gücünü engellemek için elinden geleni ardına koymuyor*” diyen Uluslararası İnsan Hakları İzleme Örgütü, UNAMID misyonu görevlilerine gece uçuş izni verilmemesi, birliklerin konuşlandırılmasında lojistik desteğin sağlanmaması ya da geciktirilmesini buna örnek göstermiştir³⁹.

BM’nin sorunu çözme adına bir diğer alternatif olarak Afrika Birliği’ni neden devreye sokmadığı merak edilebilir. Afrika Birliği kendi Barış ve Güvenlik Konseyi’ni 2004 yılında kurmuş ve kıta içindeki sorunları kıta dışı aktörlerin müdahalesi olmaksızın kendileri çözmek istediklerini belirtmişlerdir.

38 Birleşmiş Milletler, 1769 Sayılı Karar, <[http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/Res/1769\(2007\)](http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/Res/1769(2007))>, s.e.t. 14.09.2016.

39 BM Darfur Barış Misyonu göreve başlıyor, <<http://www.dw.com/tr/bm-darfur-bar%C4%B1%C5%9F-misyonu-g%C3%B6reve-ba%C5%9Fl%C4%B1yor/a-3029724>>, s.e.t. 14.09.2016.

Afrika Birliği komisyonu başkanı bir araştırma komisyonu ile birlikte 2004 Haziran ayında Darfur'a gitmiş ve dönüşünde Afrika Birliği'nin görüşünü şöyle açıklamıştır; “*yaşananlar soykırım veya etnik temizlik değildir ancak toplu ölümler gerçekleşmektedir*”. Afrika Birliği Darfur'a yüz otuz iki gözlemci ve üç yüz asker göndermiştir ancak bu askeri birliklerin görevi gözlemcileri korumakla sınırlıdır ve daha fazla korumaya ihtiyacı olan Darfurluları korumak görev tanımları arasında yoktur. En önemlisi de Afrika Birliği bu sorunu durdurmaya yönelik bir görev üstlenecek maddi güce de sahip değildir ve örgüt barış ve güvenlik konularında daha çok BM kaynaklarına bağımlıdır⁴⁰.

3. UCM'ye Havale Edilen Yargılamalar ve Sonuçları

Araştırma komisyonu raporunun ardından, Güvenlik Konseyi, 31 Mart 2005 tarihli ve 1593 sayılı kararı⁴¹ ile Darfur'daki durumu 1 Temmuz 2002'den sonrasını kapsayacak şekilde UCM'ye havale etmiştir. Güvenlik Konseyi, Sudan Hükümeti'nin ve çatışmada taraf olan diğer grupların gerekli her türlü yardımı sağlayarak UCM ile işbirliğine gitmelerine karar vermiştir.

6 Haziran 2005'te UCM savcısı Luis Moreno Ocampo, Darfur'da işlenen suçlar hakkında soruşturmayı resmi olarak başlatmış ve dosya Yargıç Akua Kuenyehia (Gana) başkanlığındaki 1. Ön Yargılama Dairesi'ne iletilmiştir. Bu tarihten sonra, Sudan Hükümeti Eski İçişleri Devlet Bakanı Ahmad Harun, Cancavidlerin Sözde Lideri Ali Kushayb ve Sudan Devlet Başkanı Ömer Hasan El Beşir hakkında tecavüz, cinayet, sivil nüfusa saldırı, insanlık dışı eylem, işkence, yağma ve insanlık onuruna aykırı eylem suçlamalarını içeren toplam elli bir savaş suçu ve insanlığa karşı suç nedeniyle tutuklama kararı çıkartmıştır. Sudan Hükümeti iddiaları ve UCM ile işbirliğini reddettiğinden, henüz hiçbir tutuklama yapılamamıştır. Ayrıca, UCM'nin huzuruna gelmesi için Bahr Idriss Abu Garda hakkında celpname çıkartılmış ancak yargıçlar bu kişiyle ilgili dosyanın bu aşamada dava konusu olmamasını kararlaştırmıştır. 1593 sayılı karar uyarınca UCM Savcısı Darfur soruşturmasında kaydedilen ilerleme hakkında Konseye altı ayda bir rapor sunmaktadır⁴².

40 <<http://www.bilgesam.org/incele/736/-darfur-veya-bir-krizi-isimlendirme-sorunu/#.Vvu7r-KLTIU>>, s.e.t. 16. 09.2016.

41 Birleşmiş Milletler, 1593 Sayılı Karar, <<http://www.un.org/press/en/2005/sc8351.doc.htm>>, s.e.t. 16.09.2016.

42 International Criminal Court, <https://www.iccpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%202005/related%20cases/icc%202005%20107/Pages/darfur_%20sudan.aspx>, s.e.t. 12.10.2016.

4 Mart 2009 tarihinde 1. Ön Yargılama Dairesi'nin aldığı kararla El Beşir'in insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, işkence ve tecavüz suçları bakımından yargılanması için tutuklanması gerektiğine karar vermiştir⁴³. El Beşir hakkındaki karar, UCM'nin görevdeki bir devlet başkanı için çıkarttığı ilk tutuklama kararıdır⁴⁴. Bununla birlikte UCM savcılığı bu karara itiraz etmiştir. El Beşir'in diğer suçlar yanında soykırım suçları bakımından da yargılanması gerektiğini, Darfur'daki olayların soykırım sözleşmesinin ilgili maddeleri gereğince soykırım suçlarının belirleyici özellikleri karşıladığını ifade ederek UCM'nin Temyiz Dairesine başvurmuştur. Temyiz Dairesi, savcılığın bu yöndeki itirazını kabul etmiş ve El Beşir'in diğer suçlar yanında soykırım suçları bakımından da yargılanması gerektiğini öngörerek 1. Ön Yargılama Dairesi'nin kararını yeniden gözden geçirmesi gerektiğine karar vermiştir. Bunun üzerine 1. Ön Yargılama Dairesi'nin 12 Temmuz 2010 tarihinde aldığı kararla El Beşir'in Darfur'da işlenen diğer suçlar yanında soykırım suçları bakımından da yargılanması için tutuklanması gerektiğine karar vermiştir⁴⁵.

Tutuklama kararının ardından Ömer El Beşir tutuklama emrinin “*üzerine yazılan mürekkep kadar değeri olmadığını*” söylemiş ve UCM başsavcısının kuklasını yakan binlerce taraftarı önünde de dans etmiştir⁴⁶. Yetmiş iki yaşındaki El Beşir halen 1993 yılında başa geldiği Sudan hükümet başkanlığı görevini sürdürmektedir.

Sudan Hükümeti'nin, uluslararası baskıya rağmen, UCM'ye teslim etmediği Ahmad Harun Mayıs 2009 tarihine kadar İnsani İşlerden Sorumlu Sudan Devlet Bakanı olarak görev yapmıştır. 12 Temmuz 2013 tarihinde de Ömer el-Beşir tarafından Kuzey Kordofan Valisi olarak atanmıştır⁴⁷.

Hükümeti destekleyen Cancavidlerin lideri olan Ali Kushayb ise Nisan 2008 tarihinde, Sudan'da gözaltına alınmış ve serbest bırakılmıştır. Sudan makamları Ekim 2008 tarihindeki haberlere göre Kushayb yeniden tutuklanmıştır. Ancak Kushayb'in nerde tutulduğu bilinmemektedir⁴⁸.

43 1. Ön Yargılama Dairesi Kararı (4 Mart 2009) Uluslararası Ceza Mahkemesi, <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf>>, s.e.t. 12.10.2016.

44 Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Kadınlar için Adalet, <<http://docplayer.biz.tr/4763235-Uluslararası-ceza-mahkemesi-ve-kadınlar-icin-adalet.html>>, s.e.t. 16.09.2016.

45 1. Ön Yargılama Dairesi Kararı (12 Temmuz 2010) Uluslararası Ceza Mahkemesi, <http://www.iccpi.int/icc_docs/doc/doc907140.pdf>, s.e.t. 12.10.2016.

46 BBC Haber, Sudan Liderine Tutuklama Kararı (4 Mart 2009) <http://www.bbc.co.uk/turkish/news/story/2009/03/090304_sudan_bashir.shtml>, s.e.t. 24.09.2016.

47 Sudan Vision (12 Temmuz 2013) Republican Decree to Appoint Governors; Haroun for North, Adam for South, and Khamis for West Kordofan, <<http://news.sudanvisiondaily.com/details.html?rsnpid=224673>>, s.e.t. 28.09.2016.

48 The New York Times (13 Ekim 2008) Sudan Arrests Militia Chief Facing Trial, <<http://www.nytimes.com/2008/10/14/world/africa/14darfur.html>>, s.e.t. 28.09.2016.

Uluslararası tepkileri azaltmak ve UCM'nin yargısını etkisiz bırakmak bakımından Sudan Hükümeti, Darfur'daki olayları yargılamak için göstermelik olarak "Özel Ceza Mahkemesi" kurmuştur. Fakat 11 Haziran 2007 itibarıyla İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün belgelendirdiğine göre sadece on üç dava mahkemenin önüne getirilmiş, dava edilenler ise alt rütbeli kişilerden olup haklarında sadece hırsızlık gibi adi suçlamalar yöneltilerek duruşmalar yapılmıştır. Bu mahkemede söz konusu kişilere yöneltilen hiçbir suçlama insanlık ve savaş suçları gibi ağır suçlarla ilgili olmamıştır⁴⁹.

BMGK'nin daimi beş üyesinin ise konu hakkında görüş ayrılıkları içinde oldukları belirtilmiştir. ABD, Fransa ve İngiltere dava açılmasını desteklerken, Sudan'la güçlü ekonomik bağları olan Çin ve Rusya'nın yargılamaların ertelenmesinden yana oldukları ifade edilmiştir. Örneğin Çin, Sudan'ın ticaret yaptığı ülkeler sıralamasında en üst sıradadır; Sudan petrol ihracatının % 64'ü Çine gitmektedir ve Çinli firmalar Sudan'da petrol sektörüne milyar dolar tutarında yatırımda bulunmuşlardır⁵⁰. Bu yatırımların boşa çıkmaması ve petrol kaynaklarının % 80'inin güneyde bulunması sebebiyle Çin Sudan'ın bölünmesine karşı çıkmıştır. Bölünmeden sonra da her iki Sudan ile yakın ilişkiler kurarak çıkarlarını korumaya çalışmaktadır. Özellikle Batılı ülkelerin, Darfur olayı ve Sudan Hükümeti'nin sert tutumu nedeniyle bu ülkeye ambargo uygulaması ve ülkeyi terk etmesinin ardından Çin - Sudan ilişkileri dostluk düzeyine yükselmiştir. Ayrıca Çin, Sudan'ın iç savaş sırasında en büyük silah tedarikçi ülkesidir ve bundan dolayı Darfur katliamına dolaylı destek verdiği eleştirmeleri ile yüz yüze kalmıştır⁵¹.

Veto yetkisine sahip beş daimi ülke olan ABD, Rusya Federasyonu, Çin Halk Cumhuriyeti, Fransa ve İngiltere aynı zamanda dünyanın en çok silah üreten ve pazarlayan ülkeleridir⁵². Yalnızca Çin, Almanya'dan sonra altıncı durumdadır. Dünya silah ticaretinin baş aktörlerinden oluşan Güvenlik Konseyi Ülkeleri'nin dünya barışına kalıcı katkıda bulunacak kararlar verebileceği şüpheyle karşılanmaktadır.

49 IMPR Rapor, s. 20-21.

50 <<http://www.bilgesam.org/incele/736/-darfur-veya-bir-krizi-isimlendirme-sorunu/#Vvu7r-KLTIU>>, s.e.t. 16. 09.2016.

51 Erkin, Ekrem, Çin'in Sudan Politikası: Yükselen Gücün Yeni Diplomasisi, Stratejik Düşünce Enstitüsü (SDE), <<http://www.sde.org.tr/tr/authordetail/cinin-sudan-politikasi-yukselen-gucun-yeni-diplomasisi/918>>, s.e.t. 26. 09.2016.

52 Shah, Anup, The Arms Trade is Big Business, Global Issues, <<http://www.globalissues.org/article/74/the-arms-trade-is-big-business>>, s.e.t. 28.09.2016.

SONUÇ

Statü'nün 13/b maddesinde BMGK'ne BM Antlaşması'nın VII. bölümüne istinaden aldığı bir karar ile bir uyuşmazlığı bir devlet Roma Statüsüne taraf olmasa bile UCM'ye havale etme yetkisi tanınmıştır. Bu düzenleme karşısında siyasi nitelikli bir organa böyle bir yetkinin verilmesinin, Mahkeme'nin tarafsızlığını ve inandırıcılığını olumsuz yönde etkileyeceği ileri sürülmüştür. Ayrıca veto yetkisi dolayısıyla bu maddenin sadece Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi olmayan devletlere karşı işletilebileceğinden duyulan endişe sıkça ifade edilmektedir. Güvenlik Konseyi'ne soruşturma başlatmak için savcılığa başvurma yetkisinin verilmesi devletlerin egemen eşitliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle de eleştirilmiştir.

BMGK'nin, BM Antlaşması VII. Bölüm çerçevesinde alacağı karar dahilinde, Mahkeme'den talepte bulunmasından itibaren on iki ay süreyle, Roma Statü'ne dayanarak hiçbir soruşturma veya dava açılmaması veya açılmış bir davaya devam edilememesi durumu da eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle talebin üst bir sınır olmaksızın istenildiği kadar uzatılabilmesi Konseye, Mahkeme'nin yargı yetkisini belli bir olay için tamamen ortadan kaldırma fırsatı vermiştir.

Konumuz açısından BMGK'ne verilen bu yetkiler UCM arasındaki ilişkiyi ortaya koyması bakımından çok önemlidir. BMGK'nin sadece dava açılması için talepte bulunabilmesi ve nihai yetkinin UCM savcısında olduğu görülse de henüz BMGK'nin talepte bulunup da UCM savcısının reddettiği bir olay ile karşılaşılmamıştır.

Sudan gibi diğer iç savaş yaşanan ülkelerde yaşanan insanlık dramlarına bakıldığında bu olayların arkasında, müdahalede bulunulan ülkelerde petrol kaynaklarının olması gibi, pek çok sebebin olduğu görülmektedir. Ayrıca devletlerin Sudan'da olduğu gibi müdahale edilen ülkelerde özellikle ekonomik kaygılar altında ve çıkarları doğrultusunda hareket ettiği söylenebilir.

Sudan'da yaşananlar uluslararası toplumun konuya müdahil olmasını gerektirmiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi harekete geçmiş ve Darfur'daki olayları araştırması için bir araştırma komisyonu kurmasını istemiştir. Araştırma ve yerinde gözlemlere dayanan Komisyon Raporu sonucu Güvenlik Konseyi, 31 Mart 2005 tarihli ve 1593 sayılı kararı ile Darfur'daki durumu 1 Temmuz 2002'den sonrasını kapsayacak şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne havale etmiştir.

Sudan'daki iç savaş sonrası, Sudan Hükümeti Eski İçişleri Devlet Bakanı Ahmad Harun, Cancavidlerin Sözde Lideri Ali Kushayb ve Sudan Devlet Başkanı Ömer Hasan El Beşir hakkında tecavüz, cinayet, sivil nüfusa saldırı, insanlık dışı eylem, işkence, yağma ve insanlık onuruna aykırı eylem suçlamalarını içeren toplam elli bir savaş suçu ve insanlığa karşı suç nedeniyle tutuklama kararı çıkartılmıştır.

Ancak ne yazık ki devletler siyasi ve ekonomik olarak çıkarları doğrultusunda hareket ettiğinden ve Sudan Hükümeti de iddiaları ve UCM ile işbirliğini reddettiğinden, henüz hiçbir tutuklama yapılamamıştır. Görüldüğü gibi Sudan örneğinin bize gösterdiği önemli bir nokta da UCM'nin bir kolluk gücü bulunmadığından yargılanan kişilerin tutuklanması ve yargılanmasında devletlere önemli bir görev düşmesidir.

Dolayısıyla esas olarak uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması en başta uluslararası kuruluşlara değil devletlere düşmektedir. Her devlet kendi içindeki barış ve güven ortamını sağladığında dünya daha yaşanılabilir bir hal alacaktır. Ancak bu huzur ve güven ortamının sağlanması ve suçluların en azından bir kısmının dahi olsa cezalandırılabilmesinde UCM'nin katkısı göz ardı edilemeyecektir.

KAYNAKÇA

1. Ön Yargılama Dairesi Kararı (12 Temmuz 2010) Uluslararası Ceza Mahkemesi, <<http://www.icccpi.int/iccdocs/doc/doc907140.pdf>>, s.e.t. 12.10.2016.

1. Ön Yargılama Dairesi Kararı (4 Mart 2009) Uluslararası Ceza Mahkemesi, <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf>>, s.e.t. 12.10.2016.

A. Schabas, William (2004) An Introduction to the International Criminal Court, Second Edition, Cambridge University Press.

Amnesty International, <<http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/report/darfur-campsflooded-weapons-20080122>>, s.e.t. 16.09.2016.

An Overview of the Darfur Crisis in Sudan, <http://glpinc.org/Web_pages/News_Articles/An%20Overview%20of%20the%20Darfur%20Crisis.pdf>, s.e.t. 15.09.2016.

Arsava, Füsün (2013) 'Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması İçin Yapılan Askeri Müdahale' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Sayı:12, Cilt: 4, s. 81-97.

Bağımsızlık Güney Sudan'a İstikrar Getirmedi, <<http://www.dunya-bulteni.net/haberler/335247/bagimsizlik-guney-sudana-istikrar-getirmedi>>, s.e.t. 15.09.2016.

Başak, Cengiz (2003) Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

BBC Haber, Sudan Liderine Tutuklama Kararı (4 Mart 2009) <http://www.bbc.co.uk/turkish/news/story/2009/03/090304_sudan_bashir.shtml>, s.e.t. 24.09. 2016.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR), <<http://www.ohchr.org/EN/Countries/AfricaRegion/Pages/SSIndex.aspx>>, s.e.t. 15.09.2016.

Birleşmiş Milletler, 1564 Sayılı Karar, <[http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=s/res/1564\(2004\)](http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=s/res/1564(2004))>, s.e.t. 16.09. 2016.

Birleşmiş Milletler, 1593 Sayılı Karar, <<http://www.un.org/press/en/2005/sc8351.doc.htm>>, s.e.t. 16.09.2016.

Birleşmiş Milletler, 1769 Sayılı Karar, <[http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/Res/1769\(2007\)](http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=S/Res/1769(2007))>, s.e.t. 14.09.2016.

BM Darfur Barış Misiyonu göreve başlıyor, <<http://www.dw.com/tr/bm-darfur-bar%C4%B1%C5%9F-misiyonu-g%C3%B6reve-ba%C5%9Fl%C4%B1yor/a-3029724>>, s.e.t. 14.09.2016.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1422 Sayılı Kararı, <<http://www.amicc.org/docs/SCres1422.pdf>>, s.e.t. 15.09.2016.

Cassese, Antonio (2003) International Criminal Law, International Law, Malcolm D. Evans (Editör), USA, Oxford University Press.

Çınar, M. Fatih (2004) Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, 1. Baskı, Çanakkale, Kazancı Matbaacılık.

Demirel, Naim (Ocak 2013) Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinde Reform Arayışları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Sayı: 12, Cilt: 4, s. 131-150.

Erdal, Selcen (2010) Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara, Yetkin Yayınları.

Erkin, Ekrem, Çin'in Sudan Politikası: Yükselen Gücün Yeni Diplomasisi, Stratejik Düşünce Enstitüsü (SDE), <<http://www.sde.org.tr/author-detail/cinin-sudan-politikasi-yukselen-gucun-yeni-diplomasisi/918>>, s.e.t. 26.09.2016.

Güney Sudan'da 'Korkunç' Bilanço, 11 Mart 2016, <<http://www.milliyet.com.tr/guney-sudan-da-korkunc-bilanco/dunya/detay/2207992/default.htm>>, s.e.t. 15.04. 2016.

Gürkan, Hasan (2014) 'Modernleşme Sürecinde Afrika'nın İki Büyük Krizi: Ruanda ve Darfur Meseleleri Üzerine Bir İnceleme' International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Sayı: 4, Cilt: 9, s. 469-491.

Halatçı Ulusoy, Ülkü (2013) 'Uluslararası Hukuk Açısından Libya ve Suriye Örneğinde Koruma Sorumluluğu' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Sayı: 14, Cilt: 4, s. 269-297.

International Criminal Court, https://www.iccpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc%200205%200107/Pages/darfur_%20sudan.aspx, s.e.t. 12.10. 2016.

Kırılma Noktası Haber, İşte Darfur Gerçeği, <<http://www.kirilmanoktasi.com.tr/Detay.aspx?c=10&i=958>>, s.e.t. 22.09.2016.

Kingbury, Benedict, 'International Courts: Uneven Judicialisation in Global Order' :Crawford, James and Koskeniemi, Martti (Editör) (2012) International Law, Cambridge, Cambridge University Press,

Kurşun, Günal (2011) 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, Ankara.

Önok, R. Murat (2003) Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Öztürk, Hasan, Darfur veya Bir Krizi İsimlendirme Sorunu, Bilge Adamlar Stratejik Araştırmalar Merkezi, <<http://www.bilgesam.org/incele/736/-darfur-veya-bir-kriziisimlendirmesorunu/#.Vvu7r-KLTIU>>, s.e.t. 16.09.2016.

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (25 Ocak 2005) <http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf>, s.e.t. 16.09.2016.

Shah, Anup, The Arms Trade is Big Business, Global Issues, <<http://www.globalissues.org/article/74/the-arms-trade-is-big-business>>, s.e.t. 28.09.2016.

Sudan Vision (12 Temmuz 2013) Republican Decree to Appoint Governors; Haroun for North, Adam for South, and Khamis for West Kordofan, <<http://news.sudanvisiondaily.com/details.html?rsnpid=224673>>, s.e.t. 28.09.2016.

The New York Times (13 Ekim 2008) Sudan Arrests Militia Chief Facing Trial, <<http://www.nytimes.com/2008/10/14/world/africa/14darfur.html>>, s.e.t. 28.09.2016.

Tirab, Abbkar Tirab (2016) Tarihi ve Toplumsal Bakış Açısıyla Darfur Sorunu, Eurasian House / Dosya No: 2.

Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Kadınlar için Adalet, <<http://docplayer.biz.tr/4763235-Uluslararası-ceza-mahkemesi-ve-kadınlar-icin-adalet.html>>, s.e.t. 16.09.2016.

Uluslararası Orta Doğu Barış Araştırmaları Merkezi - IMPR Rapor (Nisan – 2013) Tarihsel ve Siyasal Boyutuyla Darfur: Çatışma, İnsani Kriz, Uluslararası Müdahale ve Barış Şansı, <https://www.researchgate.net/publication/291350844_TARİHSEL_VE_SİYASAL_BOYUTUYLA_DARFUR_CATISMA_INSANI_KRIZ_ULUSLARARASI_MUDAHALE_VE_BARIS_SANSI>, s.e.t. 12.10.2016.

Uzun, Elif (2003) 'Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü' Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 2, s. 25-48.

ANAYASAL VE MİLİTAN DEMOKRASİ ALGISI ÜZERİNE

Dr. Akif TÖGEL*

ÖZET

Bireyler arası sosyal ilişkilerde karar alma sürecine dair önemli bir çözümdür demokrasi. Topluluğun üyelerini doğrudan ilgilendiren konularda onların görüşlerinin verilecek karara yansıtılmasıdır. Ancak aynı zamanda demokrasi gelişmekte olan ve kavramsal karşılığı toplumdan topluma değişiklik gösteren bir yöntemdir. İki demokrasi algısı olarak anayasal ve militan demokrasi kavramlarını irdeleyen bu çalışma, her iki kavramın önemli unsurlarını analiz etmektedir. İncelemenin sonucunda, demokrasiler önüne “Anayasallık” sınırının getirilmesi benimsendiği gibi, anayasal demokrasiyi militan demokrasi anlayışının tedavi edilmiş haliyle yoğurmanın daha güçlü demokratik yönetimlere vücut vereceği önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Demokrasi algısı, anayasal demokrasi, militan demokrasi.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, atogel@ybu.edu.tr

ON THE PERCEPTION OF CONSTITUTIONAL AND MILITANT DEMOCRACY

ABSTRACT

Democracy is an important solution to the decision-making process in social relations between individuals. It is the reflection of their opinions on issues directly related to the members of the society. At the same time, however, democracy is a developing notion and its conceptual reaction varies from society to society. This study examines the concepts of constitutional and militant democracy as two democracy perceptions, also analyses the important elements of both concepts. As a result of this investigation, introduction of the “Constitutionality” boundary before democracies is suggested and it is proposed that the constitutional democracy must be kneaded with the cured shape of militant democracy which will empower more powerful democratic governments.

Keywords: Perception of democracy, constitutional democracy, militant Democracy.

GİRİŞ

Kavramlar ve kurumlar insan ihtiyaçlarının bir ürünü olarak ortaya çıkarlar. Toplumsal hayat içerisinde insanın, kendisine bir koranak gereksinimi sonucunda devletin ortaya çıkması, beraberinde demokrasiyi de getirmiştir.

Demokrasi; yüzyıllar öncesinden farklı anlamlar kazanarak günümüze kadar ulaşan, toplumdan topluma, kültürden kültüre farklı özellikler sergileyen bir kavramdır. Bireylerin ortak amaçlar etrafında bir araya gelmesiyle oluşan halkın iradesi, demokrasi kavramının oluşmasında büyük pay sahibidir. Halk iradesi; kendisini oluşturan her bir bireyin şahsi iradelerinin bir araya gelmesi ve fakat bu bireysel iradelere bağımsız, ortak bir kavramı ifade etmektedir.

Demokrasi kavramı yaklaşık 2500 yıllık gelişim süreci içerisinde, farklı farklı algılamalar sonucunda çeşitli nitelikler kazanmıştır. Demokrasi; sadece devlet ve birey arasındaki ilişkide gündeme gelmeyen, toplumun her kesiminde bütün kolektif karar alma süreçlerinde ihtiyaç duyulan bir kavramdır. Bu nedenle de biz, bu çalışmamızda kavram olarak demokrasinin tanımını eğilip bükülme gerektirmeyecek bir biçimde netleştirmeye çalışacağız. Devlet yönetimindeki idarecilerin adeta bir oyuncağı haline getirilen bir demokrasi algısı yerine, halk denetimi ve siyasi eşitliğin en üst seviyede sağlandığı algılamayı ortaya koymaya çalışacağız. Özel olarak ise bu demokrasi algılarından ikisini; Anayasal ve Militan Demokrasi algılarını inceleyeceğiz.

İşlenmesi mümkün olan toprağın ve yeterli yağışın tarımın gelişmesine imkan tanınması gibi demokrasinin; uygun koşullar olduğu sürece birbirinden bağımsız toplumlarda değişik tarihlerde ortaya çıkarılmış olduğunu göreceğimiz çalışmamızı üç ana bölümden oluşturacağız. Bunlardan ilk bölümde; demokrasi kavramını ve ortaya çıkış sürecini, ikinci bölümde; anayasal demokrasi algısını ve militan demokrasi farkındalığını, son bölümde ise bu iki kavram çerçevesinde günümüzde demokrasinin ulaştığı noktayı değerlendireceğiz.

I. DEMOKRASİ KAVRAMI

Hayat boyu insan; ailesi, komşuluk ilişkileri, çalışma ortamı içerisinde belirli bir yere sahip olurken kimi zaman bazı toplulukların, kimi zaman da devletlerin üyesi olur. En küçüğünden en büyüğüne kadar bütün kurumlar-

da, takip edilecek hedefler, uyulacak kurallar, üyeler arasındaki sorumluluk ve alınan bütün kararlar bir bütün olarak topluluk için alınmak zorundadır. Bunlar, insanların yalnızca kendileri adına verdikleri bireysel kararların aksine kolektif kararlar olarak nitelenir. Demokrasi, işte bu kolektif karar alma alanına ilişkindir. Temel olarak demokrasi; bir kurumu bütün olarak etkileyen bu tip kararların, o kurumu oluşturan bütün fertler tarafından alınması gerektiği, aynı zamanda bu kararların alınması sürecine katılmak için her bir bireyin eşit hakka sahip olması yönündeki ideali temsil eder. Karar alma sürecinde, birbirini tamamlayan bu iki ilkenin gerçekleştirilmesi oranında kurum ve kuruluşlar demokratik yahut antidemokratik olarak nitelenirler.

Demokrasi; Grekçe demos ('halk') ve kratein ('hükmetmek') sözcüklerinden oluşan ve ilk defa M.Ö 5. yüzyılda Yunan toplumunun mevcut sosyal şartları içerisinde demokratik fikir akımlarının sonucu olarak ortaya atılmış bir kavramdır¹. O dönemde Atina'lı lider Perikles yaptığı bir konuşmada : “ *Sıradan vatandaşlarımız, işleriyle meşgul olmalarına rağmen hala kamu meselelerinin adil hakemleridir... ve biz tartışmaları eylemin önünde bir engel olarak değil, gerçekleştirilecek akıllıca bir eylemin olmazsa olmaz önkoşulu olarak görüyoruz*² ” diyerek demokrasiye ulaşan yolu gözler önüne sermiştir.

Demokrasi bir siyasal yönetim biçimidir. Ancak “halkın kendi kendini yönetmesi” biçimindeki bir genel tanım ya da buna benzer olarak “*halkın, halk tarafından, halk için yönetimi*” şeklinde Abraham Lincoln tarafından yapılan tanımlar, yönetim biçimlerine göre yeni yeni eklemelerle yeni anlamlara ulaşmışlardır. Oysa ki temel demokrasi tanımı ve kendisini demokratik olarak niteleyen tüm toplum ve devletlerde anlaşılması gereken demokrasi anlamının ortak olması gerekir. “Söz konusu tanım bugün için soyut ve yetersiz kalmaktadır. Ancak, Lincoln tarafından ifade edilen “gerçek demokrasi” yüzyıllar boyunca insanlığın hep “ideali” olmuş, gerçek yaşamda ise bir “fantezi” olmanın ötesine geçememiştir. Büyük Fransız filozoflarından Jean-Jacques Rousseau'nun dediği gibi “gerçek demokrasi sadece bir idealdir.”³

Demokrasinin ideal tanımı yapıldığında iki konu açıklığa kavuşmuş olur. Birincisi, genellikle o şekilde düşünme eğiliminde olsak da, demokrasi

1 Erdoğan, Mustafa (2001) Anayasal Demokrasi, 4.Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, s.195.

2 Dahl, Robert A. (1998) On Democracy, 1. Baskı, New Haven & London, Yale University Press, s.39.

3 Aktan, Coşkun Can (1999) The Restriction of the Government and Constitutional Democracy, Yeni Türkiye, Eylül-Ekim, s. 601.

yalnızca devletin ve hükümetin faaliyet alanına ait değildir. Demokratik ilkelere, her türlü toplumsal yapılanmanın karar alma sürecinde etkilidir. Devlet düzeyindeki demokrasi ve toplumun diğer kurumlarındaki demokrasi arasında önemli bir paralellik vardır. İkincisi ise demokrasi için “ya hep ya hiç” olgusunun bulunmamasıdır. Aksine demokrasi bir derece olayıdır. Bu derece ise, halk denetimi ilkelerine ve siyasi eşitliğin gözetilmesine ne kadar riayet edildiğinin göstergesidir. Genel olarak devlet idaresinde söz sahibi olan organlar, özellikle hükümet, oy verme çağına gelmiş bütün bireylerin eşit seçme ve seçilme hakkına sahip olduğu, sivil ve siyasi hakların yasal olarak garanti altına alındığı seçimler yoluyla halka karşı sorumlu ise o devleti “demokratik” olarak adlandırırız.⁴

A. DEMOKRASİYE GİDEN YOL

Tarihi kaynaklara göre; uzun bir zaman insanlar küçük gruplar halinde yaşadılar. Avlanarak, kökler, meyveler ve diğer yiyecekleri toplayarak hayatta kaldılar. Bu süre boyunca çoğu zaman, eşitliğin mantığıyla seçilmiş üyeler grup olarak alınması gereken kararlara beraber varıyorlardı. Ancak bu dönem sona erip, insanlar uzun süreler için özellikle tarım ve takas için sabit topluluklar halinde yerleşik hayata geçmeye başladıklarında hiyerarşi ve egemenlik şekilleri daha doğal gelmeye başladı. Bunların sonucunda halkın yönetimde etkin olduğu hükümetler, yerleşik hayata geçmiş insanlar arasında binlerce yıl görülmedi. Demokratik yönetimlerin yerini hepsi bir tür sıralamaya veya hiyerarşiye dayanan monarşiler, despotizmler, aristokrasiler ve oligarşiler aldı.⁵

Muhtelif yerlerde, M.Ö 500 yılları civarında uygun koşullar yeniden ortaya çıkmış ve az sayıda küçük topluluk, önemli ölçüde kararlarına katılım imkanı olan yönetim sistemleri oluşturmaya başladı. “Demokrasi terimini ilk kullanan Yunanlılar büyük ihtimalle Atinalılar olmuştur. *Demos* sözcüğü Atina’da genellikle bütün Atinalılar, bazen halk, hatta kimi zaman sadece fakir insanlar anlamına gelmesi ilginçtir.”⁶

4 Beetham David & Boyle, Kevin (2005) *Introducing Democracy*, UNESCO 1995, (Çev. A.Z. Kopuzlu), Ankara, Adres Yayınları, s.2.

5 Dahl, Robert A. (2001) *Demokrasi Üstüne* (Çev.B.Kadioğlu), Ankara, Phoenix Yayınevi, s.10.

6 Dahl (2001), s.11.

Beşinci yüzyılın başlarından itibaren, oy kullanma hakkına sahip olmak için belli bir değerde mülkiyete sahip olunması şartının ortadan kaldırılması ile her bir Atinalı vatandaş, mecliste toplumu ilgilendiren yasalar ve politikalar üzerinde tartışmalara katılmak ve oy kullanmak, bunun yanında belli bir sıraya göre dönüşümlü olarak seçilen yönetim konseyi üyeliği vasıtasıyla yönetime katılmak için eşit hakka sahip oldu.⁷

Halkçı yönetim, Yunan'da ortaya çıktığı sıralarda, İtalyan yarımadasında, Roma şehrinde de kendini göstermeye başlamıştı. Ancak Romalılar kendi sistemlerine “cumhuriyet” halka ait anlamına gelen, *republic* adını koymayı seçtiler.⁸ Cumhuriyet'in yönetimine katılma hakkı önce soylularla sınırlıyken zor uğraşlar sonunda sıradan halk da yönetime katılmaya hak kazandı. Roma vatandaşlarının katılmaya hak sahibi oldukları meclisler, Roma şehrindeki *Forum*'da toplanmaktaydı. Ancak ücra topraklarda yaşayan çoğu Roma vatandaşı için şehir, olağanüstü bir çaba ve para harcamadan gidilemeyecek kadar uzaktı. Bunun sonucu olarak da sayıları gittikçe artan ve sonuçta çok büyük bir rakama ulaşan vatandaşlar, uygulama sorunları yüzünden, Roma hükümet sisteminin merkezindeki halk meclislerine katılmayı reddettiler.⁹

Doğrudan demokrasinin mümkün olabilmesi için, tek bir parlamentoya sığabilecek kadar az sayıda vatandaşın ve üzerinde etraflıca düşünüp karar verebilmek üzere yeterli zamanın var olması gereklidir. Ayrıca Atina demokrasisinde, seçme ve seçilme hakkına sahip olan vatandaşların nitelikleri belirlenirken kadınlar, köleler ve yabancılar kapsam dışında tutulmuştur. Her ne kadar doğrudan demokrasi olarak nitelese de bu eksiklik sebebiyle Atina ve Roma demokrasileri, ideal demokrasi tanımının uzağında kalmaktadırlar.

Atina ve Romada ilk örneklerini gördüğümüz doğrudan demokrasi uygulamaları bu gereksinimleri karşılamakta zorlandıkça yeni arayışlar içerisine girilmiştir. “Doğrudan demokrasi bir ideal olduğuna göre asıl amaç ona yakın bir yönetim biçimi bulmaktır. Temsili demokrasi, dar anlamda halkın temsilcilerini özgür iradesiyle seçmesi anlamına gelmektedir. Yönetilen halk, yöneten ise “halkın temsilcileri” dir.¹⁰ Onsekizinci yüzyıl politika teorisyeni Rousseau'ya göre temsili sistemde insanlar, sadece birkaç yılda bir gerçekleştirilen seçimlerde özgürdüler, seçimden sonra yöneticiler karşısındaki ikincil

7 Beetham & Boyle, s.5.

8 Dahl (2001), s.12.

9 Dahl (2001), s.13.

10 Aktan, s.603.

konumlarına geri dönerler ki, bunun da kölelikten pek farkı yoktur.¹¹ Temsili demokrasi teorisine göre; insanlar, hükümet veya devlet başkanını, düzenlemeleri onaylama ve reddetme yetkisi aracılığıyla, kendileri adına hükümet üzerinde sürekli bir denetim yürüten yasama organının ve parlamentonun üyelerini seçmek suretiyle hükümeti denetlerler. Seçimler özgür ve adil, hükümet şeffaf olduğu ve parlamento fiilen hükümetin uygulamalarını incelediği ve denetlediği ölçüde bu halk denetimi etkili olur.¹²

B. DEMOKRASİNİN GEREKLİLİKLERİ

Demokrasiyi doğru tanımlamak için onun temel unsurlarını öncelikle tespit etmek çok daha doğru olacaktır. “Herhangi bir siyasal yönetimi demokrasi olarak adlandırmak için “siyasal özgürlükler”, “hukuk devleti”, “kuvvetler ayrılığı”, “şeffaflık”, “laiklik”, “demokrasi kültürü”, “sivil toplum” ve “iktidarın sınırlandırılması” ilkelerinin mevcut olup olmadığını tespit etmek gerekir.¹³ Bunlar mevcut olmadan demokrasiden söz etmek imkanı yoktur.

Demokrasinin gereklerinin belirtildiği diğer bir yaklaşıma göre ise bir topluluğun yönetim sürecinde, kararlara katılım için, bireylerin eşit derecede hak sahibi olmaları gerekliliğini karşılayacak kriterler vardır. Bu kriterler; etkin katılım, oy kullanma eşitliği, bilinçli anlayış, gündemin kontrolü ve erişkinlerin katılımıdır.¹⁴ Bu niteliklere kısaca değinmek gerekirse;

Etkin katılım: Bir politika kabul edilmeden önce, bütün üyeler, bu politikanın ne olması gerektiği konusundaki görüşlerini diğer üyelerin dikkatine sunmak için eşit ve etkin imkanlara sahip olmalıdır.

Oy kullanma eşitliği: Politikanın ne olacağı hakkında karar verilirken yapılan oylamada her üyenin oy vermek için eşit ve etkin hakkı olmalı ayrıca oylar eşit değerde sayılmalıdır.

Bilinçli anlayış: Zamanın kısıtlı olması göz önünde bulundurularak, her üyenin ilgili alternatif politikalar ve onların muhtemel sonuçları hakkında bilgi edinmek için eşit ve etkin imkanı olmalıdır.

Gündemin kontrolü: Üyelerin gündeme konacak maddelerin hangi maddeler olacağına karar verme hakları olmalıdır. Bu niteliğin varlığı ile, topluluğun politikası her zaman üyeler tarafından değiştirilebilir.

11 Beetham & Boyle, s.7.

12 Beetham & Boyle, s.7.

13 Aktan, s.605.

14 Dahl (2001), s.39-40.

Erişkinlerin katılımı: Bir ülkede sürekli ikamet eden erişkinlerin tümü veya büyük bir çoğunluğu bu karar alma sürecine katılmalıdır.

C. DEMOKRASİNİN DEĞERİ

Demokrasi bütün bireylere eşit biçimde davranılmasını amaçlar. Eşitlik prensibi, yalnızca hükümet politikası tarafından insanların çıkarlarının eşit biçimde gözetilmesi değil, aynı zamanda insanların görüşlerinin de eşit sayılmasını gerektirir. Atinalı oyun yazarlarından *Euripides*'in oyunlarından birindeki “*Biz servete özel bir güç vermeyiz. Yoksul bir adamın sözü herkesle eşit otoriteye sahiptir*” şeklindeki ifade bu eşitliği örnekleemektedir.¹⁵

Demokrasiyi eleştirenler, halk yığınlarının devlet politikasının belirlenmesi sürecine katılmak için çok bilgisiz, eğitimsiz ve ileriye göremeyen kişiler olduklarını söylerler. Oysa insanların bilgiye ve bu bilgiyi kullanmak için zamana ihtiyaç duymaları normaldir, ancak bu insanlar gerektiğinde sorumluluklarını bilerek davranmaya muktedirdir. Tüm yetişkinlerin kendi özel hayatlarını yönlendirme sorumluluğunu taşımasını beklediğimiz gibi, bu kimseler yaşadıkları toplumun geleceğini etkileyen kararların alınmasında yer almaya da ehildirler.¹⁶

Demokratik hükümet, halkın ihtiyaçlarını karşılama açısından, diğer hükümet biçimlerine göre daha yeteneklidir. İnsanlar politikanın yönlendirilmesinde ne kadar fazla söz sahibi olursa, politika da o oranda onların kaygılarını ve isteklerini yansıtır.¹⁷ Bu durumun en güzel ifadesi eski bir Atina özdeyişinde “Ayakkabıyı ayakkabı tamircisi yapar ama ayakkabının neresinin sıkıldığını ancak onu giyen kişi söyleyebilir.” şeklinde yer almıştır. Nitekim uygulamada hükümet politikasının doğrudan etkilerini hisseden halktır. Eğer halk tarafından, etkili ve tutarlı baskı kanalları kullanılırsa, hükümet politikası halkın tecrübe ve birikimlerini yansıtır. Devlet yöneticileri, ne kadar iyi niyetli olursa olsun, eğer halkın etkisinden ve denetiminden uzaklarsa, uyguladıkları politikalar ya insanların ihtiyaçlarına uymayacak, ya da kendi çıkarlarına hizmet edecektir.

Demokrasi; açık tartışmaya, iknaya ve uzlaşmaya dayanır. Açık tartışma; sadece gündemdeki politikalara dair sorunlarla ilgili farklı düşüncelerin

15 Euripides'in Orestes isimli oyunundan aktaran Beetham & Boyle, s.2.

16 Beetham & Boyle, s.3.

17 Beetham & Boyle, s.3.

olması değil, aynı zamanda bu farklılıkların ifade edilme ve dinlenilme hakkının da bulunması anlamına gelir. Dolayısıyla demokrasi, vatandaşlar arasında eşitliği kabul ettiği gibi, toplum içinde farklılığı ve çoğulculuğu da barındırır.¹⁸ Farklılıkları ve ayrışmaları demokratik açıdan çözüme yolu, zorla kabul ettirme değil, tartışma, ikna ve uzlaşmadır. Demokrasi; temel özgürlükleri teminat altına alır. Serbest konuşma ve ifade, örgütlenme, kişi güvenliğini sağlama haklarının korunması, demokrasinin varlık sebeplerindedir. Demokrasinin teminat aldığı haklar ve özgürlükler, en sağlıklı kollektif kararların alınabilmesi için elzemdir. Demokrasi, aynı zamanda toplumsal yenilenmeyi sağlar. Başarısız olan veya artık faydalı olmayan politika ve uygulamaların, belirli bir sistem içerisinde değiştirilmesini gerçekleştirir. Bu değişimler, gerekli adımlar doğru atıldığı sürece, siyasi tıkanıklıklara yol açmadan, toplumun ve nesillerin yenilenmesi biçiminde ortaya çıkar.

D. DEMOKRASİNİN ANAHTARLARI

Demokratik yönetime can veren, onu benzersiz kılan ve diğer sistemlerden ayıran anahtar kavramlar, adeta ikiz idealler olan özgürlük ve eşitlik. Bu nedenle demokrasi, vatandaşları için mümkün olduğunca fazla hürriyet ve eşitliği birleştiren bir yönetim şeklidir.¹⁹ Kollektif bir varlık olarak, bireyci biçimde anlaşılan halkın özgürlüğünün söz konusu olması durumunda, demokrasi ve özgürlük, büyük ölçüde örtüşmektedir. Özgürlük; halkın kendi kaderini belirlemesi onun kendi belirleyici kararlarını almasından oluşur.²⁰

Aralarındaki yakınlığa rağmen, özgürlük ve eşitlik kavramları bir gerilim içerisindedirler. Eşitlik, özgürlüğün bir şartı olmakla birlikte, asla yeterli bir şartı değildir. Eşit olmak aynı zamanda özgür olmak anlamına gelmeyebilir. Mesela, diktatörlükle yönetilen bir devlet, herkesi siyasal katılmaya zorlayabilir; ancak buna karşılık siyasal katılma özgürlüğünü kabul etmeyebilir, yani başka bir seçenek için oy kullanılamayabilir.²¹

18 Beetham & Boyle, s.4.

19 Lipson, Leslie (1993) Demokrasinin Felsefesi, (Çev.M.Erdoğan), (Der. A.Yayla), Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Ankara, Siyasal Kitabevi, s.17.

20 Holden, Barry (1988) Understanding Liberal Democracy, London, Philipp Allan Publishers, s.14.

21 Sartori, Giovanni (1993) Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev. T. Karamustafaoğlu ve M.Turhan), Ankara, Yetkin Yayınları, s.391.

Demokrasi; siyasal hayatta aktif olarak katılma olanaklarını herkese sağlamak suretiyle vatandaşların bağımsızlık, kendine güven ve kamusal ruha sahip olma özelliklerini geliştirir.²² Siyasal ahlakın özünü, adaletin gerçekleştirilmesi teşkil eder. Adaleti en iyi sağlayacak sistemin ise demokrasi olduğu düşünülür. Çünkü demokrasi, toplumdaki önemli grup ve çıkarların temsilini sağlamak suretiyle, bunların çıkarlarının zedelenmesi durumunda seslerini yükseltmelerine ve siyasal kararları etkilemelerine imkan verir.²³

Demokrasi, sadece anayasal bir perspektif içerisinde normatif bir anlama sahiptir. Bireylerin nihai “kamu seçicisi” olarak katıldıkları seçim sürecini ortaya çıkaran politik rejimlerin sınırlandırılmasını isteyenler, bu perspektifi açık olarak benimsemelidirler.²⁴

Demokrasi uyumsuzlukları gerilimsiz çözüme işini, tartışma ve dernek özgürlükleri gibi araçlarla gerçekleştirir; bu yolla tatminsizliği azaltır, şiddete dayalı çatışmayı en eza indirir. Bu nedenle, demokrasi çatışmaların barış yoluyla çözülmesini yani, “kurşun yerine oy kullanılmasını ve kafaların kırılması yerine sayılmasını” kurumlaştıran bir sistemdir.²⁵ Kısaca demokrasi, dayatılan çözümün yerine gönüllü olarak kabul edilen çözümü koyar.

Tarihsel bakımdan incelendiğinde, devletlerin demokrasiyle tanışmaları farklı farklı zamanlarda olmuştur. Bu kapsamda ideal anlamda olmasa da demokratik olmayan devletler, demokratlaşma sürecine girmişlerdir. Demokratik olmayan rejimler, çok çeşitli şekiller almışlardır. Bu değişimlerin, demokrasi tarihinde üç dalga halinde gerçekleştiği ifade edilmektedir. “Birinci dalgada demokratlaşan rejimler; genellikle mutlak monarşiler, hala ayakta kalmış feodal aristokrasiler ve kıtasal imparatorluklara halef olmuş devletlerdir. İkinci dalgada demokratlaşanlar, faşist devletler, sömürgeler ve kişisel askeri diktatörlüklerdir. Üçüncü dalgada demokratlaşan veya demokrasiye doğru yönelen rejimler ise, tek parti sistemleri, askeri rejimler ve kişisel diktatörlüklerdir.”²⁶

22 Dahl, Robert A. (1996) *Demokrasi ve Eleştirileri* (Çev. L. Köker), Ankara, Yetkin Yayınları, s.115.

23 Mayo, Herry B. (1964) *Demokratik Teoriye Giriş* (Çev. E. Kongar), Ankara, Siyasal İlimler Türk Derneği, s.193-194.

24 Buchanan, James M. (1985) “Constitutional Democracy, Individual Liberty and Political Equality”, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* Band 4, s. 35-47.

25 Mayo, s.186-187.

26 Huntington, Samuel P. (1996) *Üçüncü Dalga; Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, (Çev.E.Özbudun), Ankara, Yetkin Yayınları, s.106.

II. ANAYASAL DEMOKRASİ KAVRAMI

İkinci Dünya Savaşı sonrası siyaset ve anayasa literatüründe kullanılmaya başlayan “anayasal demokrasi” terimi, klasik bir idealin demokratik devlete uyarlanmış halini ifade etmektedir. Anayasal demokrasinin amacı, siyasi özgürlüğü garanti etmek üzere, demokratik devleti anayasa ve anayasacılığın teknikleriyle sınırlamaktır.²⁷ Anayasa, devlet gücünü sınırlamanın bir aracıdır ve bir görüşe göre bu sınırlama, insanların genellikle kısa vadeli düşünmelerinden dolayı bir zarurettir. Anayasa ise yurttaşların bu kronik miyopluğunun kurumsallaşmış bir tedavisidir.²⁸ Demokrasi ancak özgür bir halk dayanır; özgür bir halk ortada yoksa demokrasi de kurulamaz. Bundan dolayı öncelik, halkın özgürleştirilmesindedir, bu sayede halk zamanla iktidarı ele alabilir.²⁹

1215 tarihinde yayınlanan Magna Carta bildirisinden günümüze kadar insan hakları konusunda sayısız bildirge ve uluslararası anlaşma imzalanmıştır. Zaman içerisinde insan haklarının gerçek manasını kaybettiği ve uluslararası anlaşmalarda temel “insan ihtiyaçları”nın da “insan hakkı” olarak yorumlandığı görülmektedir. Anayasal demokrasi ise, anayasada birey haklarının doğru bir biçimde tanımlanması ve etkin bir şekilde korunması, “hukukun üstünlüğü”nün her alanda tesis edilmesi, “iktidarın sınırlandırılması”, ekonomide düzen için kural ve kurumların oluşturulması, iradi ve keyfi iktisat politikalarının ortadan kaldırılması, birey haklarının gerçek anlamda korunması için devlet haklarının sınırlandırılması gerekliliğini savunan bir siyasal yönetim sistemi demektir.³⁰

Anayasal demokrasi; “anayasal devlet” ile “demokratik devlet”in bir sentezidir. Çünkü istikrarlı bir demokrasinin, anayasal devletin kurumlarına ihtiyacı vardır. Ölçülü bir anayasacılık demokratik devletin yaşayabilirliğini pekiştirir. Başka bir anlatımla, anayasal demokrasi, “halkın yönetimi”nin yerine “özgür halkın yönetimi”ni koymaktadır.³¹ Özgür halkın yönetiminde ise, ifade özgürlüğü ve kişi güvenliği haklarının korunması gerekir. Anayasal demokrasilerin temelini oluşturan, temel hak ve hürriyetler içinde en ayrıcalıklı

27 Sartori, Giovanni (1995) How Far Can Free Government Travel, *Journal of Democracy*, V.6.n.3, s.101-111; Erdoğan, s.21.

28 Holmes, Stephen (1993) *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, s.196.

29 Sartori, s.102.

30 Aktan, s.609.

31 Lane, Jan Erik (1996) *Constitutions and Political Theory*, Manchester, Manchester University Press, s.263.

bir konuma sahip olan, demokratik rejimin işlerliğini sağlayan ve bu rejimi sairlerinden nitelikli bir şekilde farklı kılan hürriyet, ifade hürriyetidir. İfade hürriyetinin varlığı ve azami koruma altında olması, hiç şüphesiz bir demokrasiyi hakiki demokrasi kılan temel unsurlardandır.³²

Anayasal demokrasinin başka bir anlamı da, “demokratik hukuk devleti” veya “hukuk yoluyla demokrasi” dir. Hukuk yoluyla demokrasinin kurulmasında anayasa yargısının özel bir yeri ve önemi vardır. Anayasa yargısı; hem halkın özgürlüğünün, hem de hukuk devletinin güvencesidir ve bu durum aslında anayasa yargısının da varlık nedenidir.³³ Anayasa yargısı, insan haklarına aykırı ve hukuk güvenliğini zedeleyici yasaları iptal ederken gerçekleştirdiği hukuk oluşturma, anayasal düzeni ve hukuku yorumlama işlevleri ile siyasi sistemin aktörlerinden biri olmaktadır. Bu durum bir nevi demokrasinin, anayasa yargıçıları tarafından sürekli olarak yenilenmesidir; bu nedenle anayasal demokrasiye “sürekli demokrasi” de denilmiştir.³⁴

Demokrasi, belli bir zaman dilimi içinde veya mümkün olan en kısa zamanda insanların bütün taleplerini yerine getiren bir sistem değil, devamlı olarak insanların hükümet üzerinde etki ve denetim sağlamaları için gerekli koşulları güvence altına alan bir sistemdir. “Anayasacılık” teriminin de ifade ettiği gibi, demokrasinin diğer unsurlarıyla birlikte bu özellikler, vatandaşların ve diğer devlet organlarının hakları ve görevlerinin açık bir biçimde tanımlandığı ve halk tarafından tanınan yazılı bir anayasa ile en iyi şekilde korunabilir.³⁵

A. ANAYASAL DEMOKRASİNİN UNSURLARI

Anayasal demokrasi, özgürlük ve halk yönetimi temeline dayandığı için liberal demokrasi olarak da adlandırılabilir. Bu bağlamda, başta parlamento olmak üzere, halkın temsilcilerinin yetkisinin sınırsız olduğu rejim “demokratik” olarak nitelenebilirse de, bireysel özgürlüklerin güvenceden yoksun olduğu böyle bir sistem “liberal” değildir.³⁶

32 Küçük, Adnan (2003) İfade Hürriyetinin Unsurları, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, s.4.

33 Çağlar, Bakır (1993) Hukuka Dayanan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi, Anayasa Yargısı 10, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.238-239.

34 Kaboğlu, İbrahim (1996) Anayasa Yargısı, Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine, Ankara, İmge Yayınları, s.169-170.

35 Beetham & Boyle, s.14.

36 Erdoğan, s.241.

Anayasanın üstünlüğü, özgür ve düzenli seçimler, siyasi çoğulculuk ve yarışma, çoğunluk yönetimi ve azınlık hakları, sivil ve siyasi özgürlükler, iktisadi özgürlükler ve piyasa ekonomisi son olarak da seçilmişlerin atanmışlara üstünlüğü kurumları anayasal demokrasinin temelini oluşturmaktadır. Bu bölümde demokrasi tanımına “anayasal” nitelemesinin eklenmesini gerektiren söz konusu kurumları kısaca inceleyerek, bir bütün olarak anayasal demokrasiyi ele almış olacağız.

1. Anayasanın Üstünlüğü

Yazılı anayasa yapmak, kamu otoritelerini bağlayan birtakım üstün normatif esaslar koymak demektir. Bu durum, devlet yetkisi kullanan organ, makam ve mercilerin bunu ancak anayasal çerçeve içerisinde kalarak yapabilecekleri, bunların anayasanın kendilerine vermediği herhangi bir yetkiye sahip olma iddiasında bulunamayacakları anlamına gelir. Bütün kamu makamları, hem kural işlem yaparken hem de, bireysel işlemler yaparken anayasaya uymakla yükümlüdür.³⁷

Anayasanın üstünlüğünün diğer anlamı, hukuki işlemler hiyerarşisi ile ilgili olup, onun normatif değer bakımından diğer bütün hukuki işlemlerden üstün olduğunu ifade eder. Anayasa; Kelsen’in normlar hiyerarşisinde de belirttiği üzere, en üst kademede yer aldığı için, yasalar ve diğer işlemlerin anayasaya uygun olması gerekir.

2. Hukuk Devleti Özelliği

Hukuk devleti veya hukuka bağlı yönetim; hukuka dayanarak ve hukuk sayesinde “var” olan devlet anlamına gelmektedir. Bu ilke veya ideal, devletin hukuk çerçevesine alınmasını, hukukla bağlanmasını ve yönetimde keyfilik yerine kuralların egemen olmasını gerektirir. Bu yönüyle hukuk devleti “polis devleti” nin karşıtıdır. Polis devleti kendisini hukukla sınırlı saymayan, sırf güce dayanarak hareket eden devlet demektir. Devleti hukukla çerçevelemenin ve bireyleri siyasi gücün keyfi kullanımına karşı korumanın başlıca aracı ise yazılı anayasalardır.³⁸

37 Erdoğan, s.67.

38 Erdoğan, s.93.

3. İnsan Hakları Bilinci

İnsan haklarının tanınması ve korunması, anayasal demokratik sistemin esaslarındandır. Bir anayasanın görevlerinden ilki, bireylerle ilgili olarak devlet yetkilerinin kullanılmasına sınırlar getirmektir. İnsan haklarına dayanan iddia ve taleplerin hedefi; siyasal iktidarın kendisidir, insan hakları doğrudan doğruya devlete karşı ileri sürülür. Esas olarak devletin her türlü uygulamasında insan haklarını koruma duyarlılığı ile hareket etmesini sağlamaktır.³⁹

4. Özgür ve Düzenli Seçimler

Demokratik bir sistemde hükümet etme yetkisinin kaynağı, bütün vatandaşlardır. Bu nedenle, bir demokraside vatandaşların bu konudaki irade ve tercihlerini ifade edebilecekleri bir mekanizmaya ihtiyaç vardır ki bu da seçimlerdir.

Seçimlerin demokratikliği bazı şartların varlığını gerektirmektedir. Bu gerekliliklerden birincisi; özgür veya serbest seçimler, hem oy vermenin vatandaşlar için bir hak olmasını, hem de seçmenlerin istedikleri tercihi yapmak hususunda herhangi bir baskı altında olmamalarını gerektirir.⁴⁰ İkincisi; eşit seçimlerdir ki, eşit seçimler de genellik ve eşitlik ilkelerini barındırır. Genellik; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, sınıf ve sosyal statü gibi nedenlerle bazı vatandaşların seçme hakkından yoksun bırakılmaması, eşitlik; herkesin yalnızca bir oya sahip olması demektir. Üçüncüsü ise, seçimlerin adilliyi gerektirir. Seçimlerin adilliyi, iktidarların gerçekten değiştirilebilir nitelikte olması anlamına gelir. Ayrıca, seçimlerin makul aralıklarla ve düzenli olarak yapılması da iktidarların değiştirilebilmesi bakımından önemlidir. Seçim sisteminin, belli toplumsal kesimlerin devamlı olarak siyasal sürecin dışında tutulmalarını sağlayacak şekilde ayarlanmış olmaması da, adil seçim ilkesinin bir gereğidir.⁴¹

5. Siyasi Çoğulculuk ve Yarışma

Halk kavramı, aslında çeşitli bakımlardan bölünmüş ve farklılık gösteren çoğulcu bir toplumsal yapıdır. Bu nedenle demokrasi, çoğulcu bir siyasal hayatı gerektirmektedir. Siyasetin çoğulculuğu, farklı dünya görüşlerine, programlara ve çıkarılara sahip olan çeşitli kişi ve grupların serbestçe örgütlenip siyasal iktidar yarışına katılabilmelerini ifade eder. Siyasal alandaki çoğulculuk, toplumun çoğulcu yapısının doğal bir yansıması olduğu ölçüde anlamlıdır. Önemli olan, kültürel, sınıfsal veya ideolojik toplumsal taleplerin, siyasal temsilinin yasaklanmamış olmasıdır.⁴²

39 Erdoğan, s.115.

40 Heywood, Andrew (1997) Politics, London, Macmillan, s.211.

41 Erdoğan, s.243.

42 Erdoğan, s.247.

Çoğulcu siyasetin temel unsurları, çoğu zaman güvencesi, halkın siyasete katılma araçları olan siyasi partilerdir. Modern demokrasilerde toplumsal ve fikri çoğulculuğun, esas itibarıyla partiler sayesinde siyasal alana yansıtılabilmesi, siyasal partilerin araç olma özelliğinden kaynaklanmaktadır. “Siyasi partiler, sadece demokratik devletlerde değil; baskıcı totaliter rejimlerin cari olduğu devletlerde bile tek parti şeklinde de olsa vazgeçilmez örgütler olarak yerlerini almıştır. Artık siyasi partiler çoğulcu demokrasinin çoğulculuk unsuru, onsu olmaz bir toplumsal kurumu haline gelmiştir.”⁴³

6. Çoğunluğun Yönetimi ve Azınlık Hakları

Çoğunluk ilkesi, çoğunluğun kararlarının her zaman doğru olduğu anlamına gelmez. Eğer doğru kararların verilmesinde yanılmaz bir siyasi sistem aranırsa, bir teokrazi kurulmalıdır. Hiçbir siyasi sistem kararların daima doğru olacağını garanti edemez.⁴⁴

Çoğunluk ilkesi dinamik bir ilkedir. Halk çoğunluğu sabit bir gerçeklik olmayıp, çeşitli sorunlar karşısında değişkenlik gösterir. Gündemde olan bir konuda çoğunluğu teşkil edenler, başka bir zaman tartışılan aynı veya başka bir konuda azınlığa düşebilirler. Bu değişimin pratik anlamı, siyasi iktidarın da değişebilmesidir. Azınlığın çoğunluğa dönüşebilmesi öncelikle ifade, örgütlenme ve siyasi özgürlüklerin anayasal güvence altında olmasına bağlıdır.⁴⁵

İnsanlar eylem ve davranışlarında “özgür” olmalıdır. Ancak, özgürlüğün sınırı, başka bireylerin hak ve özgürlüklerine “müdahale” noktasıdır. Dolayısıyla, insanların eylem ve davranışlarında bazı sınırlamalar olmak zorundadır. Aksi durumda “özgürlük”, “adaletsizlik” ve “kaos” anlamına gelir.⁴⁶

7. Sivil ve Siyasi Özgürlükler

Özgürlükler temeline dayanmayan bir demokrasi, hiçbir anlamda var olamaz. Bu nedenle bir demokrasi ancak sivil ve siyasi özgürlükler temeli üzerinde yükselebilir. Sivil özgürlükler; kişilere siyasi iktidar karşısında dokunulmaz bir alan sağlar, siyasi özgürlükler ise vatandaşların devlet yönetimine katılmalarına ve siyasal kararları etkilemelerine imkan verir. Bu özgürlüklerin başlıcaları, seçme ve seçilme hakkı ile siyasi parti kurma ve partilere üye olma hakkıdır.

43 Küçük, Adnan (2005) Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Ankara, Asil Yayınları, s.74.

44 Mayo, s.149.

45 Erdoğan, s.258.

46 Aktan, s.608.

Demokrasiler gönüllü siyasal katılmaya dayanırlar. Esas olan, kişilerin kendi istekleri ile ve istedikleri ölçüde siyasete katılmalarıdır. Demokrasinin yaşayabilirliğinin bir ölçüde yaygın siyasal ilgiye bağlı olduğu doğru olmakla beraber, siyasete kayıtsız kalınması, katılmanın bir “hak” olmasının doğal bir sonucudur. Bu nedenle katılmamanın da bir tür katılma olduğu unutulmamalıdır.⁴⁷

8. İktisadi Özgürlükler ve Piyasa Ekonomisi

Anayasal demokrasinin amacı ekonomik özgürlüklerin mevcut olduğu bir ekonomik düzen modeli olan piyasa ekonomisini gerçekleştirmektir. Piyasa ekonomisi, bireylerin ekonomik hak ve özgürlüklerini güvence altına alan bir ekonomik yönetim şeklidir. Anayasal demokrasinin siyasal boyutu demokrasi; ekonomik boyutu ise piyasa ekonomisi’ dir.⁴⁸

Genel olarak, üç temel iktisadi özgürlük vardır: mülkiyet, girişim ve sözleşme özgürlükleri. İktisadi özgürlükler diğer özgürlüklerin de temelidir. Çünkü mülkiyet hakkının, girişim ve sözleşme özgürlüklerinin tanınmadığı bir sistemde diğer sivil özgürlüklerin hemen hemen hiçbirinin ve seçme hakkı dışındaki siyasi özgürlüklerin kullanılmasına maddi olarak imkan yoktur. Ayrıca iktisadi özgürlükler, üretim araçlarının devlet tekelinde kalmasını önleyerek, siyasal güç karşısında bir denge oluşmasının ve onun denetlenebilmesinin de temelini oluştururlar.⁴⁹

9. Seçilmişlerin Atanmışlara Üstünlüğü

Bir demokraside siyasal toplumun kaderini ilgilendiren temel kararları alma yetkisi, buldukları mevkilere halkoyuyla gelen seçilmiş kişi ve organlara aittir. Yasalar ve hükümet politikasıyla ilgili olan temel siyasi kararlar, demokratik temsil meşruluğuna sahip olmayan teknik uygulayıcılar, bürokratlar tarafından alınıyorsa, ortada demokratik bir yönetim değil, bürokratik bir tahakküm vardır. Aynı zamanda bir demokrasi, uzmanlık esasına dayanan ve görevlerini siyasal kararlara borçlu, atanmış kamu görevlilerinden oluşan rasyonel bir bürokrasiye ihtiyaç duyar. Ancak bu atanmış görevliler, sadece demokratik süreçlere uygun olarak seçilmişlerce alınan kararları uygulamakla görevlidir. Bu görev, kimi zaman söz konusu politik kararlar hakkında teknik bilgilendirme, politik seçenekleri sunma şeklinde de yürütülebilir.⁵⁰

47 Erdoğan, s.259.

48 Aktan, s.609.

49 Erdoğan, s.260.

50 Erdoğan, s.262.

Halk tarafından seçilmiş organlar, anayasal yetkilerini seçilmemiş organların ezici muhalefetine tabi olmadan kullanabilmelidir. Silahlı kuvvetler mensuplarının, yerleşik bürokrasinin veya diğer seçilmemiş kişi veya kurumların, seçilmişlerin serbestçe hareket edebilme yeteneklerini sınırladıkları veya halkın temsilcileri tarafından alınan kararları durdurabildikleri yerde demokrasi tehlikede demektir. Böyle bir sistemde, siyasal iktidarın vatandaşlar tarafından denetlenmesi mümkün olmadığı gibi, seçimlerle sağlanan hükümet rotasyonu da sorumluluğu gerçekleştirmeye yaramaz. Bu durumda, bir bürokratik tahakküm rejimi veya “bürokratların iktidarı” rejimi ortaya çıkmış olur.⁵¹

III. MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞI

Militan demokrasi kavramı, ilk kez Batı Avrupa’da totaliter akımların yıkıcı etkilerinin kendini hissettirdiği 1930’lu yıllarda, siyaset bilimcisi Karl Loewenstein tarafından kullanılarak,⁵² faşizmin özgürlükleri nasıl tehdit ettiği belirtilmiştir. Buna göre; Liberal demokrasi, komünist, faşist ve nasyonal sosyalist akımların yıkıcı etkilerine karşı direnmek ve kendini koruyabilmek için mücadeleci -militan- bir tavır içerisine girmiştir.⁵³ Jakobenzimin felsefi temellerini atan Robespierre’in görüşlerine göre, esas önemli amaç Cumhuriyet’i güçlendirmektir; bunu gerçekleştirmek için birer ihanet yuvası olan her türlü muhalefeti susturmak gerekir.⁵⁴

Militan demokrasi ağırlıklı olarak iki temel özgürlük üzerinde etkisini gösterir. Bunlar düşünce özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü olarak ifade edilebilir. Birçok demokratik ülke anayasasında düşünce özgürlüğü, siyasal parti –örgütlenme- özgürlüğünden daha fazla koruma görür. Rejimin demokratik niteliğini en açık biçimde ortaya koyan düşünce özgürlüğü, siyasal parti özgürlüğünden daha az sınırlandırılmaktadır. Militan demokrasi uygulamalarında dahi, totaliter veya yıkıcı bir akımı benimseyenlerin düşüncelerinin soyut ifadesi ile bir örgütlenme içerisinde ortaya çıkması arasında ayırım yapılmaktadır. Bu ayırımın sonucu olarak da düşünce özgürlüğüne daha fazla serbestlik tanınmaktadır.⁵⁵

51 Schmitter, Philippe C. & Karl, Terry Lynn (1993) Demokrasi Nedir, Ne Değildir? (Çev. L.Gönenç, Der. A.Yayla), Sosyal ve Siyasal Teori Seçme Yazılar, Ankara, Siyasal Kitabevi, s.9.

52 Loewenstein, Karl (1937) Militant Democracy and Fundamental Rights I-II, The American Political Science Review, C. XXXI, No: 3-4, s.365.

53 Hakyemez, Yusuf Şevki (2000) Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Ankara, Seçkin Yayınları, s.31.

54 Akad, Mehmet (1997) Genel Kamu Hukuku II, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.127-128.

55 Hakyemez, s.35.

Militan demokrasi anlayışında, düşünce özgürlüğünün demokratik rejimi yok etmeyi amaçlayan kişilere de tanınması gerektiğini savunan “geleneksel liberaller” e göre, demokrasi düşünceleri yasaklamakla kendi içerisinde çelişkiye düşmemelidir. Aksi takdirde demokrasilerdeki düşünce özgürlüğü zedelemiş olur ki, demokrasinin en önemli özelliği özgürlükçü olmasıdır.

Demokrasinin, kendi yıkılışına seyirci kalamayacağını savunanlara göre ise “özgürlük düşmanına özgürlük tanınmaz.”⁵⁶ Buna göre, özgürlükçü ortamdan faydalanarak demokratik rejimi yıkıp yerine totaliter bir rejim kurulmasının önüne geçmek haklı bir anlayıştır. Özgürlük düşmanlarına demokratik düzenin tüm nimetlerinden faydalanma imkanının verilmesi, bir gün özgürlüklerin tamamen ortadan kaldırılmasına yol açabilir. Özgürlük düşmanları iktidarı ele geçirdikten sonra artık yapılacak bir şey kalmamıştır. Çünkü bu kimseler bir seçimi kazanınca diğerlerini de otomatikman kazanmış sayılırlar.⁵⁷

Örgütlenme özgürlüğü kapsamında, militan demokrasi anlayışını incelediğimizde ise; siyasal partiler oldukça fazla önemli olmalarına karşın, partilerin kimi yıkıcı etkilerine karşı dikkatli olunmalıdır. Bu nedenle, liberal demokrasi savunucuları siyasal partiler konusunda çoğulcu ve özgürlükçü bir tavır takınırken, yaşanan acı deneyimlerden sonra giderek liberallikten uzaklaşarak, bazı partilere karşı demokrasinin mücadele ruhuna sahip olması gerektiğini ileri sürmeye başlamışlardır.⁵⁸

A. MİLİTAN DEMOKRASİ İLE ANAYASAL DEMOKRASİ FARKLARI

Militan demokrasi ve Anayasal demokrasi arasındaki ilk fark demokrasi anlayışında karşımıza çıkmaktadır. Anayasal demokraside, demokrasi çoğulculuğu sağlamak mümkün olduğunca toplumun her kesimine kulak verilmesi gerekliliğini ifade eder. Oysa militan demokrasi; kimi zaman çoğunlukçu demokrasiyi, kimi zaman ise bürokratik demokrasiyi önceleyerek mevcut statü-koyu sürdürme gayretindedir.

İkinci ayırım ise, devletin koyduğu kuralların uygulanırlığının denetiminde başvurulan müeyyide mekanizmasındaki sorumluluk türlerinde kendisini göstermektedir. Anayasal demokrasilerde temel olarak fiil ile bağlı

56 Teziç, Erdoğan (1976) 100 Soruda Siyasal Partiler, İstanbul, Gerçek Yayınları, s.132.

57 Kapani, Münci (1964) Freedom to Destroy Freedom, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.263.

58 Teziç, s.131.

sorumluluk uygulanırken, militan demokrasi anlayışında fail ile sorumluluk gündeme gelmektedir. Bu ayırımında ifade edilmesi gereken önemli husus; fiil ile sorumluluğun uygulamasında yapılan sorgu ve araştırmaların sınırını anayasa oluştururken, fail ile sorumlulukta, demokrasiyi korumak adına her türlü sorgunun yapılabilir olmasıdır.

Anayasal demokrasi ile militan demokrasi ayırımındaki üçüncü ve son husus; düşünce ve örgütlenme özgürlüğü konusundaki farklılıklardır. Anayasal demokrasi, demokrasinin tarihi süreç ve deneyimler sonrasında ulaştığı zirve noktası olmakla düşünce ve örgütlenme özgürlüğünde, çoğulculuğu sağlamak adına geniş bir hareket alanı sağlamaktadır. Ancak militan demokrasi, düşünce ve örgütlenme özgürlüğünde genel geçer doğruları anayasada belirlemiştir. Anayasada belirlenen bu “mutlak doğrular” haricinde doğruların yaşama şansı yoktur ve böyle doğruların varlığını savunanlar “düşman” olarak nitelenmektedirler. Sadece anayasa ile sınırlı, “kırmızı çizgileri” oldukça geniş tutulan militan demokrasi anlayışının yönetimleri sürüklediği uç nokta, otoriter rejimler olmaktadır.

B. MİLİTAN DEMOKRASİ ANLAYIŞININ SİYASAL HAYATA ETKİLERİ

Anayasal demokrasinin unsurları arasında yer alan siyasi çoğulculuk ve yarışma, militan demokrasi perspektifinden oldukça farklı sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Halkın iradesinin yönetime yansımaları sürecinde, yönetime dair politika önerilerinin yer aldığı parti programları ve siyasi partilerin faaliyetleri iki demokrasi algısı için neredeyse taban tabana zıttır.

Siyasi görüş ya da yöntem farklılıkları, siyasi çoğulculuğun bir parçası olarak farklı siyasi partilerin kurulmasına doğal bir zemin hazırlamaktadır. Her siyasi partinin kuruluş gayesinin, devlet yönetiminde söz sahibi olmak için iktidara gelmek olduğu varsayılmaktadır. Siyasi partileri toplumsal ve fikri çoğulculuğun bir unsuru olarak gören anayasal demokrasi için, siyasi parti programında yer alan amaçlar esnek yorumlanmaktadır. Aynı şekilde siyasi parti yönetici ve üyelerinin açıklamalarıyla icraatları da geniş ve liberal bir bakış açısıyla değerlendirilmektedir. Ancak militan demokrasi anlayışında siyasi partilerin demokrasi için araç olma fonksiyonları daha semboliktir. Siyasi partinin kurulabilmesinden, siyasi faaliyetlerine, seçimlerde oy pusulalarında yer almasından yasama organında güçlü temsiline kadar bütün durumlar

demokrasinin sunduğu imkanlardan kaynaklanmaktadır. Militan demokrasi anlayışı, bu imkanların demokratik yönetimi ortadan kaldırmayı amaçlayan bir siyasi parti tarafından kullanılmasına karşıdır. Demokratik bir sistem tarafından siyasi partilerin kullanımına açılan silahların aynı demokratik sisteme karşı fiilen doğrultulmasını ya da bu iradenin parti programında yer almasını yasaklamaktadır militan demokrasi. Nitekim anayasal demokrasi anlayışının bir asrı aşkın bir süreçte yerleşmeye başladığı ülkemizde, özellikle siyasi partiler boyutunda militan demokrasi algısı da tartışılır olmuştur.

Ülkemizde hem 1961 Anayasası, hem de 1982 Anayasası siyasi partileri demokratik hayatın vazgeçilmezleri arasında saymakla birlikte siyasi partilerin hareket alanları için sınırlar öngörmüştür. Bu sınır bağlamında 1961 Anayasası; “*siyasi partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri, insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak zorundadır*”⁵⁹ hükmünü getirmiştir. 1982 Anayasasında ise: “*siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez*”⁶⁰ kuralı ile siyasi partiler sınırlandırılmıştır.

Bu iki hüküm analiz edildiğinde militan demokrasi anlayışının bir uzantısı olarak, demokrasinin sağladığı özgürlüklerden istifade eden bir siyasi partinin programının eşitlik, hukuk devleti, demokratik ve laik Cumhuriyet gibi ilkeleri ortadan kaldırmaya yönelik hükümler içermesi yasaklanmıştır. Benzer şekilde siyasi partilerin faaliyetlerinin de Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı unsurlar içermemesi gerekir.

Anayasal demokrasi ile siyasi partilere sağlanan özgürlükler, ülkemizde olduğu gibi militan demokrasi algısı ile Almanya, İtalya, Fransa, İspanya, Portekiz, Danimarka, Avusturya ve Rusya gibi ülkelerde de çeşitli anayasal hükümlerle sınırlanmıştır.⁶¹ Bu yasal sınırlamalar, gerek ulusal gerekse de uluslararası düzeyde bazı mahkeme kararlarına konu olarak, yargısal boyutta da yorumlanmış bulunmaktadır.

59 1961 Anayasası 57. madde.

60 1982 Anayasası 68. madde.

61 Özbudun, Ergun (2005) “Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı” Siyasi Partiler ve Demokrasi Sempozyumu, 26-27 Mayıs 2005, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu, Ankara, s.84.

Militan demokrasi anlayışının siyasi hayata etkilerinin, bu alandaki etkili aktörler olan siyasi partiler hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve parti kapatmaya varan yaptırım kararlarında görmek mümkündür. 1961 ve 1982 Anayasası ile çizilen sınırlar ekseninde Mahkeme bir kararında: “demokratik rejimlerde ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü noktasında devletin kendini koruma hakkının inkar edilemeyeceği”ne işaret etmiştir.⁶² Mahkeme, hakkında kapatma davası açılan siyasi partilere dair verdiği kararların bir çoğunda Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶³ Dolayısı ile Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinden kaynaklanan sınırın, siyasi partilerin ihlal etmemeleri gereken en kalın kırmızı çizgi olduğunu söylemek mümkündür.

Siyasi partilerin kapatılmasına dair Anayasa Mahkemesi kararlarında değinilen ve militan demokrasi anlayışını yansıtan bir başka ilke laikliktir. Mahkeme, laiklik ilkesinin Atatürk devrimleri ile birlikte ele alınması gerektiğini, kutsal din duygularının politikaya kesinlikle karıştırılmayacağını⁶⁴, Türkiye’deki laiklik uygulamasının kimi batılı ülkelerdeki laiklikten farklı olduğunu, bu farklılığın da İslam ve Hristiyanlık dinlerinin özelliklerindeki farklılıktan kaynaklandığını⁶⁵ belirterek nev-i şahsına münhasır bir yorumla laiklik ilkesinden kaynaklı sınırı çizmiştir.

Anayasa Mahkemesinin verdiği başka kararlarda da devletin kendini, demokrasiyi ve insan haklarını koruma hakkının bulunduğu, Anayasa’da yer alan temel hakların demokrasiyi yıkmak için araç olarak kullanılmasının yasak kapsamında olduğunu önemle vurgulamıştır.⁶⁶ Bu kararlar ekseninde ulusal düzeyde Anayasa Mahkemesinin militan demokrasi algısını sınırları tam net belirmese de oldukça keskin bir şekilde uyguladığını söyleyebiliriz. Ancak bu uygulamanın uluslararası düzeyde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile tam bir uyum içerisinde olduğunu söylemek zordur.

Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarındaki kararlarının ideoloji temelli, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin militan demokrasiye ilişkin kararlarındaki bakış açısının ise temel haklar eksenli olduğu belirtil-

62 Anayasa Mahkemesi Kararı, (siyasi parti kapatma) E:1971/3, K:1971/3, K.T: 20.07.1971; E:1990/1, K:1991/1, K.T: 16.07.1991; E:1993/2, K:1993/2, K.T: 30.11.1993.

63 Hakyemez, s.224.

64 Anayasa Mahkemesi Kararı, (siyasi parti kapatma) E:1983/2, K:1983/2, K.T: 25.10.1983.

65 Anayasa Mahkemesi Kararı, (siyasi parti kapatma) E:1997/1, K:1998/1, K.T:16.01.1998; E:1986/11, K:1986/26, K.T: 4.11.1986.

66 Anayasa Mahkemesi Kararı, (siyasi parti kapatma) E:1991/2, K:1992/1, K.T: 10.07.1992; E:1993/4, K:1995/1, K.T: 19.07.1995.

mektedir.⁶⁷ Nitekim bu duruma örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sosyalist Parti hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kapatma kararını Sözleşmeye aykırı bulurken şu gerekçeye dayanmıştır. AİHM'e göre: "bir siyasal programın Türk Devletinin yürürlükteki ilkeleri ve yapılarıyla bağdaşmaz kabul edilmesi, onu demokrasi kurallarıyla bağdaşmaz kılmaz".⁶⁸ Dolayısı ile militan demokrasi anlayışının tetiklediği saiklerle karar vermek tek başına yeterli değildir, aynı zamanda anayasal demokrasinin ilkeleri ile uyum mutlaka gözetilmelidir. AİHM bu uyuma "demokrasinin önemli nitelikleri arasında, sorunlara şiddete başvurmada, rahatsız edici nitelikte dahi olsa diyalog kurarak çözüm bulma şansının bulunması"nı hatırlatarak dikkat çekmektedir.⁶⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, militan demokrasi algısı ekseninde Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan siyasi partilerin, Refah Partisi hariç tamamının kapatılmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bulmuştur. Refah kararında ise, demokratik rejime karşı tehdidi ciddi bularak, Parti tarafından savunulan çok hukukluluk önerisinin demokrasinin temel ilkelelerinden bireyler arasında kamu hürriyetlerinin kullanılmasında ayırım yapılmaması ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁷⁰ Oysa AİHM'in, Sosyalist Parti ve ÖZDEP kararlarında kullandığı formülasyonu, Refah Partisi kararına da uygulaması halinde, Anayasa Mahkemesinin kapatma kararını Sözleşmeye aykırı bulması mümkün görünmektedir.

SONUÇ

İhtiyaçları karşılamak gayesi tarihten günümüze birçok kavramın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yazılı tarihin ilk dönemlerinde bireyci yaşam şekline toplumsal yaşama geçen insanlar, önce topluluklar halinde yaşamış sonraları ise sosyal yaşamlarını ve mevcut düzenlerini korumak, iyileştirmek gayesiyle devlet kurumunu oluşturmuşlardır. Zamanla başlı başına bir devlet çatısı altında yaşıyor olmak, devleti yönetenlerin tutum ve yönetim şekillerine göre yeni bir ihtiyacı beraberinde getirmiştir. Doğrudan demokrasinin

67 Arslan, Zühtü (2002) "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court" Critique: Critical Middle Eastern Studies, C:11, S:1, s.11.

68 Özbudun (2005) s.89; European Court of Human Rights, Case of the Socialist Party and Others vs. Turkey (20/1997/804/1007), 25 May 1998, paragraph 47.

69 European Court of Human Rights, Case of Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) vs. Turkey (23885/94/1999), 8 December 1999, paragraph 40-44.

70 European Court of Human Rights, Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and others vs. Turkey, Application not. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, paragraph 123.

ilk örneklerinin görüldüğü Yunan ve Roma devletlerinde düşünürler, yönetme kudretinin devleti oluşturan her bir vatandaşın kendisinden kaynaklanması gerektiği fikrini savunarak demokrasi ve demokratik rejimlere geçişin ilk örneklerini sergilemişlerdir.

Demokratik yönetimlere geçiş, adeta uygun koşul ve malzemelerin varlığı halinde sütün yoğurta dönüşmesi gibi, dünyanın farklı bölgelerinde farklı zamanlarda gerçekleşmiştir. Demokratik rejimlere dönüşümlerle birlikte, bu yeni yönetim biçiminin en ideal halini alması için taşınması gereken nitelikler belirlenmiştir. Ancak bu niteliklerden en önemlisi, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan temel bir kanuna olan ihtiyaç olmuştur. Kendisini demokratik olarak niteleyen birçok yönetimin, sadece usuli gereklilikleri yerine getirmekle “demokratik” olamayacağı ileri sürülmüştür. Bu nedenle de, demokrasi kıyafetine anayasallık kemeri eklenmiştir. Anayasal demokrasi adını alan bu yönetim şekli, fiili olarak doğrudan demokrasinin uygulanmadığı bu sebeple de temsili demokrasinin uygulandığı devletler için ulaşılan en ideal nokta olmuştur.

Anayasal demokrasilerin uygulaması, beraberinde bu demokrasi biçiminin temel bileşenlerinin neler olması gerektiği sorununu ortaya çıkarmıştır. Söz konusu aksaklıklar demokratik bilince sahip kitlelerce giderilmiştir. Buna göre, anayasanın üstünlüğüne, hukuk devletine inanan vatandaşların sahip olduğu bir ortak bilince ihtiyaç vardır. Sadece bu bilinç yeterli olmayıp, yöneticilerin temel insan hak ve özgürlüklerini tam anlamıyla özümseyerek, bu hakların uygulamada en etkin savunucuları olmaları gereklidir. Devlet yöneticileri ve vatandaşlar için bu farkındalıklardan bahsederken, sağlıklı bir kolektif karar alma sistemi için özgür ve düzenli seçimler, siyasi çoğulculuk, azınlık hakları, iktisadi özgürlükler, seçilmişlerin atanmışlara üstün olması gerekliliği gibi kavramlara gereksinim duyulmuştur.

Anayasal demokrasi en ideal haliyle uygulanmaya çalışılırken, bireylere tanınan özgürlüklerin bir süre sonra bir tehdit haline geldiği müşahede edilmiştir. Yaşanan bazı olumsuz deneyimler sonrasında bazı düşünürler mücadelecilik demokrasi anlayışını ortaya atmışlardır. Bu anlayış ise özgürlüklerin de bir sınırı olması gerektiği ve özgürlükleri yok etme özgürlüğünün bulunmaması gerektiği temeli üzerine inşa edilmiştir. Özgürlüklere bir sınır çizilmediği takdirde özgürlüğün kendi kendini yok edebilecek bir potansiyelde olduğu ileri sürülmüştür.

İki demokrasi algısını inceleme fırsatı bulduğumuz bu çalışmamızı teşhis ve tedavi niteliğinde birkaç cümle ile tamamlıyoruz. Öncelikle demokrasi soyut bir kavram olarak, insanların yönetimle ilgili ihtiyaçlarını karşılamak üzere ulaşılan bir çözümdür. Tarihi tecrübeler, halkın yönetimde etkin roller aldığı demokratik rejimlerin alternatife ihtiyaç duyulmayacak derecede ideal bir noktaya geldiğini göstermektedir. Anayasal demokrasi deneyimi ise özgürlükleri sınırlayıcı bir anlayış olarak militan demokrasinin gelişmesine sebep olmuştur. Militan demokrasi anlayışının ve ortaya çıkardığı özgürlük sınırlamalarının, sınırsız düşünce özgürlüğü ve fakat sınırlı örgütlenme özgürlüğü şeklinde rehabilite edilmesi gerektiğine inanıyoruz.

Demokrasiler önünde “Anayasallık” sınırının getirilmesini benimsediğimiz gibi, Anayasal demokrasiyi militan demokrasi anlayışının tedavi edilmiş haliyle yoğurmak, kanımızca daha güçlü demokratik yönetimlere vücut verecektir.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet (1997) Genel Kamu Hukuku II, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Aktan, Coşkun Can (1999) The Restriction of the Government and Constitutional Democracy, Yeni Türkiye, Eylül-Ekim.
- Arslan, Zühtü (2002) “Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court” Critique: Critical Middle Eastern Studies, C:11, S:1, s.9-25.
- Beetham David &Boyle, Kevin (2005) Introducing Democracy, UNESCO 1995, (Çev. A.Z. Kopuzlu), Ankara, Adres Yayınları.
- Buchanan, James M. (1985) “Constitutional Democracy, Individual Liberty and Political Equality”, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie Band 4.
- Çağlar, Bakır (1993) Hukuka Dayanan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi, Anayasa Yargısı 10, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- Dahl, Robert A. (1996) Demokrasi ve Eleştirileri (Çev. L. Köker), Ankara, Yetkin Yayınları.
- Dahl, Robert A. (1998) On Democracy, 1. Baskı, New Haven & London, Yale University Press.
- Dahl, Robert A. (2001) Demokrasi Üstüne (Çev. B.Kadioğlu), Ankara, Phoenix Yayınevi.
- Erdoğan, Mustafa (2001) Anayasal Demokrasi, 4.Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi.
- Hakyemez, Yusuf Şevki (2000) Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Heywood, Andrew (1997) Politics, London, Macmillan.
- Holden, Barry (1988) Understanding Liberal Democracy, London, Phillip Allan Publishers.
- Holmes, Stephen (1993) Constitutionalism and Democracy, Cambridge, Cambridge University Press.
- Huntington, Samuel P. (1996) Üçüncü Dalga; Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma, (Çev.E.Özbudun), Ankara, Yetkin Yayınları.

Kaboğlu, İbrahim (1996) Anayasa Yargısı, Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine, Ankara, İmge Yayınları.

Kapani, Münici (1964) Freedom to Destroy Freedom, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Küçük, Adnan (2003) İfade Hürriyetinin Unsurları, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu.

Küçük, Adnan (2005) Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Ankara, Asil Yayınları.

Lane, Jan Erik (1996) Constitutions and Political Theory, Manchester, Manchester University Press.

Lipson, Leslie (1993) Demokrasinin Felsefesi, (Çev.M.Erdoğan), (Der. A.Yayla), Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Ankara, Siyasal Kitabevi.

Loewenstein, Karl (1937) Militant Democracy and Fundamental Rights I-II, The American Political Science Review, C. XXXI, No: 3-4. s.417-432.

Mayo, Herry B. (1964) Demokratik Teoriye Giriş (Çev. E. Kongar), Ankara, Siyasî İlimler Türk Derneği.

Özbudun, Ergun (2005) “Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı” Siyasal Partiler ve Demokrasi Sempozyumu, 26-27 Mayıs 2005, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu, Ankara.

Sartori, Giovanni (1993) Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev. T. Karamustafaoğlu ve M.Turhan), Ankara, Yetkin Yayınları.

Sartori, Giovanni (1995) How Far can Free Government Travel, Journal of Democracy, V.6.n.3, s.101-111.

Schmitter, Philippe C. & Karl, Terry Lynn (1993) Demokrasi Nedir, Ne Değildir? (Çev. L.Gönenç, Der. A.Yayla), Sosyal ve Siyasal Teori Seçme Yazılar, Ankara, Siyasal Kitabevi.

Teziç, Erdoğan (1976) 100 Soruda Siyasal Partiler, İstanbul, Gerçek Yayınları.

Özel Hukuk

**ALMAN HUKUKUNDA GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ
VE ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI*
(BGH, Az. IV ZR 422/12 v. 26.3.2014) İŞİĞİNDA ŞEFFAFLIK İLKESİNİN
SİĞORTA SÖZLEŞMELERİNDEKİ SINIRLARI**

Cannur ÇITAKLAYIM**

ÖZET

Çalışmamızda sigorta komisyoncusunun somut olaya uygun araştırma ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek mesleki sorumluluk sigortası sözleşmelerinde kullanılacak genel sigorta koşullarının, sigortalının mesleki rizikolarına uygun seçilmemesinden doğan sorumluluğuna ilişkin BGH kararı incelenmiştir. Bu bağlamda sözleşmede kullanılan ve sigortacının edimini belirleyen “sigortalanan olay” ve bununla bağlantılı olarak “zarara yol açan olay” tanımlarını içeren genel sigorta koşulunun, ilk bakışta net olmasından kaynaklanan içerik kontrolü ve şeffaflık denetimine tabi olup olmasına ilişkin tartışmalar ele alınmıştır. Söz konusu tartışmaların ve inceleme konumuzu oluşturan BGH kararının daha net ortaya konması açısından ilk bölümde genel işlem koşulları, genel sigorta koşulları ve bu koşulların yorumlanması, denetlenmesi ve şeffaflık kontrolüne tabi tutulmasına ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Genel sigorta koşulları, sigorta komisyoncusu, mesleki sorumluluk sigortası, sigortalanan olay, zarara neden olan olay, şeffaflık ilkesi, varsayımsal koruma

* 2014-2015 kış s6mestrinde Prof. Dr. Roland Michael Beckmann danışmanlığında sunulan seminer çalışmasının Türkçeleştirilmiş ve genişletilmiş halidir.

** 1416 sayılı Kanun uyarınca resmi burslu statüde Saarland Üniversitesi doktora öğrencisi.

**CONTENT CONTROL OF LIGHT GENERAL TRANSACTION CONDITIONS
IN GERMAN LAW AND IN LIGHT OF THE DECISION OF THE GERMAN
FEDERAL COURT OF JUSTICE (BGH, Az. IV ZR 422/12 v. 26.3.2014)
THE LIMITS OF TRANSPARENCY IN INSURANCE CONTRACTS**

ABSTRACT

The BGH decision based on the liability arising from not selecting the general insurance conditions, which are to be used in professional liability insurances, in compliance with insurance holder's occupational hazards as a result of the insurance agent's not fulfilling the due diligence liability appropriate to the concrete case was examined. Within this context, the content control of the general insurance provision -which includes the definition of "insured case" used in the insurance and which determines the deed of the insurer and, in conjunction with this, the definition of "case leading to loss"- which arises from its non-clarity and the discussions regarding its being or not subject to transparency were discussed. In order to clearly reveal the BGH decision, which constitutes the aforementioned discussions and our subject of study, general information on general transaction conditions; general insurance conditions and their interpretation, inspection, and their being subject to a transparency control was presented.

Keywords: General insurance conditions, insurance agent, professional liability insurance, insured case, case leading to loss, transparency control, hypothetical protection

GİRİŞ

“Sigortalanan olayın (*Versicherungsfall*)” yasal bir tanımı mevcut değildir. Kanun koyucu tarafından bilinçli olarak düzenlenmeyip taraf iradelerine bırakılmıştır. İnceleme konumuz açısından Sorumluluk Sigortası Genel İşlem Koşulları (*Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung, AHB 2008*¹) Nr. 1’de “Sigortanın Konusu, Sigortalanan Olay” başlığı altında bir tanım mevcut olmakla birlikte doktrin ve mahkeme kararlarında içeriği tartışmalıdır ve bundan doğan uyuşmazlıklara farklı şekillerde çözümler getirilmiştir. “Sigortalanan olay”ı tanımlayan genel işlem koşulu, sigorta kapsamında korunan riziko ile sigorta şirketinin edimini belirleyerek söz konusu sigortanın koruma sınırlarını (*Versicherungsschutzrahmen*) çizdiğinden, özellikle genel işlem koşulu kullanıcısı karşısında sözleşmenin zayıf tarafı olan sigortalanan açısından önem taşır.

Sigortanın konusunda belirtilen rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından önem taşıyan, Nr. 1. 1 AHB’de tanımlanan “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” kavramının içeriği de net olmayıp, burada zarara neden olan olayın kendisinin mi yoksa zarar neticesinde ortaya çıkan ve devam etmekte olan olayın mı (*Kausal- oder Folgeereignis*) anlaşılması gerektiği doktrinde ve mahkeme içtihatlarında tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof, BGH*) IV. Hukuk Dairesi ise çalışmamıza konu olan kararında bu tür genel işlem koşullarının mahkemece denetlenemeyeceğine hükmetmiştir.

Söz konusu mahkeme kararı, genel sigorta koşullarını içerik denetimi ve şeffaflık kontrolü bakımından değerlendirerek şeffaflık kontrolünün sınırlarını çizdiğinden ayrıca bir öneme sahiptir. Uyuşmazlık konusu olayda bunların yanı sıra atık sular sebebiyle ortaya çıkan maddi zararın sigorta korumasından yararlanıp yararlanamayacağı, sözleşmede kullanılabilir farklı genel sigorta koşulları açısından ele alınmış ve sigortalı açısından en iyi korumayı sağlayacak genel sigorta koşulunun komisyoncusu tarafından araştırılarak sigortalıya sunulmadığına hükmedilmiştir. Federal Mahkeme bu nedenle kararında sigortalananı, sigorta komisyoncusu tarafından sözleşmede kullanılan genel işlem koşulu kapsamının dışında kalan risklere ilişkin aydınlatma yükümlülüğü “sanki ihlal edilmemiş” ve kapsam ve içerik olarak sigortalının kendi risk durumuna uygun sigorta türü kendisine sunulmuş gibi bir hukuki konuma

1 Musterbedingungen des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft.

getirerek sigorta komisyoncusunun sorumluluğuna hükmetmiştir. Sigorta komisyoncusunun bu yükümlülüğünü yerine getirmiş gibi varsayılması Alman doktrininde “*Quasideckung*” (varsayımsal koruma) olarak ifade edilir. Bu korumanın gündeme gelmesi için öncelikle sigorta komisyoncusunun yükümlülüğüne aykırı olarak belirli bir riski göz ardı etmesi ve riskin sigorta kapsamı dışında kalması gerekir.

Çalışmamızda, ilgili BGH kararı ve ağırlıklı olarak şeffaflık kontrolünün sınırları değerlendirilecektir. Kararın daha net anlaşılması açısından çalışma iki bölümde ele alınmıştır. İlk bölümde kavram olarak genel sigorta koşulları ve mahkeme kararının gerekçesinde ele alınan hükümlerden § 305c ile § 307 I 2 BGB'nin uygulama alanlarının belirlenmesi; ikinci bölümde ise 26.3.2014 tarihli BGH kararının ve bu kararın olası etkilerinin açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır.

I. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ VE ŞEFFAFLIK İLKESİ

Alman Hukukunda genel işlem koşulları ilk olarak 1977 yılında mahkeme içtihatları doğrultusunda kaleme alınan “Genel İşlem Koşullarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, *AGBG*”² ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Kanunun § 9 hükmü, içerik kontrolünü düzenlemektedir. 2002 yılındaki Alman Borçlar Hukuku modernizasyonu (*Schuldrechtsmodernisierung*) ile birlikte hüküm aynen BGB içerisine alınmış olmakla birlikte, ilk paragrafa şeffaflık ilkesini açıkça düzenleyen 2. bir tümce eklenmiştir. Aşağıda genel işlem koşulları kavram olarak kısaca ele alındıktan sonra şeffaflık ilkesini düzenleyen ilgili hükmün içeriğine, genel işlem koşullarının içerik denetimi ve yorumlanmasına ilişkin diğer hükümlerle bağlantısına değinilecektir.

A. KAVRAM OLARAK GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE GENEL SİGORTA KOŞULLARI

Kanun koyucu tarafından genel işlem koşulu, önceden hazırlanmış çok sayıdaki benzer sözleşmenin, sözleşmenin bir tarafınca (genel işlem koşulu kullanıcısı) sözleşme kurulması sırasında diğer tarafa sunulması olarak düzenlenmiştir (§ 305 I 1 BGB). Genel işlem koşulu nitelendirmesi, önceden belirlenmiş şekli kriterlere göre yapılmaz (Bkz. § 305 I 2 BGB). Nitelendirmede, önceden hazırlanmış bir koşulun sözleşmenin kurulması sırasında taraf-

2 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9.12.1976, BGBl. I S. 3317. AGBG, 26.11.2001 tarihli kanun (BGBl. I S. 3138) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

lardan birince ileri sürülmesi esastır.³ Sözleşmenin kurulması sırasında genel işlem koşulları taraflar arasında detaylarıyla müzakere edildiyse artık genel işlem koşulundan bahsedilemez (§ 305 I 3 BGB).

Böylece genel işlem koşulları karşımıza çoğunlukla “Genel Sözleşme Koşulları”, “Genel Alışveriş Koşulları” veya “Genel Satım Koşulları” şeklinde çıkar⁴. Bu tür sözleşme koşullarında somut bir meselenin sözleşmenin bir tarafınca önceden matbu şekilde düzenlenmesi esastır⁵. Özel sigorta sözleşmelerinde ise sigortacının genel işlem koşullarının görünümü “genel sigorta koşulları” şeklindedir⁶. Genel sigorta koşulu, “*bir sigorta sözleşmesi için yasal çerçeve düzenlemeyi hazır bulundurur*”⁷. Tarafların edimleri genel sigorta koşulu ile tayin edilir. Genel sigorta koşulları böylece sözleşmenin kurucu unsurlarını, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını içerir⁸. Sigorta sözleşmesi ile sigortacı kural olarak “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)”da belirtilen riziko gerçekleşikten sonra belirli bir para edimini yerine getirme yükümlülüğünü üstlenir. Bu edim, sigortalının ihtiyacı ile örtüşmelidir⁹. Mahkeme içtihatları her ne kadar açıkça, sigortacının ediminin “riski taşımak” (*Gefahrtragung als seine Leistung*) olduğunu dile getirmese de kararlardan, sözleşmenin kurulmasıyla sigortacının bir “*tehrlike*”¹⁰ özellikle “*risk*”¹¹ sorumluluğu üstlendiği sonucuna varılmaktadır¹².

B. GENEL SİGORTA KOŞULLARININ SÖZLEŞMEYE DÂHİL EDİLMESİ

Genel işlem koşullarının, çalışma konumuz açısından spesifik olarak *genel sigorta koşullarının* sözleşmeye dâhil edilmesi üç koşulun varlığını gerektirir¹³.

3 Schmitt&Ulmer (2010) Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen, Berlin Heidelberg, Springer Verlag, s. 4.

4 Schmitt&Ulmer, s. 2.

5 Schmitt&Ulmer, s. 2; Schwab, Martin (2014) AGB-Recht, 2. Auflage, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, Verlag C. F. Müller, s. 14, Nr. 60 vd.

6 Präve, Peter (1998) Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz, München, Verlag C. H. Beck, s. 1; Schaffrin, Daniel (2016) Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, s. 1.

7 Dreher, Meinrad (1991) Die Versicherung als Rechtsprodukt, Tübingen, Mohr, s. 162.

8 Hofmann, Edgar (1996) Die neuen Kfz-Versicherungsbedingungen nach der Deregulierung, NZF, XXV, s. 12, 13 vd.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Präve, s. 2 vd.

10 BVerwG VersR 1981, 221, 223.

11 BVerwG VersR 1987, 273, 274.

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. Präve, s. 3, Nr. 5.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. Präve, s. 55, Nr. 140 vd; Schaffrin, s. 3 vd.

İlk olarak, sözleşmenin diğer tarafı sözleşmenin kurulması sırasında sözlü olarak veya sözleşmenin kurulma şekli nedeniyle nispeten oranda zorluk oluşturacaksa sözleşmenin kurulma yerine açıkça görülecek şekilde asarak genel işlem koşullarına dikkat çekmelidir (§ 305 II, Nr. 1 BGB).

Genel sigorta koşulu kullanıcısının bu ikazı sözleşme koşulları haricinde ve kural olarak sözlü olmalıdır. Sözlü yapılmasının gerekliliği, sigorta alanında genel sigorta koşullarını bir yere asarak duyurma imkânının bulunmamasından¹⁴. İstisnaen genel sigorta koşullarının asılması ve bu şekilde duyurulması mümkün ise (örneğin bir tiyatrodaki giysi dolaplarının sigortalanması¹⁵), sözleşmenin kurulduğu yere ilgili koşulların asılması da yeterli sayılacaktır¹⁶. Böyle bir durumda genel sigorta koşulu kullanıcısının başkaca bir şey yapmaksızın müşterilere ulaşması mümkün olmalıdır¹⁷.

İkinci olarak genel sigorta koşulları kullanıcısı kendisinden beklenebilecek şekilde, sözleşmenin diğer tarafının dışarıdan anlaşılabilen fiziksel engeli de makul bir şekilde gözeterek, bu koşullardan bilgi edinmesine imkân sunulmalıdır (§ 305 II, Nr. 2 BGB). Genel işlem koşullarından makul bilgi edinmeyi kolaylaştırmak adına, kural olarak sözleşme kurulduktan sonra da genel sigorta koşulları erişilebilir olmalıdır. Bu da sözleşmenin bitimine genel sigorta koşulları eklenerek mümkün kılınabilir¹⁸. Genel sigorta koşulları muhatabının fiziksel engeli gözetilerek bu koşullardan bilgi almasının sağlanması noktasında, genel sigorta koşulu kullanıcısının muhtemel muhatapları görme engelli ise bu koşullardan bilgi almalarını kolaylaştırmak adına söz konusu koşulları içeren sözleşmenin kabartmalı harflerle hazırlanmış olması gereği örnek olarak düşünülebilecektir.

Üçüncü koşul sigortalının, genel sigorta koşulunu kabul ettiğine ilişkin rıza beyanıdır. Bu beyan açık veya zımni olabilir¹⁹. § 309 Nr. 12, b BGB hükmü uyarınca genel sigorta koşulu kullanıcısının sigortalının rıza beyanına dair bir koşulu (*Einverständnisklauseln*) sözleşmeye dâhil etmesi ve diğer sözleşme koşullarıyla aynı şekilde karşı tarafın onayına sunması halinde rıza geçersizdir. Buna karşın rıza beyanı içeren koşul ayrıca imzalanmışsa veya özel bir elektronik imza ile onaylanmışsa § 309 Nr. 12, b BGB hükmü geçerli değildir (§ 309 Nr. 12 b, 2. fıkra BGB).

14 Präve, s. 56, Nr. 150.

15 Präve, s. 56, Nr. 150.

16 Schaffrin, s. 6.

17 Präve, s. 56, Nr. 150.

18 OLG München NJW-RR 1992, s. 350.

19 Stein, Ursula (1991) Kommentierung, Soergel-Stein-BGB, Band 3, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln, § 2 Nr. 27; Wolf, Manfred (1994) Kommentierung, Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 3. Auflage, München, § 2 Nr. 43.

Genel sigorta/işlem koşullarının sözleşme kapsamına alınmasına ilişkin bu koşullardan kural olarak vazgeçilemez²⁰. Vazgeçme, istisnaen haklı bir durumun varlığı halinde ve taraflar arasında bizzat müzakere edilerek kararlaştırıldıysa geçerli kabul edilebilir. Telefonda kurulan seyahat sigortası sözleşmeleri haklı sebebin varlığına örnektir.²¹

C. ŞEFFAFLIK KONTROLÜ

Çalışma konumuzun ağırlık noktasını oluşturan 26.03.2014 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararında²² mesleki sorumluluk sigortası (*Betriebshaftpflichtversicherung*) sözleşmelerinde şeffaflık kontrolünün sınırları değerlendirilmiştir. Bu nedenle karar incelemesine geçmeden önce birbiriyle karıştırılmaya müsait kavramlar olan şeffaflık kontrolü, *genel işlem koşullarının yorumlanması ve belirsizlik kuralı* arasındaki ilişki ele alınacaktır.

1. Kavram Olarak Şeffaflık İlkesi

Şeffaflık ilkesi uyarınca bir sözleşmedeki bütün düzenlemeler açık ve anlaşılır olmalıdır²³. Genel işlem koşulu/genel sigorta koşulu kullanıcısı sözleşmeyi, özellikle karşı tarafın hukuki konumunu ve onun aleyhine sonuçlar doğurabilecek bir hükmü, başkaca bir açıklama veya hukuki bir danışmanlık gerekmeksizin anlayabilmesini mümkün kılacak şekilde açık ve anlaşılır düzenlemekle yükümlüdür²⁴. Bu, dürüstlük ilkesinin de gereğidir (Bkz. § 307 I 2 hükmü ile bağlantılı olarak § 307 I 1 BGB).²⁵

Önceden matbu şekilde düzenlenmiş koşullar içeren bir sözleşme, karşı tarafın aleyhine hükümler içerebilir. Oysa sözleşme hükümlerini hazırlayan taraf her zaman düşünme ve koşulları kendisine göre ayarlayabilme imkânına sahiptir. Bu nedenledir ki şeffaflık ilkesi, genel işlem koşulu kullanıcısına karşı tarafın hak ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve anlaşılır bir şekilde düzenleme yükümlülüğü getirir²⁶. Henüz sözleşmenin kurulması aşamasında sigorta sözleşmesinin içerik ve kapsamı hakkında sigorta yaptırmanın bilgilendirilmiş olması gerekir²⁷.

20 Präve, s. 62, Nr. 169.

21 Präve, s. 62, Nr. 169, karş. Nr. 158.

22 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

23 Bkz. Basedow, Jürgen (1999), VersR, Heft 25, 1045 vd.

24 BGH, Urt. vom 16.05.2007-XII ZR 13/05, NJW 2007, 2176.

25 § 307 BGB hükmüne ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda I C, 2.

26 Şeffaflık koşulunu sağlamayan durumlara örnekler hakkında bkz. Krienbaum, Birgit (1998) *Transparenz und AGB-Gesetz*, Berlin, Duncker und Humboldt, s. 25 vd.; Pilz, Knut (2010) *Missvertständliche AGB*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, s. 164-165.

27 Pilz, s. 165.

Şeffaflık ilkesi ilk kez BGH'nın birbirini izleyen 1988 ve 1989 yıllarındaki içtihatlarıyla geliştirilmiştir. BGH III. Hukuk dairesinin içtihadına göre: «Genel işlem koşullarını kullanan taraf, diğer tarafın hak ve yükümlülüklerini mümkün olduğunca açık ve anlaşılır şekilde ortaya koymaya dürüstlük kuralı uyarınca yükümlüdür.»²⁸ Aynı şekilde XI. Hukuk dairesi 17.01.1989 tarihli bir valör uygulamasına ilişkin kararında (*Wertstellungsurteil*) şeffaflık ilkesini şöyle ifade etmektedir: “Genel işlem koşullarını kullanan taraf dürüstlük kuralına göre diğer tarafın hak ve yükümlülüklerini, genel işlem koşullarının hukuki kapsamının sözleşmenin kurulması esnasında belirgin olması için net ve anlaşılır şekilde ifade etmekle yükümlüdür”²⁹. Bu kararlar sonrasında şeffaflık ilkesi doktrinde ve yargı içtihatlarında kabul görmüştür³⁰. § 307 I 2 BGB hükmü düzenlendiğinden beri içerik denetiminin kural olarak şeffaflık denetimini de kapsadığına şüphe yoktur³¹.

2. Şeffaflık İlkesine Aykırılığın Hukuki Sonuçları, İlkenin Kullanım Alanı ve Sınırları

Şeffaflık ilkesi, genel işlem koşullarının denetiminde genel bir prensiptir³². Yukarıda da değindiğimiz üzere § 307 BGB’de “içerik denetimi (*Inhaltskontrolle*)” başlığı altında kaleme alınmıştır (§ 307 I 2 BGB).

İlgili hükmün ilk fıkrası uyarınca genel işlem koşullarındaki hükümler, sözleşmenin karşı tarafını dürüstlük ilkesine aykırı olarak mağdur ediyorsa hükümsüzdür (§ 307 I 1 BGB). Ölçüsüz mağduriyet (*eine unangemessene Benachteiligung*), bir koşulun belirsiz veya anlamsızlığından anlaşılabilir (§ 307 I 2 BGB). Böylece şeffaf olmayan genel işlem koşulu bu fıkra uyarınca hükümsüz kabul edilir³³.

28 BGHZ 106, 42 (49).

29 BGHZ 106, 259 (264).

30 Önceleri doktrinde şeffaflık ilkesinin dogmatik sınıflandırması tartışmalıydı ve genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dahil edilmesine ilişkin (pozitif) kontrolü [(positive) Einbeziehungskontrolle] (Pflug, AG 1992, 1, 17 vd.; Schäfer, s. 44 vd.); koşulların şaşırtıcı olup olmadığına ilişkin kontrol (Überraschungskontrolle) [Koller, Ingo (1990) “Transparenzgebot und Allgemeine Geschäftsbedingungen”, Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am. 13 März 1990, s. 667, 681 vd.] veya içerik denetiminin kendi genel hükmünün şeffaflık ilkesini de içerdiği [Koller, s. 667 vd.; Köndgen, Johannes (1989) “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht”, NJW, s. 943 vd.; Görüşler için ayrıca bkz. Pilz, s. 163] yönünde değerlendirilmiştir. 2002 yılındaki Alman Borçlar Hukuku modernizasyonundan çok önceleri doktrininde ağırlıklı görüşü bugünkü BGB sistematiğine uygun olarak şeffaflık kontrolünü, içerik denetimi altında sınıflandırmıştır (Pilz, s. 163).

31 Pilz, s. 164.

32 Schmitt&Ulmer, s. 29.

33 Schwab, s. 156, Nr. 651.

Sözleşme koşuluna ilişkin hükümsüzlük yaptırımını § 306 hükmünün uygulama alanı bulmasına yol açar. Hüküm uyarınca genel işlem koşulları kısmen veya tamamen sözleşmeye dâhil edilmezse sözleşme diğer hükümleriyle geçerliliğini korur (§ 306 I BGB). Koşullar sözleşmeye dâhil olmadığı oranda sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere göre belirlenir (§ 306 II BGB). İlgili hükmün 2. fıkrası uyarınca sözleşmede meydana gelen değişikliklere uymak sözleşmenin taraflarından birince beklenemez bir güçlük oluşturacaksa sözleşme tamamen hükümsüz kabul edilir (§ 306 III BGB). Buna göre şeffaf olmayan koşul ya yerine başka bir düzenleme gelmeksizin ortadan kalkar ya da yedek hukuk hükümlerince veya tamamlayıcı sözleşme yorumu ile tamamlanır³⁴. İstisnai hallerde sözleşme tamamen hükümsüz hale gelir³⁵.

§ 307 BGB hükmüne dönecek olursak, bir tarafın ölçüsüz mağduriyetinin varlığından şüphe edilmesi halinde hükmün ikinci fıkrası uyarınca genel işlem koşulu,

(1) yasal düzenlemenin amacından önemli ölçüde sapıyorsa,

(2) sözleşmenin niteliğine göre tarafların sözleşmeye esas teşkil eden hak ve borçlarını, sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesini tehlikeye sokacak şekilde sınırlandırıyorsa, ölçüsüz mağduriyetin ve şeffaflık ilkesine aykırılığın gerçekleştiği kabul edilir.

Şeffaflık kontrolü ile içerik denetiminin kapsamlarının belirlenmesi açısından hükmün 3. fıkrası önemlidir. § 307 III 1 BGB uyarınca hükmün ilk ve ikinci paragrafı, genel işlem koşullarındaki “yasal düzenlemeden farklılaşacak veya onu tamamlayacak şekilde kararlaştırılan” düzenlemeler için geçerlidir.

§ 307 III 2 BGB’de ise ilk tümcede kapsam dışı bırakılan “diğer koşulların (*andere Bestimmungen*)” da aynı hükmün ilk paragrafının ikinci tümcesinin yine aynı hükmün ilk paragrafının ilk tümcesiyle olan bağlantısıyla (§ 307 I 1 uyarınca) hükümsüz kılınabileceği belirtilmektedir. Burada “diğer koşullar” ifadesinden anlaşılması gereken, § 307 III 1 BGB’nin aksine, ne kanun hükmünü tamamlayan ne de onu değiştiren genel işlem koşullarıdır. Daha açık bir ifadeyle burada sözleşmede taraf iradeleri ile sözleşme serbestisi kapsamında belirlenebilecek, dolayısıyla kanunda yer alması mümkün olmayan genel işlem koşulları kastedilmektedir.

34 Pilz, s. 234.

35 Pilz, s. 234.

Ne kanun hükmünü tamamlayan ne de ondan farklılaşan ve bu yüzden içerik kontrolüne tabi olamayacağı halde şeffaflık ilkesine tabi olan düzenlemelerin başında **sözleşmenin esaslı unsurları** (*essentialia negotii*) gelir. Bunlar, sözleşme ile borçlanılan edim (sözleşme konusu) ve sözleşme bedelidir.

İlk bakışta anlaşılması güç olan hükmün son fıkrasını daha net açıklayacak olursak; § 307 III 1 BGB sözleşmenin kurucu unsurlarını, özellikle sözleşme konusu ile sözleşme bedelinin birbirine denk olup olmadığını *içerik kontrolüne* tabiiyetten muaf tutarak taraf iradelerine karışmamakta; ancak 2. tümce ile şeffaflık denetiminden de uzak tutulamayacağını öngörmektedir³⁶. Nitekim § 307 III 1 BGB genel işlem koşullarının BGB sistematigi içinde düzenlenmesinden önce yürürlükte olan ve içerik kontrolünün sınırlarını çizen AGBG³⁷'nin 8. maddesi ile birebir örtüşmektedir. Her ne kadar § 307 III 2 BGB içeriğindeki bir düzenleme AGBG'de bulunmasa da 8. maddesi uyarınca içerik kontrolünden muaf tutulan sözleşme bedeli ve edimin şeffaflık kontrolüne tabi olması gereği § 8 AGBG hükmünün şeffaflık kontrolü yolunu kapatmayan anlam ve amacıyla gerekçelendirilmiş ve o zamanki hâkim görüş tarafından da doktrinde kabul görmüştür³⁸.

Buna karşın Mahkeme içtihatları şeffaflık kontrolü meselesinde doktrine göre daha az nettir. BGH şimdiye kadar karara tesir edecek derecede önemi (*Entscheidungsrelevanz*) bulunmadığından meseleyi açık bırakmıştır. Mahkeme kararlarında da birlik yoktur. Bir kısım kararlarda sözleşme bedeli ve edimi içeren koşullar şeffaflık denetimine tabi tutulurken diğer bir kısım bu tarz

36 Mahkeme içtihatlarına göre “sözleşmeden doğan esas edimin türünü, kapsamını, sınıfını doğrudan belirleyen” koşullar içerik denetiminden muaftr. Buna karşın “esas edimi değiştiren, sınırlayan, genişleten veya yeniden düzenleyen koşullar” içerik denetimine tabidir. Böylece denetimden muaf tutulan “edim tasviri (*Leistungsbeschreibung*)” sadece yokluğu halinde sözleşmenin esas içeriğinin belirlenememesi nedeniyle artık sözleşmenin geçerli kabul edilemeyeceği koşullarla sınırlı kalmaktadır (BGHZ 100, 157, 173; NJW 2001, s. 1934, 1935; NJW 2003, s. 294). İçerik denetiminin uygulama alanının sınırlarını belirleyen bu formül, çoğunlukla Genel Sigorta Koşullarının kullanılmasında da uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. Präve, s. 117, Nr. 332 vd.

37 Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz*). Genel işlem koşullarının 1.1.2002'den itibaren BGB § 305-310 arasında düzenlenmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. Pilz, s. 232 ve dn. 1107'deki yazarlar. Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGBG Nr. 8a; Staudinger/Coester, Michael (2006) *Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)*, Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter, § 8 AGBG Nr. 16; Präve, Peter (2000) “Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot”, *VersR*, s. 138-139. Aynı görüşü Tüketici Sözleşmeleri m. 4/2 ile gerekçelendiren görüş için bkz. Prölss (2010) *Versicherungsvertragsgesetz*, in: Prölss/Martin, 28. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, Vorbemerkung (Önsöz) I Nr. 54.

koşulların denetimini reddetmektedir³⁹.

Kanaatimizce § 307 III 2 BGB uyarınca şeffaflık ilkesinin genişleyerek kanun hükümlerinden farklılaşmadığı veya onu tamamlar nitelikte düzenlemeler içermediği için yasa gereği içerik kontrolüne tabi tutulamayan sözleşmeler içermediği için yasa gereği içerik kontrolüne tabi tutulamayan sözleşmelerin esaslı unsurlarını içeren genel işlem koşullarını da kapsadığı yönünde değerlendirilmesi, kural olarak BGB'nin hukuk tekniğine uygundur. Buradan da anlaşıldığı gibi şeffaflık ilkesi genel işlem koşullarının *içerik denetiminden* daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Sözleşmenin kurucu unsurlarının şeffaflık denetiminin aksine içerik denetiminden muaf tutulması, sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucudur. Buna göre taraflar sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçmede özgür oldukları gibi, sözleşmenin konusu ve bedelini belirlemede de özgürdürler. Meğerki yasa gereğince şeffaflık kontrolünün koşulları gerçekleşsin.

Genel işlem koşullarında yer verilen “açıklayıcı koşulların (*deklaratorische Klauseln*)” da şeffaflık kontrolüne tabi olup olmadıklarına ayrıca değinmek gerekir. Genel işlem koşullarında bulunan “açıklayıcı koşullar”dan ya taraflar arasında uygulanacak kanun hükümlerinin değiştirilmeksizin tekrarlanması ya da geçerli olacak belirli kanun hükümlerine atıf verilmesi anlaşılır⁴⁰. “Açıklayıcı koşullar” dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılır. Dar anlamıyla açıklayıcı koşullar, belirli bir kanun hükmünün kelimesi kelimesine, birebir aktarılmasını ifade ederken, geniş anlamıyla açıklayıcı koşullar kanun hükmünün genel işlem koşullarını düzenleyen tarafça kendi kelimelerini kullanarak aktarılmasını ifade eder⁴¹. § 307 III 2 BGB hükmü bu nedenle dar anlamıyla açıklayıcı koşulları kapsamaz. Bir başka deyişle sadece birebir kanun hükmünü aktaran veya kanun hükmüne atıf yapan genel işlem koşullarının şeffaflık kontrolüne tabi değildir; kaldı ki buna gerek de yoktur⁴². Buna karşın geniş anlamıyla açıklayıcı koşullar -inceleme konumuzu oluşturan sigorta sözleşmelerinde sigorta yaptırmanın şeffaf olmayan sözleşme koşulları ile muhatap olmamasında bir çıkarı bulunacağı gerekçesiyle- şeffaflık kontrolüne tabidir⁴³.

BGH'ya göre “dar anlamıyla genel işlem koşulları” da tamamlanmaya muhtaçsa ve sigortalının söz konusu koşulla ilgili bilgilendirilmesinde göz ardı

39 Ayrıntılı bilgi için bkz. OLG Hamburg, Urt. vom 11.3.1998 – 5 U 211/96, VersR 1998, 627; Karş. BGH Urt. vom 24.3.1999 IV ZR 90/98.

40 Pilz, s. 223.

41 Pilz, s. 223-224.

42 Pilz, s. 232.

43 Pilz, s. 232.

edilemeyecek bir menfaati bulunuyorsa şeffaflık kontrolü yapılabilirdir⁴⁴. Buradan da anlaşılmaktadır ki şeffaflık kontrolünün yapılabilmesini mümkün kılan, genel işlem koşulu kullanıcısının düzenleme ve biçimlendirme sorumluluğunun bulunmasıdır⁴⁵. Genel işlem koşulu kullanıcısının (sigortacının) genel işlem koşullarını düzenlemeden dolayı sorumluluğu, bir kanun hükmünü kendince tamamlayıp düzenlediyse vardır. Aksi durumda, inceleme konumuz açısından genel işlem kullanıcısı olan sigortacı, kanun hükmünü kendi ifadeleriyle aktarıyor veya sadece yasal bir düzenlemenin geçerliliğine atıf yapıyorsa kanun koyucunun şeffaflık ilkesi ile korumak istediği değer zarar görmez, dolayısıyla şeffaflık denetimi gerekmez⁴⁶.

D. GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE GENEL SÖZLEŞME KOŞULLARINDAKİ HER BİR KOŞULUN YORUMLANMASI VE ŞEFFAFLIK KONTROLÜ İLE İLİŞKİSİ

Tıpkı şeffaflık ilkesi gibi genel işlem koşullarının yorumlanması da yanlış anlaşılmaya müsait (*missverständliche-*) veya birden çok anlam taşıyan koşulların (*mehrdeutige Klauseln*), genel işlem koşulları hukukuna özgü şekilde açıklığa kavuşturulmasına hizmet eder. Genel işlem koşullarındaki belirsizliklerin giderilmesi sırasında sıkça karşılaşılan bir durum, bu iki kurumun birbirine karıştırılması ve uygulama alanlarının birbirinden ayırt edilememesidir⁴⁷. Yanlış anlaşılacak bir sözleşme koşulu öncelikle yoruma tabi tutulmalı, bulunan sonuca göre şeffaflık ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilmelidir. Sözleşmenin yorumlanması ile şeffaflık denetimine tabi tutulmasının neticeleri birbirinden farklı olduğundan her ikisinin uygulama alanlarının tespiti oldukça önem taşır. Bir koşulun anlamı belirsizse § 305c II BGB uygulanacak ve koşul, genel işlem koşulu kullanıcısının aleyhine yorumlanarak sadece anlam değişmesine (*Bedeutungsverschiebung*) uğrayarak geçerliliğini korumaya devam edecektir. § 307 I 2'de düzenlenen şeffaflık ilkesine aykırılık halinde ise ilgili koşul geçersiz olur ve yukarıda da bahsettiğimiz gibi § 306 BGB hükmü gündeme gelir. Böylece yanlış anlaşılacak bir genel işlem/genel sigorta

44 BGH, Urt. vom 9.5.2001 – IV ZR 138/99, BGHZ 147, 373 = NJW 2001, 2012, 2013; BGH, Urt. vom 9.5.2001 – IV ZR 121/00, BGHZ 147, 354, 358 vd. = NJW 2001, 2014, 2015.

45 Armbrüster, Christian (2004) “Transparenzgebot und deklaratorische Klauseln”, Festschrift für Kollhoser, Band II, s. 3, 7 vd.

46 Armbrüster, s. 3, 11.

47 BGH, Urt. vom 30.9.2003 – X ZR 244/02, NJW 2004, 681, 683; Urt. vom 11.5.2005 – IV ZR 25/04, VersR 2005, 976, 977 vd.; Baumann, Horst (2004) “Die Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Auslegung von Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen”, Privatrecht und Methode Festschrift für Ernst A. Kramer, s. 477, 458.

koşulunun neticeleri birbirinden farklı olabilir⁴⁸. Nitekim ikinci bölümde inceleyeceğimiz BGH kararına da genel sigorta koşulunda tanımı yapılan ve sigortanın koruma kapsamının belirlenmesinde kritik öneme sahip “sigortalanan olay” ve “zarara yol açan olay”dan ne anlaşılması gerektiği konu olmuştur. Söz konusu genel sigorta koşulunun içeriği, daha önce de mahkeme kararlarında farklı şekillerde çözümlenmiş, ilgili *koşulun yorumlanması* ile *şeffaflık kontrolüne* ilişkin BGB hükümlerinin birbiriyle ilişkisi ve sınırları çizilemeyerek iki kurum birbirine karıştırılmıştır.

Önceden hazırlanmış sözleşme koşullarının yorumlanması, kural olarak irade beyanının yorumlanmasında geçerli olan genel ilkelere tabidir (§§ 133, 157 BGB). Ancak bunun için genel işlem koşullarına özgü bir yorum ilkesinin kullanılmasını gerektirecek durumun bulunmaması şarttır⁴⁹. Doktrinde ve mahkeme içtihatlarında kural olarak hukuki işlemlerin kurulmasında gerekli olan irade beyanının yorumunda kabul edilen ilkelerin (§§ 133, 157 BGB) ayrıca araştırılıp değerlendirilmeksizin genel işlem koşullarının yorumlanmasında uygulanmaması gereği kabul görmektedir⁵⁰. Bir genel işlem koşulu yorumlanırken her zaman bu tür kayıtların önceden hazırlanmış çok sayıda benzer sözleşmeler olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı formdaki birden fazla sözleşmenin pratikte kullanılması, genel işlem koşullarının yorumundaki yeknesaklığın önemine işaret eder. Bu nedenle sözleşme taraflarının istek ve amaçları genel işlem koşulunun yorumuna tesir etmez; somut olayın koşulları dikkate alınmaz⁵¹.

Alman Federal Mahkemesi özellikle 80’li yıllardan itibaren kararlarında objektif yorum ilkesini benimsemektedir. Mahkeme, genel sigorta sözleşmesi koşullarını kararlarında sigorta yaptırmak isteyen ortalama bir kişi makul bir değerlendirme (*bei verständiger Würdigung*), dikkatli bir kontrol (*aufmerksamer Durchsicht*) ve öngörülebilir bir anlamsal ilişkinin dikkate alınmasıyla (*Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhanges*) nasıl anlayacaksa o şekilde yorumlamaktadır⁵². Objektif yorum ancak yorum yapmaya elverişli, güvenilir bir bakış açısı oluşturulduktan sonra başarılı neticeler verir⁵³. Bu da

48 Pilz, s. 2.

49 Staudinger&Schlosser, Peter (2013) Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter, § 305c Nr. 138.

50 Staudinger&Schlosser, §305c Nr. 101.

51 BGHZ 7, 365, 368; BGH NJW 1960, 1661. Sözleşmenin kurulması aşamasındaki koşullar istisnai olarak göz önünde bulundurulabilir. Genel işlem koşulları kullanıcısının veya yardımcı şahıslarının yoruma muhtaç genel işlem koşullarını aydınlatıcı bilgiler vermesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. Schwab, s. 99, Nr. 396 vd.

52 Bkz. BGH Urt. vom 18.3.1992 – IV ZR 87/91, VersR 1992, 606, 607; BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

53 Schwab, s. 101, Nr. 407.

özellikle hitap edilen müşteri kitlesinin tipik bakış açısı (*sogenannte durchschnittliche Verständnishorizont des Versicherungsnehmers*; sigorta yaptırmak isteyen kişilerin ortalama kavrayış ufku) ölçü alınarak sağlanabilir. Buradan da anlaşılacağı üzere öncelikle genel işlem koşulu kullanıcısının, hitap etmek istediği işlem çevresi (*Verkehrskreise*) tespit edilmelidir⁵⁴.

Koşulların içeriğinin yorumlanmasında ölçüt kabul edilen “sigorta yaptırmak isteyen kişilerin ortalama kavrayış ufku” ilkesinin iki istisnası mevcuttur: İlki, genel işlem koşulunda kullanılan mesleki kavramlar ve ifade formleri; ikincisi ise tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla uyuştukları noktalardır. Anlaşılabilir ve açık bir şekilde kanundan alınan hukuki kavramlara yüklenen anlam, ilgili kanun hükmü ile örtüşmelidir⁵⁵. Yorum ancak o zaman objektiftir ve somut olaydan bağımsızlaşır⁵⁶. Kullanıcı, kanun hükmünü kendi cümleleriyle aktarmaya çalışırsa kendi aktarımlarının kanun hükmü ile örtüşmesini sağlamakla yükümlüdür⁵⁷. Kanunda düzenlenmeyen mesleki kavramların yorumunda ise dilin genel kullanımı ölçü kabul edilir. Bu tür kavramlar dilin genel kullanımında mevcut olduğu ve orada kendisine hukuki kullanımdan farklı bir anlam yüklendiği müddetçe, muhataplarının hukuk diline hâkim olmaları beklenemeyeceğinden, genel anlamları esas alınır⁵⁸. Bunun yanı sıra genel işlem koşullarında kullanılan kavramların, bu koşullar oluşturulurken kendilerine yüklenen anlam değil sözleşmeye dâhil edildikleri andaki anlamları dikkate alınır⁵⁹.

İkinci istisna yukarıda da değindiğimiz gibi karşılıklı ve birbiriyle örtüşen taraf iradeleridir (§ 305b BGB). Somut olayda taraflar müzakere ederek tartışmalı genel işlem koşullarına objektif yorumdan farklılaşan bir anlam yüklediyse her ne kadar somut olayın özelliklerinin yorumda dikkate alınması objektif yorum ilkesi uyarınca yasak da olsa istisnaen bu tür kararlaştırmalar dikkate alınır⁶⁰.

1. Belirsizlik Kuralı

§ 305c II BGB’deki “belirsizlik kuralı (*Unklarheitenregel*)”, şüphe halinde genel işlem koşulu yorumunun, kullanıcısının aleyhine yapılmasını düzenler. Böylece hükümlerle, bir yorum ilkesi kaleme alınmıştır. Hükmün hukuki neti-

54 Schwab, s. 101, Nr. 407. “İşlem çevresi (*Verkehrskreise*)” kavramı hakkında ayrıca bkz. BGH NJW 1960, 1661.

55 Staudinger&Schlosser, § 305c Nr. 138.

56 Pilz, s. 14.

57 Schwab, s. 102, Nr. 141; Staudinger&Schlosser, § 305c Nr. 104.

58 Schwab, s. 102, Nr. 423.

59 Schwab, s. 101, Nr. 410.

60 Schwab, s. 104, Nr. 435.

cesi genel işlem koşulu kullanıcısı bakımından en dezavantajlı yorumun esas alınmasıdır⁶¹. Genel sigorta koşulları bakımından ise söz konusu sigorta altına alınan rizikonun tanımı olduğunda § 305c II BGB hükmü daha geniş bir kullanım alanına sahiptir⁶².

Belirsizlik kuralı BGB'deki yasal düzenlemesinden çok önce eski § 5 AGBG'deki haliyle 1976 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi kararlarında değerlendirilmiştir⁶³. Hâkim görüşe göre bu hükmün uygulanması sigortalı açısından yapılabilecek yorum metodları uygulanmasına rağmen genel işlem koşuluna yeknesak anlam verilememesi, *objektif anlam çokluğunun*⁶⁴ devam etmesi halinde gündeme gelir. Bir başka deyişle burada tali (subsidiär) bir yorum ilkesi söz konusudur⁶⁵.

§ 305c II BGB hükmünün sözleşmenin kurucu unsurlarına uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim görüş sözleşmenin kurucu veya yan unsurunu diye bir ayırım gözetmemektedir⁶⁶. Azınlıktaki görüş ise bu hükmün sözleşmenin sadece tali unsurlarına uygulanabileceğini savunur⁶⁷. Doktrinde Pilz'in de haklı olarak belirttiği gibi § 305c II BGB hükmünün anlam ve amacından kanun koyucunun genel işlem koşulu kullanıcısının muhataplarının korunmasına yönelik olarak sözleşmenin esaslı unsurları (*essentialia negotii*) veya tali unsurları (*accidentalialia negotii*) şeklinde bir ayırım gözetmediği çıkarılamamaktadır⁶⁸.

2. Yorumu Elverişli Olmadığından Anlaşılamayan Genel Sigorta Koşulları

Anlaşılamayan (*unverständlich*) sigorta koşulları kendilerine artık hiç-

61 Schwab, s. 105, Nr. 436.

62 Schwab, s. 115, Nr. 489.

63 BGHZ 5, 111, 115 = NJW 1952, 657, 658; RG, Urt. V. 19.5.1927-IV 847/26, RGZ 117, 102, 107.

64 “*Objektive Mehrdeutigkeit*”, BGH, Urt. 7.7.1982-IVa ZR 50/81; NJW 1982, 2662, 2663.

65 Pilz, s. 131. Belirsizlik kuralının fonksiyonları hakkında bkz. Pilz, s. 129 vd.

66 Basedow, Jürgen (2012) Münch/Komm-BGB, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München, Verlag C. H. Beck, §305c Nr. 28; Raiser, Ludwig (1935) Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg, s. 260 vd.; Roth, Herbert (1991) Funktion und Anwendungsbereich der Unklarheitenregel des § 5 AGBG Teil I, WM, 2085.

67 Grabau, Fritz-René (1993) Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation, Berlin, s. 143 vd.; Krampe, Christoph (1983) Die Unklarheitenregel, Berlin, s. 45 vd. Belirsizlik kuralının sınırlı kullanım alanına sahip olmasının nedeni 1927 tarihli İmparatorluk Mahkemesi kararıdır. Kararda genel sigorta koşullarındaki ilgili koşul, tarafların özel kararlaştırması (*Individualvereinbarung*) olarak görülmüştür (Konu hakkında bkz. Pilz, s. 134).

68 Pilz, s. 134.

bir şekilde anlam yüklenemeyen koşullardır⁶⁹. Genel sigorta koşulları objektif yoruma tabi tutulduktan sonra (hatta § 305c II BGB uyarınca “belirsizlik kuralı” da uygulandıktan sonra) dahi sigorta yaptırmak isteyen ortalama bir kişi, ilgili sigorta koşulundan anlaşılabilir bir mana çıkaramıyorsa, yukarıda bahsettiğimiz objektif yorum ilkesinin istisnaları da mevcut değilse, “yoruma elverişli olmayan koşul (*Auslegungsunfähigkeit*)⁷⁰”dan bahsedilir. Bir başka deyişle söz konusu koşul, yorumlanmasına rağmen hala birden fazla anlam taşır ya da tamamen anlamsızdır.

Eski mahkeme içtihatları ve doktrindeki bir kısım görüşler uyarınca anlaşılamayan (*unverständlich*) veya belirsiz (*unklar*) koşullar hukuken hükümsüzdür⁷¹. Şeffaflık ilkesinin kaleme alındığı § 307 I 2 hükmü BGB’de düzenlendikten sonra bu tür koşullar ağırlıklı olarak şeffaf olmayan (*Intransparenz*) koşul şeklinde nitelendirilmiştir⁷². Nadiren ise § 307 I 2 hükmünün atfıyla § 307 I 1 BGB olarak sınıflandırılmış, böylece artık “şeffaf değildir” nitelendirmesinin açık bir biçimde tespitine gerek kalmamıştır⁷³. Kısmen savunulan bir diğer görüşe göre ise yoruma elverişli olmayan koşullar, hem § 305 II Nr. 2 BGB’ye göre sözleşme kapsamına alınmamış hem de § 307 I 2 BGB’ye göre hükümsüz sayılmaktadır⁷⁴. Bir genel sigorta koşulunun birden fazla anlam taşıması § 305c II BGB hükmü ile de giderilememişse, böyle koşulların artık § 307 I 2 BGB uyarınca şeffaf olmadığına hükmedilir⁷⁵.

II. 26.03.2014 TARİHLİ ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI: SİGORTA KOMİSYONCUSUNUN ADETA SÖZLEŞMENİN KORUMA ALANI GENİŞLETİLEREK SORUMLU SAYILMASI (*QUASIDECKUNG*)

İnceleme konumuzu oluşturan 26.3.2014 tarihli Federal Mahkeme kararı (BGH, Az. IV ZR 422/12 v. 26.3.2014), yukarıda da belirtildiği gibi karara esas oluşturan gerekçeler (*Entscheidungsgründe*) bakımından özel bir öneme sahiptir. Konumuz açısından bu gerekçelerin en önemlisi, genel sigorta koşullarının doğrudan sigortalayanın edimine ilişkin olmayıp, sadece bu edimi sınırladığı, değiştirdiği veya yeniden düzenlediği ölçüde § 307 III 1 uyarınca

69 Pilz, s. 101.

70 Staudinger&Schlosser, §305c Nr. 105; Schäfer, Jürgen (1992) Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Frankfurt a. M., s. 17 vd.

71 BGH, Urt. vom 29.2.1984 – ZR VIII 350/82, NJW 1985, 53, 56.

72 BGH, Urt. vom 24.3.1999 – IV ZR 90/98, BGHZ 141, 137, 143 vd. = NJW 1999, 2279, 2280; OLG Köln, Urt. vom 17.7.2001 – 9 U 3/01, VersR 2002, 182, 183.

73 Lange, Oliver (2004) “Auslegung, Unklarheitenregelung und Transparenzgebot”, ZGS, s. 208, 211 vd.

74 OLG Hamm, Urt. vom 18.6.1993 – 12 U 43/93, NJW-RR 1994, 888; Karş. Staudinger&Schlosser, § 305c Nr. 105.

75 Lange, ZGS 2004, s. 208, 211 vd.

yargısal denetime tabi kılınmasıdır.⁷⁶ Karara konu olayda kullanılan genel sigorta koşulu niteliğindeki AHB 2008 Nr. 1`de tanımlanan, aynı zamanda sigortalayanın esas edimini belirleyen “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)”, bu nedenle her ne kadar içerik kontrolü bakımından yargısal denetimden muaf tutulmuşsa da şeffaflık kontrolüne tabi olmuştur. Karara ilişkin detaylar aşağıdaki gibidir.

A. KARAR

“Davalının hükmü temyizi üzerine Brandenburg istinaf mahkemesi 11. Hukuk dairesinin 23.10.2012 tarihli kararı iptal edilmiş ve dosya tekrar görülmek üzere temyiz masrafları ile birlikte istinaf mahkemesine geri gönderilmiştir.”⁷⁷

B. OLAY

Karar uyarınca uyuşmazlık konusu olay şöyledir: Mesleği kapsamında fayans döşemesi de yapan serbest meslek sahibi fırın ustası, sigorta komisyoncusuna zararının tazminine ilişkin tespit davası açmıştır. Her ne kadar sigorta komisyoncusu fırın ustasına, ustalığına ilişkin mesleki sorumluluk sigortası (*Betriebshaftpflichtversicherung*) konusunda aracılık yapmış olsa da zanaatçı, fayans döşemesi de yaptığını vurgulamasına rağmen fayans döşeme işi sigorta kapsamına alınmamıştır. Sigorta komisyoncusu tarafından doldurulan ve davacı tarafından imzalanan 2.09.2009 tarihli güvence notunda (*Deckungsnote*) icra edilen meslek soba imal ve tamiri olarak belirtilmiştir. İçeriği taraflarca tartışmalı bir telefon görüşmesi neticesinde komisyoncu, belgeyi sigorta şirketine göndermeden önce el yazısı ile “*mesleğin icrası ile ilgili fayans döşeme işini de kapsar*” cümlesini ilave eder.

Sigorta şirketi tarafından düzenlenen sigorta belgesinde, sigorta başlangıç tarihi 3.9.2009’dan itibaren; sigortalanan rizikolar ise “soba-, şömine-, ocak montajı; ateşleme- ve hava ile ısıtma sistemi inşası” olarak belirtilmiştir.

Sigortaya esas teşkil eden Sorumluluk Sigortası Genel İşlem Koşulları (*Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung, AHB 2008*) Nr. 1. 1 AHB’de “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)” tanımlanmıştır. İlgili koşul uyarınca “*sigortalanan riziko kapsamında sigortalının, sigortanın geçerliliği sırasında ortaya çıkan, neticesi bir kişiye, eşyaya veya bunlardan kaynaklanan malvarlığı zararına yol açan olay nedeniyle (Schadeneignis/Versicherungsfall), yasal sorumluluk hukuku hükümleri uyarınca üçüncü bir kişi tarafından özel hukuk içerikli tazminat taleplerinin dikkate alınacağı durumlar için sigorta koruması mevcuttur.*”

⁷⁶ Aynı yönde NJW 2001, 1935, Nr. 3.

⁷⁷ BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12, Nr. 1.

İkinci fıkra uyarınca zarara yol açan olay (*Schadenereignis*) ise “neticesinde üçüncü kişinin zararının doğrudan ortaya çıktığı olaydır. Zararı doğuran olaya sebep olunan an (*die Zeitpunkt der Schadenverursachung*) dikkate alınmaz” (Nr. 1. 1, 2. fıkra AHB). “Sigortalanan olay” ve “zarara yol açan olay” kavramlarının içeriği doktrinde ve yargı içtihatlarında tartışmalı olup aydınlatılmaya muhtaçtır. Bu konuya aşağıda detaylı olarak değinilecektir.

Aynı genel işlem koşullarının Nr. 7. 14 AHB’de ise aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe sigorta kapsamı dışında tutulan durumlar sayılmıştır. Somut olay açısından Nr. 7. 14 (1) AHB’deki durum önem taşır. Buna göre “evsel atık suları haricindeki atık sular” sigorta koruması dışında tutulmuştur. Nitekim somut olaydaki su taşkını da evsel atık suyu değildir. Bu konu da aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

Davacı, sigortacıya 25.10.2009’da su taşkını neticesinde ortaya çıkan bir zarar (*Schadenfall*) bildirmiş; zarara esas teşkil eden işçilik Temmuz 2009’da icra edilmiştir. Davacı, zararın meydana geldiği binanın kilerinde pompa aleti ve tesisatının yer aldığı küçük bir alan ile üzerine diyaliz muayenehanesinin muhtelif makinelerinin konulduğu yüksek basamağın yüzeyinin izolasyonunu ve fayanslarını yapıştırma işini yapmıştır. Pompa aleti tesisatının yer aldığı kısmın izolasyonu çözüldüğünden su gideri borusunun alt kısmında sızıntı meydana gelerek dışarı sürekli su taşmış, kilerin bütün zemini, duvarların muhtelif yerleri ve asansör boşluğu su çekmiştir. Su taşkını ilk olarak 7.10.2009’da asansör boşluğunda fark edilmiştir.

Zanaatçı, fayans döşemesi sırasında ortaya çıkmış olan su taşkını mesleki sorumluluk sigortacısına (*Betriebshaftpflichtversicherer*) bildirdiğinde sigortacı, zararın karşılanması talebini –fayans yapıştırma işi ile bağlantılı olarak ortaya çıkan zararın sigorta sözleşmesi kapsamında bulunmadığı ve sigorta korumasından yararlanamayacağı gerekçesiyle– reddetmiştir. Bunun üzerine fırın ustası dava açarak sadece ek iş olarak değil, esas mesleği dâhilinde fayans yapıştırma işi yaptığını belirtmesine rağmen sigorta komisyoncusunun kusurlu olarak sigorta korumasından yararlanmasını sağlamadığını ileri sürmüştür. Davacı, bu tür işler yaptığını ve bunun da sigortalananması gerektiğini davalıya açıkça beyan ettiğini, davalının da bununla ilgileneceğini bildirdiğini iddia etmiş; davalı (komisyoncu) gereken özeni gösterip fayans yapıştırma işi için de gerekli sigorta korumasını sunsa idi sahip olacağı hukuki konumun sağlaması (*Quasideckung*) gerektiğinin tespitini talep etmiştir.

Yerel mahkeme (Frankfurt an der Oder) 2010 yılında komisyoncunun, davacıya sigorta koruması varmış gibi bir güvence sağlama yükümlülüğünün olduğuna hükmetmiştir. İkinci derece mahkemesi (OLG Brandenburg) dava-

lının ilk derece mahkemesini temyizini reddetmiştir. Bunun üzerine davalı, dosyayı BGH'ya götürmüş ve temyiz başvurusu, kabul şartları açısından başarılı görülerek dosya incelenmiş ve istinaf mahkemesine iade edilmiştir⁷⁸.

C. KARARIN GEREKÇELERİ

İnceleme konumuzu oluşturan BGH kararında, IV. Hukuk dairesi kararını aşağıda belirtilen gerekçelere dayandırmıştır.

1. Sigorta Komisyoncusunun Sorumluluğunun Gerekçeleri

Davacının tespit davası açması hem istinaf mahkemesi hem BGH tarafından yerinde bulunmuş ve somut olayda davacının tazminat talebi sigorta komisyoncusunun yetersiz bilgilendirmesi nedeniyle Sigorta Sözleşmesi Kanunu (*Versicherungsvertragsgesetz, VVG*) §§ 63, 61 I uyarınca onanmıştır. § 63 VVG komisyoncunun tazminat yükümlülüğünü düzenler. Hükme göre sigorta komisyoncusu § 60 veya § 61 VVG da düzenlenen yükümlülüklerinin ihlali halinde sigortalının ortaya çıkan zararlarını tazminle yükümlüdür. § 60 I VVG sigorta komisyoncusunun danışmanlık hizmetinin esasına ilişkin düzenlemeyi içerir. Hüküm uyarınca sigorta komisyoncusu, sigortalayanlar tarafından piyasaya sunulan sayısız sigorta sözleşmelerinden hangisinin sigortalının mesleki kriterlerine uygun olacağına ve ihtiyaçlarını karşılayacağına yönelik danışmanlık yapmakla yükümlüdür.

§ 61 VVG, sigorta komisyoncusunun danışmanlık ve belgelendirme yükümlülüğünü düzenler. Hüküm uyarınca sigorta komisyoncusu sigortalıyı sunulan sigorta hizmetinin zorluğu nispetinde değerlendirmeli veya sigortalının şahsını ve durumunu gözetip istek ve ihtiyaçlarına ilişkin ekstra bilgi alınması gerekip gerekmediğini, sunulan danışmanlık hizmetinin külfeti ve sigortalı tarafından ödenen primler arasındaki makul ilişkiyi gözeterek bilgilendirmeli, ayrıca somut olayda belirli bir sigorta yapılmasına ilişkin nedenler mevcutsa gerekli tavsiyelerde bulunmalıdır. Komisyoncu ayrıca sunulan sigorta sözleşmesinin karmaşıklığını (*Komplexität*) göz önünde bulundurarak § 62 VVG uyarınca bu yükümlülüklerini belgelendirmelidir (§ 61 I 2 VVG).

Uyuşmazlık konusu olayda komisyoncu, sigortalının ihtiyaçlarını hangi içerikteki bir sözleşmenin tam olarak kapsayacağını yeterince araştırmadığını-

78 Bkz. BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12; Littbarski, Sigurt (2014) “Schadenergebnis in der Haftpflichtversicherung und Haftung des Versicherungsmaklers” NJW, s. 2038 vd.

dan kusurlu bir şekilde bu yükümlülüğünü ihlal etmiş ve ortaya çıkan zarar karşı tarafa sunduğu sözleşmenin koruması dışında kalmıştır. Sigorta komisyoncusunun yükümlülükleri arasında meselenin özüne uygun risk denetimi yaptıktan sonra sigorta yaptırmak isteyeninin ihtiyaçlarına uygun kapsamda bir sigortayı sunma yükümlülüğü de dâhildir⁷⁹. Komisyoncu bu yükümlülüğünü yerine getirmemiştir⁸⁰. Sigorta yaptıranın komisyoncudan talep ettiği yükümlülükler, komisyoncunun aynı zamanda sigortalının çıkarlarının temsilcisi ve iş bitiren temsilci (*Abschlussvertreter*) olarak görülmesi nedeniyle genişlemektedir⁸¹.

Davacı, telefon görüşmesi sırasında ocak inşası yanı sıra fayans yapıştırma işi yaptığını da dikkat çektiğinden § 254 I BGB uyarınca ortak kusuru gündeme gelmez. BGH'ya göre davalı bunun üzerine davacıya muhtemelen daha özel bir sigorta kapsamına ihtiyaç duyacağını açıklamalı idi. Davalı bu nedenle davacıyı, sigorta şirketi sigortasız kalan riskleri de üstlenmiş gibi bir konuma kavuşturmakla yükümlüdür (§ 249 I BGB)⁸².

BGH'nın görüşüne göre istinaf mahkemesi böylece davalının kusurlu şekilde sorumluluğunu ihlal ettiğini hukuken tamamen doğru bir kararla kabul etmiştir.

2. Davacının Tespit Davası Açmasının Yerindeliği

Tespit davası açılmasını yerinde bulan istinaf mahkemesi kararını BGH da isabetli bulmuştur. İstinaf mahkemesi kararına göre sorumluluk sigortası yaptıran, genel olarak sorumluluk sigortası alacaklısının zarar tazminini (*die Befriedigung des Haftpflichtgläubigers*) talep edemez; aksine ortaya çıkan zarara ilişkin sigorta korumasının mevcudiyetinin tespitini isteyebilir.

Davacının bizzat zararının bulunmadığı ve zarara yol açan olayın sigorta sözleşmesinin geçerlilik süresinde gerçekleşmediği gerekçesi ile davalı, hükümü temyizinde BGH'ya göre haksızdır.

79 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12; Littbarski, NJW 2014, 2041, Nr. 50.

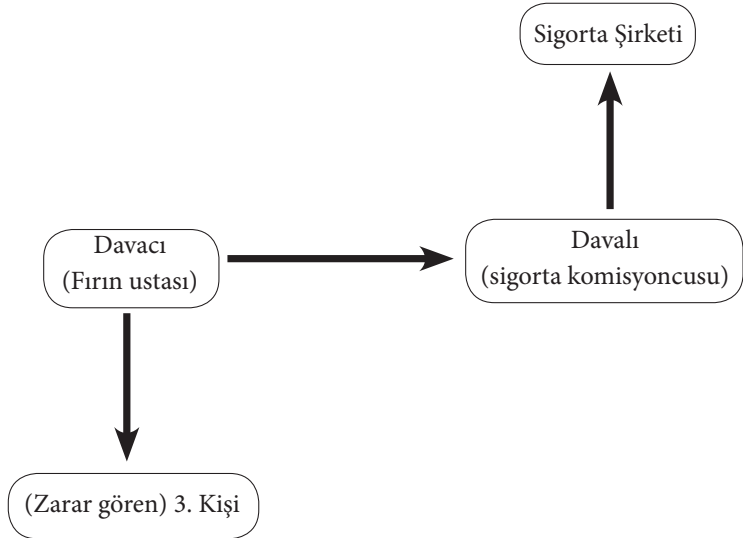
80 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

81 Littbarski, NJW 2014, 2039, Nr. 25. Geniş kapsamlı yükümlülükleri nedeniyle sigorta komisyoncusu, sigorta ilişkileri alanında kendisinin danışmanlığını yaptığı sigortalının güven ilişkisine dayanan vekili olarak (*als dessen treuhänderischer Sachwalter*) tanımlanmış ve diğer danışmanlarla bu ölçüde kıyaslanmıştır (Senat, BGHZ 94, 356 [359] = NJW 1985, 2595; BGH NJW-RR 2009, 1688 = VersR 2009, 1495 Nr. 8; NJW-RR 2007, 1503 Nr. 10; BGHZ 162, 67 [78] = NJW 2005, 1357).

82 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

Sorumluluk sigortası yapan sigorta şirketi, sigortalısına karşı ileri sürülen talepleri yerine getirmek veya tazminat talebine karşı bir savunma ileri sürmekte serbesttir. Sigortalı (fırın ustası) bu nedenle 3. kişinin zararının tazminini değil, sadece ortaya çıkan zararın kendi yaptırdığı sigorta kapsamında yer alıp almadığının tespitini dava edebilir. Aynı şekilde davalı (sigorta komisyoncusu) da kendi sorumluluğuyla ilgili olarak fırın ustasının mesleğini icrası neticesinde zarar gören 3. kişinin sigortalı fırın ustasından olan tazminat taleplerini yerine getirmek veya davacı fırın ustasının, zarara uğrayana karşı hukuki savunmasının masraflarını kendisi üstlenerek zarar tazmini talebine karşı bir savunma ileri sürmekte serbesttir⁸³. Bu nedenle gerekli somut hukuki ilişkinin varlığı, zarar gören 3. kişinin ileri sürdüğü tazminat talebini hukuken gerekçelendirip gerekçelendirmediğinden bağımsız olarak, mahkemece tespit edilmiştir⁸⁴.

BGH'ya göre istinaf mahkemesi haklı olarak davacı fırın ustasının, gerçekte işverenine karşı sorumluluğunun olup olmadığına kararında yer vermemiştir. Sigorta koruması gerekçelendirilmemiş taleplere karşı da savunmaya hizmet ettiğinden, bu durumun karara herhangi bir etkisi yoktur.



83 “Her ne kadar mali sorumluluk hukukunda kural olarak sadece sigortalı tarafından detaylarıyla tam olarak belirtilen mali sorumluluktan doğan talepler korunacak olsa da somut olaydaki uyumsuzlukta ilk derece mahkemeleri, tarafların anlaşmalarından hareketle, davacının, sigorta korumasının reddi sonrasında zarar görene dava edilen tutarı ödemediğini ve davalıdan bu bedelin tazminini istediğini varsaymışlardır... Bu durumda davacı, ödemenin kendisine yapılmasını istemekte haklıdır...” NJW 1984, 370; BGHZ 79, 76 [78].

84 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12; Littbarski, NJW 2014, 2039, Nr. 21.

3. Sözleşme Kapsamına Dâhil Edilen Genel İşlem Koşulu Olarak Sigortalanan Olay (*Versicherungsfall*) ve Zarara Yol Açan Olay (*Schadenereignis*) Kavramları

“Sigortalanan olayın (*Versicherungsfall*)” yasal bir tanımı mevcut değildir. Bu nedenle tanım, ilgili sözleşmede kullanılan genel sigorta koşullarında aranacaktır. Nr. 1. 1 AHB'deki “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” kavramı, çalışmanın ilk bölümünde uygulama alanı olarak birbirinden farklılaşan yönleriyle bahsettiğimiz *genel işlem koşullarının yorumu* ve şeffaflık denetimine tabi tutulması noktasında, iki kurumun birbirine karıştırılarak doktrinde ve yargı içtihatlarında her ikisi için neredeyse aynı kriterlerin kullanılmasına tipik bir örnektir⁸⁵.

Uyuşmazlık konusu olayda kullanılan Nr. 1. 1 AHB'de düzenlenen “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” kavramının içeriği net olmayıp zarara neden olan olayın kendisinin mi yoksa zarar neticesinde ortaya çıkan ve devam etmekte olan olayın mı (*Kausal- oder Folgeereignis*) anlaşılması gerektiği doktrinde ve mahkeme içtihatlarında tartışmalıdır ve farklı şekillerde çözüme kavuşturulmuştur⁸⁶. Yukarıda da belirttiğimiz gibi ilgili koşul uyarınca sigortalanan riziko kapsamında sigortalının sigortanın geçerliliği sırasında ortaya çıkan, neticesi bir kişiye, eşyaya veya malvarlığı zararına yol açan olay nedeniyle (*Schadenereignis/Versicherungsfall*)⁸⁷, yasal sorumluluk hukuku hükümleri uyarınca üçüncü kişinin özel hukuk içerikli tazminat taleplerinin dikkate alınacağı durumlar için sigorta koruması mevcuttur. İkinci fıkra uyarınca “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” ise neticesinde üçüncü kişinin zararını doğrudan ortaya çıkaran olaydır. Zararı doğuran olaya sebep olunan an (*die Zeitpunkt der Schadenverursachung*) dikkate alınmaz.

İlgili sigorta koşulunu uyuşmazlık konusu olaya uygularsak, olaydaki sigorta sözleşmesinde sigortalanan olay (*Versicherungsfall*), fırın ustasının mesleki yükümlülüğünü ihlal ettiği pompa aleti tesisatının su geçirmemesi için izolasyonunun yapımı ve fayans yapıştırma işinin tarihinden bağımsız olarak, zarara yol açan olayın ortaya çıktığı an olarak öngörülmüştür. Böylece sigorta-

85 Pilz, s. 1-2.

86 Baumann, in: BK-VVG, § 149 Nr. 166 vd. (*Folgeereignis*); NJW-RR 2004, 1331, 1332 (*Kausalereignis*).

87 “Zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)”, sigorta sözleşmesi bakımından aynı zamanda “sigortalanan olayı (*Versicherungsfall*)” ifade ettiğinden, söz konusu genel sigorta koşulunda “zarara yol açan olay” kavramının yanına, parantez içinde “sigortalanan olay” yazılarak açıklanmıştır.

lanan açısından somut olaydaki sigorta sözleşmesi uyarınca “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)”, bir başka ifadeyle “zararı doğuran olay (*Schadenereignis*)” sigortalının fayans yapıştırırken göstermesi gereken özeni ihlal ettiği tarihten bağımsız olarak bu fiil neticesinde 3. kişinin doğrudan zararına yol açan su taşkınında görülmüştür. Sonuç olarak sigorta sözleşmesi her ne kadar fayans yapıştırma işi tamamlandıktan sonra yapılsa da su taşkını sözleşmenin geçerlilik tarihi dâhilinde ortaya çıkmış ve BGH’ya göre zarar, sigortalanan olay (*Versicherungsfall*) kapsamında gerçekleşmiştir.

“Zarara yol açan olay”ın Nr. 1. 1. AHB’ye göre sigorta sözleşmesi kapsamında gerçekleştiğine ve sigorta komisyoncusunun sorumluluğuna hükmeden istinaf mahkemesi kararını her ne kadar BGH sonuç olarak doğru bulsa da izlenen yol açısından yerinde bulmamıştır.

İhtilafa konu olayda fırın ustası diyaliz muayenehanesindeki su taşkınına yol açan fayans döşeme işini sigorta başlangıcından önce yapmasına rağmen zarar, sigorta sözleşmesinin başlangıcından sonra ortaya çıktığından her ne kadar BGH ya göre “zarar (*Schadensfall*)” sigorta kapsamında gerçekleşmişse de alt derece mahkemelerinde sözleşmede yer alan “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)” tanımını içeren genel işlem koşulunun geçerli olup olmadığı ve sigorta belgesinde sonradan yapılan değişikliğe rağmen yapılan işin sigorta kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrindeki bir kısım görüş gibi istinaf mahkemesi de Nr. 1. 1 AHB’deki genel işlem koşulunu § 307 I 2 BGB uyarınca şeffaf olmadığı (*Intransparenz*) gerekçesi ile hükümsüz olarak değerlendirmiştir⁸⁸. Bir diğer görüşe göre ise bu düzenleme birden fazla anlam taşımamaktadır ve geçerlidir.⁸⁹

BGH kararına göre Nr. 1 AHB’deki “sigortalanan olay” tanımı ne şeffaf olmadığı (*intransparent*) ne de belirsizliği (*unklar*) nedeniyle geçersiz kabul edilemez. BGH kararında bir kez daha genel sigorta koşullarının, yargı içtihatları uyarınca ortalama bir sigortalının makul bir değerlendirme (*bei verständiger Würdigung*) ve görülebilir anlam bütünlüğünü gözeterek nasıl anlaması gerekiyorsa o şekilde yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu da özel bir sigorta bilgisi bulunmayan ortalama bir sigortalının anlayış imkânları (*Verständnismöglichkeiten*) ve çıkarları gözetilerek olur⁹⁰. Somut olayda bunun ne-

88 Lücke in Pröls&Martin, § 100 VVG, Nr. 31; Schmikowski in HK-VVG, AHB 1 Nr. 13.

89 MünchKomm-VVG/Littbarski, § 100 Nr. 117 vd.; Versicherungsrechts-Handbuch&Schneider 2. Aufl. § 24 Nr. 22; Langheid in Römer/Langheid, VVG 4. Aufl. § 100 Nr. 61 vd.)

90 Senatsurteil vom 23. Juni 1993 – IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83, 85 ve BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

ticesi, “zarara yol açan olayın (*Schadenereignis*)” yorumu tabi tutularak, bundan işin icra edildiği anın değil, su taşkınının ortaya çıktığı anın anlaşılmasıdır. BGH’ya göre su sızıntısının ilk olarak ne zaman ortaya çıktığının tespiti her ne kadar güç olsa da pompa tesisatından sızan suyun belli bir süre boyunca akararak nemden dolayı ortaya çıkan zarar fark edilene kadar devam ettiğinden sözleşme kapsamında gerçekleştiğine şüphe yoktur. Böylece söz konusu sözleşme koşulu her ne kadar yorumu muhtaç olsa da yorum neticesinde ne yoruma elverişsiz olduğuna ne de şeffaf olmadığına dair bir şüphe bırakmamaktadır. Dolayısıyla koşulun geçersizliğine hükmedilemez.

4. Somut Olayda Kullanılan Genel İşlem Koşulları Sigorta Komisyoncusu Tarafından İsbetli Seçilmemiştir

Yukarıda ele alınan genel işlem koşulundaki “sigortalanan olay (*Versicherungsfall*)” ve “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” tanımları her ne kadar yorumla geçerliliği korunabilecek olsa da söz konusu sigorta sözleşmesinde tercih edilen genel işlem koşulları, sigortalının mesleki risklerini kapsayarak ona yeterli güvenceyi sunmaktan uzaktır. İnceleme konumuzu oluşturan karara dönecek olursak, BGH son olarak, istinaf mahkemesinin kararında Nr. 7. 14 AHB’de sayılan sigorta sözleşmesi ve dolayısıyla sigorta koruması dışında bırakılan hallere somut olaydaki su taşkınının dâhil olmadığı gerekçesiyle sigorta korumasının bulunduğu hükmetmesini yerinde bulmamıştır.

Senato, istinaf mahkemesinin belirttiğinin aksine kararında Nr. 7. 14 (1) AHB’deki koşulun ortalama bir sigortalının bakış açısı ile ancak sigortalı, suyu bizzat kendisi kanalizasyon ettiyse ya da en azından buna kendisi sebebiyet vermişse uygulama alanı bulacağı yönünde sınırlı olarak yorumlanamayacağını belirtmiştir. Nr. 7. 14 (1) AHB’de evsel olmayan, kullanımından sonra göz ardı edilemeyecek şekilde yapısı değişen ve içerisinde kimyasal maddeler, mikroplar veya çürümüş maddeler barındırabileceği gerekçesiyle tehlike arz eden atıkların sözleşme koruması dışında bırakılmıştır. Hükmün lafzından ve amacından bu tür atıkların Nr. 7. 14 (1) AHB uyarınca sigorta koruması dışında bırakılması için sigortalı tarafından bizzat kanalizasyon edilmiş olmasına dair bir sınırlama çıkarılamamaktadır. Nitekim sigorta şirketi de bu tür evsel olmayan atıkların kendi sorumluluğuna yol açacak tipik ve göz ardı edilemeyecek tehlikelerinin sorumluluğunu üstlenmek istemez⁹¹.

91 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12; BGH, VersR 1973, 170.

Bu nedenle BGH'ya göre Nr. 7. 14 (1) AHB uyarınca sigorta kapsamı dışında bırakılan durum objektif olup su sızıntısının ortaya çıkışının kimin fiili ile gerçekleştiğinden bağımsız olmalıdır. Sigortalı böylece atık suların tehlike potansiyelini ve neden belirli durumlarda sigorta korumasının dışında kalacağını ilgili koşul uyarınca [Nr. 7. 14 (1) AHB] anlayabilecek ve endüstriyel (*gewerblich*) veya işletmesel (*betrieblich*) atık suları arasındaki sınırı çizen “evsel atık suları (*häusliche Abwässer*)” kavramından ne anlaşılması gerektiğini öngörebilecektir. Olaydaki pompa aleti tesisatının yer aldığı kısımda olduğu gibi tıbbi cihazların kullanımıyla ortaya çıkan sular bu nedenle Nr. 7. 14 (1) AHB'deki anlamıyla evsel atık suları olarak görülemeyecektir. Ancak davacı tarafından bildirilen zararın Nr. 7. 14 (1) AHB'nin uygulanmasıyla davacının işletmesi kapsamında icra ettiği işin kendisine bildirilen cevap esas alınarak sigorta korunmasının bulunmadığı hemen söylenemeyecektir. Bunun için başka tespitler de yapılmalıdır. Şöyle ki:

Kararlaştırılan “Özel Durumlar ve İşletme ve Yan Sanayi Kuruluşlarında Riziko Tanımı” II 3. 3 maddesine göre “Nr. 7. 14 AHB (1), (3) ve (4)'te sayılan durumlardan kısmen farklılaşarak, atık sular (...) nedeniyle ortaya çıkan zararlardan doğan sorumluluk sigortası talepleri sigortalının atık su tesisatının planlaması, yapımı, sevkiyatı ve atık su tesisatından veya açıkça ona ait olduğu anlaşılan parçaların bakımından doğanlar hariç olmak üzere birlikte sigortalıdır.” Böylece atık suların doğan maddi zararlara ilişkin talepler Nr. 7. 14 AHB'den farklılaşarak tekrar kapsama alınmış; ancak içinden diyaliz muayenehanesinin atık sularının geçtiği pompa aleti tesisatının yalıtımının yapımı burada da sigorta kapsamı dışında bırakılan istisnalar arasında kalmıştır⁹².

İstinaf mahkemesinin kararında davalının görevini ihmal ettiği tespit edilmiş olmakla birlikte, davacının atık sular nedeniyle ortaya çıkan zararlarını yukarıdaki gibi bir istisna olmaksızın kapsamına alan bir sigorta korumasını davalı sigorta komisyoncusunun önerip önermemesi gerekliliğine ilişkin bir tespit yapılmamıştır.

Yukarıda da belirtildiği gibi sigorta komisyoncusunun yükümlülüklerine işin özüne uygun risk denetimini yapmak ve özellikle icra edilen işin koşulları piyasada alışılmış olan koşullardan farklılaşıyorsa buna uygun sigorta korumasını tedarik etmek de dâhildir. Bu nedenle sigorta komisyoncusu 2007 tarihli örnek tarifinin⁹³ “Endüstri, Ticaret ve Esnaflık” işlerini düzenleyen Ta-

92 Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (*Versicherungsvertragsgesetz, VVG*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Beckmann&Matusche-Beckmann, § 1a, Nr. 5 vd.

93 “Tarif I: Industrie, Handel und Gewerbe des” Mustertarifs 2007.

rif I i dikkate almalı idi. Tarifenin nr. 1. 2. lit. b) Yan sanayi kuruluşlarında atık sular nedeniyle ortaya çıkan zararlardan doğan talepler –bunlar arasında nr. 1. 2. 5 uyarınca fırın ustaları ve aynı şekilde fayans yapıştırma işi yapanlar da dâhildir– 7. 14. (1) AHB'den farklılaşmakta ve orada sayılan istisnalar olmaksızın koruma kapsamına alınmaktadır⁹⁴. Sigorta komisyoncusu fırın ustasının icra ettiği işten doğabilecek sorumluluğu yeterince araştırıp rizikoları gözetmediğinden ve bahsi geçen 1 numaralı tarifeyi sigorta sözleşmesinde dikkate alması gerekirken AHB 2008 'i sözleşmeye dâhil edip, böylece esas koruma kapsamına alınması gereken rizikonun sözleşme kapsamı dışında kalmasına sebebiyet verdiğinden BGH kararında kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesi ile sorumluluğuna hükmedilmiştir. AHB 2008 her ne kadar fırın ustasının mesleki rizikolarını ve sorumluluğunu kapsıyor gözükse de 7. 14. (1) AHB ve “Özel Durumlar ve İşletme ve Yan Sanayi Kuruluşlarında Riziko Tanımı” II 3. 3 maddeleri uyarınca somut olayda ortaya çıkan zarar, sigorta sözleşmesinin koruma kapsamı dışında kalmaktadır.

D. KARARIN ÖNEMLİ NETİCELERİ ve OLASI ETKİLERİ

1. Varsayımsal Koruma (*Quasideckung*) ile Komisyoncunun Sorumluluğunun Genişletilmesi

BGH'ya göre § 249 I BGB uyarınca sigorta komisyoncusu tıpkı sigortalıya fayans yapıştırma işini de kapsayan bir mesleki sorumluluk sigortası sunmuş gibi sorumlu tutulmalıdır⁹⁵. Böylece komisyoncunun sorumlulukları arasına bir yenisi daha eklenmiştir.

Sigorta komisyoncusu sigorta sözleşmelerine aracılık ettiğinden öncelikli vazifesi sigortalıyı bilgilendirmektir⁹⁶. İş yaşamı koşullarının karmaşası ve belirsizliği nedeniyle sigorta yaptırmak isteyen ve konuyla ilgili yeterli sahibi olmayan pek çok ilgili, komisyoncunun danışmanlığına ve aydınlatmasına ihtiyaç duymaktadır. Bu doğrultuda BGH haklı olarak, kararında sigorta komisyoncusunun davalı fırın ustasına hangi kapsam ve koşullarda işini icra ettiğini ve davalının fayans yapıştırma işinden doğan rizikonun da sigortalıya ilişkin talebini sorarak aydınlığa kavuşturmuş olması gerektiğini vurgulamaktadır.

94 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

95 “*Quasideckung*”, Bkz. Prölss&Martin, VVG, 28. Auflage, § 63 VVG, Nr. 16; MünchKomm-VVG/Reiff, § 63 Nr. 19; HK-VVG/Münkel, 2. Aufl. § 6 Nr. 46; Schwintowski in Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. § 63 Nr. 20.

96 Prölss/Martin, § 61, Nr. 3.

BGH böylece sigorta komisyoncusu için yerine getirilmediği takdirde varsayımsal koruma (*Quasideckung*) ile sorumlu tutulacağı kapsamlı bir denetleme yükümlülüğü (*Prüfpflicht*) tayin etmiştir. Karar neticesinde komisyoncunun bundan böyle danışmanlık ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesinin yanı sıra bu yükümlülüklerini hakkıyla yerine getirdiğini detaylı bir şekilde ispatlaması gereği de görüş olarak savunulabilecektir. Sigorta komisyoncusu ancak yazılı ispat yükümlülüğünü yerine getirerek ilgisinin taleplerine uygun olarak muhtemel rizikoları öngördüğünü ve buna uygun sigorta güvencesinin koşullarını sunduğunu ispatlayabilir. Somut olay ne kadar kompleks ise komisyoncu da yazılı ispat ve belgelendirme yükümlülüğünü o kadar detaylı şekilde yerine getirmelidir. BGH'ya göre sigorta komisyoncusu sigortalının çıkarlarının temsilcisi olup sözleşmenin kurulmasına aracılık ettiğinden ve söz konusu varsayımsal koruma ile sorumluluğu genişletildiğinden daha yüksek ihtimam (*höhere Sorgfalt*) göstermekle yükümlüdür. Böylece kanaatimizce BGH kararının en önemli neticelerinden biri, sigorta komisyoncusunun yükümlülüğünün genişletilerek sorumluluğunun daha da arttırılmasıdır.

2. Şeffaflık İlkesinin Sınırlarının Belirlenmesi

Somut olayda BGH ayrıca sorumluluk sigortası sözleşmelerine dâhil edilen ve “sigortalanan olayın (*Versicherungsfall*)” tanımını içeren genel işlem koşullarının mahkemelerce denetlenip denetlenemeyeceğini, denetlenebilecekse hangi oranda bunun mümkün olduğunu aydınlığa kavuşturmak istemiştir. Nr. 1. 1 AHB uyarınca “sigortalanan olayı” içeren koşulda zarara neden olan olayın (*Schadenereignis*) zamansal açıdan sigortanın kapsamına dâhil olup olamayacağı tartışmasına ilişkin olarak BGH § 307 I 2 BGB uyarınca koşulun şeffaf olup olmadığını veya § 305c II BGB deki anlamıyla belirsiz (*unklar*) bir koşulun varlığı gerekçesi ile geçersiz görülüp görülemeyeceğini de ele almış, kararın neticesinde her iki olasılığı da reddetmiştir⁹⁷.

Böylece Mahkemeye göre genel sigorta koşulundaki “sigortalanan olayın tanımı (*Versicherungsfalldefinition*)” ne belirsizliği ne de şeffaf olmadığı gerekçesi ile geçersiz kabul edilemez. “Zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” kavramı, ilgili sözleşme koşulu yoruma tabi tutularak değerlendirildiğinde işin icrası, bir başka deyişle somut olayda fayansların yapıştırılması değil, bu fa-

97 Karş. Prölss&Martin, VVG, § 100 VVG, Nr. 31.

yanslardan suyun ortaya çıkışı olarak görülmelidir. Ortalama bir sigortalı Nr. 1. 1. II AHB'nin lafzından öncelikle “zarara yol açan olay (*Schadenereignis*)” kavramını, mesleki icranın yapıldığı an olarak değil, bu fiilin sonucunda üçüncü kişinin doğrudan zararının ortaya çıktığı an olarak değerlendirecektir. Fayans yapıştırma ve su geçirmemesi için yapılan izolasyon işleri bu nedenle zaman olarak birbirinden ayrılmaktadır. Zarara yol açan olay (*Schadenereignis*), neticesinde üçüncü kişinin “doğrudan (*unmittelbar*)” zararının ortaya çıkmasına yol açan olaydır (Nr. 1. 1. II AHB). Burada zarara yol açan olaya sebebiyet veren fiil gündeme gelmez (Nr. 1. 1. II 2 AHB). Somut olayda üçüncü kişinin doğrudan zararına yol açan fayansların yapıştırılması işi değil, fayanslardan suyun sızmasıdır. Bir başka deyişle üçüncü kişinin zararı fayanslar yapıştırıldığı için değil su sızdırdığı için ortaya çıkmıştır.

Kararın devamında BGH kanun koyucunun zarara yol açan olayı (*Ver sicherungsfall*) bilinçli olarak kanunda düzenlemeyip, bunu taraf iradelerine bırakmak istediğini belirtmiştir. Zira “zarara yol açan olay” tanımı, sözleşmeden doğan edimin esasını (*Kern der Leistungsbeschreibung*) oluşturur ve genel işlem koşullarının tabi olduğu içerik denetiminden muaftır⁹⁸. Ancak ilgili sözleşme koşulunun lafzı ve öngörülebilir amacı, edimin esasını belirlemek yerine onu tamamlıyor, değiştiriyor, sınırlıyor veya genişletiyor ise bu koşul, yargısal içerik denetiminden muaf tutulamaz⁹⁹. Ancak somut olayda böyle bir durum söz konusu değildir¹⁰⁰.

BGH'ya göre her ne kadar § 307 III 2 BGB uyarınca şeffaflık ilkesi sözleşmenin esaslı unsurlarını (*Hauptleistungsversprechen*) kapsıyor olsa da somut olayda şeffaflık kontrolü yapılamaz. Nr. 1. 1 AHB'deki koşul, hükümsüzlüğüne yol açacak bir denetime kapalıdır. Aksi halde “sigortalanan olay (*Ver sicherungsfall*)” yasal olarak tanımlanmadığından sorumluluk sigortası sözleşmesinde sözleşmenin esaslı unsurlarından (*essentialia negotii*) birini oluşturan bu tanımın hükümsüzlüğü, bütün sigorta sözleşmesinin geçersizliğine yol açacak ve sözleşme ile korunması gereken taraf korumasız kalacaktır. Genel işlem şartları içeren bir sözleşmenin açık, anlaşılabilir hükümler içermesi gereği özellikle sözleşmenin zayıf tarafını, bir başka deyişle genel işlem koşullarını sözleşmede kullanan tarafın hitap ettiği kitleyi koruması gerekirken, böyle bir yorumla Nr. 1. 1 AHB'nin hükümsüzlüğüne hükmedilmesi şeffaflık kontrolü ilkesinin amacını aşar.

98 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12; Pröller&Martin, § 100 Nr. 26.

99 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12 (karş. Senat, NJW-RR 2008, 189 = VersR 2007, 1690 Nr. 13 ve BGHZ 127, 35 [41] = NJW 1994, 2693).

100 BGH, Urt. vom 26.03.2014 – IV ZR 422/12.

Sonuç olarak yüksek mahkeme sorumluluk sigortası sözleşmelerinde “sigortalanan olayın tanımının (*Versicherungsfalldefinition*)” sözleşmenin birincil derecedeki edimlerin esasını oluşturduğuna (*Kern der primären Leistungsbeschreibung*) ve genel işlem koşullarına uygulanan denetime tabi tutulmayacağına hükmetmiştir. Sözleşmenin esasının kati bir şeffaflık denetimine tabi tutulması sözleşme özgürlüğü ilkesine göre de mümkün değildir. Aksi halde yukarıda da belirttiğimiz gibi sigortalanan, sigorta korumasını kaybeder. BGH kararında, aynı gerekçe ile § 305c II BGB uyarınca da Nr. 1. 1 AHB'nin belirsiz (*unklar*) olduğuna hükmedilemeyeceğini belirtmiştir.

3. Kararın Olası Etkilerine Somut Bir Örnek: D&O Sigorta Sözleşmelerindeki *Claims-Made* İlkesini İçeren Genel İşlem Koşullarına Etkisi

BGH'nın mesleki sorumluluk sigortalarında sözleşmenin esaslı unsurlarından birini oluşturan “sigortalanan olay” tanımının şeffaflık kontrolü ve içerik denetiminden muaf olduğuna hükmeden bu kararı, başka sorumluluk sigortası türlerinde de etkili olacaktır. Yönetici sorumluluk sigortalarında (*D&O Versicherung, Directors-and-Officers-Versicherung, auch Organ- oder Manager-Haftpflichtversicherung*)¹⁰¹ *Claims-Made-Prinzip*, bir başka deyişle talebin ileri sürülmesi ilkesi (*Anspruchserhebungsprinzip*) olarak adlandırılan koşullar içeren yönetici sorumluluk sigortaları buna bir örnektir. Kararın bu tür koşullar üzerindeki etkisi kendisini, söz konusu koşulların yine içerik denetiminin yanı sıra şeffaflık kontrolünden de muaf tutulmaları yönünde gösterecektir.

Kısaca bahsetmek gerekirse *Claims-made-Prinzip* ile kastedilen, sözleşmenin geçerliliği süresince ileri sürülen tazminat taleplerinin sigorta koruması bakımından dikkate alınacak olmasıdır. Bu tür koşullar içeren sigorta sözleşmelerinde, sözleşme bitiminden sonra ileri sürülen talepler dikkate alınmaz, sözleşme koruması dışında kalır¹⁰². Söz konusu koşul uyarınca, incelediğimiz BGH kararına konu uyuşmazlığın aksine ne yükümlülüğün ihlal edildiği zaman (*Pflichtverletzung*) ne de zararın ortaya çıktığı zaman (*Scha-*

101 Yönetici sorumluluk sigortası sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Beckmann/Matusche-Beckmann (2009) *Versicherungsrechts-Handbuch*, 2. Aufl., München, Verlag C. Beck, § 28, Nr. 1.

102 Koch, Robert (2011) “Das Claims-made-Prinzip in der D&O-Versicherung auf dem Prüfstand der AGB-Inhaltskontrolle”, *VersR*, Heft 7, s. 297. Yönetici sorumluluk sigortası sözleşmelerinin kapsamı ve sigorta korumasının zaman bakımından uygulama alanı hakkında bkz. Beckmann/Matusche-Beckmann, § 28, Nr. 84 vd.; Nr. 98 vd.

denseintritt) önem taşır. Bu tür sözleşmelerde her ne kadar geriye etkili bir koruma (*Rückwärtsdeckung*) söz konusu olsa da sigortalayanın sözleşmenin bitiş tarihinden sonrası için sorumluluğu gündeme gelmez¹⁰³. Bu tür genel işlem koşulunda “sigortalanan olay”, “talebin ileri sürülmesi” olarak tanımlandığından sigortalanan rizikonun zorunlu olarak sözleşmenin geçerlilik süresi içinde gerçekleşmesi gereği OLG München¹⁰⁴ ve doktrinde onu izleyen görüşler¹⁰⁵ uyarınca § 307 I 1 BGB’ye göre içerik kontrolüne kapı aralayacak şekilde sigortalının ediminin değiştirilmesi (*Modifizierung*) olarak görülmüştür. Nitekim çalışmanın ilk bölümünde de değindiğimiz üzere şeffaflık kontrolüne tabi olduğu halde içerik denetiminden muaf tutulan sözleşmenin esaslı unsurları değiştirildiği, genişletildiği veya sınırlandırıldığı zaman içerik denetiminden de kurtulamayacaktır. Oysaki yukarıda da açıklığa kavuşturulduğu üzere mesleki sorumluluk sigortasındaki genel işlem koşullarına ilişkin BGH kararı uyarınca sigortalayanın edimini içeren “sigortalanan olay” tanımı, sözleşmenin esaslı unsurlarından birini oluşturmakla birlikte, her ne kadar BGB’nin hukuk tekniği bakımından şeffaflık denetimine tabi tutulabilecek idiye de bundan böyle içerik denetiminin yanı sıra şeffaflık denetiminden de muaf olacaktır.

Yönetici sorumluluk sigortaları açısından bu, yönetici sorumluluk sigortalarında “sigortalanan olay”ı, dolayısıyla sigorta şirketinin edimini tanımlayan *Claims-made* koşulları açısından, bu ilkeyi içeren genel işlem koşulunun da sözleşmenin esasını, çekirdeğini oluşturduğu gerekçesi ile genel işlem koşulları denetimine ve ayrıca ve şeffaflık kontrolüne tabi tutulamamasında kendini gösterecektir.¹⁰⁶

Somut olayda taraflar sigortanın koruma kapsamını genişleterek geriye etkili sigorta yapmayı kararlaştırdıysalar burada sigortalayanın ediminin belirlenmesine ilişkin bir koşul söz konusu olduğundan sözleşmenin esaslı unsurudur ve içerik denetimi ve şeffaflık kontrolüne tabi tutulamayacaktır¹⁰⁷. Bu nedenle daha önceleri tartışmalı olan § 307 I 2 BGB anlamında karşı tarafın “ölçüsüz mağduriyeti (*eine unangemessene Benachteiligung*)” unsurunun

103 Bkz. Baumann, Horst (2012) “AGB-rechtliche Inhaltskontrollfreiheit des Claims-made-Prinzip? –Zugleich Grundsatzbetrachtungen zum Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung–“ VersR, Heft 34, s. 1461, 1462.

104 OLG München VersR 2009, 1066.

105 Baumann, VersR 2012, 1461(1465); Graf v. Westphalen VersR 2011, 145 (152 vd.)

106 Kubiak, Simon (2014) “Zur AGB-Kontrolle der Versicherungsfalldefinition und zu den Auswirkungen auf das Claims-made-Prinzip in der D&O Versicherung –Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 26.3.2014 (IV ZR 422/12)” VersR, Heft 22, s. 933.

107 Görüş için bkz. Kubiak, VersR 2014, s. 933.

gerçekleşip gerçekleşmediği veya hangi kapsamda gerçekleştiği meselesi artık anlamını yitirmiştir¹⁰⁸.

26.03.2014 tarihli BGH kararından sonra bahsettiğimiz görüş savunulmaya devam edilirse BGH ile çelişkili duruma düşecektir¹⁰⁹. Sigortalanan olay olarak talebin zorunlu şekilde sözleşmenin geçerliliği süresince ileri sürülmesini öngören genel sigorta koşulları, (*Anspruchserhebungsprinzip*) bundan böyle içerik denetimine kapı aralayacak şekilde sigortalayanın ediminin değiştirilmesi olarak değil, Claims-Made koşullarındaki “sigortalanan olayın tanımına ait ayrılmaz bir unsur” (*integraler Bestandteil der Versicherungsfall-definiton des Claims-made-Prinzips*) olarak görülmeli ve yargı denetiminden muaf olmalıdır¹¹⁰.

SONUÇ

Genel işlem koşullarının şeffaflık denetimi, içerik denetimini de kapsar. Bir başka deyişle BGB'nin hukuk tekniği bakımından her ne kadar sözleşme serbestisi gereğince sözleşmenin esaslı unsurları içerik denetimine tabi tutulmasa da § 307 III 2 uyarınca şeffaflık kontrolünden muaf değildir. Ancak inceleme konumuzu oluşturan 26.03.2014 tarihli kararında BGH, mesleki sorumluluk sigortası sözleşmelerinde sigortacının edimini belirleyen Nr. 1. 1 AHB'de “sigortalanan olayı (*Versicherungsfall*)” düzenleyen genel sigorta koşulunun şeffaflık kontrolüne dahi tabi tutulamayacağına hükmetmiştir. Bunun nedeni, şeffaflık kontrolü neticesinde söz konusu genel sigorta koşulunun hükümsüzlüğüne hükmedilerek, sözleşmenin esaslı unsurunu içeren koşul geçersiz kılınırsa § 306 BGB uyarınca sigorta sözleşmesinin tamamen ortadan kalkmasını ve sigortalının korumasız kalmasını engellemektir. Öte yandan somut uyuşmazlık açısından Nr. 1. 1 AHB'de düzenlenen “sigortalanan olay” ve “zarara yol açan olay” kavramları her ne kadar yoruma muhtaç olsa da doktrin ve mahkeme içtihatlarındaki tartışmaların aksine BGH, tanımların yorum neticesinde ne belirsiz (*unklar*) ne de anlaşılabilir (*unverständlich*) olmadıklarına hükmetmiştir.

Kararda ayrıca ortaya çıkan zarar sigorta koruması dışında kalmasına rağmen sigorta komisyoncusu piyasada alışılabilenin aksine firın inşası yanı

108 Bkz. Koch, VersR 2011, s. 297.

109 Bkz. Kubiak, VersR 2014, s. 933.

110 Kubiak, VersR 2014, s. 933. Karş. Baumann, VersR 2012, 1465; Koch, VersR 2011, 297.

sıra fayans yapıştırma işi de icra eden davacının ihtiyacına cevap verecek genel sigorta koşullarını gereğince araştırıp önermediğinden sorumluluğuna hükmedilmiştir. Ayrıca sigortanın koruma kapsamı genişletilerek atık sular sebebiyle ortaya çıkan maddi zarar sanki sigorta kapsamında yer almış gibi bir hukuki durum (*Quasideckung*) sağlanarak sigorta komisyoncusunun sorumluluğu genişletilmiştir.

KAYNAKÇA

Armbrüster, Christian (2004) "Transparenzgebot und deklaratorische Klauseln" Festschrift für Kollhosser Bd. II, s. 3-13.

Baumann, Horst (2004) "Die Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Auslegung von Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen" Privatrecht und Methode Festschrift für Ernst A. Kramer, s. 447-461.

Baumann, Horst (2012) "AGB-rechtliche Inhaltskontrollfreiheit des Claims-made-Prinzips? –Zugleich Grundsatzbetrachtungen zum Versicherungsfall in der Haftpflichtversicherung–" VersR, Heft 34, s. 1461-1500.

Basedow, Jürgen (2012) Münch/Komm-BGB, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München, Verlag C. H. Beck.

Beckmann/Matusche-Beckmann (2009) Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Auflage, München, Verlag C. H. Beck.

Koch, Robert (2011) "Das Claims-made-Prinzip in der D&O-Versicherung auf dem Prüfstand der AGB-Inhaltskontrolle" VersR, Heft 7, s. 295-302.

Koller, Ingo (1990) "Transparenzgebot und Allgemeine Geschäftsbedingungen" Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, s. 667-686.

Kubiak, Simon (2014) "Zur AGB-Kontrolle der Versicherungsfalldefinition und zu den Auswirkungen auf das Claims-made-Prinzip in der D&O-Versicherung –Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 26.3.2014 (IV ZR 422/12)" VersR, Heft 22, s. 932-934.

Lange, Oliver (2004) "Auslegung, Unklarheitenregelung und Transparenzgebot" ZGS, s. 208-213.

Littbarski, Sigurd (2014) "Schadenereignis in der Haftpflichtversicherung und Haftung des Versicherungsmaklers" NJW, s. 2038-2042.

Pilz, Knut (2010) Missverständliche AGB, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft.

Präve, Peter (1998) Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz, München, Verlag C. H. Beck.

Präve, Peter (2000) "Versicherungsbedingungen und Transparenzgebot", VersR, Heft 4, s. 138-144.

Pröller&Martin (2010) Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage, München, Verlag C. H. Beck.

Schaffrin, Daniel (2016) Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich, 1. Auflage, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH.

Schäfer, Jürgen (1992) Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Frankfurt a. M.

Schwab, Martin (2014) AGB-Recht, 2. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, Verlag C. F. Müller.

Schmitt&Ulmer (2010) Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen, Berlin Heidelberg, Verlag Springer.

Staudinger&Coester, Michael (2006) Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter.

Staudinger&Schlosser, Peter (2013) Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter.

Stein, Ursula (1991) Kommentierung, Soergel/Stein, BGB, Band 3, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln.

Wolf, Manfred (1994) Kommentierung, Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 3. Auflage, München.

TÜRK HUKUKUNDA FİKRÎ MÜLKİYETE KONU MALLARIN CEBRÎ İCRASI

Arş. Gör. Nurbanu ERZURUMLU*

ÖZET

Bu çalışmada fikrî mülkiyetin konusunu oluşturan haklar üzerinde durulmuş ve bu hakların haczi ve paraya çevrilme usûlü hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay kararları da dikkate alınarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ışığında bir inceleme yapılmış; sınaî haklar ise çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Fikrî haklar, fikir ve sanat eserleri, fikrî mülkiyet, haciz, satış.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, nurerzurumlu@hotmail.com

ENFORCEMENT OF THE INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN TURKISH LAW

ABSTRACT

This paper aims at examining intellectual property rights and enforcement and sale that of. In this sense, the issue has been handled within the scope of Code of Intellectual and Artistic Works numbered 5846 regarding doctrine and Supreme Court Decisions. Also, the industrial property rights have been excluded.

Keywords: Rights of intellectual property, intellectual and artistic works, intellectual property, enforcement, sale.

GİRİŞ

Özel hukukun kapsamına giren hakların bir türü olarak fikrî haklar, malvarlığına ait mutlak haklardandır ve sahibine inhisari yetkiler tanır. Türk Hukuku açısından dar anlamda mülkiyet kavramı kabul edildiği için bir eşya olarak değerlendirilemeyen bu hakların gayri maddî malvarlığı unsuru oldukları kabul edilmektedir. Fikrî hakların kapsamına fikir ve sanat eserleri ile marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım gibi sınaî haklar da dâhildir.

Fikrî haklar sahibine şahsî ve malvarlıksal bazı haklar sağlamaktadır. Malvarlıksal niteliğe haiz bu hakların haczi mümkündür. Ancak, bir eşya niteliğini haiz olmayan fikrî hakların haczinde hangi hükümlerin uygulanması gerektiği ve bu hakların paraya çevrilmesi usûllerinde ne bu hakları düzenleyen mevzuatta ne de İcra ve İflas Kanunu'nda ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle, bu çalışmada öncelikle kısa bir şekilde fikrî haklardan bahsedilecek daha sonra ise bu hakların haczi ve paraya çevrilmesi hususu inceleme altına alınacaktır.

I. FİKRÎ MÜLKİYETİN KONUSU

A. GENEL OLARAK

Düşünsel bir çabanın sonucu olarak ortaya çıkan ürünler fikir ürünü olarak ifade edilir¹. Bu ürünler üzerindeki mülkiyet hakkı ise fikrî mülkiyet olarak adlandırılır. Fikrî mülkiyet kavramının konusunu ve kapsamını belirlerken bu hakkın niteliğinden hareket edilmelidir. Bilindiği gibi, mülkiyet hakkı hak sahibine sınırsız yetki veren ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır. Fikrî ürünler üzerindeki mülkiyet hakkı da sahibine sınırsız yetkiler vermesi ve herkese karşı ileri sürülmesi ile mutlak bir hak niteliğini haiz olmakla beraber; bir eşya üzerinde cisimleşmediği ve fikir üzerinde mülkiyet hakkı sağladığı için aynı bir hak olduğundan bahsedilemez². Buna karşın fikrî mülkiyet, fikir ürünü üzerinde meydana gelen gayri maddî malvarlıksal nitelikte bir mutlak haktır³. Fikrî mülkiyet hakkı, hak sahibine zamanla sınırlı

1 Tekinalp, Ünal (2012) Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. B., İstanbul, Vedat, s. 5; Bozbel, Savaş (2012) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. B., İstanbul, XII Levha, s. 1; Kılıçoğlu, Ahmet M. (2013) Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2. B., Ankara, Turhan, s. 3.

2 Tüzüner, Özlem (2007) Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Vedat, s. 9; Utku, Doruk (2009) Sınai Hakların Rehni, Ankara, s. 40-41; Tüzüner, Özlem (2011) Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Vedat, s. 41.

3 Öztan, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan, s. 7-8; Tekinalp, s. 4 vd.; Kılıçoğlu, s. 4 vd.; Tüzüner, s. 9; Tüzüner (2011), s. 41.

bir koruma sağlar; kullanılmakla tükenmez ve herhangi bir eşya üzerinde cismleşmiş olsa da o eşyadan bağımsız bir karaktere sahiptir⁴. Ayrıca bu haklar, kural olarak devredilebilir, miras bırakılabilir, rehnin ve haczin konusunu oluşturabilir⁵.

Öğretide, başlangıçta fikrî üründen kastın sadece fikir eserleri olduğu kabul edilmiştir. Ancak günümüzde bu dar anlamda fikrî mülkiyeti benimseyen anlayış yerini sınaî hakların da dâhil olduğu geniş anlamda fikrî ürün kavramına bırakmıştır⁶. Diğer bir deyişle, artık fikrî mülkiyetin konusu fikrî bir çabanın sonucu olarak ortaya çıkan fikir ve sanat eserlerinden ve yine fikrî ürün niteliğini haiz sınaî haklardan oluşmaktadır⁷.

Fikrî mülkiyetin konusu açısından üzerinde durulması gereken önemli hususlardan birisi ise, her ne kadar, kimi zaman, fikir bir eşya üzerinde cismleşmiş olsa da söz konusu mülkiyetin bu eşya üzerinde sahip olunan mülkiyet dışında, fikir ürününün üzerinde doğan mülkiyet olduğudur⁸. Diğer bir anlamıyla, fikri mülkiyetin konusunu fikrin kendisi oluşturmaktadır.

B. FİKİR VE SANAT ESERLERİ

Yukarıda bahsedildiği gibi dar anlamda fikrî mülkiyetin konusunu oluşturan fikir ve sanat eserleri, Türk Hukuku açısından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile koruma altına alınmıştır. Her ne kadar Kanun'da fikir ve sanat eserinin ne anlama geldiğine ilişkin ayrıntılı bir tanıma yer verilmemiş olsa da, nelerin eser kapsamında sayılabileceği hususunda bir çerçeve çizilmiştir. Buna göre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bir fikrî ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için Kanun'da öngörülen eser türlerinden birinin içine dâhil olması gerekir⁹. Kanun'un düzenlemesine göre, ilim ve edebiyat, müzik, güzel sanatlar ya da sinema eserlerinden birisi içine dâhil edilebildiği ölçüde, fikir ve

4 Kılıçoğlu, s. 3 vd.; Tekinalp, s. 5 vd.

5 Bozbel, s. 25.

6 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 3 vd.; Tekinalp, s. 1 vd.; Bozbel, s. 2 vd.

7 Her ne kadar öğretilerde bu kabul edilmiş olsa da kanun koyucunun tam anlamıyla bu ayrımı kabul ettiği söylenemez. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesinde 03.03.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunun 30. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu kurulan ihtisas mahkemelerin adı Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi olarak belirlenmiştir. Gerek uygulamadaki bu ayrım gerekse çalışmanın sınırlarının belirlenmesi amacıyla çalışmada yalnızca fikir ve sanat eserlerinin haczi üzerinde durulacak buna karşın sınaî hakların haczi ise anlatılmayacaktır. Nitekim sınaî hakların haczi ayrı bir çalışmayı gerektirmektedir.

8 Bozbel, s. 34.

9 FSEK m. 1'e göre, "Bu Kanuna göre eser; sahibinin hususiyetini taşıyan ve aşağıdaki hükümler uyarınca ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulüdür".

sanat ürünleri eser olarak değerlendirilebilir. Ayrıca bir eserden bahsedilebilmesi için, o eserin sahibinin özelliklerini taşıyor olması gerektiği de Kanun'da vurgulanmıştır¹⁰.

Öğretide, bir fikir ve sanat eserinden bahsedilebilmesi için o eserin özgün, yenilikçi ve estetik değeri haiz olması gerektiği vurgulanmıştır¹¹.

Yargıtay kararlarında ise, eserin varlığından bahsedilebilmesi için iktisadi bir değeri haiz olması gerektiği dile getirilmektedir¹². Ancak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eserden söz edilebilmesi için herhangi bir ekonomik değer varlığından bahsedilmemesi nedeni ile Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının isabetli olduğu söylenemez¹³.

Buradan hareketle, fikir ve sanat eserleri, düşünsel bir çaba sonucu meydana gelmiş, özgün, yenilikçi, estetik değere sahip ve sahibinin özelliklerini yansıtan ilim ve edebiyat, müzik, güzel sanatlar ve sinema eserleri olarak ifade edilebilir.

II. FİKRÎ MÜLKİYETE KONU MALLARIN CEBRÎ İCRA YOLU İLE PARAYA ÇEVİRİLMESİ

A. FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN HACZİ

1. Genel Olarak

Sahibinin özelliklerini taşıyan fikir ve sanat ürünleri eser olarak kabul edilir ve bu eserler, sahiplerine bazı haklar sunar. Eserin sahibine sunduğu hakkın niteliği, bu hakkın haczinin mümkün olup olmaması hususunda önem arz eder. Çünkü bir şeyin haczedilebilmesi için öncelikle o hakkın devredilebiliyor olması gerekmektedir. Fikrî mülkiyete konu haklar açısından, her ne kadar kural devredilebilirlik olsa da, yine de bu hakların niteliğine göre bir inceleme yapılması gerekir. Zira maddî bir varlığı bulunmayan fikrî hakların devri ancak kanun ile izin verilmesi halinde mümkün olacaktır¹⁴.

10 Yargıtay'a göre, eserin sahibinin özelliklerini taşıyor olmasından kasıt, "yaratıcı bir emek mahsulü olması ve herkes tarafından meydana getirilebilir nitelikte olmamasıdır", Tekinalp, s. 109, dn. 11.

11 Erel, Şafak N. (2009) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 27; Bozbel, s. 32 vd.

12 Bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 1977/5913, K: 1977/7617, T: 01.07.1977, Yargıtay Kararları Dergisi, 1978/12, s. 1959 vd. Aksi yönde bkz. Erel, s. 51-52.

13 Çalışmanın konusu fikrî mülkiyete konu malların haczi olduğundan, bundan sonraki kısımlarda yalnızca ekonomik değere sahip fikir ve sanat eserleri dikkate alınarak bir inceleme yapılacaktır. Zira ekonomik değeri bulunmayan şeylerin haczi mümkün değildir.

14 Utku, s. 45.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu eserin sahibine sunduğu hakları manevî ve malî haklar olarak ikiye ayırmıştır. Eserin sahibine sağladığı manevî haklar, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun üçüncü bölümünde m. 14-17 arasında; malî haklar ise m. 20 ve devamında düzenlenmiştir. Eserin sahibine sunduğu malî haklar, genel olarak, işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı olarak sıralanabilir. Hacedilebilirlik bakımından manevî ve malî haklar ayrı ayrı incelenmelidir.

Bilindiği gibi, şahıs varlığına ilişkin hakların haczi caiz değildir¹⁵. Eserin sahibine sağladığı manevî haklar doğrudan eser sahibinin şahsına bağlı haklardan olup bu sebeple bir başkasına devri mümkün değildir¹⁶. Bir başkasına devri mümkün olmayan bu hakların haczi de mümkün değildir.

Bu doğrultuda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 19. maddesi her ne kadar eser sahibinin ölümünden sonra hükümde bahsi geçen şahıslarca kullanılabileceğini düzenlemişse de bu hakların üçüncü kişiye devredilebileceği anlamını taşımamaktadır. Bahsi geçen hükme göre, eserin umuma arz edilmesi ve eser üzerinde ismin kullanılması hakkına ilişkin 14 ve 15/1. maddelerdeki imkânlar eser sahibinin ölümünden sonra eser sahibi tarafından belirlenmiş kişilerce, eser sahibi tarafından tayin edilmişse vasiyeti tenfiz memurunca, sağ kalan eşi ve çocukları ile mansup mirasçılarınca ya da anne- babası veya kardeşlerince kullanılabilir. Kanunun bu düzenlemesi, bu hakları üçüncü bir kişiye devir hakkı sağlamaz, yalnızca ölümünden sonra eser sahibinin haklarının korunabilmesi için getirilmiş özel bir düzenlemedir. Bu hakların haczine imkân tanımaz.

Eserin sahibine sağladığı malî haklar açısından ise haczin kural olarak caiz olduğu söylenmekle birlikte; alenileşmiş eser ile alenileşmemiş eser arasında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bir ayırım yapılmıştır¹⁷.

Bir eserin alenileşmiş olup olmadığı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre belirlenir. Kanun'un 7. maddesine göre, hak sahibinin rızasıyla kamuya arz edilen eserler alenileşmiş kabul edilir. Bir eserin alenileşmiş sayılabilmesi için, mutlaka sahibinin rızası ile kamuya arz edilmesi gerekir. Ancak kanun koyucu haciz açısından bu hususta bir istisna getirmiş ve alenileşme kavramını genişletmiştir. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 61. maddesinde, haczi kabil olmayan eserlerden bahsedilirken, “*eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyeti altında bulunan henüz alenileşmemiş*” eserden bahsetmekte

15 Kuru, Baki (1962) ‘Haczi Caiz Olmayan Şeyler’, AÜHFHD, C: XIX, S: 1-4, s. 279; Üstündağ, Saim, (2000) İcra Hukukunun Esasları, Nesil, s. 211; Kuru, Baki, (2010) İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet, s. 502.

16 Bozbel, s. 152.

17 bkz. FSEK m. 61 vd..

ve bunların haczinin mümkün olmadığı düzenlenmektedir. Bu hükümden hareketle, öğreti, kanun koyucunun yalnızca eser sahibi ve mirasçılarının mülkiyeti altında bulunan alenileşmemiş eserden bahsettiğini; eserin üçüncü bir kişinin mülkiyetinde bulunması halinde ise bu hükmün uygulanamayacağını haklı olarak kabul etmektedir. Bu halde, eser her ne kadar sahibi tarafından umuma arz edilmiş olmasa da üçüncü bir kişiye devredilmekle dolaylı yoldan alenileşmiş olacaktır¹⁸.

a. Alenileşmemiş Eserler Açısından

Bir fikir ürünü olarak eser alenileşmeden önce sahibinin şahıs varlığı alanına dahildir ve bu noktadan hareketle şahıs varlığına ait olan bir hakkın haczi mümkün olmamalıdır¹⁹. Bu düşünceye paralel olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 61. maddesinde²⁰, alenileşmemiş bir eserin aslı ile müsveddeleri üzerindeki malî haklar ile bu haklardan doğan para dışındaki alacakların haczinin mümkün olmadığı düzenlenmiştir²¹. Kanun'a göre, umuma arz edilene kadar eser oluşturma aşamasındadır ve bu aşamada haczedilmesi sahibinin rızası hilafına alenileştirilme anlamı taşıyacağından sahibinin manevî haklarına saldırı sayılır²².

Alenileşmemiş eserler açısından kural olarak bu eserlerin malî haklarının haczi kabil olmadığı kabul edilse de, kanun koyucu bir istisnaya yer vererek sinema eserlerine ait malî hakların eser alenileşmemiş olsa dahi haczin konusunu oluşturabileceğini düzenlemiştir (FSEK m. 61/I, b. 2). Öğretide bu istisnanın gerekçesi olarak, sinema eserlerinin yapısı gereği alenileşmemiş olsa da birden çok kişinin bilgisi ve katılımı ile vücuda getirildiği ve tamamlanmak-

18 Öztan, s. 601; Tekinalp, s. 242; Bozbel, s. 375.

19 Bolayır, Nur (2014) 'Fikri Mülkiyet Haklarında Cebrî İcra Sistemi', Hakan Pekcantez'e Armağan, C: III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: Özel, C: 16, s. 2517.

20 FSEK m. 61: "İcra ve İflas Kanununun 24 ve 30 uncu maddelerinin hükümleri mahfuz kalmak şartıyla:

1. Eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyeti altında bulunan henüz alenileşmemiş bir eserin müsvedde veya asılları;
 2. Sinema eserleri hariç olmak üzere birinci bentte zikredilen eserler üzerindeki malî haklar;
 3. Eser sahibinin, malî haklara dair hukuki muamelelerden doğan paradan gayri alacakları;
- Kanuni veya akdi bir rehin hakkının, cebrî icranın veya hapis hakkının konusu olamaz."

21 FSEK m. 61'in ilk bendinde, alenileşmemiş eserin aslı ya da müsveddelerinden bahsedilmiştir. Bunlar esasen fikri mülkiyetin üzerinde cisimlendiği şeyler olduğundan konunun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle, çalışmada bu şeylerin haczi açısından ayrıntılı açıklamalara yer verilmeyecektir.

22 Tekinalp, s.242; Deliduman, Seyithan (2002) '5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Haczin Konusu', Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, 8-11 Ocak 2002, Ankara Barosu, Ankara, s. 872-873.

la ticarete hazır hale geldiği ifade edilmiştir²³. Bu nedenlerle sinema eserlerine ilişkin malî haklar diğer fikir ve sanat eserlerinden farklı olarak alenileşmeden de hacze konu edilebilir²⁴. Ancak bu halde, kanun yalnızca malî hakların haczedilebileceğinden bahsetmektedir. Eserin umuma arz edilmesi ise, eser sahibinin manevî haklarından (FSEK m. 14). Bir sinema eserinin sahibi, eser tamamlandıktan sonra dahi eseri umuma arz etmeme kararı alabilir²⁵. Böyle bir halde, her ne kadar malî haklar haczedilmiş olsa da umuma arz edilmemiş bir eserin çoğaltılması, yayınlanması gibi malî haklarının haczi sonuç doğurmayacaktır. Kanun koyucu, alenileşmiş eserler açısından dahi eser sahibinin manevî haklarını ihlal etmemek şartı ile haczi mümkün kılmışken (FSEK m. 62/I, b. 3) alenileşmemiş bir sinema eseri açısından bu hakkın göz ardı edilebileceği düşünülemez. Yani, alenileşmemiş bir sinema eseri üzerindeki malî hakların haczinde sınırı eser sahibinin manevî hakları belirleyecektir²⁶.

Kanun'un 61. maddesinin 3. bendinde, alenileşmemiş eserin malî haklarına ilişkin hukukî işlemlerden doğan para dışındaki alacaklarının haczinin de mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Hükmün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere malî hakların konu olduğu hukukî işlemlerden doğan ve doğacak para alacaklarının haczi mümkündür. Örneğin, bir kitabın çoğaltma hakkının devri karşılığında alınan ücretin haczi mümkündür.

Para dışındaki alacak haklarının haczi açısından ise öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, Kanun'un lafzî açıktır ve para dışındaki bütün alacak hakları hükmün kapsamında değerlendirilmelidir²⁷. Diğer bir anlatımla, alenileşmemiş eserin malî haklarının konu olduğu hukukî işlemlerden doğan para dışındaki alacaklar haczedilemez²⁸. Öğretide

23 Tekinalp, s. 245; Arslanlı, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri- Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, s. 202.

24 16.02.2012 tarihinde gösterime girmesi planlanan "Fetih 1453" adlı filmin yapım şirketinin borçlarından ötürü gösterim tarihinden önce 08.02.2012 tarihinde ihtiyaten haczedilmesine ilişkin haber için bkz. <<http://www.radikal.com.tr/kultur/fetih-1453e-recep-ivedik-haczi-geldi-1078541/>>, s.e.t. 02.02.2016.

25 Tosun, Yalçın (2009) Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul, XII Levha, s. 317.

26 Arslanlı, s. 202; Öztan, s. 602-603; Yavuz, Levent&Alıca, Türkyay&Merdivan, Fethi (2013) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C: II, Seçkin, s. 1818. Öğretide, sinema eserlerine ilişkin bu düzenlemenin sinema eserlerini imal eden yapımcılara ait olduğu günlerden kaldığı, oysa FSEK m. 8/III ve Ek m. 2/son gereğince 12.06.1995 tarihinden sonraki sinema eserlerinin birden çok sahibi bulunduğu ve bu nedenle Kanun'da yapılacak değişikliklerle sinema eserlerinin haczi açısından da alenileşmiş olmanın aranması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Yavuz&Alıca&Merdivan, s. 1818.

27 Çoğaltılmış bir eserin bir miktarını eser sahibine ücretsiz olarak gösterilmesi hali örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Bozbel, s. 369, dn. 897.

28 Tekinalp, s. 244; Deliduman, s. 875-876; Bozbel, s. 369.

ifade edilen diğere göre ise, hükmün katı bir şekilde lafzen yorumlanması doğru değildir. Burada amaçsal yorum yapılarak, kimi durumlarda para dışındaki alacakların da haczedilebileceği kabul edilmelidir²⁹.

Kanaatimizce bu hüküm, genel olarak haczin konusunun ne şekilde belirlendiği tespit edilerek çözülebilir. Türk hukukunda kural olarak mal varlıksal değeri olan her şeyin haczi caiz iken; manevî haklara ilişkin değerler ise haczedilemez³⁰. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilgili hükmünde yalnızca para alacaklarının haczi ifade edilmiş olmakla birlikte, bu ifadeden malvarlıksal değerin anlaşılması gerekir. Dolayısıyla malî hakların konu olduğu hukukî işlemlerden doğan alacakların malvarlıksal değerinin ön plana çıktığı hallerde haczi mümkün olmalıdır³¹.

Ayrıca, 61. maddenin 3. bendinde haczi yasaklanan şey alenileşmemiş eserin malî haklarını konu alan hukukî işlemlerden doğan para dışındaki alacak haklarıdır. Şayet, böyle bir alacak hakkının kaynağı hukuki işlem dışında bir şey ise o halde de bahsi geçen yasağın uygulanamayacağı genel olarak kabul edilmektedir³². Örneğin, alenileşmemiş bir eser sahibinin malî haklarına ilişkin bir haksız fiil nedeni ile uğradığı zararın giderilmesini konu alan talepleri yasak kapsamında değerlendirilemez³³.

Kanun koyucu fikir ve sanat eserleri bakımından haczi kabil olmayan şeyleri belirlerken İcra ve İflas Kanunu'nun 24 ve 30. maddelerindeki hükümlerin mahfuz olduğunu açıkça düzenlemiştir (İİK m. 61). Bu düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, bu hüküm belirli bir süre içinde tamamlanması taahhüt edilip de süresinde tamamlanmayan eserlerin mahkemeye başvurularak tamamlanmasının sağlanması amacıyla alınan ilamların icrası şeklinde anlaşılmalıdır³⁴. Bu görüşü savunan yazarlara göre, Kanun'un 48. maddesi de hükmün yorumlanmasında dikkate alınmalıdır. Bu durumda, öncelikle ilamlı icra yoluna başvurularak eserin tamamlanması talep edilmeli; bu sonuç vermediği halde ise 48. madde gereğince aynen ifanın mümkün olmaması nedeni ile tazminat talep edilerek sorun çözülmelidir.

29 Arslanlı, s. 202; Erel, s. 330; Taş Korkmaz, Hülya (2005) 'Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Haczi Mümkün Olan Malvarlığı Unsurları', MİHDER, S: 2, s. 338-339; Bolayır, s. 2520; Yavuz&Alıca&Merdivan, s. 1819.

30 Kuru, s. 277; Kuru, El Kitabı, s. 502.

31 Örneğin, eser sahibi çoğaltma hakkının devri karşılığında para değil de çoğaltılan nüshalardan belli bir kısmını talep etmiş ise bu halde kendisine teslim edilen nüshaları ne şekilde değerlendirdiğinin tespitine göre haczin mümkün olup olmadığına karar verilmelidir.

32 Arslanlı, s. 202; Yavuz&Alıca&Merdivan, s. 1819.

33 Arslanlı, s. 202; Öztan, s. 603.

34 Tekinalp, s. 245; Erel, s. 327.

Öğretideki diğer görüşe göre ise, hüküm yalnızca tamamlanmış ancak alenileşmemiş eserleri kapsamaktadır³⁵. Bu fikri savunan yazarlara göre, bir eserin tamamlanması emrini içeren mahkeme kararı inşaî bir hüküm niteliğindedir³⁶. İnşaî bir hükmün varlığı halinde, dava konusu hakkında verilecek mahkeme kararı tasarruf işlemi yerine geçmektedir. Bu nedenle, Kanun'un 61. maddesinin tamamlanmamış eserleri de kapsayacak şekilde yorumlanması yine aynı Kanun'un 48. maddesine aykırılık oluşturur. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 48. maddesinin ilk fıkrasında, eser sahibi ya da mirasçılarının kendilerine tanınan malî hakları başkalarına devredebilecekleri; üçüncü fıkrasında henüz vücuda getirilmemiş ya da tamamlanmamış eserler üzerindeki tasarrufî muamelelerin geçersiz olduğu düzenlenmiştir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 24. maddesi taşınır teslimine ait ilamların, 30. maddesi ise bir şeyin yapılması emrini içeren ilamların icrasına ilişkin hükümleri içermektedir. Bu hallerde mahkemenin ilamına dayanılarak talep konusu şeyin icra daireleri vasıtası ile icrası mümkün kılınmaktadır. Ancak yalnızca borçlusunun ifa edebileceği bir hususun emrini içeren ilamın icrası, borçlu borcunu ifa etmedikçe mümkün olmaz. Bu halde ise, İcra ve İflas Kanunu'na göre 343. madde ile düzenlenen yaptırımın uygulanmasından başka imkân bulunmamaktadır³⁷. Bir eserden bahsedilmesinin şartlarından birisi de sahibinin hususiyetini taşıması gerektirir. Yalnızca sahibi tarafından vücuda getirilebilecek bir eserin mahkeme kararı ile icrası yine ancak sahibinin rızası halinde mümkündür. Aksi halde eserin tamamlanması mümkün olmaz. Hem yalnızca borçlusu tarafından ifasının mümkün olması hem de Kanun'un 48. maddesinde yer alan düzenleme gereği 61. maddede belirtilen sınırlamanın tamamlanmamış eserleri kapsamadığının kabulü gerekmektedir. Bu hüküm yalnızca tamamlanmış ancak alenileşmemiş eserler açısından uygulanabilir³⁸. Ancak bu halde de eser sahibinin manevî hakları göz ardı edilemez.

35 Altay, Sümer (1998) '5846 Sayılı FSEK Bağlamında Malî Hakların Hazine ve İflâs Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi', İHFM, C: LVI, S: 1-4, s. 212; Bozbel, s. 373.

36 Bir hukukî durumun kurulması, kaldırılması ya da değiştirilmesi için açılan davalar inşaî dava, bu dava sonucunda verilen hükümler ise inşaî hükümler olarak ifade edilir. Bkz. Postacıoğlu, İlhan E. (1975) Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. B., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 264 vd.; Kuru, Baki (2015) Medenî Usul Hukuku, İstanbul, Legal, s. 136 vd.; Pekcanitez, Hakan&Atalay, Oğuz&Özekes Muhammet (2015) Medenî Usul Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 262.

37 İİK m. 343: "Yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilâm hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçluların, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir".

38 Öğretideki bir görüşe göre, tamamlanmış olmakla birlikte alenileşmemiş eserler açısından da bu hüküm anlam ifade etmez. Henüz alenileşmemiş eserin mahkeme kararı yoluyla alenileştirilemeyeceği hükmünden (FSEK m. 1) yola çıkan bu görüş savunucularına göre, eser alenileşmiş olmadıkça cebri icra yolu ile teslimi söz konusu olamaz. Bkz. Yavuz&Alıca&Merdivan, s. 1820.

b. Alenilemiş Eserler Açısından

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 62. maddesi ile haczi caiz olan fikrî haklar düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sahibinin manevî menfaatlerini zarara uğratmaksızın alenilemiş bir esere ilişkin malî haklar ile eser sahibinin malî haklara ilişkin hukukî işlemlerinden doğan para alacakları haczedilebilir³⁹.

Alenilemiş eser üzerindeki malî hakların haczinde eser sahibinin manevî menfaatlerinin zarara uğratılmaması gerekir. Dolayısıyla, haciz halinde eser sahibinin rızası hilafına adının belirtilmesi, eserde sahibinin izni olmaksızın değişiklik yapılması hallerinde eser sahibinin manevî hakları zedelenmiş olur⁴⁰. Bundan başka alenilemiş bir eser üzerindeki malî hakların haczinde yalnızca eser sahibi tarafından kullanılan malî hakların haczedilmesi gerektiği de öğretilmektedir⁴¹.

Ayrıca bu hükümlerle, malî hakların konu olduğu hukukî işlemlerden doğan para alacaklarının haczinin mümkün olduğu da açıkça düzenlenmiştir. Para alacaklarının haczi bakımından İcra ve İflas Kanunu'nun düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda, para alacağının senede bağlanmış olup olmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Öncelikle, malî bir hakkın kullanılması ya da eser üzerinde lisans verilmesi yoluyla elde edilen para alacağı bir kambiyo senedine bağlanmış ise o halde haciz İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesine göre gerçekleştirilecektir⁴². Bu hükme göre, kambiyo senedine fiilen el konulması ile haciz gerçekleşir. Ancak para alacağı senede bağlanmamışsa o halde de haciz İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesine göre gerçekleştirilir⁴³.

Alenilemiş eser üzerindeki çoğaltma, işleme, yayma gibi malî hakların haczinde ise haczin ne şekilde gerçekleşeceği hususunda öğretiler görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, haciz İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesinin birinci fıkrasına göre gerçekleştirilmelidir⁴⁴. Ancak öğretilerdeki aksini

39 Maddede, alenilemiş eserin aslı ve müsveddeleri ile çoğaltılmış nüshalarının da haczin konusunu oluşturabileceği düzenlenmiştir. Bu eşyalar eserin üzerinde cisimlendiği eşyalar olup fikrî mülkiyetin konusu dışındadır ve taşınmaların haczine tabidirler. Bu nedenle çalışmada ayrıca bunların haczine değinilmeyecektir.

40 Tekinalp, s. 247.

41 Tekinalp, s. 249; Bolayır, s. 2521, dn. 32.

42 Tekinalp, s. 243; Altay, s. 213; Bozbel, s. 376; Erel, s. 330; Bolayır, s. 2542; Öztan, s. 603.

43 Tekinalp, s. 243; Altay, s. 213; Bozbel, s. 376; Erel, s. 330; Bolayır, s. 2542; Öztan, s. 603.

44 Altay, s. 215; Deliduman, s. 870; Tekinalp, s. 248; Bozbel, s. 367. İcra ve İflas Kanunu'nun 94 maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse icra dairesi, yerleşim yerleri bilinen ilgili üçüncü şahıslara keyfiyeti ihbar eder. Bu suretle borçlunun muayyen bir taşınmazdaki tasfiyesi sonundaki hissesi haczedilmiş olursa icra memuru haciz serhinin taşınmazın kaydına işlenmesi için tapu sicil muhafızlığına tebligat yapar. (Ek cümleler: 17/07/2003- 4949 S. K./25. md.) Anonim şirketlerdeki paylar için pay sene-

savunan görüşe göre ise, bu hükümde genel olarak hakların haczinden değil yalnızca intifa hakkının haczinden bahsedilmektedir ve diğer hakları kapsayacak şekilde geniş yorumlanamaz⁴⁵.

Öğretide bizim de katıldığımız diğer görüş ise, 94. maddenin bütün hakları kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağı; ancak malî hakların haczi açısından bu hükmün kıyasen uygulanabileceği yönündedir⁴⁶. Buradan hareketle malî hakların haczinde, icra memuru tarafından borçlunun konut veya işyerinde hacze konu hakkın niteliği ve içeriğini belirten bir tutanak tutulmalı ve haciz hakkında meslek birliklerine ve eser sahibinin çalıştığı yayın evlerine bildirimde bulunulmalıdır⁴⁷. Haciz yapılırken mümkün olduğunca borçlunun bulundurulmasına dikkat edilmelidir⁴⁸.

Eser üzerindeki malî haklara ilişkin olarak lisans verilmesinin hacze etkisi açısından lisansın türü önem taşır⁴⁹. Eğer inhisari olmayan bir lisans⁵⁰ söz konusu ise, Kanun ile, ürün kirasına ilişkin hükümler uygulanacakken;

di veya pay ilmühaberi çıkarılmamışsa, borçlunun şirketteki payı icra dairesi tarafından şirkete tebliğ olunarak haczedilir. Bu haczin şirket pay defterine işlenmesi zorunludur; ancak haciz, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır. Haciz, icra dairesi tarafından tescil edilmek üzerine Ticaret Siciline bildirilir. Bu durumda haczedilen payların devri, alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda batıldır. Haczedilen payların satışı, taşınır malların satışı usulüne tabidir. Diğer taşınırlarda icra dairesi başkasına devre mani tedbirleri alır.

45 Topuz, Gökçen (2008) 'Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi', Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 2, s. 410. Yazar marka haczi açısından İİK m. 85'in uygulanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Topuz, s. 411.

46 Bolayır, s. 2543.

47 Fikir ve sanat eserleri üzerindeki malî hakların mülkiyeti somut bir şey üzerinde cisimleşmediğinden bu mülkiyete konu hakkın haczinin de sahibinin nezdinde olduğu ve bu nedenle haczin sahibinin konut veya işyerinde gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde bkz. Altay, s. 215; Tekinalp, s. 248; Bozbel, s. 367; Bolayır, s. 2543.

48 Tekinalp, s. 248.

49 Fikir ve sanat eserlerine ilişkin olarak lisans sözleşmeleri yalnızca eser üzerindeki malî haklar bakımından söz konusu olabilir. Lisans sahibi, bu sözleşme sayesinde eserin yayma ve çoğaltma haklarını kullanma imkânına sahip olur. Lisans sözleşmeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tüysüz, Mustafa, (2007), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin, s. 70 vd.. Öğretide lisans sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre lisans sözleşmeleri bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Bkz. Arslanlı, s. 174; Erel, s. 263. Diğer bir görüşe göre ise lisans sözleşmeleri borç doğuran bir sözleşme niteliğini haizdir. Bkz. Bozbel, s. 368; Tüysüz, s. 80. Bu ayrım lisans sözleşmesinin sahibine tanıdığı haklar açısından önem taşımaktadır. Zira, tasarruf işlemi olarak kabul edilmesi halinde yalnızca lisans verene karşı değil üçüncü kişilere karşı da bu hakkın ileri sürülmesi söz konusu olacaktır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Tüysüz, s. 78 vd..

50 İnhisari olmayan lisans, eser sahibinin bir hakkın kullanımı hususunda lisans sözleşmesi yaparken bu hakkın başkalarına devir hakkını elinde bulundurduğu lisanslardır. Bkz. Bozbel, s. 258.

inhisari lisanslara⁵¹ intifa haklarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir (FSEK m. 56). Buradan hareketle bir görüş, ancak inhisari lisansın varlığı halinde haczin bu lisansla sınırlı olarak gerçekleşeceğini ve bu lisans hakkının cebri icra yolu ile eser üzerindeki malî hakkı elde eden kimseye karşı da ileri sürülebileceğini; inhisari olmayan lisansın ise böyle bir hak tanımadığını ifade etmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, inhisari olmayan lisans sahibinin yalnızca istihkak davası açma hakkı (İİK m. 96 vd.) bulunabilir⁵². Kanaatimizce, lisans sözleşmesine konu hakkın cebri icrası halinde lisans sözleşmesi sahiplerinin haklarının ne şekilde korunacağı borcun niteliğine yönelik olarak yapılacak ayrıma göre belirlenmelidir. Kanundaki düzenleme dikkate alındığında, inhisari olmayan lisans hakkı, ürün kirasına benzetildiğinden ve bu hakkın da kişisel borç doğuran bir hak olmasından ötürü⁵³ nispi bir borç söz konusudur ve bu nedenle yalnızca eser sahibine karşı ileri sürülebilir. Borçlar hukuku ilişkilerinden kaynaklanan kişisel nitelikli hakların istihkak davasına konu olup olamayacağı hususunda ikili bir ayırım yapılması gerekir. Söz konusu hakkın iade talebini haklı kılan bir hak mı olduğu yoksa sadece ifa talebini içeren bir hak mı olduğuna dikkat edilerek bir ayrıma gidilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Eğer kişisel hak iade hakkını haklı kılan bir talebe bağlı ise istihkak davası açılabilirken; yalnızca ifa talebi sağlayan bir hak ise istihkak davasının konusunu oluşturamayacaktır⁵⁴. İşte ürün kirası da sahibine yalnızca ifayı talep hakkı tanıdığı için istihkak davasının konusunu oluşturmaz. Bu nedenle ürün kirasına benzetilen inhisari olmayan lisans hakkı sahibinin istihkak davası açabilmesi mümkün değildir. Böyle bir hakka dayanılarak yalnızca eser sahibine başvurulabilmesi mümkün olabilir. İnhisari lisans hakkı ise intifa haklarına benzetildiği için aynı haklara benzer bir durum söz konusudur ve bu hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi mümkündür⁵⁵. Bu nedenle, inhisari lisans sahibi, cebri icra sırasında bu hakkın dikkate alınmaması halinde istihkak davası açabilir. Ayrıca eserin mali hakları inhisari lisansla yüklü olarak devredilebilir.

Malî hakların hacizden önce devredilmesi halinde de bu hak sahiplerinin istihkak davası açma hakkı bulunur⁵⁶. Ancak, bu hakların devrinin ha-

51 İnhisari lisans, lisans sahibinin devredilen hakkı tek başına kullanma hakkını elde ettiği lisans türüdür. Bkz. Bozbel, s. 258.

52 Bozbel, s. 368. Altay ise, herhangi bir ayırım yapmaksızın lisansın varlığı halinde haczin bu lisansla sınırlı olarak gerçekleşeceğini savunmuş, bunun nedeni olarak da lisansın varlığı halinde intifa hakkına ilişkin hükümlerin uygulanacağını ifade etmiştir. Bkz. Altay, s. 216-217.

53 Altaş, Hüseyin (2009), Hasılat ve Şirket Kirası, Yetkin, s. 73 vd.

54 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, Kudret (2005) Turhan, Hacizde İstihkak Davası, s. 181 vd..

55 Aynı yönde bkz. Tüysüz, s. 117.

56 Tekinalp, s. 248; Bozbel, s. 368.

cizden korunmak için kötü niyetli olarak gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu nedenle, hakkı hacizden önce devraldığını iddia eden kişi, devrin gerçekten de hacizden önce gerçekleştiğini resmîyet verilmiş bir delille ispat etmeli, ispat edemiyor ise İcra ve İflas Kanunu'nun 97. maddesi gereğince istihkak davası açmak zorunda olmalıdır⁵⁷.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 62. maddesinde, malî hakların haczinde gerek görülmesi halinde güzel sanat eserlerine ilişkin kalıp ve sair çoğaltma vasıtaları ile mimarlık eserleri hariç diğer güzel sanat eserlerinin asıllarının, müzik, ilim ve edebiyat eserlerinin müsveddelerinin zilyet olan kimselerden geçici olarak alınabileceği düzenlenmiştir⁵⁸. Ancak bu halde, zilyedin işi engellenmemelidir⁵⁹. Ayrıca, bahsi geçen kalıp veya çoğaltma vasıtalarının eser sahibine değil de üçüncü şahsa ait olması halinde bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Zira kimse mülkiyetindeki malı geçici de olsa terke zorlanamaz⁶⁰. Bu halde malikin onayı ile geçici olarak kullanımı sağlanabilir⁶¹.

2. Ortak Eserin Haczi

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 9. maddesinde ortak eser⁶² sahipliği düzenlenmektedir. Bu hükme göre, “*birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır*”.

Kanun'un tanımından anlaşılacağı gibi ortak eserin en önemli özelliği, birden fazla kişinin ortak çabası ile vücuda gelmesi ve her bir kişinin vücuda getirdiği kısmın sahibi olmasıdır⁶³. Diğer bir anlatımla, birden çok kişi tarafından vücuda getirilen parçalar herhangi bir nitelik kaybına uğramaksızın eserden ayrılabilir⁶⁴. Ortak eserin varlığından bahsedilebilmesi için, birden çok yazarın her biri bağımsız birer eser olarak nitelendirilebilecek çalışmalarını

57 Tekinalp, s. 248; Bozbel, s. 368.

58 Örneğin bir tezhibin belirli bir miktarda çoğaltılması hakkının haczi halinde bunun çoğaltılması için gerekli olan kalıbın zilyetliğine el konulması söz konusu olabilir. Bkz. Tekinalp, s. 249.

59 Tekinalp, s. 249.

60 Bozbel, s. 369, dn. 896.

61 Tekinalp, s. 249.

62 Öğretide, ortak eser ifadesi yerine müşterek eser sahipliği, paylı eser sahipliği gibi ifadelerin kullanıldığı görülmektedir.

63 Örneğin, birden çok yazarın her biri kendi uzmanlık alanları ile ilgili kısımlarını kaleme aldıkları bir hukuk kitabı ortak eser olarak değerlendirilebilir.

64 Ateş, Mustafa (2012) Fikrî Hukukta Eser Sahipliği, Ankara, Adalet, s. 190.

nı gönüllü olarak bir araya getirmeleri gerekir⁶⁵. Burada paylı mülkiyete benzer bir yapı meydana gelmektedir. Ancak paylı mülkiyette malikler mülkiyete konu şeyin tamamında kendi payları oranında mülkiyet hakkına sahip iken, ortak eserde her bir eser sahibi kendi eseri üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir⁶⁶. Bu nedenle, paylı mülkiyete ilişkin hükümler ancak kıyasen uygulanabilir.

Eser ortaklığında eseri oluşturan bağımsız kısımlar kendi başlarına ekonomik olarak değerlendirilebilir ve telif haklarına konu olabilir⁶⁷. Her bir eser sahibinin kendi meydana getirdiği kısım üzerinde tasarruf etme yetkisi bulunmaktadır⁶⁸. Dolayısıyla ilgili kısım üzerindeki malî ve manevî haklardan yararlanma hakkı eser sahibine aittir. Ortak eserin tamamı üzerinde ya da diğer eser sahiplerinin haklarını etkileyebilecek tasarruflar açısından ise eser sahiplerinin hepsi hak sahibidir⁶⁹.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 9. maddesinde, “ *Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eseri birlikte vücuda getirenlerden her biri bütün eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için diğerlerinin iştirakini isteyebilir. Diğer taraf muhik bir sebep olmaksızın iştirak etmezse, mahkemece müsaade verilebilir. Aynı hüküm malî hakların kullanılmasında da uygulanır*”. hükmü yer almaktadır. Kanun öncelikle tarafların aralarındaki sözleşmeye kıymet vermiş, sözleşme ile aksi kararlaştırılmamış ise her bir eser sahibinin bütün eserin değiştirilmesi, yayımlanması ya da malî hakların kullanılması için diğerlerinin iştirakini isteyebileceğini düzenlemiştir.

Sözleşme ile düzenlenmeyen ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda hüküm altına alınmayan hallerde ise paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin uygulanabileceği kabul edilmektedir⁷⁰.

Ortak eser sahiplerinden birinin şahsi borcu nedeni ile ortak eserde haczin mümkün olup olmadığı hususu, ortak esere uygulanacak hükümlere göre tespit edilmelidir. Yukarıda da açıklandığı gibi, ortak eser paylı mülkiyete benzer bir yapı meydana getirmekte ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde paylı mülkiyete ilişkin hükümler ortak eser açısından da uygulanabilmektedir. Türk

65 Ateş, s. 192; Erel, s. 93.

66 Ateş, s. 191; Bozbel, s. 91.

67 Erel, s. 93.

68 Ateş, s. 199; Bozbel, s. 92; Erel, s. 94.

69 Erel, s. 94; Tekinalp, s. 141; Bozbel, s. 92.

70 Ateş, s. 200. Yazara göre, eserin tamamı üzerinden elde edilecek gelirlerden hangi oranda yararlanacakları kararlaştırılmamış ise Türk Medeni Kanunu'nun 688/2. maddesi gereği her eser sahibi eşit oranda hak sahibi olur. Bkz. Ateş, s. 199.

Medeni Kanunu'nun 688. maddesine göre paylı mülkiyete tabi bir payın haczi mümkündür. Ortak eser açısından da her bir eser sahibinin kendi oluşturduğu kısım üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu olduğundan, şahsi borçları nedeni ile bu kısmın haczi mümkündür. Eseri oluşturan kısımlar, eserin niteliğine zarar vermeksizin eserden ayrılabilirdiği için bu kısımlara ilişkin hakların haczi açısından hukuken herhangi bir engel bulunmamaktadır. Haczin paraya çevrilmesi açısından İcra ve İflas Kanunu'nun 121. maddesi uygulanacağı ve bu hükümde icra mahkemesinin gerekli olan önlemleri alacağı düzenlendiği için, icra mahkemesi öncelikle ilgili kısmın eserden ayrılmasına ve daha sonra ilgili kısım üzerindeki malî hakların paraya çevrilmesine karar verir.

3. Birlikte Eser Sahipliğinde Haciz

Birden fazla kişinin ortak fikrî çaba sonucu meydana getirdikleri ve niteliğini kaybetmedikçe birbirinden ayıramayan kısımlardan oluşan eserler iştirak halinde eser olarak ifade edilmektedir⁷¹. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 10. maddesinde birlikte eser sahipliği, “*Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir*” şeklinde ifade edilmiştir.

Birlikte eser sahipliğinde, birden fazla kişi ortak bir emek ile bir eser meydana getirmekte ve bu eser üzerindeki haklar bir bütün teşkil etmektedir. Bu halde, eseri oluşturan her bir kısım tek başına bir eser niteliği taşımamakta; ancak bir araya getirildiğinde eser olarak kabul edilmektedir⁷².

Birlikte eser sahipliği anlaşmaya ya da kanuna dayanabilir. Kanuna dayanan eser birliğine örnek olarak sinema eserleri gösterilmektedir⁷³.

Kanun'un birlikte eser ile ilgili tanımından hareketle burada kanuna dayanan bir elbirliği mülkiyetinin var olduğu kabul edilmektedir⁷⁴. Kanun koyucu da birlikte eser sahipliği halinde, yine bir elbirliği mülkiyetinin konusunu oluşturan, adi şirkete ilişkin hükümlerin (TBK m. 520 vd.) uygulanacağını dü-

71 Ateş, s. 204.

72 Ateş, s. 214.

73 FSEK m. 8/3: “Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler.”

74 Öztan, s. 263; Tekinalp, s. 150; Ateş; s. 216. “... birden fazla kimsenin iştiraki ile meydana getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi onu vücuda getirenlerin birliği olduğundan E.K., F.G. ve D. B.’un bu eserin iştirak halinde malikleri olduğunun anlaşıldığı...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2011/7296, K: 2011/7174, T: 14.06.2011, Yavuz, Levent&Alıca, Türkay&Merdivan, Fethi (2013) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C: I, Ankara, Seçkin, s. 214.

zenlemiştir (FSEK m. 10). Ancak, adi şirket bir sözleşmeye dayanmakta iken; birlikte eser sahipliğinde maddî bir fiil söz konusudur⁷⁵. Bu sebeple öğretilerde, adi şirkete ilişkin hükümlerin birlikte eser sahipliğinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabileceği ifade edilmiştir⁷⁶.

Eser sahipleri, eserin tamamı üzerinde mülkiyet hakkına sahip bulunmakta; eser üzerinde tek başına tasarruf yetkileri bulunmamaktadır⁷⁷. Bu nedenle, eser sahiplerinden birinin hakkını üçüncü bir kişiye devri mümkün değildir⁷⁸.

Tüm bu açıklamalar altında, birlikte eser sahipliğinde eseri meydana getirenlerden birinin şahsî bir borcu nedeni ile bu eserin ve üzerindeki malî hakların haczinin mümkün olup olmadığının tespiti gerekir. Kanun'da bu hususa ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu halde, elbirliği mülkiyetine ilişkin hükümlerden ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde adi şirkete ilişkin hükümlerden hareket edilebilir.

Türk Borçlar Kanunu'na göre, ortaklardan birinin hissesinin haczedilmesi halinde şirket sona erer (TBK m. 344/3). Öğretilerde bu hükmün, birlikte eser sahipliğine uygulanamayacağı; zira eser sahiplerinden tamamının muvafakati olmadan eserin satılmasının söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir⁷⁹.

Elbirliği mülkiyetine ilişkin hükümler bakımından ise, tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermiş olması gerekir (TMK m. 702). Bu nedenle, eserin tamamını etkileyecek olan bir tasarruf işleminin yapılabilmesi için tüm ortakların birlikte karar vermiş olması gerekir⁸⁰. Dolayısıyla ortakların tamamının kararı olmadıkça eserin icra yoluyla satışı mümkün olmaz. Öğretilerde bu halde Kanun'da bir boşluğun bulunduğu, 64. maddenin kıyasen uygulanmasıyla bu boşluğun doldurulabileceği savunulmuştur⁸¹. Bu hükme

75 Erel, s. 90; Ateş, s. 215; Tekinalp, s. 150. Maddî fiiller, irade açıklamalarının bir türünü oluşturmakta olup, iradenin yönelmiş olduğu maddî sonuca hukukî hükümler bağlanmaktadır. Maddî fiillere, hukukî işlemlere ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Bkz. Eren, Fikret (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. B., Ankara, Yetkin, s. 162. Birlikte eser sahipliğinde de birden fazla eser sahibinin eseri meydana getirmesi ile birlik oluşmakta ve Kanun buna bazı sonuçlar bağlamaktadır. Eser meydana getirildikten sonra, istenirse eser sahipleri aralarındaki ilişkiyi sözleşmesel bir birlikteliğe dönüştürebilirler. Bkz. Tekinalp, s. 151. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2002/2751, K: 2002/6456, T: 24.06.2002.

76 Erel, s. 90; Öztan, s. 263. Örneğin, birlik koruma süresinin bitimi ile sona erer ve bundan önce fesih mümkün değildir. İşte bu halde adi şirkete ilişkin fesih hükümleri birlikte eser sahipliğine uygulanamaz. Bkz. Tekinalp, s. 153; Yavuz&Alica&Merdivan, C: I, s. 208.

77 Ateş, s. 217.

78 Öztan, s. 266.

79 Öztan, s. 266; Erel, s. 92.

80 Ateş, s. 231; Utku, s. 187.

81 Arslanlı, s. 71; Öztan, s. 266; Erel, s. 92-93; Ateş, s. 231. Öğretilerdeki bir görüşe göre ise bu

göre, ortaklar haciz alacaklısına uygun bir bedel ödeyip, borçlu eser sahibini birlikten çıkararak birliğin devamını sağlayabilirler.

Kanaatimizce adi şirkete ilişkin hükümlerden hareketle, birlikte eser sahipliğinin haczine imkân verilmesi mümkün değildir. Zira bu halde eserin niteliğini kaybetmeden kısımlara ayrılması mümkün değildir. Ayrıca, eser üzerindeki malî haklar üzerinde de eser sahipleri el birliği halinde maliktirler ve bu haklardan birinin dahi yalnızca bir eser sahibinin şahsî borçları nedeni ile haczedilmesi halinde diğer eser sahiplerinin hakları ihlal edilmiş olacaktır. Örneğin, eser sahiplerinden birinin borcu nedeni ile eser üzerindeki çoğaltma hakkının haczi halinde diğer eser sahiplerinin onayı olmadıkça bu haciz anlam ifade etmeyecek, eser çoğaltılamayacaktır. Diğer bir anlatımla, ne ortak eserde olduğu gibi eser kısımlara ayrılarak haczedilebilir ne de eser üzerindeki malî hakların haczedilerek paraya çevrilmesi mümkündür⁸². Eser sahiplerinden birinin borcu nedeni ile alacaklı alacağını talep ettiğinde, bu eserin ve bundan doğan hakların varlığına rağmen alacaklının alacağına kavuşmaması da düşünülemez. Bu durumda öncelikle, eser sahibinin eser üzerindeki haklarından elde edeceği gelir üzerinden haciz söz konusu olabilir. Bu halde herhangi bir satışa gerek kalmaz. Ancak, bu gelirin yeterli olmaması ya da hâlihazırda böyle bir gelirin bulunmaması halinde ise öğretinin genel olarak kabul ettiği şekilde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 64. maddesi kıyasen uygulanarak borçlu eser sahibinin payına karşılık gelen miktar ödenerek ortaklıktan çıkarılması ve haczin tasfiye payı üzerinden devamı sağlanabilir. Bu yaklaşım İcra ve İflas Kanunu'nun 121. maddesine de uygundur⁸³.

Eser üzerindeki malî hakların konu olduğu hukukî işlemlerden elde edilen alacak haklarının ise haczi açısından herhangi bir sorun bulunmamaktadır.

halde elbirliği mülkiyeti söz konusu olduğundan haciz mümkün değildir. Bkz. Beşiroğlu, Akın (2006) Fikir Hukuku Dersleri, İstanbul, Arıkan, s. 437.

82 “... Adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında icra takibi yapılması halinde, borçlu ortağın kar veya tasfiye payı belirlenmeden ortaklığa ait mevcut bir hakka veya üçüncü kişide olup, ortağa düşecek bir hakkın haczine karar verilemeyeceğinden, ... ortak girişimin, Orman Genel Müdürlüğü'ne verdiği hizmetin karşılığında elde edeceği semerelerden borçlu paydaşa düşecek kısmın haczine ilişkin icra memuru işlemi usul ve yasaya aykırıdır...”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2013/1233, K: 2014/1014, T: 10.12.2014, <www.kararara.com>, s.e.t. 04.02.2016.

83 Zira İcra ve İflas Kanunu'nun 121. maddesinin son fıkrasının verdiği geniş yetki nedeni ile icra mahkemesi iştirak halindeki mülkiyete son verilmesini sağlamak için takip alacaklısı ya da icra memuru görevlendirilebilir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E: 48, K: 15, T: 14.04.1943, Uyar, Talih (2004) İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C: 6, 2. B., Ankara, Bilge, s. 9501. Ortaklık sona erdikten sonra ise tasfiye payları üzerinden haciz sağlanmaktadır. Birlikte eser sahipliğinde sona erme müessesesi her ne kadar işin niteliğine uygun düşmese de, bu halde en azından borçlu eser sahibinin ortaklıktan çıkarılarak tasfiye payı üzerinden haczin mümkün olması gerekir.

4. Eserle Bağlantılı Hakların Haczi

Yeni bir eser ortaya koymamakla birlikte mevcut eserin kitlelere ulaşmasında aracılık eden ve bu anlamda fikrî bir emek harcayan kişilere bağlantılı hak sahipleri, bu kişilerin sahip oldukları haklara ise eserle bağlantılı haklar denilmektedir⁸⁴. Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği'nin tanımları içeren 4. maddesinde, bağlantılı haklar, “*Eser sahibinin haklarına zarar vermeden ve onun rızası ile bir eseri özgün biçimde icra eden veya icrasına katılan, bir icrayı ya da sesleri ilk defa tespit eden, yayınlayan gerçek ve tüzel kişilerin münhasıran sahip oldukları; icrayı tespit etme, çoğaltma, kiralama, telli-telsiz her türlü araçla yayınlama ve kamuya açık yerlerde temsil suretiyle bundan faydalanma hakları*” olarak tanımlanmıştır.

Bağlantılı haklar da, fikrî haklar gibi mutlak haklar arasında yer almakta olup sahibine münhasır yetkiler tanımaktadır⁸⁵. Bu haklar eser sahibi haklarına bağlı olup, eser sahibinin haklarını zedelediği ölçüde kullanılması mümkündür⁸⁶. Bu haklar, eser sahibinin haklarını sınırlayamaz ve değiştiremez⁸⁷.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 80. maddesi ile düzenleme altına alınan bağlantılı hak sahipleri, icracı sanatçılar⁸⁸, fonogram yapımcıları⁸⁹ ve radyo ve televizyon kuruluşları⁹⁰ olarak sayılmıştır. Bu hükümde bağlantılı hak sahiplerinin birtakım malî ve manevî haklara sahip oldukları düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca Yönetmelikte de bağlantılı hak sahiplerinin hakları düzenlenmiştir. Ancak ne Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ne de Yönetmelikte bu

84 Bağlantılı haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, Azra (2005) Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Hukuku'nda Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul, Vedat, s. 30 vd.

85 Arkan, s. 31.

86 Arkan, s. 33-34.

87 Tekinalp, s. 271.

88 İcracı sanatçılar, eseri özgün bir biçimde anlatan, söyleyen, yorumlayan ve diğer şekillerde icra eden kişilerdir. Bkz. Tekinalp, s. 271; Bozbel, s. 381.

89 Fonogram yapımcıları, icraları ya da icra ya da diğer seslerin ses taşıyıcıları üzerine kaydedilmesi için organizasyon ve yatırım yapan kişilerdir. Bkz. Bozbel, s. 387 vd. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 80/I- B maddesinde fonogram yapımcılarının eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra Kanun ile düzenlenen haklara sahip olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla mali hakların kullanım hakkının devralınmasından sonra fonogram yapımcılarının çoğaltma, dağıtma, satma, kiralama veya ödünç verme ve umuma iletim gibi birtakım mali haklara sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

90 Radyo ve televizyon kuruluşları, yayın yapan her türlü özel ve kamu tüzel kişileridir. Bkz. Tekinalp, s. 281; Bozbel, s. 392 vd. Radyo ve televizyon kuruluşlarının hakları Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 80/I- C maddesi ile hüküm altına alınmıştır.

hakların devrine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak Yönetmeliğin 23. maddesinde bağlantılı hak sahiplerinin haklarının devrinde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu halde, bağlantılı hak sahiplerinin manevî hakları açısından⁹¹ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 19. maddesi kıyasen uygulanır ve manevî hakların devri ve dolayısıyla da haczi mümkün değildir⁹².

Malî haklar açısından ise, Kanun'un 80/1A-5. maddesinde icracı sanatçıların malî haklarını uygun bir bedel karşılığında yapımçıya devredebileceği düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle, malî hakların yalnızca yapımçıya devrinin mümkün olduğu, üçüncü şahıslara devre imkânının bulunmadığı düşünülse de, bu hükümle kastedilen yapımçıya devir halinde uygun bir bedelin ödenmesi gerekliliğidir⁹³. Malî hakların devri açısından da Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun genel hükümlerinden hareket edilmelidir. Bu nedenle eser sahibinin malî haklarının devrini düzenleyen 48. maddenin kıyasen uygulanması yolu ile bağlantılı hak sahibinin malî haklarının da devrinin mümkün olduğu söylenebilir. Devri mümkün olan hakların haczi de mümkündür⁹⁴. Bu durumda da, kanaatimizce, İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesinin kıyasen uygulanması yolu ile haczin gerçekleştirilmesi gerekir.

B. FİKRİ MÜLKİYETE KONU MALLARIN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Fikrî mülkiyetin konusunu oluşturan fikir ve sanat eserlerine ilişkin malî hakların haczedilmesinin ardından paraya çevrilerek alacaklının alacağına kavuşturulması gerekmektedir.

Öncelikle fikrî mülkiyete konu malların haczinden sonra hangi süre içinde satış talep edilebileceği tespit edilmelidir. Satış istemesi süresi açısından İcra ve İflas Kanunu'nda taşınır ve taşınmazlara göre bir ayırım yapılmıştır. İcra ve İflas Kanunu'nun 106. maddesine göre taşınır mallar açısından hacziden itibaren 6 ay; taşınmaz mallar açısından ise 1 yıllık süre öngörülmüştür. Fikrî mülkiyete konu mallar ise, daha önce de ifade edildiği gibi, taşınır ya da taşınmaz mal şeklinde kategorize edilmeleri mümkün olmayan gayri maddî malvarlığı unsurlarıdır. İşte bu nedenle bu haklara ilişkin hacziden sonra hangi sürenin dikkate alınması gerektiği tespit edilmelidir. Öğretide,

91 FSEK m. 80'e göre yalnızca icracı sanatçıların manevî hakları bulunmaktadır.

92 Arkan, s. 226.

93 Arkan, s. 227-228.

94 Aynı yönde bkz. Bolayır, s. 2522-2523.

İcra ve İflas Kanunu'nun 106. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan alacak haklarının taşınır hükmünde kabul edileceğine ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanacağı haklı olarak savunulmuştur⁹⁵.

Yine, bu görüşten hareketle paraya çevrilme açısından bu hakların da taşınır gibi düşünülmesi gerektiği ve hacizde tertip kuralı gereğince taşınmazlardan önce satılması hususu da öğretilde dile getirilmiştir. Ancak, nitelikleri gereği özellik arz etmeleri nedeni ile bu hakların paraya çevrilmesinden önce taşınırın tamamının paraya çevrilmesi ve daha sonra gerek varsa bu haklarının satışının gerçekleştirilmesi gerekir⁹⁶.

Eşya niteliği bulunmayan ve değerlerinin tespiti güç olan bu hakların ne şekilde paraya çevrileceği İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak öğretilde bu hakların paraya çevrilmesinde 121. maddenin uygulanacağı hususunda görüş birliği mevcuttur⁹⁷. Zira bu hükümde, “*bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi yukarıki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların satılması lâzımgelirse icra müdürü satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar*” ifadesine yer verilmiş ve “gibi” ifadesi ile maddede yapılan saymanın tahdidi olmadığı belirtilmiştir⁹⁸.

İcra ve İflas Kanunu'nun 12. maddesine göre, icra müdürü fikrî mülkiyete konu malın satışının ne şekilde gerçekleştirileceği hususunda icra mahkemesine danışacak, icra mahkemesi ise yerleşim yerleri bilinen ilgilileri dinledikten sonra satış hakkında karar verecektir. Fikrî mülkiyete konu malın paraya çevrilmesi açısından dinlenmesi gereken ilgililerin başında borçlu eser sahibi ile haczi koyduran alacaklılar gelmektedir⁹⁹. Ayrıca fikrî mülkiyete konu hak üzerinde bir lisansın varlığı halinde, lisans hakkı sahibinin de dinlenmesinde yarar vardır¹⁰⁰. Yine üzerinde rehin bulunan haklar açısından rehinli alacaklıların da dinlenmesi gerekir¹⁰¹.

95 Bolayır, s. 2558. Marka hakkında aynı yönde bkz. Taş Korkmaz, Hülya (2013) ‘Marka Hakkının Haczi ve Paraya Çevrilmesi’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XII, S: 2, s. 37. Bu kabul yalnızca satış isteme süreleri bakımından geçerli olup, satışın taşınır satışı gibi yapılacağı anlamına gelmemektedir.

96 Bolayır, s. 2543, 2548.

97 Bolayır, s. 2553.

98 Uyar, Talih (1978) ‘Paraya Çevrilmesi Özel Bir Usulü Gerektiren Mal ve Haklar’, Ankara Barosu Dergisi, S: 3, s. 432.

99 Bolayır, s. 2554. Marka hakkında aynı yönde bkz. Yasaman, Hamdi&Altay, Sıtkı Anlam&Ayoğlu, Tolga&Yusufoğlu, Fülürya&Yüksel, Sinan (2004) Marka Hukuku, C: 2, İstanbul, Vedat, s. 718; Topuz, s. 415.

100 Bolayır, s. 2554. Marka açısından aynı yönde bkz. Yasaman&Altay, s. 718.

101 Bolayır, s. 2554.

İcra mahkemesi ilgilileri dinledikten sonra ise, açık artırma usulü ile satışa karar verebilir, satış için bir memur tayin edebilir ya da gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verebilir (İİK m. 121/2). Gereklî tedbirleri alabilme yetkisi olan mahkeme, lüzum halinde açık artırma yoluyla satıştan vazgeçerek pazarlık yoluyla satışa da karar verebilecektir¹⁰². Satışın pazarlık usulü ile yapılmasına karar verilmesi halinde 119. maddede düzenlenen şartların varlığını aranmasına gerek kalmayacaktır¹⁰³.

SONUÇ

Fikrî bir çabanın ürünü olarak ortaya çıkan ve sahibine mutlak bir hak sağlayan fikrî haklar, gayri maddî malvarlığı unsurları içinde yer almakta ve bir eşya olarak değerlendirilememektedir. Bu nedenle, fikir ürünlerinin haczinde İcra ve İflas Kanunu'nun taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün olmamakta, bu hakların haczinde hangi hükümlerin uygulanması gerektiği ise tartışmaya yol açmaktadır. Fikrî ürünlerin haczini konu alan bu çalışmada bahsi geçen tartışmalara yer verilerek şu sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Fikrî haklar, günümüz hukuk sistemi açısından, fikir ve sanat eserleri ile sınaî hakları içine alan geniş bir haklar kategorisinden oluşmaktadır.
2. Fikir ve sanat eserlerinin haczi açısından Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca eserin alenileşmiş olup olmadığına göre bir ayırım yapılmalı ve sinema eserleri dışında alenileşmemiş eserlerin haczi hiçbir şekilde mümkün olmamalıdır. Alenileşmiş eserler açısından ise, hem eserin aslı ve müsveddeleri ile çoğaltılmış nüshalarının hem de eser üzerindeki malî hakların haczi mümkündür. Malî hakların haczinde İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesi uygulama alanı bulacak ve bu hak, sahibinin nezdinde tutulan bir tutanakta değerinin belirlenmesi yoluyla haczedilecektir.
3. Malî hakların konu olduğu hukukî işlemlerden elde edilen para alacaklarının yanı sıra sahibine maddî bir menfaat sağlayan paradan başka alacakların da haczi mümkündür.

102 Marka hususunda aynı yönde bkz. Yasaman&Altay, s. 719; Topuz, s. 415.

103 Yasaman&Altay, s. 719. Aksi yönde bkz. Bolayır, s. 2558.

4. Eser üzerinde lisans hakkının bulunması halinde lisansın türüne göre bir ayırım yapılmalıdır. Eser inhisari lisans hakkı sahibinin hakları ile yük-lü olarak devredilecekken; inhisari olmayan lisanslar açısından böyle bir durum söz konusu olamaz. Bu kişilerin istihkak davası açma hakları da yoktur. Ancak sözleşmenin diğer tarafı konumundaki eser sahibine baş-vurabilirler.
5. Ortak eserlerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde paylı mülkiyete ilişkin hükümler uygulanacağından ve eserin niteliğine zarar vermeksizin kısım-lara ayrılmasının imkan dâhilinde bulunmasından ötürü, haciz mümkün iken; birlikte eser sahipliğinde eser sahipleri eser üzerinde elbirliği ile mül-kiyet hakkına sahip olduklarından bu eserin ancak tasfiye payı üzerinden haczi mümkündür.
6. Eser sahibinin haklarına bağlantılı haklar da hak sahibine malî bazı haklar tanıdığından bu hakların haczedilmesi de, Fikir ve Sanat Eserleri Kanu-nu'nun genel hükümlerinin kıyasen uygulanması ile, mümkündür.
7. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki malî hakları konu alan hukukî işlemler-den doğan para alacaklarının haczinde İcra ve İflas Kanunu'nun 88 ve 89. maddeleri uygulanır.
8. Fikrî hakların paraya çevrilmesinde İcra ve İflas Kanunu'nun 121. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, paraya çevrilme usulüne icra mah-kemesi karar vermelidir. Satış talebinde bulunma süresi ve satışta tertip açısından ise, bu haklar taşınır gibi değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

Altaş, Hüseyin (2009) *Hasılat ve Şirket Kirası*, Ankara, Yetkin Yayınları.

Altay, Sümer (1998) '5846 Sayılı FSEK Bağlamında Mali Hakların Hazine ve İflâs Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi', İHFM, C: LVI, S: 1-4, s. 209-218.

Arkan, Azra (2005) *Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Hukuku'nda Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Arsılanlı, Halil (1954) *Fikri Hukuk Dersleri- Fikir ve Sanat Eserleri*, İstanbul.

Aslan, Kudret (2005) *Hacizde İstihkak Davası*, Ankara, Turhan Kitabevi.

Ateş, Mustafa (2012) *Fikrî Hukukta Eser Sahipliği*, Ankara, Adalet Yayınevi.

Beşiroğlu, Akın (2006) *Fikir Hukuku Dersleri*, İstanbul, Arıkan Yayıncılık.

Bolayır, Nur (2014) 'Fikri Mülkiyet Haklarında Cebrî İcra Sistemi', *Hakan Pekcanitez'e Armağan*, C: III, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2014, S: Özel, C: 16, s. 2513- 2570.

Bozbel, Savaş (2012) *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık.

Deliduman, Seyithan (2002) '5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Haczin Konusu', *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku*, 8- 11 Ocak 2002, Ankara Barosu, Ankara, s. 866-876.

Erel, Şafak N. (2009) *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları.

Eren, Fikret (2015) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. B., Ankara, Yetkin Yayınları.

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat (2013) *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Ankara, Turhan Kitabevi.

Kuru, Baki (1962) 'Haczi Caiz Olmayan Şeyler', *AÜHFD*, C: XIX, S: 1-4, s. 277-326.

Kuru, Baki (2015) *Medenî Usul Hukuku*, İstanbul, Legal.

Kuru, Baki (2013) *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Ankara, Adalet Yayınevi.

Öztan, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi.

Pekcanitez, Hakan&Atalay, Oğuz&Özekes, Muhammet (2015) Medenî Usûl Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Postacıoğlu, İlhan E. (1975) Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. B., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.

Taş Korkmaz, Hülya (2005) 'Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Haczi Mümkün Olan Malvarlığı Unsurları', MİHDER, S: 2, s. 327-352.

Taş Korkmaz, Hülya (2013) 'Marka Hakkının Haczi ve Paraya Çevrilmesi', İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XII, S: 2, s. 23-43.

Tekinalp, Ünal (2012) Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Topuz, Gökçen (2008) 'Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi', Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 2, s. 403-417.

Tosun, Yağın (2009) Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul, XII Levha Yayıncılık.

Tüysüz, Mustafa (2007) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara, Yetkin Yayınları.

Tüzüner, Özlem (2007) Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tüzüner, Özlem (2011) Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Utku, Doruk (2009) Sinaî Hakların Rehni, Ankara, Yetkin Yayınları.

Uyar, Talih (1978) 'Paraya Çevrilmesi Özel Bir Usulü Gerektiren Mal ve Haklar', Ankara Barosu Dergisi, S: 3, s. 431-435.

Uyar, Talih (2004) İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C: 6, 2. B., Ankara, Bilge Yayınevi.

Üstündağ, Saim (2000) İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, Nesil Matbaacılık.

Yasaman, Hamdi&Altay, Sıtkı Anlam&Ayoğlu, Tolga&Yusufoğlu, Fülürya&Yüksel, Sinan (2004) Marka Hukuku, C: 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Yavuz, Levent&Alıca, Türkay&Merdivan, Fethi (2013) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C: I, 1. B., Seçkin Yayıncılık.

Yavuz, Levent&Alıca, Türkay&Merdivan, Fethi (2013) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C: II, 1. B., Seçkin Yayıncılık.

ISLAHLA DAVA DEĞERİNİN ARTIRILMASI SONUCUNDA ORTAYA ÇIKAN BAZI HUKUKİ MESELELER

Yrd. Doç. Dr. Okan GÜNDÜZ*

ÖZET

Bu makalemizin konusunu ıslah yolu ile dava değerinin artırılması ve buna ilişkin ortaya çıkan bazı hukuki sorunların incelenmesi oluşturmaktadır. Makalemizde, dava değerinin artırılması açısından belirsiz alacak davası ve kısmi davanın değerlendirilmesi, ıslah harcının ödenmemiş olmasının ıslah işlemine etkisi, ıslah dilekçesinde faiz talep edilmemesinin sonucu, ıslah yoluna bir kez başvurulabileceği kuralının dava değerinin artırılması açısından gerekliliği konuları inceleme konusu yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Islah, dava değerinin artırılması, kısmi dava, belirsiz alacak davası.

* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, okan.gunduz@okan.edu.tr

SOME LEGAL PROBLEMS DUE TO THE ESCALATION OF LAWSUIT VALUE BY AMENDMENT PLEADING

ABSTRACT

This article will be elaborating the issue of escalating the value of the lawsuit by amendment pleading and the legal outcomes related to this action. Scope of the article consists of the comparison of unknown money claim lawsuit and the partial lawsuit in the context of escalating the lawsuit value, consequences of not depositing the court fee for the amendment of the money claim, result of not requesting interest in the amendment pleading and the necessity of the rule providing that the parties can apply to amendment of pleading only once in the judgement.

Keywords: Amendment pleading, escalation of lawsuit value, partial lawsuit, unknown money claim lawsuit.

GİRİŞ

Kısmi davada ıslah yoluyla dava değerinin artırılması mümkündür. Davacının, aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının tamamı yerine şimdilik belirli bir kısmını dava edip, bakiyesini dava kapsamı dışında tutmasına kısmi dava denilmektedir¹. Kısmi davada yargılama sonucu ortaya çıkan miktara “tespite ilişkin bölüm” denilmekte, bu bölüm için uzun yıllar boyunca ikinci bir dava (ek dava) açılmakta iken, Anayasa Mahkemesi’nin mülga 1086 sayılı HUMK’un 87/son maddesini iptal eden 20.07.1999 tarihli 1/33 sayılı karardan sonra ıslah adı altında dava değerinin artırılması uygulamasına geçilmiş bulunmaktadır.

Uygulamada eskiden beri tam olarak miktarı bilinmeyen alacaklar için kısmi dava açılması yoluna gidilmesinin nedenlerinden birisi, eda davası açılabilen hallerde tespit davası açılmayacağına dair Yargıtay uygulamasıydı. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) yürürlüğe girmesi ile birlikte miktarı bilinmeyen alacaklar için artık tespit, belirsiz alacak davası ya da kısmi dava açılması mümkün hale gelmiştir.

Miktarı bilinmeyen alacaklar için kısmi dava açılması yolu açık olduğundan ıslahla dava değerinin artırılması konusu halen güncelliğini korumaktadır. HMK m. 109/2 hükmünün 11.04.2015 tarihinde yürürlüğe giren 6644 sayılı Kanun² ile mülga hale gelmesi sonrasında taraflar arasında tartışmasız ve miktarı açıkça belirli alacaklar için de kısmi dava açmak artık mümkün hale gelmiştir. HMK m. 107’de yer alan belirsiz alacak davasının dava değerinin artırılması konusunda bütün sorunları çözdüğü söylenemez. Islahla ilgili HMK’da yer alan hükümler, dava değerinin artırılması konusunda yeterince açık ve yol gösterici hükümler içermemektedir.

Yargıtay kararlarına yansıyan ıslahla ilgili meseleler özellikle dava değerinin artırılmasının tam mı yoksa kısmi ıslah mı olduğu tartışması ve buna bağlı olarak davanın açıldığı tarih, zamanaşımı def’inin ileri sürülmesi, artırılan değer için faizin hangi tarihten işlemeye başlayacağı, bozmadan sonra ıslah yapıp yapılamayacağı konuları üzerinde olmuştur. Yargıtay daireleri

1 Alangoaya, Yavuz H./Yıldırım, Kamil M./ Deren-Yıldırım, Nevhis (2009) Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, Beta Yayınları, s. 213; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema (2016) Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 304; Kuru, Baki (2016) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 218; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet (2016) Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 257; Tanrıver, Süha (2011) Kısmi Dava Kurumu Üzerine Düşünceler, Makalelerim II, Ankara, Adalet Yayıncılık, s. 95-113, s. 95.

2 6644 sayılı Yargıtay Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (R.G. Tarihi: 11.04.2015, Sayısı: 29323); Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 258.

arasında ıslahla ilgili birçok meselede tutarlı bir uygulama bulunmamaktadır. Doktrinde, fikir ayrılığı bulunan ıslah gibi konularda, kişilerin hak kaybına uğramaması için içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmesi gerekliliği haklı olarak birçok kez vurgulanmış olmasına rağmen halen bu yola gidilmemiştir. HMK'da ise, dava değerinin artırılması özelinde, ıslahla ilgili tartışmalı olan bu konulara ilişkin açık düzenlemeler yapılması yoluna gidilmemiştir. Ancak, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce tartışmalı olan konular arasında bulunan ıslahla zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülemediği hakkında ve davada tarafların değiştirilemeyeceğine yönelik m. 176 gerekçesinde açıklamalara yer verilmiştir³.

Bu makalemizin konusunu ıslah yolu ile dava değerinin artırılması ve buna ilişkin ortaya çıkan bazı hukuki sorunlar oluşturmaktadır. ıslahla dava değerinin artırılması doktrinde bazı yazarlarca çeşitli açılardan inceleme konusu yapılmıştır. Amacımız, mevcut eserlerdeki konuların tekrar edilmesi olmayıp, yeterince değinilmemiş bazı hususların üzerinde durulması ve sorunlara ilişkin somut öneriler getirilmesidir. Bu nedenle, makalemizde bu konuyu, dava değerinin artırılması açısından belirsiz alacak davası ve kısmi davanın değerlendirilmesi, ıslah harcının ödenmemiş olmasının ıslah işlemine etkisi, ıslah dilekçesinde faiz talep edilmemesinin sonucu, ıslah yoluna bir kez başvurulabileceği kuralının dava değerinin artırılması açısından gerekliliği şeklinde konu başlıkları altında inceleyeceğiz.

I. BELİRSİZ ALACAK DAVASI KARŞISINDA KISMİ DAVANIN GEREKLİLİĞİ

ıslah yolu ile dava değerinin artırılmasına ilişkin HMK'da açık hükümler getirilmemiş olmasının bir nedeni ise belirsiz alacak davasının getirilmesi ile meselelerin bu yolla çözümlenebileceğinin düşünülmüş olmasıdır. Belirsiz alacak davası açma imkanı varken, kısmi dava açma yoluna giden davacının artık bu davanın taşıdığı riskleri bilerek ve göze alarak hareket edeceği beklenmektedir⁴.

Mülga hale gelen HMK m. 109/2'de yer alan, "*dava konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli ise kısmi dava açılmayacağını*" düzenleyen hüküm karşısında, belirsiz alacak davası ve kısmi dava arasında-

3 Yıldırım, M. Kamil/Demirhan, Gülcan/Ferendeci Özkaya, Özden/Yücel Tunç, Müjgan/Kale, Serdar/Ülkü Gören, Nazlı (2013) Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Beta Yayınları; Budak, Ali Cem (2016) Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Adalet Yayınevi.

4 Belirsiz alacak davasında kesin hüküm için bkz. Pekcanitez, Hakan (2011) Belirsiz Alacak Davası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 70-72; Belirsiz alacak davası hakkındaki tartışmalar için bkz. HMK Değerlendirmesi (2012) Ankara, HUKAB Yayınları, s. 73-88.

ki ayırım net ve açık bir şekilde çizilmemiştir⁵. Bunun bir sebebi de, belirsiz alacak davasının tasarıda olmamasına rağmen son anca meclis görüşmeleri esnasında kabul edilmiş olmasıdır⁶. Anayasa Mahkemesi, HMK m. 109/2 mülga hale gelmeden önce, hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermişti⁷. Doktrinde, bu ayırımın yapılabilmesi için belirli, belirsiz ve belirlenebilen alacak şeklinde bir kategori yapılması önerilmiştir⁸. HMK m. 109/2'yi kaldıran Kanunun gerekçesinde, bölünebilen edimlerde, alacak görüntüsü içerisinde olsa dahi kısmi dava hakkının yasaklanamayacağı, bu konuda sayı sınırının da konulamayacağı, davanın somut niteliğine göre dürüstlük kuralına aykırılık var ise bu konuda usuli ve içtihadi boşluğun bulunmadığı (HMK m. 29, TMK m. 2, 3), HMK m. 109/2 hükmünün hak arama özgürlüğü ve adil yargılama hakkı ile çatışma içinde olduğu, tasarruf ilkesiyle de çeliştiği gerekçesiyle hükmün yürürlükten kaldırıldığı ifadelerine yer verilmiştir. Kanun değişikliği önergesinde en çok bir defa ön kısmi dava açılması önerilmiş ise de, bu teklif kabul edilmeyerek fıkranın tümüyle yürürlükten kaldırılması kabul edilmiştir. HMK m. 109/2'nin kaldırılması belirsiz alacak davası ile kısmi dava arasındaki ayırımın nasıl yapılacağı hakkındaki tartışmayı sona erdirmiş değildir.

Doktrinde, belirsiz alacak davasının, normal bir davadaki somutlaştırma, vakta ve talebin belirli olması gibi hususlar yönünden eksik olduğu, davalının yargılamadaki haklarını kullanmasını, savunma yapmasını zorlaştıran, silahların eşitliği ilkesi açısından kısmen davacı lehine bir denge oluşturan niteliğe sahip olduğu ve bu nedenle de özel durumlarda açılması gereken istisnai bir dava türü olduğu ifade edilmiştir⁹. Belirsiz alacak davasının bir kısmi dava olduğu görüşü de ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, alacak belirli (likit) ise kısmi dava açılabilir, alacak belirsiz (likit değilse) ise belirsiz alacak davası açılabilir. Kısmi davada alacaklı, davalının açık muvafakati olmadan veya islah yoluna başvurmadan, alacağın kalan kesimini aynı davada talep edemez; belirsiz alacak davasında ise talep edebilir. İki dava arasındaki fark bundan ibarettir¹⁰.

Bu hükmün mülga hale gelmesi ile birlikte artık her türlü alacak için belirli ya da belirsiz olup olmadığına bakılmaksızın kısmi dava açılabilmesi

5 HMK m. 109/2, 6644 sayılı Yargıtay Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır (Bkz. dn. 2).

6 Karşlı, Abdurrahim/Koç, Evren/Konuralp, Serhat (2014) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemleri Konular, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, s. 53-57.

7 AYMK, 2011/134E., 2012/83K., 24.05.2012T. (R.G. Tarihi: 13.02.2013, Sayısı: 28558).

8 Özekes, Muhammet (2014) "Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, C: 2, s. 1590-1606, s. 1605.

9 Özekes, s. 1605-1606.

10 Kuru, Baki (2016), s. 220 ve orada dn 37; Kuru, Baki/Budak, Ali Cem (2011) "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, s. 3-43, s. 12; Muşul, Timuçin (2012) Medeni Usul Hukuku, İstanbul, Adalet Yayınevi, s. 129.

mümkündür. Alacağın bir kısmı için dava açılması, yargılama giderlerinden tasarruf edilmesi, özellikle de davanın kaybedilmesi halinde avukatlık ücretine mahkum olmamak adına, davacının davanın seyrine göre tutumunu belirleyebilmesi açısından önemlidir. Davacının belirsiz alacaklar için belirsiz alacak davası, tespit davası veya kısmi davadan birini açma hakkı vardır; buna karşın belirli ya da belirlenebilir bir alacak söz konusu ise belirsiz alacak davası açılmayacaktır. Dava, belirsiz alacak davası şeklinde açılmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşııyorsa, o zaman dava hukuki yarar yokluğundan reddedilecektir¹¹.

A. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ KİSMİ DAVAYA NAZARAN FARK YARATAN BİR YÖNÜ BULUNMAKTA MIDIR?

Kuşkusuz, zamanaşımı, hak düşürücü süre ve faiz konuları açısından belirsiz alacak davasının kısmi davaya göre daha güvenli bir yol olduğu söylenebilir de, kısmi dava, karşı karşıya kalınacak yargılama giderleri açısından belirsiz alacak davasına göre daha güvenlidir.

Belirsiz alacak davacısını zor durumda bırakabilecek hususlardan belki de en önemlisi yargılamada birbirinden farklı rakamlar içeren hesap bilirkişi raporlarının alınması halidir. Keza, hesap bilirkişisi, hakimın takdiri için olayın özelliklerine göre alternatifli bir hesaplama yapmış olabilir. HMK m. 107/2 uyarınca, belirsiz alacak davasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonunda alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu andan itibaren davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini artırabilir.

Bütün bu hallerde, davacı hangi bilirkişi raporunu esas alarak dava değerini artıracaktır? Kendisi için en yüksek değeri kabul eden bilirkişi raporunu esas alacağı muhtemel olmakla beraber, bu kez davanın kısmen reddedilmesi halinde reddedilen tutar üzerinden yargılama giderleri ile karşılaşacaktır. Bu varsayımda, kısmi dava ya da tespit davası açmanın davacı açısından daha güvenli olduğu söylenebilir¹². Zira davacı, en düşük tutar üzerinden dava değerini ıslah etse bile, zamanaşımı veya hak düşürücü süre içerisinde olmak

11 Bkz. Yargıtay 22. HD. 2014/442E., 2014/2051K., 11.02.2014T. <www.kazanci.com>.

12 Benzer yönde bkz. Çil, Şahin/Kar, Bektaş (2012) 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 187: “Hakimin takdiri ile belirlenen manevi tazminat ile hakimın indirim yetkisinin olduğu cezai şart, bakiye süre ücreti, fazla çalışma ve tatil ücretleri için kısmi eda davasının açılması faydalı olur”.

kaydıyla, mahkemenin tespit ettiği fazlaya ilişkin kısım için ek dava veya tespit davası sonrasında eda davası açabilecektir. Davacı, eğer, henüz davanın erken bir aşamasında miktarı artırmış ise sonraki aşamada davalının açık izni yok ise dava miktarını değiştiremeyecektir. Kanun, belirsiz alacak davasında talep sonucunun belirlenmesi için davacıya sadece bir kez olanak tanımaktadır. Belirsiz alacak davasında bir kez talep sonucu artırılmış ise ikinci kez tutarı artırmanın ancak ıslah yolu ile mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Belirsiz alacak davasında davacının ıslah hakkı saklı kalmaktadır¹³.

Bu görüş kabul edilir ise, davacı belirsiz alacak davasında dava değerini iki kez artırma imkanına kavuşmaktadır. HMK m. 107/2'nin getiriliş amacı göz önüne alındığında belirsiz alacak davasında ıslahla dava değerinin ikinci kez değiştirilemeyeceği ileri sürülebilir. Aksi halde, belirsiz alacak davasında dava değerinin iki kez, buna karşın kısmi davada bir kez yapılabilmesi gibi çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır. Esasen kanun koyucunun da dava türleri arasında davacı açısından usuli eşitsizlik yaratacak böyle bir durumu bilinçli olarak öngörmüş olduğunu söylemek mümkün değildir.

B. KISMİ DAVANIN VE BELİRSİZ ALACAK DAVASININ KANUNDA YENİDEN DÜZENLENMESİ GEREKTİĞİ YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞÜMÜZ

HMK m. 107'nin gerekçesinde, “şüphesiz alacağın belirli hale müteakip ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilmiş ise, bundan sonra yeni bir artırma isteği iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır. Çünkü bu halde belirsizlik değil, davacının kendi ihmalinden kaynaklanan bir durum söz konusudur” denilmektedir. Ancak, yukarıda yer verdiğimiz üzere, davacı, hakim tarafından hangisinin esas alınacağını bilemediği bilirkişi raporlarından birisini seçmek durumunda kalmaktadır. Alacağın miktarı ancak yargılama sonunda belli olmaktadır. Başka bir ifade ile talep sonucu hakim kararını verinceye kadar belirsizdir. Belirsiz olduğu için davacıdan bunun belirlenmemesi beklemek gerekir. Davacının kendi ihmalinden kaynaklanan bir durum söz konusu olmamasına rağmen, eksik artırma yapmış ise sonradan kesin hüküm nedeniyle bu kısım için dava açamaması, fazla artırım yapmış ise bu kez de bu kısım için yargılama giderlerine mahkum olması söz konusu olacaktır¹⁴. Bu

13 Belirsiz alacak davasında kesin hüküm için bkz. Pekcanitez, s. 56; Kuru (2016), s. 222.

14 Pekcanitez, s. 66; Ercan, İbrahim (2012) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı - X, İzmir, Türkiye Adalet Akademisi, s. 102-185, s. 140, 174.

durum, davasını vekil olmaksızın takip eden kişiler açısından ciddi bir hak kaybına yol açacaktır. Vekil ile takip edilen davalar açısından ise bu durum avukatın hukuki sorumluluğunu doğurabilecektir. Alacak miktarının hâkimin takdirine bağlı olarak belirlendiği durumlarda, Alman ve İsviçre hukukunda mahkemenin taleple bağlı olmadan talep sonucunu belirlemesine cevaz verilmektedir. Bu ihtimalde hâkimin talep ile bağlı olması kuralına aykırı bir durumun söz konusu olmayacağı genel olarak kabul edilmektedir¹⁵. Bir kısım yazarlarca, Alman ve İsviçre hukukunda kabul edilen bu çözüm tarzının Türk hukukunda da uygulanabilir olduğu, hakimin davacının alacak miktarını kesin olarak belirleyemeyeceği hallerde taleple bağlı kalmaksızın karar verebileceği ifade edilmektedir¹⁶.

Kanaatimizce, davacının zamanlama hatası yaparak tutarı erken yükselettiği hallerde, dürüstlük kuralına aykırı düşmedikçe belirsiz alacak davasında tespit edilen fazlaya ilişkin kısım için yeni bir artırım yapmasına ya da ek dava açmasına imkan tanıyacak bir yasal düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır¹⁷. Diğer yandan, belirsiz alacaklar için, davacıyı belirsiz alacak davası ve kısmi dava arasında zor bir tercih arasında bırakmak yerine, ıslahla dava değerinin artırılmasına ilişkin açık düzenlemelere yer verilerek kısmi davanın geliştirilmesi yoluna gidilmelidir. Bu durumda, belirsiz alacak davası kurumuna da ihtiyaç kalmayacak veya en azından amacına uygun şekilde istisnai olarak bu yola başvurulacaktır.

Doktrinde, hükmedilen miktarın hakimin takdirinde olduğu veya talep sonucunun miktar olarak belirlenmesinin zor olduğu durumlarda, İsviçre ve Alman hukukunda olduğu gibi mahkemeye yargılama giderlerine hükmederken genel kuraldan ayrılıp takdir yetkisine göre taraflara yükletebileceği bir düzenlemeye yer verilebileceği de öneri olarak ifade edilmiştir¹⁸. Diğer bir görüş ise, HMK m. 109 ve m. 107 hükümlerinin yürürlükten kaldırılarak, idari yargıdaki genişletilmiş kısmi davaya (İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 16/4) benzer bir düzenlemenin HMK'ya da konulması yönündedir¹⁹. 6459 sayılı Kanun²⁰ ile değiştirilen İYUK m. 16/4 hükmüne göre, “*tam yargı davalarında*

15 Ercan, s. 139.

16 Simil, Cemil, (2013) Belirsiz Alacak Davası, XII Levha Yayıncılık, s. 147; Ercan, s. 140; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 125.

17 Yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu yönündeki görüşler için bkz. Kuru, (2016) s. 222; Ercan, s. 126; Karşlı, Abdurrahim (2012) Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, s. 395.

18 Ercan, s. 140; Simil, s. 150.

19 Kuru (2016), s. 222.

20 R.G. Tarihi: 30.04.2013, Sayısı: 28633.

dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir”.

Hükmün gerekçesinde, “AİHM, devletin sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında, davacıların yargılamanın yavaş işlemesinden doğan zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm bulunmadığı yönünde ülkemiz aleyhinde ihlal kararları vermektedir. Düzenlemeyle, idarî yargıda açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminatın daha yüksek olduğunun dava devam ederken anlaşılması durumunda, davacıya talep edilen miktarı arttırma hakkı verilmesinin adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edilmesi sebebiyle, nihai karar verilinceye kadar ıslah suretiyle talep edilen tazminat miktarını arttırma hakkı tanınmaktadır” ifadelerine yer verilmiştir. Düzenlemede yer verilen ıslah beyanına ihtiyaç olmaksızın davada miktarın yükseltilebilmesidir. Bu açıdan gerekçede yer verilen ıslah ibaresi karışıklık yaratmaya müsaittir.

Kanaatimizce, İYUK m. 16/4 hükmü, HMK m. 107'deki belirsiz alacak davasının kısmi davayı da içerecek şekilde idari yargılamadaki karşılığıdır. Bu açıdan, yukarıda verdiğimiz üzere yargılama sırasında bilirkişi incelemesi sonucu değişik alacak rakamları belirlenmiş ise davacının hangi rakamı esas alarak artırım yapabileceği sorununu çözmeyecektir. Benzer şekilde, kararın kanun yolu incelemesi neticesinde esastan bozularak yeniden bir karar vermek üzere ilk derece mahkemesine gelmesi halinde davacı tarafından dava değerinde yeni bir artırım yapılması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu açıdan davacının sonucu tam eda davası şeklinde olacak bir kısmi dava açmaya zorlanması kanaatimizce hak arama özgürlüğü ve tasarruf ilkesi ile çelişecektir. Nitekim, HMK m. 109/2 hükmü de bu gerekçe ile yürürlükten kaldırılmıştır. Sonuç olarak, İYUK m. 16/4 hükmünün medeni yargılamada uygulanması kısmi dava ile ilgili sorunları tam olarak çözemeyeceği düşüncesindeyiz.

II. ISLAH HARCININ ÖDENMEMİŞ OLMASININ ISLAH İŞLEMİNE ETKİSİ

Açılan her dava, harçtan istisna ve muafiyet söz konusu olmadıkça harca tabidir. Nisbi harca tabi bir dava açılmış ise 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca karar ve ilam harcının peşin yatırılması gerekecektir. Harçlar Kanununun 32. maddesi “*yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılamayacağını*” düzenlemektedir. Hükümde geçen yargı işleminden anlaşılması gereken Harçlar Kanununa ekli (1) sayılı Tarifede sayılan mahkeme ve taraflara ait usul işlemlerdir. Aynı Kanunun 30. maddesi ise yargılama sırasın-

da noksan tespit edilen değer üzerinden harcın ödenmesini düzenlemektedir. Şu halde, madde içeriğine göre noksan harç tamamlanmaz ise dosya işlemde kaldırılacaktır.

Kısmi ıslah ile dava değeri artırılmış ise bu durumda ıslah, bir taraf usul işlemi olduğundan nisbi harcın yatırılması gerekecektir. Eğer harç yatırılmamış ise Harçlar Kanunu m. 32 uyarınca müteakip işlemler yapılamayacaktır. Müteakip işlemlerin yapılamamasından anlaşılması gereken davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesidir²¹.

Harçlar Kanunu'nun 32. maddesinde ise harcın hiç ödenmemesi durumu düzenlenmektedir. Bu maddede harcın ödenmemesinin yaptırım olarak dosyanın işlemde kaldırılmasından söz edilmemektedir. Yargı kararlarında, Harçlar Kanunu'nun 30. maddesindeki düzenlemeden hareketle, harcın noksan yatırılması (Harçlar Kanunu m.30) ile hiç yatırılmaması hükümleri (Harçlar Kanunu m. 32) birlikte değerlendirilerek, ıslah harcının yatırılmaması durumunda dosyanın işlemde kaldırılacağına karar verildiği görülmektedir²². Yargıtay, bir kararında, ıslah sureti ile dava değerinin artırılması Harçlar Kanunu'nun 30. maddesinde ifade edilen değer in dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olması niteliğinde olduğundan ıslah ile talep sonucunun artırılmasında bu hükmün uygulanarak dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir²³. Davanın açılmamış sayılmasına karar verilmeden önce HMK m. 150'de yer alan 3 aylık sürenin dolması gereklidir. Bu süre içerisinde davacı eksik harcı ikmal eder ise davaya kalındığı yerden devam olunacaktır²⁴.

21 Yılmaz, Ejder (2013) HMK Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları ve orada anılan Yargıtay 8. HD. 2006/6721E., 2007/274K., 23.01.2007T. sayılı kararı; Kuru, Baki (2001) Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C:II, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, s. 1587; Karşı, s. 430; Kuru (2016), s. 591 vd.

22 Yargıtay 2. HD. 2016/4186E., 2016/9821K., 12.05.2016T. : “İpoteğin kaldırılmasına ilişkin istemler nispi harca tabi olup, davanın değeri ipotek miktarı olduğundan, bu bedel üzerinden nispi harç tamamlattırılmadan müteakip işlemler yapılamaz (Harçlar Kanunu m. 30-32). Açıklanan nedenlerle nispi peşin harç noksanlığının tamamlattırılması, tamamlanmaması halinde Harçlar Kanununun 30. maddesi gereğince işlem yapılması gerekirken harç eksikliği tamamlanmadan yargılamaya devamla işin esası hakkında karar verilmesi doğru görülmemiştir”. <www.legalbank.net>

23 Yargıtay 15. HD. 2015/5702E., 2016/3277K., 08.06.2016 <www.kazanci.com>.

24 Yargıtay 1. HD. 2009/5124E., 2009/6043K., 27.05.2009T.: “Hemen belirtilmelidir ki, 492 Sayılı Harçlar Yasasının 32. maddesine göre yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılamaz şeklindeki yasal düzenlemede öngörülen -müteakip işlemler yapılamaz- hükmünde kastedilen davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi olmayıp işlemde kaldırılması olduğu açıktır” <www.legalbank.net>.

Ancak, Yargıtay, bazı kararlarında, tamamlama harcı yatırılmayan ıslah beyanının yok hükmünde olduğuna veya dilekçenin ıslah dilekçesi niteliği taşımadığına karar vermiştir²⁵. Söz konusu kararlar, Yargıtay'ın Harçlar Kanunu m. 30'a yapmış olduğu atfıyla dosyanın işlemden kaldırılması gerekeceği yönündeki kararlarından farklı bir özellik taşımaktadır. Zira, ıslah beyanının yok hükmünde olduğunun yani hukuki sonuç doğurmayacağıın kabulü halinde, mahkemenin ayrıca dosyanın işlemden kaldırılması kararı vermesine gerek kalmayacaktır. Bu kararlarda söz edilen yok hükmünde sayılma sonucuna, HMK m. 178'de yer verilen ıslah sebebiyle ortaya çıkan yargılama giderleri ve karşı tarafın zararının bir haftalık süre içerisinde ödenmemesi halinde ıslahın yapılmamış sayılacağıını düzenleyen hükümden hareketle varılmış olması muhtemeldir. Islah harcının yatırılmaması ise HMK m. 178'deki durumdan farklıdır. Islah harcının yatırılmaması durumunda müteakip işlemlerin yapılamayacağına yönelik düzenlemenin usul hukukunda bir karşılığı olmalıdır.

Durumu somutlaştırmak gerekirse, davacının mahkemece verilen süre içerisinde tamamlama harcını yatırmadığı varsayımında mahkemece ıslah beyanı hiç yokmuşçasına mı bir hüküm verilmeli, yoksa ıslahla arttırılan kısım için dosyanın işlemden kaldırılmasına ve sonrasında da eğer yenileme yapılmamışsa davanın açılmamış sayılmasına mı karar verilmelidir? Her iki kararın farklı usuli sonuçları olacaktır. Bu konuda Yargıtay kararlarında bir tutarlılık ve açıklık olmadığı görülmektedir. Harçlar Kanunu m. 32'de, m. 30'dakinin aksine dosyanın işlemden kaldırılmasından söz edilmemektedir. Bu durumda ıslah harcının hiç yatırılmamasına bağlanan hukuki sonuç açısından bir kanun boşluğu olduğundan söz etmek mümkündür²⁶.

25 Yargıtay 9. HD. 2013/16507E., 2014/940K., 21.01.2014T.: “Mahkemece, tamamlama harcı yatırılmayan ve dolayısıyla yok hükmünde olan ıslah beyanına değer verilmesi bozma nedenidir” (www.legalbank.net); Yargıtay 19. HD. 2014/10619E., 2014/13513K., 16.09.2014T.; “Davacı vekilinin ıslah niteliği taşımayan dilekçesine dayanılarak davanın alacak davası niteliğinde görülüp sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir”; Yargıtay 1. HD. 7029E./8299K., 13.07.2009T.: “Birleşen dosya davacıları dilekçe ile ıslah isteğinde bulunmuşlarsa da başvuruları harçlandırılmamıştır. O halde, birleşen dosya davacıları bakımından HUMK'un 83 ve sonraki maddelerinde öngörüldüğü şekilde bir ıslahın yapıldığı söylenemeyeceği gibi muvazaa hukuksal nedenine dayalı olarak usulüne uygun bir talebin varlığı da kabul edilemez. Hal böyle olunca, yasada öngörülen şekilde ıslah gerçekleşmediği gözetilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekir” (Aktaran: Tutumlu, Mehmet Akif (2015) Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 341-347).

26 Kanun hükümlerinin yorumlanması konusunda hukuksal soruna cevap veren, olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmazsa bu konuda bir kanun boşluğunun varlığından söz edilir (Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami (2016) Medeni Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 77).

Harcı yatırılmayan ıslah beyanının yok hükmünde olduğunun kabulü halinde, ıslah hakkı kullanılmış sayılacak mıdır? Bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. HMK m. 180'de yer verilen tam ıslahta bir haftalık süre içerisinde ıslah dilekçesi verilmemesinin yaptırımı ıslahın yapılmamış sayılması ve ıslah hakkının kullanılmış sayılması; HMK m. 181'de yer alan kısmen ıslah başlıklı madde, ıslah hakkının kullanılmış sayılmasına yönelik bir ibare içermemektedir. Dava değerinin artırılmasına yönelik kısmi ıslahın yargılamayı geciktirmesi söz konusu olmayacaktır; sadece dava değeri değişecektir. Sırf harcın yatırılmamış olması sebebiyle, ıslah hakkının kullanılmış sayılmasını kabul etmek orantısız ve ağır bir yaptırım olacaktır. Bu nedenle, yargılama sırasında yeni bir ıslah beyanı verilebileceği ve durumun da HMK m. 176/2'de düzenlenen ıslah yoluna yargılama sırasında bir kez başvurulabileceği kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmelidir. Davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği kabulünde ise iki ihtimal söz konusudur. Mahkeme, esas hükümlerle birlikte harcı yatırılmayan ıslah beyanı hakkında davanın açılmamış sayılmasına karar vermeli ya da harcı yatırılmayan bu ıslah beyanını ayrı bir dosyada tefrik ederek karara bağlamalıdır.

Bir görüşe göre, kısmi ıslahta, verilen kesin süreye rağmen, ıslah harcının yatırılmaması halinde, ıslah hiç vaki olmamış gibi, asıl talebe göre nihai hüküm oluşturulmalıdır. Aksi halde, koşulları gerçekleşmeyen kısmen ıslaha göre asıl davanın gecikmesi söz konusu olacaktır. Tam ıslahta ise durum farklıdır; ıslah harcı yatırılmadan davaya devam edilemez. Bu halde dosya işlemden kaldırılmalıdır²⁷. Yok hükmünde sayılma kendiliğinden hukuki sonuç doğurur²⁸; bunun için hakimnin nihai kararına ihtiyaç olmayacağından, ilk ıslah dilekçesi için süresi içerisinde harç ödenmemiş ise aynı yargılama içerisinde yeni bir ıslah dilekçesi verilmesi mümkün olmalıdır.

Mahkeme tarafından ıslah harcının tamamlanması için verilen sürede harcın tamamlanması halinde ise ıslah beyanı hukuki sonuç doğuracaktır. Yargıtay, bu durumun, harç alınmadan esas defterine kayıt yapılması halinde deftere kayıt tarihinin davanın açılması açısından esas teşkil etmesi ile benzer bir hal olduğunu, bu nedenle de ıslahın yapılma zamanı açısından ıslah dilekçesinin ilk verildiği tarihin esas alınması gerektiğine hükmetmiştir²⁹.

27 Tutumlu, s. 348.

28 Oğuzman/Öz, s. 127.

29 Yargıtay 11. HD. 10588E./11807K., 13.11.2009 (Aktaran: Deynekli, Adnan (2013) Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 41).

III. ISLAH DİLEKÇESİNDE FAİZ TALEP EDİLMEMİŞ İSE HAKİM FAİZE HÜKMEDEBİLİR Mİ?

Bu sorunun cevabı dava konusunun artırılmasının yeni bir dava olup olmadığı ile ilişkilidir. HMK'da ve doktrinde ıslah, tam ıslah (m. 180) ve kısmen ıslah (m. 181), olarak iki ayrı şekilde ele alınmaktadır. Tam ıslahta, davanın unsurlarından biri, örneğin talep sonucu veya dava sebebi değiştirilerek davanın niteliği değişir. Kısmen ıslahta ise belirli bir usul işlemi düzeltilir, davanın temelini değiştirilmesi söz konusu değildir³⁰. Davacı, kısmi ıslahta, dava konusunu değiştirmeyip sadece genişletir. Dava konusunun artırılması doktrinde kısmi ıslah olarak kabul edilmektedir³¹. Kısmen ıslahta, ıslah işlemi yapıldığı tarihten itibaren hüküm ifade etmektedir. Davanın ıslah edilmeyen kesimine ilişkin usul işlemleri geçerliliğini korur³². Yargıtay'ın, ıslahla dava konusunun artırılmasının kısmen ıslah olduğunu kabul ettiği kararları olduğu gibi, tamamen ıslah olduğunu kabul ettiği kararları da bulunmaktadır³³.

Yargıtay kararlarında ve öğretilerdeki bazı görüşlere göre, taleple bağıllık ilkesi gereği, ıslah dilekçesinde faiz istenmemiş ise, mahkemenin faize hükmetmesi mümkün değildir. Islah ile artırılan kısım için de ayrıca faiz istenmesi gerekir³⁴.

Islah işlemi ile dava değerinin artırılması halinde, artırılan kısım Yargıtay tarafından yeni bir dava (ek dava) olarak kabul edilmektedir: “*Ek dava konusuna gelince, kısmi davada saklı tutulan alacak bölümü için, gerek kısmi*

30 Üstündağ, Saim (2000) Medeni Yargılama Hukuku C. I-II, İstanbul, s. 554; Tutumlu, s. 20, 21; Yılmaz, Ejder (2013) Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 73-74; Yılmaz (2013a), s. 1022; Karlı, s. 697;

31 Kuru (2001), C. IV, s. 4014; Kuru (2016), s. 599; Üstündağ, s. 555-558; Yılmaz (2013b), s. 237; Pekcanitez, Hakan/Akyazılı, Erdem (2008) “Islaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. II, İstanbul, s.535-536; Deynekli, s. 69.

32 Kuru (2001), C. IV, s. 4018; Yılmaz (2013b), s. 604; Pekcanitez/Erdem, s. 536.

33 Kısmen ıslah olduğu yönünde: Yargıtay 14. HD. 2003/7251, 2003/7922K., 10.11.2003T. <www.kazancı.com>; Yargıtay 13. HD. 2014/22953E., 2014/22955K., 7.7.2014T. <www.kazancı.com>; Yargıtay 11. HD. 2011/14066E., 2013/16864K., 26.09.2013T. (Tutumlu, s. 474); Tamamen ıslah olduğu yönünde: Yargıtay 13. HD. 2012/3697, 2012/8883K., 02.04.2012T. (Tutumlu, s. 473), Yargıtay 17. HD. 2012/427E., 2012/1382K., 09.02.2012T. (Tutumlu, s. 473).

34 Yılmaz (2013b), s. 266 ve orada anılan Yargıtay kararları; Deynekli, s. 85 ve orada anılan Yargıtay kararları; Tutumlu, s. 466 ve orada anılan Yargıtay kararları; Umar, Bilge (2014) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 516 ve orada anılan Yargıtay kararları; Akil, Cenk (2015) Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler, Ankara Barosu Dergisi S:2, s. 69-107, s. 82; Akil, Cenk (2013) Kısmi Dava, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 302-303; Yargıtay HGK 2011/4-504E., 2011/606K., 12.10.2011T. <www.kazancı.com>.

dava karara bağlanmadan önce, gerekse daha sonra, ayrı bir dava açılması da usulen olanaklıdır. Uygulamada bu ayrı davaya ek dava denilmektedir. Yine, kısmi davadan sonra açılan ek davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması ve davacının hukuki yararının bulunması koşullarının birlikte varlığı halinde, birden fazla ek dava açılması da kural olarak mümkündür. Bu haliyle kısmi ıslah, ek dava yoluyla elde edilebilecek haklara, mevcut dava içerisinde, daha basit, daha az masrafla ve daha kısa süre içerisinde kavuşma olanağı tanıyan ve bu yönüyle adeta ek dava açma yoluna alternatif oluşturan bir yapıdadır. Dolayısıyla, kısmi davanın davacısı, ek dava açmak veya kısmi ıslah yoluna gitmek konusunda seçimlik hakka sahiptir. Kısmi ıslah yoluyla müddeabihin artırılabilmesi olanağı, bir anlamda, artırıma konu kısmın ek dava yoluyla istenilmesinin alternatifi niteliğinde bulunduğundan; kısmi davadaki ıslah ile, bu yola gidilmeyip ek dava açılması halleri, davacıya aynı hak ve olanakları tanıyan seçimlik yollar olduğundan, usul hukuku açısından sonuçlarının da aynı olması gerekir ve beklenir. Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 14.4.2004 gün ve 2004/4-200-227 sayılı ilamında da vurgulanmıştır³⁵. Bu nedenle bu kısım için yeni bir talepte bulunulduğundan ilk davadaki talepten bağımsız şekilde değerlendirilmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın bazı dairelerinin bu konuda farklı kararları bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay 22. HD. 2014/17570, 2015/30024K., 03.11.2015T. sayılı kararında “*Dava konusu miktarın artırılması suretiyle davanın kısmen ıslahı ile ek dava bazı yönlerden benzerlik gösterse, farklı müesseseler olduklarından ıslahla ilgili sorunların yine ıslah müessesesi çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ek davada faize karar vermek için gereken talep şartı kısmi ıslahta aranmamalıdır. Başka bir anlatımla, dava dilekçesinde faiz istenmiş olması kaydıyla, miktar artırmak suretiyle yapılan kısmi ıslahta ayrıca faiz istenmesi gerekmez*”³⁶. Benzer şekilde, Yargıtay 4. HD. 2010/11974E., 2011/13758K., 20.12.2011T. sayılı kararında “*Dava dilekçesinde belirtilen dava konusunun (müddeabihin) ıslah yolu ile artırılması ek dava niteliğinde olmayıp dava dilekçesinin kısmi ıslahı niteliğindedir. Bu nedenle asıl davaya karşı ileri sürülebilecek zamanaşımı def'i, ıslah edilen kısma karşı ileri sürülemez*” şeklinde karar vermiştir³⁷.

35 Yargıtay HGK 2011/4-504E., 2011/606K., 12.11.2011T. <www.kazanci.com>; Benzer yönde: “*Davacının ıslah dilekçesinde ileri sürdüğü istemin sonucunun artırılması şeklinde olsa da, yeni bir dava niteliğindedir. O halde, ıslah dilekçesinde artırılan talep için bu dilekçe-deki taleple bağlı olarak karar verilmelidir. Bu durumda davacının ıslah dilekçesinde faiz isteği bulunmadığı halde ıslah ile artırılan miktar için faize hükmedilemez*”, Yargıtay 4. HD. 11.04.2006T. 2978/4164 (İstanbul Barosu Dergisi, 2006/4, s. 1724-1725); Umar, s. 328.

36 <www.kazanci.com>; Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD. 2403/11622, 29.11.2004 (Yılmaz 2013b), s. 267).

37 Çil/Kar, s. 216, 217.

Doktrinde bir kısım yazarlarca, ıslahla artırılan kısmın yeni bir dava olmadığı, eski davanın devamı olduğu görüşü ileri sürülmüştür³⁸. Dava konusunun artırılması durumunda, davanın temelinde bir değişiklik meydana gelmemektedir. Bu nedenle, ıslahla dava konusunu artırma yönündeki işlemi kısmi ıslah olarak kabul etmek gerekir. Bir görüşe göre ise, dava değerinin artırılması bir usul işlemi olup ıslah dahi değildir. Bu görüşe göre, dava değerinin artırılması ıslah kabul edilse dahi, kısmi ıslah kapsamında olduğundan, süregelen davanın devamıdır; bu nedenle de yeni bir dava kabul edilemez. Artırılan tutar için harç yatırılması ise bir usul işlemidir; yeni bir dava açıldığı sonucunu doğurmaz³⁹.

HMK m. 179'da (HUMK m. 87) ifade edilen, “ıslah, *bunu yapan tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren, bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması sonucunu doğurur*” hükmü ile anlaşılması gereken mahkeme usul işlemleridir. Bu amaçla verilen bir ıslah dilekçesi dava dilekçesindeki istemi ve fer'ilerini ortadan kaldırmayacak, sadece istenilen alacak rakamını değiştirecektir. Bu nedenle kanaatimizce de, ıslahla artırılan tutar yeni bir dava olmadığından, ilk dava dilekçesinde yer alan bütün unsurlar, faiz istemi de dahil olmak üzere, ıslahla artırılan kısım için de uygulanabilir olmalıdır. ıslah dilekçesinde, dava dilekçesindeki aynı istemin tekrarlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Dava dilekçesindeki istem, ıslah dilekçesini de kapsar. Her iki dilekçe arasındaki istemler arasında bir çelişki söz konusu olur ise hakim HMK m. 31 çerçevesinde davacının talebini açıklattırma yoluna gitmesi mümkündür.

IV. YARGILAMADA BİRDEN FAZLA KEZ DAVA DEĞERİNİN ARTIRILMASINA İZİN VERİLMELİ MİDİR?

A. GENEL OLARAK:

ıslah yoluna taraflardan her birinin, sadece bir defa başvurabileceği düzenlenmiştir. “*Aynı davada, taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilir*” (HMK m. 176/II). İkinci kez ıslah talebi olması durumunda, mahkeme re'sen bu talebi reddeder. Madde gerekçesinde de yer verildiği üzere, bu düzenlemenin nedeni, ıslah kurumunun davaların geciktirilmesi ve sürüncemede bıra-

38 Ulukapı, Ömer (2001) “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 87/son Hükmünün İptali”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S: 1-2, s. 363-373; Üstündağ, s. 555, dn. 71.; Kuru (2001), C. IV, s. 4015.

39 Çelik, Ç. Ahmet (2008) “Tazminat ve Alacak Davalarında Dava Değerinin Artırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 82, S: 3, , s. 1243-1284, s. 1255.

kılması amacıyla kullanılmasını engellemektir. Böylece, ıslaha gitmek isteyen taraf, yaptığı yanlışlığı iyice düşünerek, bunu bir defada ortadan kaldırmalıdır. İslahın bir kez kullanılmakla tükenen bir hukuksal çare olduğu ifade edilmektedir⁴⁰.

Hüküm emredici nitelikte olduğundan, aynı davada birden fazla ıslah yolunu kullanma konusunda tarafların anlaşmış olmaları ya da taraflardan birinin bu doğrultudaki işlem talebine karşı tarafın açık onay vermesi sonucu değiştirmez⁴¹. Dava konusunun artırılması yukarıda yer verildiği üzere davanın kısmen ıslahıdır. Tahkikat sonrasında ortaya çıkan duruma göre davacı talebini değiştirerek alacak rakamını yükseltmekte veya talebine eklemeyi unuttuğu bir unsuru dava dilekçesine eklemekte veya bunu değiştirmektedir. Dolayısıyla, ıslahla dava konusunun artırıldığı hallerde tam ıslahtaki gibi dava konusunun tamamen değişmesi söz konusu değildir.

Özellikle, Yargıtay'ın yeniden bilirkişi incelemesi yapılması için kararı bozmasından sonra yapılan veya yargılama sırasında alınan bilirkişi raporları arasında çelişki olması nedeniyle birden fazla kez yaptırılan bilirkişi incelemesi sonrasında ortaya çıkan farklı alacak rakamları üzerine dava dilekçesinde talep edilen rakamı tekrar düzeltme ihtiyacı ortaya çıkabilir. Keza, ıslah yolu ile rakam artırıldıktan sonra, talep edilen faizin başlangıç tarihinin veya oranının düzeltilmesi gerekebilir. Bütün bu hallerde, HMK m. 176/2'nin katı bir şekilde uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar verebileceği gibi davacının yeni bir dava açmaya zorlanması usul ekonomisine de uygun değildir. Davanın niteliğini değiştirmeyen ve tahkikatı genişletmeyen, dolayısıyla davanın sürünce-medede kalmasına yahut uzamasına neden olmayan nitelikteki ıslah işlemlerinin yargılama devam ettiği sürece birden fazla kez yapılmasına izin verilmelidir. Aksinin kabulü, HMK m. 176/2'de amaçlananın tam aksine şekilcilik nedeniyle yargılamanın uzamasına ve mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesine yol açar.

Yargıtay önüne gelen benzer bir olayda, “*uyuşmazlık, ıslah (değer artma) dilekçesi erken verilmişse, sonradan ortaya çıkan değişiklikler (örneğin bilirkişi hesap raporunun yeninden düzenlenmesi) karşısında ne yapılacağı konusunda toplanmaktadır. İslah dilekçesi, her davada bir kez verilir, ikinci kez ıslah yoluna başvurulamaz. Kısmi davada, saklı tutulan alacak bölümü için gerek kısmi davada saklı tutulan alacak bölümü için gerek kısmi dava karara bağlanmadan önce, gerekse daha sonra ayrı bir dava açılması usulen olanaklıdır. Uygulamada bu ayrı davaya ek dava denilmektedir. Yine kısmi davadan sonra açılan ek da-*

40 Yılmaz (2013b), s. 467, 468.

41 Tutumlu, s. 161.

vada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması davacının hukuki yararının bulunması koşullarının birlikte varlığı halinde, birden fazla ek dava açılması mümkündür” şeklinde karar vererek yerel mahkemenin birden fazla kez ıslaha imkan tanıyan direnme kararını bozmuştur⁴².

B. GÖRÜŞÜMÜZ:

1. Temyiz Kanun Yolu Açısından:

Islah talebinde erken bulunulmasının sorumluluğunu davacı üzerine yüklemek kanaatimizce doğru değildir. Davacı, tahkikat bittiği için ıslah yapmak zorunda kalmış olabilir; ıslah ancak tahkikat bitimine kadar yapılabilir (HMK m 177/1). Davacı, yargılamanın sonraki aşamalarında yeni bir bilirkişi raporu alınacağını ve alacak rakamının değişebileceğini önceden bilemez. Özellikle, davacı açısından, Yargıtay’ın bozma kararı üzerine yapılan yeni bir bilirkişi incelemesinde böyle bir durum söz konusudur. Hakkın kötüye kullanılması teşkil etmedikçe, ortaya çıkan yeni hesaplama nedeniyle veya tahkikatta gecikmeye mahal vermeyen bir değişiklik nedeniyle (örneğin faiz oranının ya da faiz başlangıç tarihinin değiştirilmesi gibi) ikinci bir ıslaha izin vermemek hak kaybına neden olacaktır. Yargıtay’ın bu durumda, davacının ek dava açılacağı şeklindeki yorumu da usul ekonomisine ve Anayasa’nın “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*” şeklindeki 141/son hükmüne uygun düşmemektedir.

HMK m. 176/2’de yer alan “aynı davada” ifadesini “yeni bir tahkikat başlayınca” kadar şeklinde yorumlamak Anayasa’nın 141. maddesinin ruhuna uygun olacaktır. Maddede “aynı dava” ifadesi ile amaçlanan aslında birden kez yapılacak ıslah ile davanın yeni bir davaya dönüşmesini engellemektir. Bozma üzerine yeni bir tahkikata başlanmış veya ilk derece mahkemesinde tahkikat henüz sona ermemiş ise usuli müktesep hakkın ihlal edildiğinden de söz edilemez⁴³. Bir kez kullanılmakla tükendiği kabul edilen ve bu anlamda bir yenilik doğuran hak olarak kabul edilen ıslah hakkının her halükarda temyiz yoluna gidilmişse Yargıtay’ın bozmasından sonra yeniden ileri sürülebilmesi mümkün hale gelir.

42 Yargıtay HGK 2004/9-754E., 2005/36K., 09.02.2005T. <www.kazanci.com>.

43 Bozmadan sonra ıslahın mümkün olup olmadığı hakkındaki görüşler için bkz. Erdoğan, Ersin/Korkmaz, Cansu (2016) “Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemele-
rinde Verilen Gönderme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:2, s.249-290; Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, s. 516-518; Tutumlu, s. 169-203; Bozmadan sonra yeni bir tahkikata başlanmış ise ıslahın mümkün olduğu yönünde Yargıtay 9. HD. 2014/580E., 2014/653K., 20.01.2014T. <www.kazanci.com>.

Yenilik doğuran hak kullanılıp sonuç meydana geldikten sonra bundan geri dönülemez⁴⁴. Halbuki, Yargıtay yeniden tahkikat yapılmasına neden olacak şekilde hükmü bozmuş ise bozmadan önce kullanılan ıslah hakkının meydana getirdiği sonuç da ortadan kalkar. Çünkü Yargıtay'ın bozması sonrasında ilk derece mahkemesince bu karara uyulmuş ise verilen hüküm ortadan kalkar ve yeni bir hüküm verilmesi gerekir. Oluşan bu yeni duruma karşın davacının da yeni bir ıslah hakkının doğduğunun kabulü gerekir.

Davalı açısından da durumu irdelemek gerekir. Davalının ıslah dilekçesi ile savunmasına ekleyebileceği en önemli savunma vasıtası zamanaşımı def'i olabilir. Yargıtay'ın kararı esastan bozması üzerine davacının alacak rakamını yükselttiği veya talebine faiz eklediği her halde davalının daha önce ıslah dilekçesi vermiş olup olmadığına bakılmaksızın davacının her yeni talebine karşı zamanaşımı def'ini ileri sürmesi mümkün olmalıdır. Tarafların yargılamada eşit usuli imkanlara sahip olmalarını öngören usuli eşitlik ilkesi de bunu gerektirir⁴⁵.

Yargıtay'ın bozma kararı sonrasında davacı tarafından ıslah yoluna gidilmemiş olmasına karşın davalı tarafından ıslah dilekçesi ile zamanaşımı def'inde bulunulabilir mi? Bu noktada, bozma sonrasında yeni bir tahkikata başlanılmış ise ıslahın yapılabileceğini kabul eden görüş esas alınacak olur ise bu soruya olumlu cevap vermek gerekecektir. Aynı şekilde bozma eğer usuli bir bozma ise ıslahın yapılabileceği kabul eden görüşe göre de bu durumda ıslah ile zamanaşımı ileri sürülebilir⁴⁶. ıslahın geç yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yargılama giderlerinin HMK m. 178 çerçevesinde davalı tarafından karşılanması mümkün olduğundan, yargılamanın geç ileri sürülen ıslah nedeniyle uzamış olmasının sonuçları telafi edilebilir.

2. İstinaf Kanun Yolu Açısından:

İstinaf (Bölge Adliye) mahkemeleri 20.07.2016 tarihinde göreve başlamış olduklarından⁴⁷, bu tarihten sonra verilen ilk derece mahkemelerinin kesin olmayan nihai kararlarına karşı ilk önce istinaf yoluna başvurmak gerekmektedir; doğrudan doğruya temyiz yoluna başvurulamayacaktır⁴⁸ (HMK m. 341-360).

44 Eren, Fikret (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 67-68; Oğuzman/Barlas, s. 129.

45 "Adil yargılamanın bir alt görünümü olan silahların eşitliği, tüm belgelerin tarafların bilgisine sunulmasını ve buna cevap vermeye fırsat verilmesini gerektirir" (Gündüz, Okan (2009) Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 133, dn. 151).

46 Bkz. dn. 43.

47 R.G. Tarihi: 07.11.2015, Sayısı: 29525.

48 İstinaf hakkında bilgi için bkz. Özekes, Muhammet (2016) 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), Ankara, Yetkin Yayınları; Yılmaz, Ejder (2005) İstinaf, Ankara, Yetkin Yayıncılık; Kuru (2016), s. 667-697.

HMK m. 357 uyarınca istinaf incelemesi sırasında ıslah yoluna gidilemeyecektir. Söz konusu hüküm dava değerinin artırılması açısından engelle-yici ve hak kaybına neden olabilecek bir hükümdür. İstinafta, sınırlı da olsa tahkikat yapılması söz konusu olabileceğinden, yapılan tahkikata göre dava değerinin artması söz konusu olduğunda, buna yönelik bir ıslah işlemine izin verilmesi yerinde olurdu.

İstinaf incelemesi sonucunda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi, istinaf mahkemesinin başvurunun esastan reddi ya da kabulü kararına karşı temyiz yoluna gidilmesi sonucunda kararın Yargıtay tarafından bozulması üzerine söz konusu olabilir. Diğer bir ihtimal ise, HMK m. 353/a hükmünde düzenlenen hallerde esas hakkında inceleme yapılmadan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi durumudur. Her iki ihtimalde de ilk derece mahkemesinde yeniden tahkikata başlandığında dava değerinin artırılması ihtiyacı ortaya çıkabilecektir. Yukarıda temyiz kanun yolu için yaptığımız açıklamalar, davanın istinaf kanun yolundan geçerek ilk derece mahkemesi önüne gelmesi durumu için de geçerlidir.

Birden fazla kez dava değerinin artırılmasına izin verilmesi gerektiği yönündeki görüşümüz, Yargıtay'ın kısmi ıslah ile dava değerinin artırılmasının aynı dava içerisinde görülen yeni bir dava (ek dava) olduğu görüşüne de uygundur⁴⁹. Yargıtay'ın bu yöndeki görüşü esas alındığında, dava değerinin artırılması için verilen ıslah dilekçesi yeni bir dava dilekçesi gibi işlem gör-düğünden, bu dilekçede yapılacak ikinci bir değişikliği, yeni dava (ek dava) içerisindeki ilk ıslah işlemi şeklinde kabul etmek mümkündür.

Karşılaştırmalı hukukta da, örneğin Alman, Avusturya, İngiliz hukuk-larında davayı değiştirme ve dilekçede düzeltme yapma imkanı karşı tarafın muvafakati veya hakimin izni ile yargılamanın her aşamasında mümkündür⁵⁰. İsviçre Federal Usul Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yargılamada sadece bir kez ıslah yapılması düzenlenmiştir. Yeni Kanunda böyle bir sınır-lamaya yer verilmemiştir⁵¹. İsviçre Federal Usul Kanunu m. 227'e göre asıl talep ile eklenen ya da değiştirilen talep arasında maddi bir bağ söz konusu ise talepte değişikliğe izin verilmektedir. Bunun için ayrıca hakimin izni dahi aranmamaktadır⁵². İngiliz hukukunda ise hakimin izni ile yargılama süresince

49 Bkz dn 33'deki kararlar.

50 Yılmaz (2013b), s. 102-105.

51 Yılmaz (2013b), s. 97.

52 İsviçre Federal Usul Kanunu <<https://www.admin.ch>> s.e.t. 26.12.2016.

dilekçelerde değişiklik yapılması mümkündür⁵³. İngiliz Medeni Usul Kanunu (CPR) m. 17.4 hükmünde, sayılan diğer başka değişiklik nedenleri yanında aynı vakıa içerisinde kabul edilen ya da mevcut vakıalara benzer nitelikteki değişiklik taleplerine hakimın izin verebileceği düzenlenmiştir⁵⁴.

SONUÇ

Uygulamada ıslah yoluna çoğunlukla kısmi dava içerisinde dava değerinin artırılması aşamasında başvurulmaktadır. Anayasa Mahkemesinin mülga 1086 sayılı HUMK'un 87/son maddesini iptal eden kararından sonra başlayan bu uygulama bir dizi maddi hukuk ve usul hukuku sorunlarını beraberinde getirmiştir. Aynı dava içerisinde dava değerinin artırılması ile amaçlanan aynı konuda yeni davalar açılmasına engel olmak ve kişilerin haklarına en kısa sürede ulaşmasını sağlamakken, Yargıtay içtihadı bu amacı ortadan kaldıracak nitelikte gelişmiştir. Bunda kuşkusuz, dava değerinin artırılmasının ıslah kurumu içerisinde çözümlenmeye çalışılmasının etkisi bulunmaktadır. Alacağın bir kısmı için dava açılması, kişiler için hem ihtiyaç hem de zorunluluk teşkil eden birçok durumdan ortaya çıkmaktadır. Kısmi dava açmak zorunda kalan veya bu yola gitmeyi tercih eden kişilerin amaca hizmet etmeyen şekli kurallar esas alınarak mağdur edilmemeleri gerekir. Belirsiz alacak davası kısmi davanın bir alternatifi kabul edilemeyeceğinden, kısmi dava açan kişileri, dava değerinin artırılması aşamasında zamanaşımı, hak düşürücü süre, faiz gibi önemli meseleler beklemektedir. Kanaatimizce, dava değerinin artırılmasını ıslah kurumu içerisinde çözümlenmeye çalışmak yerine, kısmi dava içerisinde ayrı bir düzenleme ile ele almak yerinde olacaktır. Dava dilekçesinde, yeni bir tahkikat yapılmasına neden olmayacak, usuli müstesep hakka aykırı olmayan, karşı tarafın herhangi bir zararının doğmadığı, yargılamanın uzamasına sebebiyet vermeyen nitelikteki değişikliklere yargılamanın her aşamasında ve birden fazla kez izin verilmelidir. Nitekim, karşılaştırmalı hukuk açısından bazı hukuk sistemlerinde dava dilekçesinde birden fazla kez değişikliğe izin verilmektedir.

53 Andrews, Neil (2003) English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford, s. 260.

54 İngiliz Medeni Usul Kanunu <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part17>>, s.e.t. 26.12.2016.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk (2015) “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler”, Ankara Barosu Dergisi, S:2, s. 69-107.

Akil, Cenk (2013) Kısmi Dava, Ankara, Yetkin Yayınları.

Alangoya, Yavuz H./Yıldırım, Kamil M./ Deren-Yıldırım, Nevhis (2009) Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, Beta Yayınları.

Andrews, Neil (2003) English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford,.

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema (2016) Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Budak, Ali Cem (2016) Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Adalet Yayınevi.

Çelik, Ç. Ahmet (2008) “Tazminat ve Alacak Davalarında Dava Değerinin Artırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 82, S: 3, s. 1243-1284.

Çil, Şahin/Kar, Bektaş (2012) 6100 Sayılı HMK’ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Deynekli, Adnan (2013) Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara, Bilge Yayınevi.

Ercan, İbrahim (2012) Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Belirsiz Alacak Davası, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı - X, İzmir, Türkiye Adalet Akademisi, s. 102-185.

Erdoğan, Ersin/Korkmaz, Cansu (2016) “Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:2, s.249-290.

Eren, Fikret (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Gündüz, Okan (2009) Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Karlı, Abdurrahim (2012) Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık.

Karlı, Abdurrahim/Koç, Evren/Konuralp, Serhat (2014) Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Problemler Konular, İstanbul, Alternatif Yayıncılık.

Kuru, Baki (2001) Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:II, C:IV, 6. Baskı, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık.

Kuru, Baki (2016) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, Legal Yayıncılık.

Kuru, Baki/Budak, Ali Cem (2011) “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S.5, s 3-43.

Muşul, Timuçin (2012) Medeni Usul Hukuku, İstanbul, Adalet Yayınevi.

Oğuzman, Kemal/Barlas Nami (2016) Medeni Hukuk, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Özekes, Muhammet (2016) 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Özekes, Muhammet (2014) “Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C: 2, s. 1590-1606, Ankara, Yetkin Yayınları.

Pekcanitez, Hakan (2011) Belirsiz Alacak Davası, Ankara, Yetkin Yayınları.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet (2016) Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Pekcanitez, Hakan/Akyazılı, Erdem (2008) “İslaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. II, İstanbul.

Simil, Cemil (2013) Belirsiz Alacak Davası, XII Levha Yayıncılık.

Tanrıver, Süha (2011) Kısmi Dava Kurumu Üzerine Düşünceler, Makalelerim II, Ankara, Adalet Yayıncılık, s. 95-113.

Tutumlu, Mehmet Akif (2015) Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara, Seçkin Yayınları.

Ulukapı, Ömer (2001) “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 87/son Hükmünün İptali”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S:1-2, s. 363-373.

Umar, Bilge (2014) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları.

Üstündağ, Saim (2000) Medeni Yargılama Hukuku C. I-II, İstanbul.

Yıldırım, Kamil/Demirhan, Gülcan/Ferendeci, Özden Özkaya /Yücel, Müjgan Tunç/Kale, Serdar/Ülkü, Nazlı Gören (2013) Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Beta Yayınları.

Yılmaz, Ejder (2013) HMK Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları, (2013a).

Yılmaz, Ejder (2013) Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara, Yetkin Yayınları, (2013b).

Yılmaz, Ejder (2005) İstinaf, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

----- (2012) HMK Değerlendirmesi, HUKAB Yayınları, Ankara.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU SONUCUNDA VERDİĞİ KARARLARIN MEDENÎ USÛL HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Cansu KORKMAZ*

ÖZET

Hukuk sistemimizde 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren, bireyler kamu otoritelerinin işlemlerine karşı, temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmektedir. Bu çerçevede, hukuk mahkemelerince verilen kararlar bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi tarafından incelenebilmektedir. Bireysel başvuru, yeni bir hak arama yolu olarak medenî yargıda da önemli bir işleve sahiptir. Dolayısıyla bireysel başvuru yolunun medenî yargıya ilişkin özelliklerinin incelenmesi gerekmektedir. Çalışmamızda bireysel başvuru yolunun özelliklerine, hukukî niteliğine değinildikten sonra, hangi şartların varlığı hâlinde bireysel başvuru yolunun kullanılabileceği ele alınmıştır. Ardından medenî yargıda Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği içtihat niteliğindeki kararları, medenî usûl hukuku bakımından değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel başvuru, anayasa şikâyeti, Anayasa Mahkemesi, medenî usûl hukuku, temel hak ve özgürlükler.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, cansukorkmaz001@gmail.com

THE EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS OF INDIVIDUAL APPLICATIONS FROM THE PERSPECTIVE OF CIVIL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

Since the amendment in the Constitution on 23rd September 2012, in our legal system, citizens have appealed against the acts of public authorities before the Constitutional Court with a specific claim that their fundamental rights and freedoms have been violated. In this context, all decisions made by courts may be examined by the Constitutional Court through the process of individual application. Individual application has a very important role in civil proceedings as a new means to legal remedies. Hence, it becomes necessary to examine the features of individual application regarding civil proceedings. This study first explains features and legal characters of individual application and then addresses the circumstances in which individual application can be applied. Afterwards, the study discusses the jurisprudence of the Constitutional Court in individual application cases concerning the institutions of civil procedure law.

Keywords: Individual application, constitutional complaint, Constitutional Court, civil procedure, fundamental rights and freedoms.

GİRİŞ

Günümüzde temel hakların korunması amacıyla ülkelerin çoğunda, bireylere Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvurabilme imkânı tanınmıştır. Hukukumuzda da kamu gücüne dayanılarak temel haklar ve özgürlüklerin ihlâl edilmesi durumunda, bireysel başvuru yoluna gidilebileceği Anayasa'nın 148. maddesinde 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik üzerine kabul edilmiştir. Bu anlamda bireyler temel hak ve özgürlüklere ilişkin iddialarını, araya herhangi bir kurum veya makam girmeden doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne taşıyabilmeleri hakkını haizdir.

Bireysel başvuru yolunun usûl ve esaslarına, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'un¹ dördüncü kısmının dördüncü bölümünde ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün² üçüncü kısmının dördüncü bölümünde yer verilmiştir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru 23.09.2012 tarihinden itibaren uygulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurulardan bir kısmı, medenî yargıda hukuk mahkemelerince verilen kararlar üzerine temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edildiği iddiasına dayanmaktadır³. Anayasa'da güvence altına alınan temel haklar arasında, yargılama sürecinde yargı organları tarafından da korunması gereken haklar bulunmaktadır. Bu hakların yargı organları tarafından korunması adına, birtakım usûl hükümleri ihdas edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de, bireysel başvuru incelemesinde, 6216 sayılı Kanunda ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde hüküm bulunmayan hâllerde, başvurunun niteliğine aykırı düşmedikçe usûl hükümlerini uygulamaktadır. Bu anlamda, medenî usûl hukukuna ilişkin bir karar verilmesi veya verilen kararların medenî usûl hukuku bakımından değerlendirilmesi gerektiğinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanacaktır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin korunması ve etkin bir şekilde kullanılması amacına hizmet eden bireysel başvuru yolunda, medenî usûl hukukunun da rol üstlendiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, bireysel başvuru ile medenî usûl hukuku sistemimiz

1 Resmi Gazete, T: 03.04.2011, S: 27894.

2 Resmi Gazete, T: 12.07.2012, S: 28351.

3 Anayasa Mahkemesi'nin yayınladığı 23 Eylül 2012 ve 4 Ağustos 2016 tarihleri arasındaki bireysel başvuru istatistikleri, toplam 66195 bireysel başvurudan 44289'unun hukuk yargılamasına ilişkin olduğunu göstermektedir. Bkz.<<http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel-basvuru/istastik-04082016.pdf>>, s. e. t. 15.12. 2016.

arasındaki ilişkinin tespit edilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin medenî yargıya ilişkin bireysel başvuru incelemesi sonucu verdiği kararların usûl hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi önem arz etmektedir⁴. Zira bireysel başvuru sonucunda verilen kararlar temel hak ve özgürlüklerin yorumuna ilişkin anayasal içtihatlardır.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU

A. GENEL OLARAK

Bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvurabilme imkânı sağlayan bireysel başvuru yolu, Anayasa'nın 148. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'un 45 ve 46. maddelerinde düzenlenmiştir⁵. Bireysel başvuru (*die Verfassungsbeschwerde, individual application, constitutional complaint*)⁶, Anayasa ve kanunlarda koruma altına alınan temel haklardan birinin, kamu makamlarının eylem, işlem ya da ihmalleri sebebiyle ihlâl edilmesi üzerine bireylerin, öngörülen başvuru yollarını tüketerek Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvurabilmelerini öngören ikincil ve istisnâî nitelikte bir başvuru yoludur⁷.

4 Çalışmada incelenen bireysel başvurulara ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarına, aynen alıntı yapılarak değil, özetlemek amacıyla yazarın ifadeleriyle yer verilmiştir.

5 Hukukumuzda bireysel başvuru yolu, 07.05.2010 tarihli 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kabul edilmiştir (Resmi Gazete, T: 13.05.2010, S: 27580).

6 Anayasa'da ve 6216 sayılı Kanunda "bireysel başvuru" terimi kullanılmakla birlikte, "anayasa şikâyeti" terimi de tercih edilmektedir. Bkz. Kılınç, Bahadır (2008) 'Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 25, s. 21; Şirin, Tolga (2013) Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) Birinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 6; Erdinç, Tahsin (2015) 'Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 6, S: 20, s. 102.

7 Ekinci, Hüseyin & Sağlam, Musa (2015) 66 Soruda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Dördüncü Baskı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 1; Kanadoğlu, Korkut (2015) Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Birinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 10; Erdinç, s. 102-103; İyimaya, Ahmet (2016) 'Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 116, s. 427.

Bireysel başvuru yolunda, bireyin Anayasa'da garanti altına alınan temel hakların korunması amaçlanmaktadır⁸. Aynı zamanda, bireysel başvuru yoluyla temel hak ihlallerinin iç hukukta incelenmesi sağlandığından, bu yolun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruların önlenmesine de hizmet ettiği belirtilmektedir⁹.

Bireysel başvurunun objektif ve sübjektif olmak üzere iki işlevinin olduğu ifade edilmektedir¹⁰. Bireysel başvurunun sübjektif ve en temel işlevi, temel hakların korunması ve etkin bir şekilde kullanımının sağlanmasıdır¹¹. Objektif işlevi ise, hukuk düzeninin korunmasına, yorumlanmasına ve geliştirilmesine

-
- 8 Kabaoğlu, İbrahim Özden (2007) Anayasa Yargısı, Dördüncü Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, s. 95; Pekcanitez, Hakan & Atalay, Oğuz & Özekes, Muhammet (2013) Medenî Usûl Hukuku, Ondördüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1107; Erdinç, s. 103; Ekinci/Sağlam, s. 1-2; Kanadoğlu, s. 10-11. Almanya'da bireysel başvuru, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere bütün kamu gücü işlemleri bakımından başvurulabilecek bir yoldur. Bireylerin her bireysel durum için Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvurma olasılığı, bireysel başvuruyu kamu organlarından kaynaklanması muhtemel her türlü ihlale karşı kapsamlı bir denetim aracı hâline getirmektedir. Bireysel başvurunun diğer anayasa yargısındaki diğer denetim usûllerinden farkı, temel hakların korunması anlam ve amacını taşımamasıdır. Bkz. Mellinshof, Rudolf (2009) 'Die Verfassungsbeschwerde in der Bundesrepublik Deutschland', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 26, s. 47. Avusturya'da ise, bireysel başvuru yoluna (*Beschreibbeschwerde*) Anayasa'da teminat altına alınan bir hakkın idarî bir işlemle ihlâl edildiğini veya hak ihlâlinin Anayasa'ya aykırı bir kanunun veya kanuna aykırı bir düzenleyici işlemin uygulanmasından kaynaklandığını iddia eden bireyler başvurabilir. İdarî makamların nihai kararlarına karşı kullanılacak bir yoldur. Bkz. Holzinger, Gerhart (2009) 'Die Verfassungsbeschwerde Und Der Individualantrag Im Österreichischen Verfassungsrecht', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 26, s. 82-83.
- 9 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edildiği iddiasıyla Türkiye aleyhine yapılan başvuruların önlenmesi, bireysel başvuru hakkını düzenleyen Anayasa değişikliği teklifinde bu yolun tanınmasının gerekçesi olarak gösterilmiştir. Bkz. < <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf>>, s. e. t. 17.12.2016; Göztepe, Ece (2011) 'Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 95, s. 15; Deren-Yıldırım, Nevhis (2013) 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi', Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2 (Özel Sayı) s. 485; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 1108; Ermenek, İbrahim (2013) 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar', Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C: 9, S: 26, s. 5; Şirin, 66; Ekinci & Sağlam, s. 3; Kaya, Köroğlu (2016) Cezaî Konularda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İkinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 35-36.
- 10 Kılınç, s. 26; Karaman, Ebru (2013) Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, Birinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 35; Göztepe, s. 21; Ekinci & Sağlam, s. 4; Kanadoğlu, s. 11; Kaya, s. 61.
- 11 Kılınç, s. 26-27; Mellinshof, s. 47; Göztepe, s. 21; Şirin, 67; Erdinç, s. 103; Ekinci & Sağlam, s. 4; Kanadoğlu, s. 11-12; Kaya, s. 62.

ne hizmet etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemesinde verdiği kararlar, temel haklara ilişkin hukukun yargı organlarınca daha tutarlı bir şekilde uygulanmasına, yargıda birlik ve bütünlüğün oluşmasına imkân tanır¹².

Kamu gücüne dayanılarak yapılan, her temel hak ve özgürlükler bakımından bireysel başvuru hakkı kullanılamaz. Bireysel başvurunun konusu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokoller kapsamındaki Anayasa'da koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerdir. Bu anlamda, bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için kamu gücü tarafından ihlâl edilen temel hak ve özgürlüğün, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokoller hem de Anayasa tarafından korunması gerekmektedir¹³.

B. BİREYSEL BAŞVURUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun hukukî niteliği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bireysel başvurunun hukukî niteliği bakımından, doktrinde dava görüşü, olağanüstü kanun yolu görüşü, hukukî çare görüşü ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, bireysel başvuru, kamu gücü kullanılarak Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilmiş kişilerin başvurdukları olağanüstü kanun yoludur. Bu anlamda, bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlükler bakımından tüketilmesi gereken en son iç hukuk yolu olup, diğer kanun yollarından farklılık gösterir. Zira bireysel başvuruda, yargı organının vakıaları ve delilleri değerlendirmesi değil, temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edilip edilmediği ve diğer başvuru yolları ile ihlâlin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı tespit edilir¹⁴.

12 Kılınç, s. 27; Mellinghof, s. 47; Göztepe, s. 21; Aydın, Öykü Didem (2011) 'Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XV, S: 4, s. 126; Ekinci & Sağlam, s. 4; Kanadoğlu, s. 11-12; Kaya, s. 62.

13 Kılınç, s. 41; Aydın, s. 127; Şirin, s. 415 vd.; Ermenek, s. 8; Deren-Yıldırım, s. 487; Ekinci & Sağlam, s. 5; Kanadoğlu, s. 72 vd. Anılan koşula uymayan bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesi, konu bakımından yetkisizlik kararı vermektedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2012/636, K. T. 15.04.2014; AYM, Başvuru No: 2012/611, K. T. 25.02.2015; AYM, Başvuru No: 2013/1337, K. T. 16.05.2013; AYM, Başvuru No: 2013/ 1205, K. T. 17.09.2013; AYM, Başvuru No: 2013/3430, K. T. 10.06.2015; AYM, Başvuru No: 2013/5660, K. T. 20.03.2014.

14 Kılınç, s. 25; Atasoy, Hakan (2012) 'Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 3, S: 9, s. 72.

Diğer görüşe göre, bireysel başvuru bir hukukî çaredir. Bu görüşü savunanlardan bir kısmına göre, bireysel başvuru diğer kanun yollarının devamı niteliğinde olmadığı gibi, temel hak ve özgürlükler bakımından başvurulabilecek olağanüstü kanun yolu da değildir. Nitekim bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilen bireylerin bu ihlâlin giderilebilmesi için başvurdukları istisnâ ve ikincil nitelikte olağanüstü hukukî çaredir¹⁵. Bu görüşü savunanlardan diğer kısmına göre ise, bireysel başvuru yolu yardımcı bir kanun yolu olmayıp, temel hakların korunması adına öngörölmüş bir hukukî çaredir. Yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü bir kanun yolu değil, kamu gücü kullanılarak yapılan temel hak ihlâllerine karşı tanınmış özel bir düzenlemedir¹⁶.

Başka bir görüş ise, bireysel başvurunun temel hak ve özgürlükleri koruma altına alan Anayasa hukukuna özgü bir dava olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, kanun yolu mercii gibi değil, ilk derece mahkemesi sıfatıyla bu davayı incelemektedir. Bireysel başvurunun diğer dava türlerinden farkı, sadece temel hak ve özgürlükler bakımından bireysel bir hukukî koruma sağlayan yargılama türü olmasıdır¹⁷. Kanun yoluna sadece mahkeme kararları için başvurulabilirken, bireysel başvuru yoluna mahkeme kararları dışında kamu gücü tarafından yapılmış ve yargı denetiminden geçmemiş bazı eylem ve işlemlere karşı da müracaat edilebilir. Bireysel başvuru yolunda, Anayasa Mahkemesi'nin bir temyiz mercii gibi inceleme yapması bireysel başvurunun amacıyla da bağdaşmaz¹⁸. Bu görüşü savunanlardan bir kısmı, aynı zamanda bireysel başvurunun olağanüstü nitelikte olduğunu da ifade etmektedir¹⁹.

Kanaatimizce bireysel başvuru, yüksek mahkemelerden biri olan Anayasa Mahkemesi'nce incelendiğinden ve temel hak ihlâllerine ilişkin iddialar değerlendirildiğinden, bireysel başvuru incelemesi bir yargılama faaliyetidir

15 Sabuncu, Yavuz & Esen Arnwine, Selin (2004) 'Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 21, s. 230; Aydın, s. 125; Kanadoğlu, s. 42. Anayasa Mahkemesi'ne göre de, bireysel başvuru, temel hak ihlâllerini önlemek için son ve olağanüstü bir çaredir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2012/1027, K. T. 12.02.2013; AYM, Başvuru No: 2013/1942, K. T. 04.12.2013; AYM, E: 2011/59, K: 2012/34, T: 01.03.2012.

16 Pekcanitez, Hakan (1995) 'Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 12, s. 261; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 1108; Ermenek, s. 15; Erdinç, s. 118-119; Kaya, s. 27-28.

17 Aydın, s. 125; Kanadoğlu, Korkut (2013) 'Bireysel Başvuruda Mahkeme Kararlarının Denetiminin Kapsamı', Güncel Hukuk Dergisi, S: 9, s. 20.

18 Ermenek, s. 21-23.

19 Şirin, s. 29.

ve maddî anlamda yargı kapsamına girmektedir²⁰. Doktrinde yukarıda zikredildiği üzere, bireysel başvurunun hukukî çare olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır. Hukukî çare, bir hakkın korunması ve gerçekleştirilmesi amacıyla hizmet eden her türlü usûlî araçtır²¹. Başka bir ifadeyle, tarafların mahkeme kararlarına karşı başvurabilecekleri birtakım imkânlardır. Bu tanımdan hareket edildiğinde, bireysel başvurunun hukukî çare kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmakla birlikte, hukukî nitelendirme bakımından yeterli değildir. Zira itiraz, dava, eski hâle getirme, tavzih, istinaf, temyiz ve yargılamanın iadesi de hukukî çare olarak kabul edilmektedir²².

Bununla birlikte bireysel başvuru, yargısal faaliyet kapsamında değerlendirilmekle birlikte, çekişmesiz yargı işi değildir. Zira bireysel başvuru, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen, ilgililerin arasında uyuşmazlığın bulunmaması, ileri sürülebilecek herhangi bir hakkın bulunmaması ve hâkimin re'sen harekete geçmesi ölçütlerini taşımamaktadır. Bireysel başvuru medenî usûl hukuku anlamında bir dava da değildir. Dava, başkaları tarafından sübjektif hakkı ihlâl edilen veya tehlikeye düşen kimsenin bu ihlâl ve tehlikenin ortadan kaldırılması adına mahkemeden hukukî koruma istemesidir²³. Dava hukukumuzda iki taraf sistemi üzerine kurulmuştur. Bireysel başvuruda kamu gücü tarafından temel hakkın ihlâl edilmesi üzerine, bu ihlâlin giderilmesi talebi bulunmakla birlikte, davacı ve davalı şeklinde zıt menfaatleri haiz iki taraf bulunmamaktadır. Nitekim bireysel başvuruda, davada olduğu gibi dilekçelerin karşılıklı verilmesi, ön inceleme aşaması ve kararın verilmesi üzerine kanun yoluna başvurma imkânı söz konusu değildir. Bireysel başvuru, mevcut kanun yollarının devamı olma-

20 Yargı, şekli ve maddî anlamda yargı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda yargı, mahkemelerin yaptıkları ve kanunla verilen işleri kapsamaktadır. Bu anlamda, mahkemelerin kuruluşu, faaliyetleri, hâkimlerin tayin, terfi ve özlük işleri şekli anlamda yargıya girmektedir. Maddî anlamda yargı ise, sadece hâkimlere bırakılmış olan, başka hiçbir kimseye veya merciye devredilemeyen fonksiyonu ifade eder. Maddî anlamda yargı, tarafsız bir mahkeme ve hâkim tarafından yapılan yargılama faaliyetini ve yargılama neticesinde haklı olan taraf lehine verilen kararı kapsamaktadır. Bkz. Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 88-89; Kuru, Baki (2016) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, İstanbul, Legal Yayınevi, s. 45.

21 Arslan, Ramazan (1977) Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 39; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 869; Ermenek, s. 12.

22 Arslan, s. 40 vd; Ermenek, s. 13.

23 Postacıoğlu, İlhan (1975) Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Altıncı Baskı, İstanbul, Sulhi Garanti Matbaası, s. 179; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 245.

dığı gibi, yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü bir kanun yolu da değildir. Zira kanun yolu, mahkemece verilen nihaî kararların bir üst mahkeme tarafından gözden geçirilmesini sağlayan hukukî yoldur²⁴. Bireysel başvuru, mahkeme kararlarının yanında, kamu gücü tarafından yapılmış eylem ve işlemlere karşı da öngörülmüş bir yol iken, kanun yoluna sadece mahkeme kararlarına karşı başvurulabilir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesinde görülen dava ile bireysel başvurunun konusu ve tarafları farklıdır. Bireysel başvuru yoluna kanun yolları tüketildikten sonra başvurulması, kanun yolu incelemesinde ileri sürülebilecek hususların bireysel başvuruda değerlendirilmemesi ve bu kurumun tanınmasının amacı, bireysel başvurunun kanun yolu olmadığını desteklemektedir. Bireysel başvuru, temel hakların kamu gücü tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla, iç hukuk yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkânı sağlayan, istisnaî ve ikincil nitelikte, kendine özgü bir hak arama yoludur. Bu sebeple, uygulamada ve bazı Anayasa Mahkemesi kararlarında²⁵ ifade edildiği gibi bireysel başvurunun kanun yolu olduğuna dair görüşlere katılmamaktayız.

C. BİREYSEL BAŞVURU KOŞULLARI

Bireysel başvuru sürecinin başlayabilmesi için temel hak ihlâli iddiasıyla doğrudan veya mahkemeler ya da yurt dışı temsilcilikleri aracılığıyla, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılması gerekmektedir²⁶. Bireysel başvuru herkes tarafından yapılabilir (An. 148/III; 6216 sayılı Kanun 45/I). Ancak 6216 sayılı

24 Postacıoğlu, s. 716; Önen, Ergun (1979) Medenî Yargılama Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 293; Üstündağ, Saim (1997) Medenî Yargılama Hukuku, Altıncı Baskı, C: I-II, İstanbul, Alfa Yayınevi, s. 816; Kuru, Baki (2001) Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Altıncı Baskı, C: V, İstanbul, Demir-Demir Yayınevi, s. 4483; Alangoya, Yavuz & Yıldırım, M. Kâmil & Deren Yıldırım, Nevhis (2011) Medenî Usûl Hukuku Esasları, Sekizinci Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 445; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 868.

25 AYM, Başvuru No: 2012/74, K. T. 05.03.2013; AYM, Başvuru No: 2012/946, K. T. 26.03.2013; AYM, Başvuru No: 2013/1177, K. T. 26.03.2013; AYM, Başvuru No: 2012/26, K. T. 26.03.2013; AYM, Başvuru No: 2012/403, K. T. 26.03.2013; AYM, Başvuru No: 2012/670, K. T. 26.03.2013.

26 Bireysel başvurunun posta yoluyla yapılması mümkün değildir. Bu yolla yapılan başvurular kayda alınmayarak, başvuru evrakları ilgililere iade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, postada ortaya çıkabilecek olumsuzluklar ile karşılaşılması amacıyla, başvurunun posta yoluyla yapılmasını kabul etmemektedir. Bireysel başvuru, bizzat yapılabileceği gibi, avukat aracılığıyla da yapılabilir. Ancak başvuru, avukat ile temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir (6216 sayılı Kanun m. 47/IV).

Kanunun 46. maddesinin birinci fıkrasında, kamu gücü kullanılarak yapılan işlem, eylem ya da ihmaller sonucunda güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenen bireylerin bireysel başvuru yoluna müracaat edebilecekleri düzenlenmiştir²⁷. Bu anlamda, işlemin muhatabını doğrudan etkilemeyen ve onlar için bağlayıcı sonuçlar öngörmeyen işlemler ile kamu gücüne dayanılmadan yapılan işlemlere yönelik bireysel başvuru yoluna gidilemez²⁸.

6216 sayılı Kanunun 46. maddesinin ikinci fıkrasında, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru hakkını haiz olmadıkları, özel hukuk tüzel kişilerinin ise kişiliklerine ilişkin olmayan hakların ihlâli bakımından bireysel başvuru yapamayacakları düzenlenmiştir²⁹. Kamu tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanan tüzel kişiler olmasından dolayı, bu hükmün isabetli olduğu doktrinde ifade edilmekle birlikte³⁰, bir kamu tüzel kişinin diğer bir kamu tüzel kişinin hakkını ihlâl etmesi hâlinde, ilgili kamu tüzel kişinin bireysel başvuru yapmaması Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Mahkemeler önünde eşitlik ilkesine uygun olarak, bu imkânın kamu tüzel kişilerine de tanınması isabetli olur idi³¹.

6216 sayılı Kanunun 46. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, yabancıların sadece Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklara ilişkin bireysel başvuru hakkı bulunmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, yabancılar Anayasada sadece vatandaşlara tanınan sınır dışı edilmeme, kamu hizmetine girme, seçme ve seçilme hakkı gibi temel haklar bakımından bireysel başvuruda bulunamaya-

27 Pekcanitez, s. 267; Kılınç, s. 25-26; Mellinghof, s. 49; Holzinger, s. 89-90; Ermenek, s. 7; Ekinci & Sağlam, s. 17; Kanadoğlu, s. 82 vd.; Çınar, İbrahim (2015) 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı İle Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi Konusunda Verdiği Kararlar', Haşim Kılıç'a Armağan, C: II, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 1297; AYM, Başvuru No: 2013/1977, K. T. 09.01.2014; AYM, Başvuru No: 2013/6179, K. T. 20.03.2014.

28 Sabuncu & Esen Arnwine, s. 231; Erdinç, s. 109. Doktrinde anılan düzenlemenin, bireysel başvuruyu Anayasa'ya aykırılık def'inden ayırdığı ifade edilmektedir. Bkz. Ermenek, s. 7.

29 Dernekler ve meslek kuruluşları, üyelerinin haklarıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunamaz. Bunlar sadece tüzel kişiliğin haklarıyla ilgili konularda başvuru yapabilirler. Bkz. Pekcanitez, s. 267; Sabuncu & Esen Arnwine, s. 230; Kılınç, s. 31; Ermenek, s. 29; Çınar, s. 1298; Ekinci & Sağlam, s. 9.

30 Erdinç, s. 108.

31 Sabuncu & Esen Arnwine, s. 231; Göztepe, s. 29; Ermenek, s. 29; Kanadoğlu, s. 55, 59-61. Almanyada ise, üniversiteler, enstitüler ve radyo televizyonun devlet yapısı ile bağlantılı olmalarına rağmen, bir dereceye kadar devletten bağımsız faaliyet yürüten kuruluşların taşıyıcısı oldukları haklarla sınırlı olarak başvuruda bulunabilecekleri kabul edilmektedir. Bkz. Göztepe, s. 50; Kılınç, s. 29.

çaklardır³². Doktrinde bir görüşe göre, Anayasa'nın 13. maddesi bireysel başvuru bakımından da geçerli olmalıdır. Dolayısıyla bireysel başvuru hakkına sahip olanlar bakımından öngörülen sınırlandırma sebeplerinin Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenmesi gerekirdi. Anayasa'da bu şekilde düzenleme yapılmadığından, yabancılar hakkında getirilen sınırlandırma dışındakiler Anayasa aykırıdır. Zira Anayasa'nın 148. maddesindeki "herkes" ibaresi, 6216 sayılı Kanun ile daraltılmıştır³³.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvuruda, başvuru İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, hissedar olduğu taşınmaza kamulaştırmaz el attığı iddiasıyla aleyhine açılan dava sonucunda tazminata hükmedilmesinin mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlâl ettiğini, kamu gücü kullanılmadığını, davanın özel hukuk tüzel kişisi olarak eşitler arasındaki bir dava olduğunu ve taraflar arasında paylı mülkiyet hakkının kullanımından kaynaklanan ihtilaf bulunduğunu ileri sürerek bireysel başvuru ehliyetine sahip olduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacağını, ilgili idarenin içinde bulunduğu hukukî ilişkinin niteliğinin bir önemi olmadığını, kuruluş, görev ve yetkileri kanunla düzenlenen, kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri ile donatılan ve kamu tüzel kişiliğini haiz üniversitelerin bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığını belirterek, kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir³⁴.

32 Sabuncu & Esen Arnwine, s. 231; Kılınç, s. 29; Çınar, s. 1313; Ekinci & Sağlam, s. 8; Kaya, s. 95.

33 Ermenek, s. 30.

34 Karşı oy yazısına göre, 6216 sayılı Kanunun 46. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacaklarına ilişkin düzenlemeyi, kamu tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanmadıkları durumlara da uygulamak ve kamu tüzel kişilerinin hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunamayacaklarını kabul etmek, bireysel başvurunun amacına aykırı düşer. Kamu tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanmadıkları alanlarda, sınırlı olarak bireysel başvuruda bulunmalarını kabul etmek gerekir. Nitekim Alman Hukukunda da kamu tüzel kişilerinin istisnaen, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi yargılamaya ilişkin temel haklar yönünden bireysel başvuruda bulunabilecekleri kabul edilmiştir. İnceleme konusu olayda da, kamu tüzel kişiliğini haiz İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi tarafından bireysel başvuruda bulunmuş olup, mülkiyet hakkının ihlâli bakımından kamu tüzel kişisi olması nedeniyle kişi yönünden yetkisizlik kararı verilebilirse de, adil yargılanma hakkı bakımından kişi yönünden yetkisizlik kararı verilmemesi gerekirdi. Zira Anayasa'nın 36. maddesinde tanınan hakların devamı niteliğinde olan bireysel başvuru hakkını tanımamak, hak arama yollarının niteliğine aykırı düşmektedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1430, K. T. 21.11.2013.

Ayrıca yasama işlemlerinden, idarenin düzenleyici işlemlerinden, Anayasa Mahkemesi kararlarından veya Anayasa Mahkemesi'nin yargı denetiminde olmayan işlemlerinden hakları ihlâl edilenlerin, bireysel başvuruda bulunamayacakları düzenlenmiştir (6216 sayılı Kanun m. 45/III)³⁵. Bir bireysel başvuruda, başvuru, açtığı vekâlet alacağına tahsiline ilişkin alacak davasında usul ve kanuna uygun yargılama yapılmadığını, yargılamanın makul sürede sonuçlanmadığını, Yargıtay kararlarının gerekçesiz olduğunu belirterek, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüş, aynı zamanda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrasının kısmen iptalini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna gidilemeyeceğini, bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlâline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmellere karşı başvuru yapılabileceğini belirterek, başvurunun ilgili kısmının konu bakımından yetkisiz olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir³⁶.

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında, olağan kanun yollarının tüketilmesi üzerine, bireysel başvuru yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür. Bu şart, 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin ikinci fıkrasında ise,

35 Bu düzenlemeye ilişkin eleştiriler için bkz. Özbey, Özcan (2013) Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı, İkinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2013, s. 213; Erdinç, s. 114-115. İlgili düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda, yasanın geçerlilik ve uygunluk koşullarını değerlendiremeyeceğini, başka bir deyişle bireysel başvuru incelemesinde somut norm denetimi yapamayacağını da ifade etmektedir. Bkz. İyimaya, s. 430-438. Aksi görüşe göre ise, ilgili düzenleme, mahkeme kararına kaynaklık eden yasa veya düzenleyici idarî işlemin anayasaya uygunluğunun denetlenmesine imkân sağlamaktadır. Bkz. Göztepe, s. 27, 32; Aydın, s. 143-144; Eren, Ceren Sedef (2014) 'İtiraz Yolunda Mahkeme Kavramı ve Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Yolunda Mahkeme Niteliği', Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S: 1, s. 139-142. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, soyut ve somut norm denetimlerinin yanında, anayasa şikâyetleri kapsamında da norm denetimi yapabilmektedir. Türk Hukukundan farklı olarak, yasalar, anayasa şikâyetinin konusunu oluşturabilmektedir. Bkz. Kunig, Philip (2015) 'Verfassungsgerichte Als Akteure Der Fortentwicklung Der Rechtsordnung-Erfahrungen Aus Deutschland', Haşim Kılıç'a Armağan, C: I, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 671.

36 AYM, Başvuru No: 2013/988, K. T. 10.03.2015. Hâkimin kararı, bir kanun hükmünün uygulanmasına değil, kendi yarattığı hukuka dayanıyor ve temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edilmesi söz konusuysa, bu durumda da bireysel başvuru yolu mümkündür. Bkz. Ermenek, s. 39-40; Kanadoğlu (2013) s. 22.

mevcut idarî ve adlî başvuru yollarının tamamının tüketilmesi şeklinde ifade edilmiştir³⁷. Doktrinde bir görüşe göre, olması gereken hukuk bakımından Anayasa'nın ilgili maddesindeki düzenlemenin genel ve soyut olması, 6216 sayılı Kanundaki düzenlemenin ise daha özel olması, ancak temel hakları sınırlar nitelikte olmaması gerektiği için 6216 sayılı Kanundaki düzenleme Anayasa'ya aykırıdır³⁸. Anılan şart, bireysel başvurunun ön şartı ve kabul edilebilirlik şartıdır. Dolayısıyla bireysel başvuru yoluna, temel hak ihlallerinin diğer hak arama yollarıyla giderilememesi durumunda başvurulmaktadır. Bu durum, bireysel başvuru yolunun ikincil nitelikte olduğunu göstermektedir³⁹. Böylece bireysel başvuru olanağında, Anayasa Mahkemesi, kanun yolu mercii gibi denetim yapmayacaktır. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolu incelemesinde, hukuka uygunluk bakımından değil, temel hakların yargılamada ihlâl edilip edilmediği yönünden değerlendirme yapacaktır⁴⁰. Örneğin, görevini yaparken haksız olarak vekâletten azledildiği, vekâlet alacağı davası açtığı, ancak davada faize hükmedilmediği ve makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasını içeren bir bireysel başvuruda, vekâlet alacağı davasında

-
- 37 Başvuru yolları kavramından, başvuruçunun iddiaları bakımından makul bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yollarının anlaşılması gerekir. Dolayısıyla başvuru yolları etkisiz ise, tüketilmesi gerekmez. Başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda, başvuruçunun aynı amacı taşıyan başvuru yollarının tamamını tüketmesi beklenemez. Bununla birlikte, makul sürede yargılanma hakkı ihlâli iddiasını içeren başvurular bakımından başvuru yollarının tüketilmesi gerekmez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oder, Bertil Emrah (2013) 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre, Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat', Güncel Hukuk Dergisi, Eylül, s. 15; Tural, Erhan (2015) 'Bireysel Başvurunun İşlev ve Niteliği ile Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu', Haşim Kılıç'a Armağan, C: II, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 1796 vd.; Ekinci & Sağlam, s. 19; AYM, Başvuru No: 2013/1243, K. T. 16.04.2013; AYM, Başvuru No: 2013/1582, K. T. 07.11.2013; AYM, Başvuru No: 2013/2355, K. T. 07.11.2013; AYM, Başvuru No: 2012/13, K. T. 02.07.2013.
- 38 Göztepe, s. 25-27; Ulukapı, Ömer & Çon, Ömer (2014) 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi', Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C: II, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1954-1955.
- 39 Pekcanitez, s. 266; Sabuncu & Esen Arnwine, s. 231; Kılınç, s. 36-37; Mellinghof, s. 56; Holzinger, s. 90-91; Ermenek, s. 8; Oder, s. 15; Erdinç, s. 116 vd.; Kanadoğlu, s. 103, 110. Bireysel başvurunun ikinciliği ile bağlantılı olan bir husus da bireysel başvurunun kapsamıdır. İlk derece mahkemesinde ve kanun yollarında dayanılmayan iddialar, bireysel başvuruda inceleme konusu yapılamaz. İlk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen vakıalar ve deliller de bireysel başvuru kapsamında ileri sürülemez. Bireysel başvuru incelemesi, başvuru kapsamıyla sınırlıdır. Ancak, Anayasa Mahkemesi nitelendirme yetkisini de haizdir. Bkz. Ermenek, s. 38; Oder, s. 16.
- 40 Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 1108; Erdinç, s. 118; Ekinci & Sağlam, s. 18-19.

verilen karar hakkında başvuru tarafından temyiz yoluna başvurulmadığı, dolayısıyla başvuru yollarının tüketilmemiş olduğu sonucuna varılarak, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir⁴¹.

Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar bakımından, bireysel başvuru incelemesi yapılamayacaktır (An. 148/IV). Bu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun ikincil nitelikte olmasının bir sonucudur⁴². Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin başvuruları açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmektedir. Örneğin, açılan boşanma davasında mahkemenin tarafların malvarlığı durumu hakkında eksik ve hatalı değerlendirme yaptığı, aleyhinde tazminat ve nafaka ödenmesine karar verildiği, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda, ileri sürülen iddiaların, delillerin değerlendirilmesine, hukuk kurallarının yorumlanmasına ve yargılamanın sonucuna ilişkin olmasından bahisle, kanun yollarında değerlendirilebilecek iddiaların bulunduğu gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir⁴³.

41 AYM, Başvuru No: 2013/4785, K. T. 15.04.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2012/1027, K. T. 12.02.2013; AYM, Başvuru No: 2013/5956, K. T. 15.04.2014; AYM, Başvuru No: 2013/2225, K. T. 06.05.2015; AYM, Başvuru No: 2012/403, K. T. 26.03.2013; AYM, Başvuru No: 2012/367, K. T. 17.09.2013; AYM, Başvuru No: 2013/1205, K. T. 17.09.2013; AYM, Başvuru No: 2013/1394, K. T. 24.06.2015; AYM, Başvuru No: 2013/3300, K. T. 18.09.2014; AYM, Başvuru No: 2013/6314, K. T. 20.03.2014; AYM, Başvuru No: 2013/7318, K. T. 10.06.2015; AYM, Başvuru No: 2013/9403, K. T. 14.10.2015. İhtiyatî tedbir kararı nedeniyle mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ilişkin iddialar, hukuk düzenimizde öngörülen başvuru yolları (asıl hükümle birlikte temyiz edilme) usûlüne uygun tüketilmediği için kabul edilemez. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/7565, K. T. 08.05.2014. Somut davanın konusu olmayan şikâyetler bakımından, bireysel başvuru diğer kabul edilebilirlik şartları incelenmeksizin, başvuru yolları tüketilmediği için reddedilmektedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1675, K. T. 18.09.2014.

42 Bireysel başvuru konusu olan uyumsuzluklar, kural olarak kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlardır. Ancak, kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus, bireysel başvuru konusu değildir. Aksi takdirde, kanun yollarının tüketilmesi koşulu anlam ifade etmez. Bkz. Göztepe, s. 23.

43 AYM, Başvuru No: 2013/3253, K. T. 16.07.2014. Bir diğer bireysel başvuruda, başvuru konusunun dava konusu sözleşmede yer alan hükmün haksız şart sayılması gerektiği iddiasının kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, ilk derece mahkemesi kararının bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle reddedilmesi gerekir. bkz. AYM, Başvuru No: 2013/731, K. T. 08.05.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/988, K. T. 10.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/5486, K. T. 04.12.2013; AYM, Başvuru No: 2012/1143, K. T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2013/1341, K. T. 21.05.2015; AYM, Başvuru No: 2013/614, K. T. 25.06.2014; AYM, Başvuru No: 2013/1326, K. T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No:

Anayasa Mahkemesi'ne göre, bilirkişi heyetinde hukukçu bilirkişi bulunması zorunluluğu olmadığı gibi, başvurucunun açtığı davanın niteliği dikkate alındığında, hükme esas alınan bilirkişi heyetinde hukukçu bilirkişi olmamasının başvurucunun aleyhine bir durum yaratmadığı takdirde bu yöndeki iddia kanun yolu şikâyeti niteliğindedir⁴⁴. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesinin birinci fıkrasında, çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişiye başvurulacağı, anılan maddenin ikinci fıkrasında ise hukukî konularda bilirkişilik yapılamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun⁴⁵ 3. maddesinin üçüncü fıkrasında da, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesinde belirtildiği üzere hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi gereğince de hukukî konularda hâkimin bilirkişiye başvurması söz konusu olmamalıdır. Bununla birlikte mahkemece yapılan kararın esasına etkili olmayan maddî hatalar da kanun yolu şikâyeti niteliğindedir⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru talebini inceleyebilmesi için bireysel başvuruya konu teşkil edecek ihlâllerin, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânının tanınmasından sonra gerçekleşmesi gerekir. Bu tarihten önce gerçekleşen ihlâlleri içeren bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesi tarafından zaman bakımından yetkisizlik kararı verilmektedir⁴⁷. Bu konuda, iş

2013/252, K. T. 26.06.2014; AYM, Başvuru No: 2013/1205, K. T. 17.09.2013; AYM, Başvuru No: 2012/1254, K. T. 07.03.2014; AYM, Başvuru No: 2013/1211, K. T. 10.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/1762, K. T. 16.10.2014; AYM, Başvuru No: 2013/2386, K. T. 04.11.2015; AYM, Başvuru No: 2013/3300, K. T. 18.09.2014; AYM, Başvuru No: 2014/1512, K. T. 30.06.2014.

44 AYM, Başvuru No: 2013/1710, K. T. 18.06.2014. Benzer yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/3613, K. T. 30.06.2014; AYM, Başvuru No: 2013/2328, K. T. 10.03.2015.

45 Resmi Gazete, T: 24.11.2016, S: 29898.

46 AYM, Başvuru No: 2013/6833, K. T. 03.04.2014.

47 6216 sayılı Kanunun geçici birinci maddesinin sekizinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesi'ne 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine bireysel başvuruda bulunabileceği düzenlenmiştir. Bu sürenin öngörülmesinin amacı hukuk güvenliğini sağlamak ve geçmişte sonuca bağlanmış dosyaların tekrar incelemesini önleyerek Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü artırmamaktır. Böyle bir süre belirlenmesinin diğer bir amacı da, Anayasa Mahkemesi'nin yapısının bireysel başvuruların incelenmesine uygun hâle getirilmesidir. Bkz. Korkmaz, Ramazan (2014) 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Uyulması Gereken Süreler', Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, Özel Sayı) C: II, İzmir, s. 1960.

mahkemesinde açılan davada fazla çalışma ücretiyle ilgili yeterli delil varken delillerin mahkemece değerlendirilmediği ve şartları olduğu hâlde fazlaya ilişkin hakları için ayrı açtığı dava ile birleştirilmediği nedenlerine dayanan bireysel başvuruda, iş mahkemesince ihbar tazminatı ve ücretli izin alacağı dışındaki taleplerin reddedildiği ve bireysel başvuru imkânının tanındığı tarihten önce ilgili kararın Yargıtay'ın 29.12.2009 tarihli onama kararıyla kesintiye anlaşıldığından, zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir⁴⁸.

6216 sayılı Kanunun 47. maddesinin beşinci fıkrasında ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 64. maddelerine göre, başvuru yolu öngörülmemişse ihlâlin öğrenildiği, başvuru yolu düzenlenmişse ilgili yolların tüketildiği tarihten itibaren otuz günlük süre içinde bireysel başvuru hakkının kullanılması gerekmektedir⁴⁹. Anılan süre, taraflara yönelik olup, hak düşürücü niteliktedir. Kanunda öngörülen sürenin geçirilmesi durumunda, *süre aşımı* nedeniyle bireysel başvuru talepleri reddedilmektedir⁵⁰. Bununla birlikte, mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu

48 AYM, Başvuru No: 2013/2265, K. T. 16.10.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2012/1143, K. T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2012/51, K. T. 25.12.2012; AYM, Başvuru No: 2012/317, K. T. 16.04.2013; AYM, Başvuru No: 2013/6047, K. T. 23.01.2014; AYM, Başvuru No: 2013/7042, K. T. 18.11.2015; AYM, Başvuru No: 2013/7597, K. T. 10.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/9786, K. T. 17.07.2014.

49 Anayasa Mahkemesi'ne göre, olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması, otuz günlük süreyi durdurmaz. Başka bir ifadeyle, bireysel başvuru yapılmadan önce, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması gerekmez. Ancak, doktrinde yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesi ve davanın esastan incelenmesi durumunda, başvuru süresinin başlangıcının yargılamanın yenilenmesi sonucuna göre belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Ekinci, Hüseyin (2013) 'Kabul Edilebilirlik Kriterleri', Bireysel Başvuru İnceleme Usûlü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi) (Editör: Musa Sağlam) Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 133-135; Ermenek, s. 26-27; Korkmaz, s. 1971-1972; Ekinci & Sağlam, s. 23; Tural, s. 1799.

50 Bir bireysel başvuruya göre, delil tespiti talebi, ilk derece mahkemesince reddedilmiş olup, Yargıtay'ca ilk derece mahkemesi kararının delil tespiti talebinin çekişmesiz yargı niteliğinde olması ve nihai bir kararın bulunmamasından dolayı başvuru sahibinin temyiz talebinin de reddedilmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda, temyiz talebine ilişkin kararın ilgiliye 12.03.2014 tarihinde tebliğ edilmiş olduğu, ancak bireysel başvuru tarihinin 05.08.2014 olması üzerine, otuz günlük sürenin geçtiği anlaşılmıştır. Süre aşımı nedeniyle bireysel başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2014/13014, K. T. 14.10.2015. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/335, K. T. 18.09.2013; AYM, Başvuru No: 2013/6325, K. T. 15.04.2014; AYM, Başvuru No: 2013/9768, K. T. 30.06.2014.

yapamadığı takdirde, başvuruca mazeretinin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilmesine olanak tanınmıştır (6216 s. Kanun m. 47/V; İçtüzük m. 64/II)⁵¹.

Bireysel başvurunun konusunun temel hak ihlali olmasının yanında⁵², başvuruca önemli bir zarara uğraması da gerekmektedir. 6216 sayılı Kanununun 48. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, Anayasa'nın uygulanması, yorumlanması ya da temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi bakımından önem arz etmeyen ve önemli bir zararı içermeyen başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verilecektir⁵³.

-
- 51 Bir görüşe göre, bireysel başvuru süresinin kaçırılması durumunda ilgili süre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 95. maddesi gereğince, eski hâle getirme bağlamında taraflara yöneliktir. Bkz. Ermenek, s. 25. Diğer görüşe göre ise, anılan düzenlemede, eski hâle getirme kurumundan farklı ve kendine özgü bir mekanizma olarak mazeret kurumuna yer verilmiştir. Bkz. Çınar, Sinan (2015) 'Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları', Haşim Kılıç'a Armağan, C: II, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 1353-1354.
- 52 Temel hakları, bir medeni hukuk davasına ilişkin temyiz mercii tarafından verilen kararın denetlendiği bir anayasa şikâyeti çerçevesinde, objektif değerler düzeni olarak nitelendirilmek mümkündür. Objektif değerler düzeni ifadesiyle, temel hakların, yasanın yorumlanmasında ölçüt norm olmaları sağlayan ve aykırı olan yorumları hariç tutan bir etkiye sahip olmaları kastedilmektedir. Bkz. Kunig, s. 671-672.
- 53 Şirin, s. 554 vd.; Ekinci & Sağlam, s. 24. Açıkça dayanaktan yoksunluk ölçütünün yorumu ve Anayasa Mahkemesi'nce değerlendirilmesi bakımından geniş bilgi için bkz. Şirin, s. 562-563; Algan, Bülent (2014) 'Bireysel Başvurularda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 63, s. 250 vd.; Ekinci & Sağlam, s. 21-22. Başvuruca, açtığı boşanma davasında, birleşen dosya davacısının davasının kabul edildiğini, yargılamada karşı tarafın beyanlarına üstünlük tanınması ve kendi beyanlarının dikkate alınmaması sonucunda eşitlik ilkesine uyulmadığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise şöyle karar vermiştir: Olaya ilişkin iddialarını ve hangi Anayasa hükmünün ihlâl edildiğine ilişkin açıklamalarını ispatlama yükümlülüğü başvuruca ait olmasına rağmen, başvuruca tarafından soyut şekilde birtakım Anayasa hükümlerine atıfta bulunulmakla birlikte, belirtilen hükümlerin nasıl ihlâl edildiğine ilişkin bir açıklamada bulunulmadığı ve iddialarını ispatlamaya çalışmadığı anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2012/354, K. T. 31.12.2014. Bir diğer bireysel başvuruda ise, başvuruca mahkemece davanın reddine yönelik olarak verilen kararın, duruşma talepleri olmasına rağmen, duruşma yapılmaksızın temyiz incelemesinin sonuçlandırılması nedeniyle adil yargılanma haklarının ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi ise, Yargıtay'ın duruşma talebine ilişkin bir karar verilmeden temyiz incelemesini yaptığını, başvuruca ise iddia ve delillerini ilk derece mahkemesi ve üst mahkemede ileri sürme imkânı bulduğu

II. MEDENÎ USÛL HUKUKU İLKE VE KURUMLARI AÇISINDAN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. MAKUL SÜRE İÇİNDE YARGILANMA

Makul süre içinde yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle zarara uğramalarının önlenmesi, yargıya olan güvenin korunması ve uyuşmazlığın gerekli özen gösterilerek çözümlenmesidir⁵⁴. Makul süre içinde yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının kapsamına dâhildir (AİHS m. 6; An. m. 36). Mahkemelerin makul süre içinde karar vermeleri, Anayasa'nın 141. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Uyuşmazlıkların makul süre içinde çözümlenmesi, hukuk devletinin de gereklerinden biridir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında makul süre incelemesi yapmaktadır. Makul süre incelemesinde uyuşmazlığın karmaşık oluşu, başvuru ve yetkili mercilerin tutumları, yargı sisteminin yapısı, davaya konu hakkın başvuru tarafından önemi gibi ölçütler değerlendirilmektedir. Makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğine ilişkin bireysel başvurularda, başvuranın davasında haklı olup olmadığı önemli değildir⁵⁵. Anayasa Mahkemesi, makul süre incelemesinde, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini kabul ettiği durumda, başvuru talebi olmakla birlikte, ihlâl neden olduğu mağduriyetin giderilmesi adına manevî tazminata da karar vermek-

nu, bununla birlikte başvuruların tazminat davasının reddine karar verilmesi üzerine yapmış oldukları duruşmalı temyiz talebinde mahkeme önünde dile getiremediği iddialarını ileri süreceklerine ilişkin açıklamada bulunmadıklarını, dolayısıyla başvuruların yargılamanın sonucunu etkileyecek usûle ilişkin bir imkândan mahrum bırakılmadığını belirterek, adil yargılanma hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1943, K. T. 09.09.2015. Benzer yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/514, K. T. 02.10.2013; AYM, Başvuru No: 2013/1394, K. T. 24.06.2015; AYM, Başvuru No: 2013/1586, K. T. 18.09.2013; AYM, Başvuru No: 2013/1876, K. T. 08.09.2015; AYM, Başvuru No: 2013/2263, K. T. 26.06.2014; AYM, Başvuru No: 2013/3617, K. T. 10.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/4558, K. T. 10.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/5367, K. T. 25.02.2015; AYM, Başvuru No: 2013/5574, K. T. 30.06.2014; AYM, Başvuru No: 2014/776, K. T. 12.03.2015.

- 54 Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 382; Gökcan, Hasan Tahsin (2015) 'Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kapsamında Makul Sürede Yargılanma Hakkı', Haşim Kılıç'a Armağan, C: I, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 819;
- 55 Anılan ölçütler, makul sürenin belirlenmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce de gözetilmektedir. Bkz. Turan, Hüseyin (2012) 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 3, S: 11, s. 61; Gökcan, s. 839, 847.

tedir. Makul süre ihlâli nedeniyle maddî tazminat ise, ihlâl ile oluştuğu iddia edilen zarar arasında illiyet bağının bulunduğu hâllerde kabul edilmektedir⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruda, başvurucular, taşınmazlara ilişkin kadastro mahkemesinde görülen davanın otuz beş yıldır karara bağlanmamış olması ve uzun süren yargılama nedeniyle taşınmazlardan gerekli şekilde yararlanamadıklarını ileri sürerek, uğradıkları zararın tazminine karar verilmesini talep etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi ise, kararında şu tespitleri yapmıştır: Bir davanın görülme süresinin makul olup olmadığının tespitinde, davanın niteliği, bireylerin ve yargı organının tutumu, üst mahkemede inceleme yapılıp yapılmadığı, tarafların menfaatleri gibi esaslar göz önünde bulundurulmaktadır. Bu esasların toplam etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Somut başvuruda, 3402 sayılı Kanunda yer alan hükümlere tâbi olan ve taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olmadığı yargılama faaliyetinde, mahkemelerin gerekli sürede uyuşmazlığı sonlandırmaları konusunda daha hassas davranmaları gerekmektedir. Dava bütün olarak değerlendirildiğinde, yaklaşık otuz dokuz yıl içerisinde yargılamanın devam etmesi, yargılamanın makul sürede yapılmadığını göstermektedir⁵⁷.

Makul süre değerlendirilmesinde, sürenin başlangıcı olarak davanın ikame edildiği tarih esas alınmaktadır. Bununla birlikte, mahkemeye başvurmadan önce uyuşmazlık bakımından karar almaya yetkili idarî merciye başvurulduğu durumlarda, ilgili merciye başvurulduğu tarih sürenin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Sürenin bitiş tarihi ise, icra aşaması da dâhil edilerek, yargılama sürecinin sonlandırıldığı tarihtir. Ancak devam eden yargılamalarda, sürenin sonu bireysel başvurunun karara bağlandığı an olarak kabul edilmektedir⁵⁸.

56 Gökcan, s. 860; Özbey, s. 430. İlgili Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM, Başvuru No: 2013/6816, K. T. 18.06.2014; AYM, Başvuru No: 2014/2803, K. T. 08.09.2014; AYM, Başvuru No: 2013/6816, K. T. 18.06.2014; AYM, Başvuru No: 2013/4785, K. T. 15.04.2014; AYM, Başvuru No: 2014/579, K. T. 08.09.2014.

57 Anılan bireysel başvuruda, aynı zamanda, davacı olan başvurucuya 22.450,00 TL, yargılamayı murislerinden intikalle takip eden diğer başvuruculara 1.150,00 TL, 1.750,00 ile 2.050,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/3839, K. T. 18.06.2014. Benzer yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/3578, K. T. 25.02.2015.

58 AYM, Başvuru No: 2012/13, K. T. 02.07.2013. Başvurucu, kamulaştırmасız el atılan taşınmaz bedelinin ödenmesi davası sonunda Belediye aleyhine hükmedilen bedelin ödenmediğini, Belediye aleyhine icra takibi yapıldığını, ancak Belediyenin kamu mallarının haczedilmezliğine dayalı kanun hükümlerine dayanarak ödemediğini, dolayısıyla

Benzer bir bireysel başvuruda, taşınmazın kadastro tespitinin iptali talebiyle açılan, otuz dört yıldır sonuçlandırılmayan ve derdest olan davanın konu olduğu bireysel başvuruda, ilgili yargılamada makul olmayan bir gecikmenin olduğuna ve adil yargılanma hakkı kapsamında başvurunun kabul edilmesine karar verilmiştir⁵⁹.

Diğer bir bireysel başvuruda, başvuru, 1956 yılında açılan ve muristen intikalle takip ettiği hukuk davasının kadastro mahkemesinde henüz sonuçlanmadığını belirterek, makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğinin tespitini ve ihlâl sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nce, yaklaşık elli sekiz yıllık yargılamada makul olmayan bir gecikmenin olduğu, anayasal bir hakkın ihlâl edildiği ve başvuruçunun davayı muristen intikalle takip ettiği nazara alınarak, 1.050 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir⁶⁰. Başka bir bireysel başvuruda, tüketici sıfatıyla görülen, cep telefonu faturasında bildirilen miktarda borç bulunmadığının tespitine ilişkin davanın, yaklaşık beş yıl altı ay sürmesi durumunda, makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiği kabul edilmiştir⁶¹.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından anlaşıldığı üzere, kadastro mahkemelerinde yürütülen yargılamaların makul sürede tamamlanmadığı yönün-

mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, kesinleşmiş mahkeme kararlarının makul sürede uygulanmaması ya da icra edilmesinin adil yargılanma hakkının ihlâli niteliğinde olduğunu, somut olayda başvuruçular lehine verilen mahkeme kararlarının icrası için başvuruçuların gerekli tüm girişimlerde bulunmalarına rağmen Belediye tarafından gerekçe gösterilmeksizin dört yılı aşkın süre boyunca yerine getirilmediğini ve anılan sürenin makul olmadığını belirterek, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/711, K. T. 03.04.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/3457, K. T. 25.02.2015; AYM, Başvuru No: 2013/4824, K. T. 25.02.2015; AYM, Başvuru No: 2013/5926, K. T. 06.10.2015; AYM, Başvuru No: 2013/9403, K. T. 14.10.2015. Başka bir bireysel başvuruda ise, taşınmaz mülkiyetine ilişkin bir uyuşmazlık olduğu, bu yargılamada yazılı yargılama usûlünün geçerli olduğu, iki dereceli bir yargılama sonucunda kararın kesinleştiği dikkate alınarak, yaklaşık üç yıl sekiz aylık bir süreçte yargılamanın devam etmesini konu alan bireysel başvurunun makul sürenin aşılmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/2263, K. T. 26.06.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/4558, K. T. 10.03.2015.

59 AYM, Başvuru No: 2013/3337, K. T. 08.09.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2014/889, K. T. 08.09.2014; AYM, Başvuru No: 2013/8720, K. T. 17.11.2014; AYM, Başvuru No: 2013/8821, K. T. 08.09.2014; AYM, Başvuru No: 2013/2116, K. T. 23.01.2014.

60 AYM, Başvuru No: 2014/385, K. T. 08.09.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2014/3876, K. T. 17.11.2014.

61 AYM, Başvuru No: 2014/2243, K. T. 18.06.2014.

deki iddiaları içeren bireysel başvurularda, özellikle 3402 sayılı Kanunda yer alan ve makul süre içinde yargılamanın yapılmasına hizmet eden özel usûl hükümlerinin dikkate alınmadığına vurgu yapılarak, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin bir ihlâl olduğuna ve başvuruçunun talep etmesi hâlinde belli bir miktar tazminat ödenmesine karar verilmektedir⁶². Bireysel başvuru üzerine karar verilen tazminat, Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, Devlet tarafından ödenecektir. Ancak Devlet ödediği tazminat miktarını, ilgili hâkime rüçü edecektir. Bu husus Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 93/A maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinde öngörülen sorumluluk hâllerinden farklıdır. Bununla birlikte, yukarıda zikredilen karardan da anlaşıldığı üzere, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği açık olan bu başvurularda, yargılama faaliyetinin uzunluğu nedeniyle uğranılan manevî zararların karşılığı olarak, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında takdir ettiği tazminat miktarlarının hukuka, adalete ve yargıya güven ilkesinin gördüğü zarar ile orantılı olmadığı görülmektedir.

Başka bir bireysel başvuruda, başvuruçunun, 2009 tarihinde iş mahkemesinin alacak davası sonunda verdiği kararın icra edilemediğini ve davasının makul sürede sonuçlandırılmadığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararlarının uygulanmasının yargılama sürecini tamamlayan bir unsur olduğunu, somut başvurunun dayanağını oluşturan mahkeme kararının makul sürede icra edilememesinin mahkemeye erişim hakkı kapsamında, adil yargılanma hakkının ihlâli iddiası olarak değerlendirilebileceğini belirterek, başvuru açısından icra takibinin başlatıldığı tarihten itibaren on iki gün geçmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır. Yargılama süreciyle ilgili olarak ise, işçi alacaklarının ödenmesi davasında, bilirkişi incelemesi yapıldığı, kararın temyiz incelemesinden geçtiği ve davanın işe iade davası da olmadığı anlaşıldığından, üç yılı aşkın bir sürede yürütülen yargılamanın makul olduğuna ve adil yargılanma hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir⁶³. İşçi alacaklarının tahsili istemiyle açılan ve yaklaşık yedi yıl

62 AYM, Başvuru No: 2012/12, K. T. 17.09.2013; AYM, Başvuru No: 2013/1115, K. T. 05.12.2013; AYM, Başvuru No: 2012/673, K. T. 19.12.2013; AYM, Başvuru No: 2013/2225, K. T. 27.06.2015.

63 AYM, Başvuru No: 2013/4454, K. T. 15.10.2014. Benzer bir bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesi, işçilik alacağına ilişkin davanın yaklaşık üç buçuk yıl sürdüğünü, sürenin büyük bir kısmının temyiz incelemesinde geçtiğini, özellikle davanın konusunun daha önce kesinleşen bir davada alınmayan fazlaya ilişkin alacak talepli olduğunu ve detaylı bir incelemeyi gerektirmediğini belirterek, makul olmayan bir gecikmenin olduğuna ve adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine ve 2.100,00 TL manevî tazminat ödenmesine karar vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/2265, K. T. 16.10.2014.

süren bir davayı konu alan bireysel başvuruda ise, Anayasa Mahkemesi, makul olmayan bir gecikmenin olduğuna, makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğine ve yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle uğranılan manevî zararların karşılığında 6.500,00 TL manevî tazminat ödenmesine karar vermiştir⁶⁴.

Diğer bir bireysel başvuruda ise, iş sözleşmesinin feshedilmesi üzerine açılan feshe itiraz davasının, Kanunda belirtildiği gibi üç aylık süre içinde değil, yaklaşık kırk aylık bir sürede tamamlandığını konu alan bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiası bakımından şu şekilde karar vermiştir: 4857 sayılı Kanununun 20. maddesindeki süreler düzenleyici nitelikte olup, bu süreyi aşan her yargılamada makul olmayan bir gecikmenin olduğu şeklinde yorum yapılamaz. Ancak işe iade davalarının, daha kısa sürede görülmesine ilişkin tarafların menfaati değerlendirildiğinde, süre bakımından diğer davalardan farklı olduğu sonucuna varılmaktadır. Dava dosyası bakımından temyiz kanun yoluna başvurulduğu, dosyanın Yargıtay daireleri arasında on altı aylık süre ile gidip geldiği ve dosyada eksikliklerin iki aylık sürede tamamlandığı dikkate alındığında, geçen sürenin makul olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, yaklaşık üç buçuk yıl süren yargılama sürecinin uzunluğu sebebiyle uğranılan manevî zararın karşılığında 3.000,00 TL manevî tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir⁶⁵.

64 AYM, Başvuru No: 2014/9840, K. T. 22.06.2015. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/4701, K. T. 23.01.2014; AYM, Başvuru No: 2013/2328, K. T. 10.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/588, K. T. 03.04.2014. Benzer yöndeki bir bireysel başvuruda, hizmet tespit davasının sekiz yıl sürmesinden dolayı makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararındaki değerlendirmeler şöyledir: Hizmet tespit davalarının kamu düzenine ilişkin olmalarından dolayı re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı, ilk duruşmaların çoğunda tarafların sundukları ve re'sen tespit edilen tanıkların ifadelerinin alınmasıyla meşgul olunduğu, tanıkların tespiti amacıyla yazılan müzakerelere istenilen zamanda cevap verilmediği ve tanıklara istenilen tebligatlar yapılmadığı tespit edilmiştir. Yargıtay'ca temyiz tarihinden yirmi beş ay sonra eksik inceleme gerekçesiyle bozma kararı verilmiş, ilk derece mahkemesince bazı tanıkların dinlenmesi dokuz ay sonra mümkün olmuştur. Aynı binada bulunan başka bir iş mahkemesinde derdest işçilik alacaklarına ilişkin dosyanın talep üzerine on dört ay sonra mahkemeye gelmesi de yargılamanın makul sürede yürütülmemesinde etken olmuştur. Bozma kararından sonra ilk derece mahkemesinde davanın beş farklı hâkim tarafından görülmesi de rol oynamıştır. Bunlar idarî ve yargı organlarına atfedilecek eksiklikler olup, uyumsuzlukların nihai olarak sonuçlandırılmasını sağlayacak yargı sisteminin olmadığını göstermektedir. Yargılamanın makul sürede tamamlanmaması, başvurucağının tutum ve davranışlarından kaynaklanmamıştır. Makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğine ve sekiz yılı aşkın bir sürede hizmet tespit davasının görülmesi sonucunda başvurucağının uğradığı manevî zararların karşılığı olarak 5.850,00 TL miktarında tazminata karar verilmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/3442, K. T. 20.03.2014.

65 AYM, Başvuru No: 2013/772, K. T. 07.11.2013. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2014/1981, K. T. 18.09.2014; AYM, Başvuru No: 2014/372, K. T. 08.09.2014; AYM, Başvuru

Anayasa Mahkemesi'nin iş davalarına dayanan bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlardan anlaşıldığı üzere, süreyle ilgili ölçütler daha sıkı değerlendirilmektedir. Özellikle işe iade davaları bakımından başvuranın menfaati gereği, daha az sürelerin ihlâlâle yol açabileceğine karar vermektedir. İş sözleşmesinden doğan alacakların ödenmesi davası ile işe iade davaları aynı sürede yürütülmüş olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edilip edilmediği noktasında farklı kararlar verdiği görülmektedir. İşe iade davalarının önemine binaen, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde birtakım süreler öngörülmüştür. Anılan hükme göre, işe iade davasında mahkemenin iki ay, temyiz incelemesinde ise Yargıtay'ın bir ay içinde karar vermesi gerekmektedir. Ancak uygulamada, mahkemeler işe iade davalarında, öngörülen süre içinde davaları sonuçlandıramamaktadır. Mahkemeler için öngörülmüş süreler düzenleyici nitelikte olduğundan, bu süreden sonra verilen kararların da geçerli olduğu aşikârdır⁶⁶. Ancak Kanunlarda, bu tür uyulamayacak sürelerle yer verilmesi, tarafları haklı olarak beklenti içine sokmaktadır⁶⁷. Anayasa Mahkemesi de işe iade davasına dayanan bireysel başvurularda, iş sözleşmesinin feshi durumunda uyuşmazlığın kısa sürede çözülmesi için öngörülen usûl nedeniyle, genellikle makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar vermektedir.

ru No: 2013/1326, K. T. 17.07.2014. Boşanma davasını konu alan bir bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesi, yargılamanın boşanma ve tazminat taleplerini konu alan bir ihtilaf olması nedeniyle, belirli usûl işlemlerinin yapılmasının gerektiği, söz konusu iki dereceli yargılama süresinin makul süreyi aşmadığı, yargılamada sekiz ayı aşkın bir sürede taraf vekillerinin mazeretleri nedeniyle duruşmaların ertelendiği, uyuşmazlığın karara bağlanmasının yargılama makamlarının tutumu nedeniyle geciktirilmediği gerekçesiyle iddianın reddine karar vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/3253, K. T. 16.07.2014. İcra takip dosyasına ilişkin icra mahkemesine yapılan şikâyet incelemesinin bir yıl beş ay sürmesinde dolayı, makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiasını taşıyan bir bireysel başvuruda ise, Anayasa Mahkemesi, şikâyet incelemesinin duruşmasız yapıldığı bir yargılamanın 2004 sayılı İcra İflâs Kanunu'nun 18. maddesi gereğince on gün içinde sonuçlandırılması gerektiğini, icra ve iflâs dairelerinin yaptığı işlemlere karşı yapılan şikâyetlerde bireylerin sürecin kısa sürede tamamlanmasındaki kişisel yararı göz önüne alındığında, bu şikâyetlere ilişkin süreçlerin süre yönünden diğer davalarla aynı nitelikte olmadığını, başvuruçunun özensiz tutum ve davranışlarda bulunmadığını ve davanın karmaşık olmadığını belirterek, yargılamada makul olmayan bir gecikmenin olduğuna karar vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/2386, K. T. 04.11.2015.

66 Er, Selami & Dursun, Halil İ. (2014) 'İşe İade Davalarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 115, s. 410.

67 Özekes, Muhammet (2004) 'İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medenî Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi', Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 489; Özekes, Muhammet (2005) 'Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları', Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 144; Yılmaz, Ejder (2006) 'İşe İade Davalarında Yargılama Usûlü İle İlgili Özellikler', Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 4, s. 26; Kar, Bektaş (2008) 'İşe İade (İş Güvencesi) Davasında Yargılama Hukuku Sorunları', Ankara Barosu Dergisi, Y: 66, S: 1, s. 112.

B. HUKUKÎ DİNLENİLME HAKKI

Hukukî dinlenme hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde ve AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Hukukî dinlenme hakkına iddia ve savunma hakkı denilse de, hukukî dinlenme hakkı daha geniş bir muhtevayı haizdir⁶⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, hukukî dinlenme hakkının unsurları; tarafların yargılamayla ilgili olarak bilgi sahibi olmaları, eşit şekilde açıklama ve ispat haklarını kullanmaları, yargı organlarının da karar vermeden önce bu açıklamaları dikkate alıp değerlendirmesidir. Hukukî dinlenme hakkı, sadece yargılamanın bir kesitinde değil, tüm yargılama boyunca geçerlidir⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda hukukî dinlenme hakkının gereğinin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmektedir. Bir bireysel başvuruda, başvuru, duruşmanın kendisine bildirildiği tarihten daha önce yapılmasından dolayı, duruşmada sunulan delillere ilişkin iddia ve savunmada bulunmadığını ve temyiz incelemesinde Yargıtay'ca gerekçesiz karar verildiğini ileri sürmüştür. Başvuruya konu somut olayda, UYAP'ta görünenden daha önceki bir tarihte yapılan duruşmada başvuru vekilinin bulunmadığı, ancak davalı vekilinin hazır bulunduğu anlaşılmıştır. Anılan duruşmada sunulan bilirkişi raporları hakkında davalı vekilinin ilgili görüşleri alınmasına rağmen, başvuru duruşmaya katılamamasından dolayı raporları inceleme ve görüşlerini sunma imkânı bulamamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında, silahların eşitliği ilkesi gereğince, tarafların aynı koşullar çerçevesinde usûlî hakları kullanmasına müsaade edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Duruşmanın UYAP kayıtları ve duruşma tutanaklarında belirtilen tarihten önce yapıldığı anlaşılmakta olup, temyiz dilekçesinde belirtilen bu durumun temyiz incelemesinde değerlendirilmemesi de ihlâlî ağırlaştırmakta olduğundan, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği tespit edilmiştir⁷⁰.

68 Özkes, Muhammet (2003) Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 29; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 386-387.

69 Pekcanitez, s. 272, 274; Özkes (2003) s. 85.

70 AYM, Başvuru No: 2012/603, K. T. 20.02.2014. Benzer bir bireysel başvuruda, başvuru, sulh hukuk mahkemesinde aleyhine açılan davada kendisine tebligat yapılmadığını, yokluğunda karar verildiğini, durumu temyiz ve karar düzeltme dilekçelerinde de belirtmesine rağmen, taleplerinin gerekçesiz olarak reddedildiğini, kendisine savunma hakkı tanınmadan aleyhine karar verildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, ilk derece

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında silahların eşitliği ilkesini zikretmesi isabetli olup, yargılamada taraflar arasında eşitliğin bulunması ve yargılama süresince de bu eşitliğin gözetilmesi gerekmektedir. Silahların eşitliği ilkesi, adil yargılanma hakkının muhtevası içinde değerlendirilmektedir⁷¹. Silahların eşitliği ilkesi gereğince, taraflara eşit olarak iddia ve savunmalarını ileri sürebilme ve hükme eşit şekilde etki edebilme imkânı tanınmalıdır⁷². Buna karşılık, kanaatimizce ilgili kararda, hukukî dinlenilme hakkına da ayrıca vurgu yapılması isabetli olur idi. Zira hukukî dinlenilme hakkı gereğince, taraflar yargılamayla ilgili bilgi sahibi olma, yargılamada açıklamada bulunma, iddia ve savunmalarını ileri sürebilme ve bu çerçevede ispat etme hakkını haizdir. Mahkemece hem tarafların hukukî dinlenilme hakkı hem de bu imkândan iki tarafın da silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde eşit olarak yararlanmaları sağlanmalıdır. Hukukî dinlenilme hakkının unsurlarından diğeri de iddia ve savunmaların mahkemece değerlendirilmesi olup, bu değerlendirme kararla-

mahkemesinin, ana gayrimenkulün bütün bağımsız bölüm maliklerinin davaya dâhil edilmesine karar vermiş olup, başvurunun bu imkândan faydalandırılmadığını, oturduğu apartmana yönetici atanması ile ilgili davada görüşlerini mahkemeye sunma imkânının tanınmadığını, başvurunun bu yöndeki iddialarının da temyiz ve karar düzeltme incelemesinde değerlendirilmediğini belirterek silahların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiği ve çekişmeli yargıya uygun olarak yargılama yapılmadığı sonucuna vararak, başvurunun adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/4684, K. T. 19.11.2015.

- 71 Silahların eşitliği ilkesine ilişkin, başka bir Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği karar şöyledir: Başvurucu, 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen fıkra ile iş mahkemesinde açtığı alacak davasının dayanağı olan Yargıtay içtihatlarının uygulanamayacağını ve değişikliğin devam eden davalara uygulanmasına ilişkin hükmün, görülmekte olan davalara müdahale oluşturduğunu belirterek adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Kanunî düzenlemenin, taraflar arasında yargılama süreci başladıktan sonra yapıldığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, mevcut davaya etkili kanun çıkararak görülmekte olan davaya müdahale etmesinde kamu yararı olmakla birlikte, taraflar arasında yargılama başladıktan sonra kanun değişikliği yapıldığı ve davanın esasına etkili olduğu, başvurunun davayı kazanmasının mümkün olmadığı, ancak dava açıldığı zaman yerleşik içtihatlara göre başvurunun davayı kazanmasının kuvvetle muhtemel olduğu, dolayısıyla öngörülemez yasamanın müdahalesinin meşru kabul edilemeyeceği, değişiklikten sonra davalının önemli ölçüde avantajlı hale geldiği, bu şekilde yararlar dengesinin başvuru aleyhine bozulduğu ve bu durumun silahların eşitliği hakkına yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurunun adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekmektedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1426, K. T. 25.03.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2012/931, K. T. 26.06.2014; AYM, Başvuru No: 2012/928, K. T. 11.12.2014.

- 72 Pekcanitez, s. 271, 279; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 383-384.

rın gerekçesinde gösterilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda zikredilen kararına konu husus, duruşma tarihinin tarafa bildirilmemesi ve bunun sonucunda ilgili tarafın açıklama ve ispat hakkını kullanamamasıdır. Aynı zamanda, usûlî hakların ihlâl edildiğine ilişkin iddiaların temyiz incelemesi sonunda verilen karar gerekçesinde değerlendirilmemesi de inceleme konusu yapılmıştır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında, silahların eşitliği ilkesinin yanında hukukî dinlenilme hakkının da ihlâl edildiğini belirtmesi gerekirdi.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olmaması veya şekli ya da görünüşte gerekçeli karar verilmesi, adil yargılanma hakkı kapsamında tarafların hukukî dinlenilme hakkının ihlâlüne neden olacaktır. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında özel olarak düzenlenmiş olduğu gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinin birinci fıkrası (c) bendi gereğince gerekçe hükmün zorunlu bir unsurdur. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 370 ve 371. maddelerinde, temyiz incelemesinde onama ve bozma kararlarının gerekçeli olması gerektiği belirtilmiştir. Kararın gerekçeli olması, hukuk devleti ve hukukî güvenlik ilkesinin bir gereği olup, tarafların yargılamada dikkate alındığı ile açıklama ve delillerinin değerlendirildiğinin bir göstergesidir⁷³.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda, gerekçeli karar hakkının ihlâl edildiği de ileri sürülmektedir. Bireysel başvuru konusu olan olayda, başvuru, hakkında verilen ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararlarının gerekçelerinde emsal kararların göz önünde bulundurulmadığını, bu anlamda da kararların gerekçesiz olduğunu belirterek adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararındaki değerlendirmeler şöyledir: Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi ile aynı yönde kanaat sahibi olduğu durumlarda, ilk derece mahkemesi kararındaki gerekçeyi kullanması ya da aynı gerekçeye atıf yapması karşısında, verilen kararın gerekçesiz olduğundan bahsedilemez. Zira Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesi kararını incelediğinin ve değerlendirme yaparak onama veya bozma kararı verdiğinin anlaşılması önemlidir. Somut olayda, Yargıtay, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın temyiz incelemesinde onama kararı vermiştir. Yargıtay'ın bu kararında, ilk derece mahkemesi kararının dayandığı gerekçeye atıf yapılmıştır.

73 Pekcanitez, s. 271, 279; Aşçıoğlu, Çetin (2003) 'Yargıda Gerekçe Sorunu', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 48, s. 109-110; Bekri, M. Nedim (2014) 'Gerekçeli Karar Hakkı', Ankara Barosu Dergisi, S: 3, s. 208.

Dolayısıyla bu durumda Yargıtay'ın kararının gerekçesiz olmadığı anlaşılacaktır. Dolayısıyla bu durumda Yargıtay'ın kararının gerekçesiz olmadığı anlaşılmaktadır olup, başvurunun bu kısmı bakımından kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir⁷⁴.

Benzer bir bireysel başvuruda, iddia edilen talebin ilk derece mahkemesince incelenerek reddedildiği ve Yargıtay'ın onama kararında ilk derece mahkemesi kararındaki gerekçenin benimsendiği tespit edilerek, Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu olan iddianın kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Anılan kararda, mahkeme kararlarının gerekçe içermesi gerektiği, ancak yargılamadaki tüm iddia ve savunmalara ayrıntılı olarak yer verilmesinin mümkün olmadığı, gerekçe gösterme zorunluluğunun kararın niteliğine göre değişebileceği, kanun yolu mercilerince verilen kararların ayrıntılı gerekçe içermemesinin her zaman gerekçeli karar hakkının ihlali şeklinde yorumlanmayacağı ve bu tür kararların ilk derece mahkemelerince verilen kararları onaylar nitelikte olduğu belirtilmiştir⁷⁵.

Yargıtay kararlarında standart onama kararları geliştirilmiştir. Bu şekilde verilen Yargıtay kararlarının gerekçeleri yeterli değildir⁷⁶. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan bireysel başvurularda, ilk derece mahkemesi kararındaki gerekçenin Yargıtay'ca benimsenmesi ve temyiz incelemesi sonunda verilen kararlarda tarafları aydınlatıcı gerekçeye yer verilmemesinin, gerekçeli karar hakkının ihlâl edilmediğine karar vermesi kanaatimizce isabetli değildir. Zira Yargıtay'ın onama kararlarında matbu ifadelerle yer vermek yerine, ilk derece mahkemesi kararının neden hukuka uygun olduğuna dair ayrıntılı açıklama yapılması ve ilk derece mahkemesi kararındaki gerekçeye atıf yapılmasıyla yetinilmemesi gerekir. Nitekim bu uygulama, Yargıtay'ın onama ka-

74 AYM, Başvuru No: 2013/6924, K. T. 18.06.2014; AYM, Başvuru No: 2012/1146, K. T. 30.12.2014; AYM, Başvuru No: 2013/988, K. T. 10.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/1326, K. T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2012/1254, K. T. 07.03.2014; AYM, Başvuru No: 2013/1211, K. T. 10.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/1943, K. T. 09.09.2015; AYM, Başvuru No: 2013/6712, K. T. 26.06.2014; AYM, Başvuru No: 2013/7979, K. T. 11.11.2015.

75 AYM, Başvuru No: 2013/1401, K. T. 16.10.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1213, K. T. 04.12.2013; AYM, Başvuru No: 2013/3351, K. T. 18.09.2013; AYM, Başvuru No: 2012/354, K. T. 31.12.2014; AYM, Başvuru No: 2013/1341, K. T. 21.05.2015; AYM, Başvuru No: 2013/1675, K. T. 18.09.2014; AYM, Başvuru No: 2013/3434, K. T. 25.06.2015; AYM, Başvuru No: 2013/3689, K. T. 21.05.2015; AYM, Başvuru No: 2013/6862, K. T. 30.06.2014.

76 Karayalçın, Yaşar (2006) 'Adli Yargıda Usûli Müktesep Hak', Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 154; Özekes, Muhammet (2007) 'Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerekçe', Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, s. 98.

rarında hukuka uygunluk gerekçesini göstermesi gerektiğini belirten, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 370. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme kararlarının gerekçeli olması yönünden, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine ilişkin bireysel başvuru kararları da bulunmaktadır. Bir bireysel başvuruda, başvuru, benzer davalarda Yargıtay tarafından işe iade davalarının kabulüne ilişkin kararların onandığını, ancak açtığı işe iade davasının kabulüne dair kararın Yargıtay'ca ortadan kaldırılarak reddine karar verildiğini, kararın gerekçesiz olması nedeniyle, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, bütün mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiğine değindikten sonra, somut olayda, davalı işverenin mali durumunu gösteren bilirkişi raporunun hangi gerekçeyle dikkate alınmadığını, işyerine yeni işçi alınıp alınmadığı noktasında bilirkişi raporundaki verilerin değerlendirilmediğini, mahkemece dinlenen tanığın beyanlarının tartışılmadığını tespit ederek, gerekçeli karar hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir⁷⁷.

Diğer bir bireysel başvuruda ise, başvuru, savunmasının ilk derece mahkemesi ve üst mahkeme tarafından dikkate alınmadığını, ilk derece mahkemesi kararında, savunmasında belirttiği kanun hükmünden yararlanamayacağı konusunda hiçbir gerekçeye yer verilmediğini ve değerlendirme yapılmadığını iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında şu tespitleri yapmıştır: Aleyhine açılan alacak davasında başvuru tarafının itirazlarının sadece bilirkişi raporunda değerlendirildiği, bilirkişinin uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye yardımcı olduğu, ancak bilirkişi raporunun yargı kararı niteliği bulunmadığı, mahkeme kararında tartışılmayan ve gerekçelendirilmeyen başvuru tarafının iddiasının bilirkişi raporunda yer verilmesiyle gerekçeli mahkeme kararının karşılanmamış olduğu, temyiz incelemesinde başvuru tarafının aynı

77 AYM, Başvuru No: 2013/1015, K. T. 08.04.2015. Benzer yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1394, K. T. 24.06.2015; AYM, Başvuru No: 2013/7455, K. T. 25.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/7970, K. T. 10.06.2015. Başvuru tarafının açılan alacak davasında, avans olarak davalıya ödeme yapıldığının kabul edilmesine rağmen, bu kararın bozulmasından sonra, davalının savunması yeterince açıklığa kavuşturulmadan varsayım üzerine davanın reddine karar verildiği anlaşıldığından, mahkemenin gerekçelendirme yapmadan bir sonuca varması ve temyiz incelemesinde de aynı iddia ileri sürülmesine rağmen, üst mahkemece ilk derece mahkemesinin iddiaları gerekçelendirmemesi tutumu kabul gördüğünden, başvuru tarafının gerekçeli karar hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/4495, K. T. 17.07.2014.

hususlu ileri sürmüştü olmasına rağmen değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvuru-
nun gerekçeli karar hakkının ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır⁷⁸.

C. TEMYİZ KANUN YOLUNA BAŞVURU

Yargılama sonunda verilebilecek hatalı veya eksik kararların, daha üst mahkemede denetlenebilmesi amacıyla, kanun yollarına başvuru olanağı düzenlenmiştir. Kanun yolu, mahkeme kararlarının bir üst mahkeme tarafından yeniden incelenmesi ve değiştirilmesi için davanın taraflarına tanınmış hukukî yoldur⁷⁹.

Hukukumuzda, kanun yolları olağan olup olmamasına göre ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrıma göre, olağan kanun yoluna kesinleşmemiş kararlar için başvurulurken, olağanüstü kanun yolu ise kesinleşen kararlara karşı kullanılabilir. Kararların şeklen kesinleşmesi ölçütüne göre olağan kanun yolu bakımından istinaf ve temyiz, olağanüstü kanun yolu bakımından yargılamanın iadesi örnek olarak verilmektedir.

78 AYM, Başvuru No: 2012/1269, K. T. 08.05.2014. Benzer yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/2418, K. T. 16.12.2015. Gerekçeli karar hakkının ihlâl edildiğine ilişkin başka bir bireysel başvuruda ise, başvuru, yargılama sırasında ileri sürdüğü itirazlarının karar gerekçesinde değerlendirilmediğini ileri sürmüştür. Somut olayda, başvuru, lehine hükmedilen vekâlet ücreti alacağının tahsili amacıyla ilâmlı icra takibi başlattığı, takip borçlusunun icra emrinin iptali talebiyle iş mahkemesine dava açtığı, mahkemenin davanın itirazın iptali davası niteliğinde olduğunu belirterek icra emrinin iptaline ve alacaklı aleyhine icra inkâr tazminatına hükmettiği anlaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi, mahkemenin gerekçeli kararında davayı itirazın iptali davası olarak nitelendirdiğini, ancak şikâyet davası gibi sonuçlandırmış olmakla birlikte alacaklı aleyhine inkâr tazminatına da hükmettiğini, başvuru, icra emrinin iptali talebinin icra mahkemesince şikâyet yoluyla değerlendirilmesi gerektiğini, bu açıdan iş mahkemesinin görevli olmadığını, davanın itirazın iptali davası olarak nitelendirilmesi hâlinde ise borçlunun değil alacaklının bu davayı açma yetkisini haiz olduğunu, bu anlamda itirazın iptali davasının borçlunun açamayacağını, icra emrinin iptaline karar verilirken hangi sebeple aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedildiğine ilişkin itirazların kararda değerlendirilmediğini, hükmün dayandığı gerekçelere yer verilmediğini belirterek, gerekçeli karar hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1876, K. T. 08.09.2015.

79 Bilge, Necip (1973) *Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 3; Yılmaz, Ejder (2013) *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1476; Umar, Bilge (2014) *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 977; Postacıoğlu, s. 716; Önen, s. 293; Üstündağ, s. 816; Kuru, C: V, s. 4483; Alangoya & Yıldırım & Deren Yıldırım, s. 445.

İlk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı, 20.07.2016 tarihine kadar, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki kanun yoluna ilişkin hükümleri gereğince, temyiz kanun yoluna başvurulabilmekteydi (HUMK m. 427-439). Buna karşın, bölge adliye mahkemeleri 20.07.2016 tarihinde faaliyete başladığından⁸⁰, artık ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf kanun yolu (HMK m. 341-360) açık olup, doğrudan temyiz kanun yoluna gidilememektedir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca⁸¹, anılan tarihten önce verilmiş olan ilk derece mahkemeleri hakkında, kesinleşinceye kadar önceki Kanunun 5236 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki kanun yoluna ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Bu uygulama dışında, istinaf kanun yolunun işlerlik kazanmasından itibaren, bölge adliye mahkemelerinin nihai kararlarına karşı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yoluna ilişkin hükümleri gereğince temyiz incelemesi yapılmaktadır. Temyiz incelemesinde, uyuşmazlık hakkında verilen mahkeme kararları bakımından hukuka uygunluk denetimi yapılmakta, yeniden bir inceleme yapılarak karar verilmemektedir⁸².

Bireysel başvurularda, temyiz incelemesine ilişkin öngörülen hükümlerin ihlâl edildiği yönündeki iddiaların, Anayasa Mahkemesi tarafından mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bireysel başvurunun konusu olan somut olayda, başvuru icra mahkemesi kararının

80 Resmi Gazete, T: 07.11.2015, S: 29525.

81 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "*aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan*" ibaresi, 6763 sayılı Kanununun 34. maddesiyle "*verilen*" şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca, 20.07.2016 tarihinden önce verilmiş ilk derece mahkemeleri kararlarının Yargıtay tarafından bozulması hâlinde, ilk derece mahkemelerince verilecek kararlar hakkında istinaf kanun yoluna başvurulamayacağını vurgulamak adına, "*Bu kararlara ilişkin dosyalar bölge adliye mahkemelerine gönderilemez*" şeklinde hüküm eklenmiştir. Anılan değişikliklerin gerekçesinde, mevcut düzenlemede kararların tâbi olacağı kanun yolunun karar tarihine göre değil de, kanun yoluna başvuru tarihine göre belirlendiği, bu düzenlemeden dolayı uygulamada yaşanabilecek karışıklıkların önlenmesi amacıyla karara karşı başvurulabilecek kanun yolunun karar tarihine göre tespit edilmesini öngören düzenlemenin getirildiği belirtilmiştir. Böylece, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce verilen kararlar hakkında istinaf kanun yoluna başvurulmayacak, bu mahkemelerin işlemeye başlamasından itibaren verilen kararlar istinaf kanun yoluna açık olacaktır. Bkz. Resmi Gazete, T: 23.07.2016, S: 29779.

82 Postacıoğlu, s. 718; Bilge, Necip & Önen, Ergun (1978) Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 643; Önen, s. 294; Üstündağ, s. 832; Kuru, C: V, s. 4498, 4502; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 938-939.

tefhim edildiği tarihte süre tutum dilekçesini, gerekçeli kararın tebliğ edilmesi üzerine temyiz gerekçelerini içeren dilekçeyi mahkemeye sunmuştur. Başvurucu süre tutum dilekçesi ile birlikte herhangi bir harç yatırmamış ve ilgili kalem personeline de bu konuda bilgilendirilmemiştir. Ancak gerekçeli temyiz dilekçesi mahkemeye verilirken, temyiz yoluna başvurma harcı ödenmiştir. Yargıtay Hukuk Dairesi ise, icra mahkemesi kararının tefhim edildikten yaklaşık bir ay sonra temyiz dilekçesinin verildiği ve temyiz başvurusunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle temyiz dilekçesinin reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında şu tespitleri yapmıştır: Somut başvuruda, Anayasa Mahkemesi'nin görevi, usûl kurallarının uygulanması bakımından mahkemelerin değerlendirmelerini denetlemek olmayıp, mahkemeye erişim hakkının Anayasa ve sözleşmeye aykırı olarak kısıtlanıp kısıtlanmadığını denetlemektir. Mahkemeler, adil yargılanma hakkını ihlâl edecek şekilde usûl kurallarını uygulamaktan kaçınılmalıdır. Zira usûl kurallarının, davaların görülmesine engel olması durumunda, mahkemeye erişim hakkı ihlâl edilmiş olur. Mahkemeye erişim hakkı, mutlak bir hak değildir, bilakis sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlandırmalar, kanunî, açık, ölçülü olmalı ve meşru bir amaca hizmet etmelidir⁸³. Somut başvuruya konu olan olayda, temyiz dilekçesi verilmesine rağmen temyiz harç ve masraflarının yatırılmadığı, ancak ilk derece mahkemesinin başvurucuya yazılı bildirimde bulunarak eksikliklerin tamamlanması bakımından pasif durumda olduğu görülmektedir. Bu durumda başvurucunun temyiz talebinin reddedilmesi, mahkemeye erişim hakkına kanunî bir müdahale teşkil etmemektedir. Belirtilen şekilde, başvurucuya ilk derece mahkemesinin nihaî kararının üst mahkemede denetlenmesi imkânı verilmemesi sonucunda mahkemeye erişim hakkının ihlâl edilmesine karar verilmesi gerekir⁸⁴.

Temyiz süresinin, kısa kararın tefhimiyle başladığı durumlarda, uygulamada temyiz süresini kaçırmamak adına taraflar süre tutum dilekçesi olarak

83 Mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'da bir düzenleme yer almamakla birlikte, sınırlama kaydı içermeyen haklarda, hakkın niteliğinden doğan birtakım sınırlandırmalar bulunmaktadır. Mahkemeye erişim hakkı bakımından, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın kanun ile yapılması ve ölçülü olması hususları geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da mahkemeye erişim hakkının doğasında birtakım sınırlandırmalar olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ekinci, Ahmet (2014) 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVIII, S: 3-4, s. 830 vd.

84 AYM, Başvuru No: 2013/3954, K. T. 26.02.2015.

ifade edilen bir dilekçe ile temyize başvurmuştur. Anılan dilekçede, gerekçeli karar henüz açıklanmadığından temyiz gerekçeleri bildirilmese de, temyiz yoluna başvurma iradesi ortaya konulmaktadır⁸⁵. Yargılama sistemimizde süre tutum dilekçesi şeklinde bir kurum bulunmamaktadır. Doktrinde, süre tutum dilekçesi ile tarafın gereksiz bir dilekçe vermeye zorlandığı, gerekçesiz bir kararın tefhimiyle temyiz süresinin başlamasının, adil yargılanma hakkına, hukukî dinlenilme hakkına ve Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmektedir⁸⁶. Yargıtay'ın son kararları, isabetli olarak hükmün tüm unsurlarıyla birlikte gerekçenin tefhim edilmemesi hâlinde, gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren temyiz süresinin başladığına ilişkindir. Yargıtay'ın bu kararlarına göre, hüküm gerekçe de dâhil tüm unsurlarıyla birlikte tefhim edilmişse (HMK m. 297) kanun yoluna başvuru süresi tefhimden itibaren başlayacaktır⁸⁷. Somut başvuruya konu olan olayda, süre tutum dilekçesiyle birlikte harçların ödenmemesi üzerine, süre aşımı nedeniyle temyiz başvurusunun reddedilmesi sonucunda, Anayasa Mahkemesi'nce mahkemeye erişim hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi isabetlidir.

Diğer bir bireysel başvuruya göre, başvuru, işe iade davasında davanın reddi yönünde verilen kararın tefhimi üzerine, temyiz kanun yoluna başvurmak adına süre tutum dilekçesi verdiğini, mahkemece gerekçeli karar kendisine tebliğ edilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderildiğini, dolayısıyla gerekçeli karara ilişkin temyiz sebeplerini ileri süremediğini belirtmiştir. Bireysel başvuruda, gerekçeli kararın tebliği ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin isabetli olarak verdiği karar şöyledir: İş yargılamasında, iş mahkemesi kararlarına karşı tefhim tarihinden itibaren temyiz yoluna başvurulacağı öngörüldüğünden, bazı mahkemelerin gerekçeli kararı taraflara tebliğ etmediği görülmektedir. Bu durum, tarafların mahkeme kararlarının gerekçesini bilmeden, temyiz başvurusunu yapmaları sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, temyiz sebeplerini bilmeyen taraflar etkin bir şekilde temyiz kanun yoluna başvuramamakta, temyiz mercii de usûlüne uygun olarak inceleme yapamamaktadır. Bu şekilde temyiz yoluna başvurulması, gerekçeli karar hakkı ile bağdaşmamaktadır⁸⁸.

Mahkeme kararında bulunması gerekli hususlar, Hukuk Muhakemele-

85 Özkes (2005) s. 160; Özkes, Muhammet (2009) 'Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur', Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, İstanbul, Adalet Yayınevi, s. 386.

86 Özkes (2009) s. 387-388.

87 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2014/569, K: 2014/401, T: 20.01.2014, Çalışma ve Toplum, 2014/3, s. 499-500; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2014/2858, K: 2014/1821, T: 10.02.2014, Çalışma ve Toplum, 2014/3, s. 479-480; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2013/20237, K: 2014/15776, T: 01.07.2014, <www.kazancı.com>, s.e.t. 05.01.2016.

88 AYM, Başvuru No: 2012/1034, K. T. 20.03.2014.

ri Kanunu'nun 297. maddesinde belirtilmiştir. Karara karşı başvurulabilecek kanun yolu varsa, ilgili kanun yolu ve süresine de yer verilmelidir (HMK m. 297/I-ç). Anılan hükmün gereği gibi uygulanmaması, bireysel başvuruların konusu olabilmektedir. Bu bağlamda yapılan bir bireysel başvuruda, başvurucu, tazminat davasına bakan mahkemece tutanaklarda iş mahkemesi sıfatıyla davanın görüldüğünün belirtilmediğini, tefhim edilen kısa kararda mahkemenin adının asliye hukuk mahkemesi olarak geçtiğini, sadece kanun yolu açık olmak üzere ifadesine yer verildiğini, daha sonra tebliğ edilen gerekçeli kararda kararın iş mahkemesi sıfatıyla verildiğinin belirtildiğini ve Yargıtay tarafından sekiz günlük süre içinde temyiz yoluna başvurulmaması nedeniyle temyiz dilekçesinin reddedildiğini ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararına göre; özel mahkemelerin bulunmadığı yerlerde, asliye hukuk mahkemeleri özel mahkemelerin görevlerini de yerine getirmektedir. Bu durumda asliye hukuk mahkemesi, hangi sıfatla davaya baktığını, duruşma tutanaklarında ve nihai kararında göstermelidir. Somut olayda, asliye hukuk mahkemesinin iş mahkemesi sıfatıyla davaya baktığını belirtmemesi, tefhim edilen kısa kararla gerekçeli karar arasında mahkemenin sıfatı ve kanun yolu ile ilgili açıklamalarda çelişki bulunması, başvurucunun zamanında temyiz yoluna başvuramamasına neden olmuştur. Yargıtay'ın oluşan hukukî belirsizliği dikkate almadan, temyiz talebini süre yönünden reddetmesi üzerine, başvurucu temyiz kanun yoluna başvuru hakkını kullanamamış olduğundan, mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkı ihlâl edilmiştir⁸⁹. Anılan Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi, asliye hukuk mahkemelerinin çeşitli sıfatlarla görev yaptığı durumlarda, kararın hangi mahkeme sıfatıyla verildiğinin belirtilmesi, yargılama usûlünün yanında, verilen karara karşı başvurulacak kanun yolları bakımından tarafların bilgi sahibi olmalarını sağlayacaktır. Böylece taraflar, kararda belirtilen kanun yoluna, süresi içinde ve usûlüne uygun olarak başvurabileceklerdir⁹⁰.

Temyiz kanun yoluna başvurulurken, masraflarla birlikte gerekli kanunî harçlar da ödenmelidir. Harç ve giderlerin eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, hâkim eksik olan harcın tamamlanması için yedi günlük süre verir (HUMK m. 434/III; HMK m. 366/I atfıyla 344/I). Anılan sürede eksik olan harç tamamlanmazsa, mahkemece kararın temyiz edilmemiş sayılmasına ka-

89 AYM, Başvuru No: 2012/855, K. T. 26.6.2014.

90 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2011/19-446, K: 2011/569, T: 28.09.2011, <www.kazancı.com>, s. e. t. 05.01.2016; İkinci, s. 835-836.

rar verilmesi gerekir. Kararın tebliğinden itibaren yedi günlük süre içinde, bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Temyiz için gerekli giderler yatırıldığı takdirde, dosya Yargıtay'a gönderilir⁹¹. Buna ilişkin bir bireysel başvuruda, başvuru, mahkeme kararına karşı temyiz yoluna başvurmak için gerekli olan posta masraflarını PTT kanalıyla süresi içerisinde havale ettiğini, mahkeme personeline PTT şubesinden alınmadığını, posta masrafının süresinde yatırılmadığı gerekçesiyle mahkemece temyiz dilekçesinin reddine karar verildiğini, bu karara karşı temyiz talebinde bulunduğunu, Yargıtay'ın posta masraflarının kalemde teslim şeklinde ödenmediği gerekçesiyle temyiz dilekçesinin reddine dair kararın onanmasına karar verdiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararına göre; başvurusunun temyiz talebinin reddedilmesi, eksik tebligat ve posta masrafının süresi içerisinde ilgili mahkeme kalemine ulaşmamış olmasına dayanmakta olup, temyiz kanun yoluna başvurulmasını engelleyen bir durum söz konusudur. Başvuru tarafından gönderilen havalenin, ilgili PTT şubesinden teslim alınması, ilk derece mahkemesinin sorumluluğundadır. Ayrıca, temyiz dilekçesinin reddine ilişkin kararın temyizine ilişkin masrafların, esas kararın temyizinde olduğu gibi PTT ile mahkeme hesabına havale yapılması ve ilgili masrafların mahkeme personeline PTT şubesinden alınması ve temyiz başvurusunun kabul edilmesi karşısında, mahkemenin çelişkili bir uygulamasının olduğu aşikârdır. Somut olayda, başvuru, mahkemenin müdahalesi sonucunda temyiz yoluna başvurma imkânını kullanamamış olduğundan, mahkemeye erişim hakkının ihlâli sonucuna varılmıştır⁹². Anayasa Mahkemesi, başvurusunun süresi içerisinde ilgili masrafları mahkeme hesabına yatırmış olmasına rağmen, temyiz kanun yoluna ilişkin başvurusunun kabul edilmemesini, mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Zira temyiz harç ve masraflarının ödenmesi, temyiz eden tarafın sorumluluğunda olmakla birlikte, mahkemece, temyiz edenin eksik posta ve tebligat giderlerinin yedi günlük kesin süre içerisinde tamamlanması yönünde uyarılması gerekirdi.

Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından önce, işe iade davası sonunda verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulduğunda, İş Kanunu'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrasında temyiz incelemesinde kesin ola-

91 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E: 9/K: 32, T: 24.2.1941, Resmi Gazete, T: 20.4.1942, S: 5088; Bilge & Önen, s. 660; Önen, s. 307; Kuru, C: V, s. 4595-4596; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 950; Yılmaz, s. 1557.

92 AYM, Başvuru No: 2012/1223, K. T. 05.11.2014,

rak karar verileceği düzenlendiğinden, Yargıtay'ın temyiz edilen nihai kararı bozmasının yanında ilk derece mahkemesi gibi hüküm kurduğu kararları bulunmaktadır. Bu bağlamda yapılan bir bireysel başvuruda, başvuru, mahkemece işe iade davasının kabulüne hükmedildiğini, temyiz üzerine Yargıtay'ca ilk derece mahkemesi kararının ortadan kaldırılarak davanın reddine kesin olarak karar verildiğini ve Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi yerine geçerek hüküm kurmasının adil yargılanma hakkının ihlâl edilmesine sebebiyet verdiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararına göre; İş Kanunu'nun 20/III. maddesindeki düzenlemeyle, işe iade davalarının işçi bakımından taşıdığı değer ve işçinin kişisel menfaati gereği hızlı sonuçlandırılması ve işçinin korunması amaçlanmaktadır. Yargıtay'ın kararı bozması hâlinde, dava ile ilgili olarak araştırılması gereken başkaca bir husus kalmadığı ve delillerin tamamlandığı anlaşıldığından davanın esası hakkında kesin olarak karar vermesi, yargı sürecini hızlandırma amacına yöneliktir. İlgili kuralın uygulanması tek başına adil yargılanma hakkını ihlâl etmeyecektir. Yargıtay'ın bu uygulaması, hukuka aykırı ve keyfi bir uygulama niteliğinde değildir. Dolayısıyla başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir⁹³. İstinaf kanun yolunun işlemeye başlamasından önce, Yargıtay işe iade davalarındaki hükümlere kesinlik kazandırmak için bölge adliye mahkemeleri gibi çalışmak durumunda kalmıştır.

Yargıtay, konuya ilişkin her uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlamakta, dosyada eksikliklerin bulunması hâlinde, eksikliklerin tamamlanması ve buna bağlı olarak yeni bir karar verilmesi için dosyayı yerel mahkemeye geri göndermektedir. Yargıtay, dosyada bütün dava malzemesi toplanmış ve ilk derece mahkemesince yanlış bir sonuca ulaşılmışsa, hukukî bakımdan hükümü denetler. Yargıtay, temyiz sebeplerinin varlığını tespit ederse, hükmü bozar ve ilk derece mahkemesine geri gönderir (HUMK m. 429/I; HMK m. 373/I). Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi yerine geçerek karar verme yetkisi bulunmamaktadır⁹⁴. Doktrinde, işe iade davalarında Yargıtay'ın kesin olarak karar vermesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, buradan bu kararlara karşı karar düzeltme yolunun kapalı olduğu ve direnme kararı verilemeyeceği anlaşılmalıdır⁹⁵. Diğer görüşe göre ise, ilk derece mahkemesinin direnme kararı veremeyeceği yönünde Kanunda açık bir hüküm bulunma-

93 AYM, Başvuru No: 2013/1015, K. T. 08.04.2015. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/342, K. T. 17.11.2014.

94 Yılmaz (2006) s. 28.

95 Özkes (2004) s. 501; Özkes (2005) s. 161-162; Kar, s. 112; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 912, dn. 13.

maktadır. Kararın kesin olması ifadesiyle, karar düzeltme yolunun bulunmaması şeklinde yorum yapılmalıdır⁹⁶. Ancak uygulamada Kanundaki düzenleme, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi kararını ortadan kaldırarak, yerel mahkeme gibi hüküm kurması şeklinde anlaşılmıştır.

D. HUKUKÎ GÜVENLİK İLKESİ

Hukukî güvenlik ilkesi, bireyler tarafından hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, mahkemelerin sürpriz karar verme yasağına uymasını ve bireylerin yargı organlarına güven duymasını ifade eder⁹⁷. Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukukî güvenlik ilkesi, Anayasa'da açıkça yer almadığından tek başına ihlâl nedeni olarak bireysel başvuru konusu olamaz. Ancak, Anayasa'da düzenlenen ilkeler ile bağlantılı olduğu takdirde, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilir⁹⁸. Bununla birlikte, doktrinde bireysel başvuru yolunda, uzman mahkemelerce verilen kararların, o konuda uzman olmayan Anayasa Mahkemesi'nce değerlendirilmesinin hukukî güvenlik ilkesini ihlâl edebileceği de belirtilmektedir⁹⁹.

96 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2008/9-716, K: 2008/726, T: 03.12.2008; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2005/9-475, K: 2005/511, T: 21.9.2005, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/6, s. 233; Yılmaz (2006) s. 26-27; Dönmez, Kazım Yücel (2010) 'İşe İade Davalarında Kararın Kesinleşmesi ve Tebliğ', Sicil İş Hukuku Dergisi, Y: 5, S: 18, s. 145; Özbek, Mustafa Serdar (2013) Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İhlâl İcranın Etkinliği, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 717, dn. 263.

97 Altundış, Mehmet (2008) 'Hukukî Güvenlik İlkesi', Yasama Dergisi, S: 10, s. 61vd.; Ermenek, s. 44-45.

98 Hukukî güvenlik ilkesi ile ilgili olarak yapılan bir bireysel başvuruda, başvurucu, zorunlu askerlik görevini yedek subay olarak tamamlayıp terhis olduktan sonra askerlik hizmetinin eksik olduğu gerekçesiyle, yeniden askere celp edildiğini ileri sürerek Anayasal hakların ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin açık olan düzenlemeyi farklı yorumladığını, başvurucunun dava açarken açık kanun hükmünün kendisine farklı uygulanacağını beklemesini gerektiren bir durum olmadığını, ilgili kararın başvurucu bakımından öngörülemez olduğunu ve bariz takdir hatası içerdiğini, hukukî güvenlik ilkesi gereğince kanun metninin muhtemel etki ve sonuçlarının öngörülebilir olması gerektiğini, hukukî güvenlik ilkesinin adil yargılanma hakkının içinde değerlendirildiğini belirterek, somut başvuruda adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2012/989, K. T. 19.12.2013. Benzer yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2012/116, K. T. 28.02.2012.

99 Deynekli, Adnan (2011) 'Yargıtay'ın Anayasa Şikâyetine Bakışı', Bireysel Başvuru "Anayasa Şikâyeti" HUKAB Sempozyum Serisi I (Editör: Musa Sağlam) Ankara, HUKAB Yayınları, s. 80.

Aynı veya benzer davalarda, Yargıtay daireleri farklı kararlar verebilmektedir. Bu hususa dayanan bir bireysel başvuruda, başvuru Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığında işçi olarak çalıştığını, Sendikanın hava iş kolunda grev yasağı öngören kanun değişikliği teklifinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşüleceği tarihte çalışma yapılmaması yönünde üyelerini bilgilendirdiğini, bazı çalışanların o tarihte farklı gerekçelerle çalışma yapmadıklarını, bu kişilerden bir kısmının Atatürk Havalimanında düzenlenen basın açıklamasına katıldığını, kendisinin ise sağlık raporu olduğunu, ancak Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığının kendisinin de dâhil olduğu üç yüz beş işçinin iş sözleşmesinin kanuna aykırı olarak eyleme katıldıkları gerekçesiyle feshettiğini belirtmiştir. Başvurucunun açtığı işe iade davasında, iş mahkemesince verilen işe iade kararı temyiz edilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, sendikanın üyeleri bilgilendirmesi sonrası iki yüz yetmiş dokuz işçinin aynı gün rapor alması dikkate alındığında, raporların greve katılmak amacıyla alındığını, iş bırakma eyleminin siyasi amaçlı grev olduğunu, eylemin kanun değişikliğini engellemek için yapıldığını, eylemin meşru bir amaçla yapılmış olsa da ölçülü olmadığını, toplu iş bırakma eylemine son çare olarak başvurulmadığını, feshin disiplin kurulu kararı olmaksızın yapılmasının feshi haksız hale getirdiğini, ancak geçerli sebebe dayanılarak sözleşmenin feshedildiğini belirterek iş mahkemesi kararı hakkında bozma kararı vermiştir¹⁰⁰.

Bununla birlikte aynı olaya ilişkin verilen işe iade kararlarının temyiz incelemesinde Yargıtay 7. Hukuk Dairesi ise, o tarihte raporlu olan kişilerin hastaneye başvurusunun göstermelik olduğu yönündeki iddia hakkında işverence araştırma yapılması ve delil sunulması gerektiğini belirterek iş mahkemesi kararlarını onamıştır¹⁰¹. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, aynı gerekçeyle, iş mahkemesinin işe iade kararları hakkında onama kararı vermiştir¹⁰². Başvurucu, aynı olaydan kaynaklanan davalarda, Yargıtay'ın farklı sonuçlara ulaşmasından dolayı adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa mahkemesi ise şöyle karar vermiştir: Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri de, hukuk güvenliği ilkesidir. Bu ilke, hukukî durumlarda, belirli

100 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2013/9431, K: 2013/16464, T: 04.07.2013; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2013/7517, K: 2013/10951, T: 14.05.2013; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2013/13520, K: 2013/14842, T: 18.06.2013.

101 Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2013/13392, K: 2014/7711, T: 26.04.2013; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2013/8796, K: 2014/7705, T: 26.04.2013; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E: 2013/10958, K: 2014/6405, T: 12.04.2013.

102 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2013/9629, K: 2014/3169, T: 04.02.2014.

bir istikrarı temin etmektedir. Birbiriyle aynı yönde olmayan mahkeme kararlarının bulunması, kamunun yargıya olan güvenini azaltmakla birlikte, tek başına adil yargılanma hakkının ihlâli anlamına gelmemektedir. Zira değişik yönlerden kararlar verilmesi, yüksek mahkemelerden oluşan hukuk düzenimizin bir özelliğidir. Ancak somut olayda, aynı konu hakkındaki sağlık raporu ve ispat yüküne ilişkin değerlendirmeler bakımından, Yargıtay Dairelerinin verdiği kararlarda çelişki olduğu açıktır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin kararında, önceki içtihatlarından farklı bir karar verdiği, ancak yeterli gerekçeyi içermediği anlaşılmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin de, benzer davalarda, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi gibi onama kararı vermesi, varılan bu sonucu desteklemektedir. Bu şekilde Yargıtay kararlarında farklılıklar olup, aydınlatıcı gerekçeye yer verilmemesi, açılan dava bakımından hukukî belirsizliği doğurduğundan ve anılan durumun başvuru tarafından öngörülemediği anlaşıldığından, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekir¹⁰³.

Hukukî güvenlik ilkesi, mahkeme kararlarının değişmezliği anlamını taşımamaktadır. Mahkeme kararlarındaki değişimin, hukukun gelişimine hizmet edeceği açıktır. Ancak aynı konuda farklı bir hüküm kurulması hâlinde, bu farklılığın dayandığı gerekçe, kararda açık ve ayrıntılı olarak gösterilmelidir. Bu tür içtihat değişiklikleri sürpriz karar olarak nitelendirilmekte ve bu sürpriz kararların da hukukî dinlenilme hakkına aykırı olduğu belirtilmektedir¹⁰⁴. Yukarıda ifade edildiği üzere, hukukî dinlenilme hakkı gereğince, mahkemelerin kararlarında tarafları aydınlatıcı bir gerekçeye yer vermeleri gerekir. Yargıtay'ın iş davalarına ilişkin kararlarından, bazı dairelerin işçi lehine bazı dairelerin işveren lehine kararlar verdiği ve aynı konuya ilişkin davaların temyiz incelemesinde varılan sonucun dairelere göre farklılaşacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda, tarafların ve kamunun yargı sistemine olan inancının sarsılması kaçınılmazdır. Anayasa Mahkemesi somut olayda, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin farklı yönde karar verdiği, ancak kararında yeterli gerekçe olmadığı nedeniyle başvuru lehine karar vermiştir. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun görevlerinden biri, hukuk daireleri arasında içtihat uyumsuzluklarını çözmektir. Bu anlamda, somut olayda da aynı konuya ilişkin Yargıtay dairelerinin farklı kararlarının, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne getirilmesi isabetli olur idi.

103 AYM, Başvuru No: 2013/6932, K. T. 06.01.2015.

104 Pekcanitez, s. 271; Özekes (2003) s. 186; Ermenek, s. 47.

Başka bir bireysel başvuruda, başvurucu ikale sözleşmesi üzerine iş ilişkisinin sona erdiğini, şirkete karşı açtığı işe iade davasında aleyhine karar verildiğini ve kararın Yargıtay'ın diğer kararlarıyla bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararına göre; benzer konularda aynı yargı konundaki derece mahkemelerinin farklı yönde kararlar vermesi, tek başına adil yargılanma hakkının ihlâli sonucunu doğurmayacağı gibi, derece mahkemeleri veya temyiz mercilerince, uyuşmazlıklar hakkında ileri sürülen vakıaların ve delillerin değerlendirilmesi noktasında oluşan farklılıklar da tek başına adil yargılanma hakkının ihlâli olarak değerlendirilemez¹⁰⁵. Tarafların yargı organlarınca nasıl bir muameleye tâbi tutulacakları hakkında haklı ve meşru beklentilerinin olması, aynı veya benzer konulardaki içtihat farklılıklarının giderilmemesi ve sürpriz karar verme yasağı çerçevesinde hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi karşısında, Anayasa mahkemesinin anılan kararının yukarıdaki kararıyla çelişkili olduğu izahtan varestedir.

E. KARAR DÜZELTME YOLUNA BAŞVURU

Karar düzeltme, ilk derece mahkemelerinin nihaî kararları üzerine, temyiz incelemesi sonunda verilen Yargıtay kararlarının tekrar incelenmesini sağlayan bir kanun yoludur¹⁰⁶. İstinaf kanun yolunun işlemeye başlamasıyla

105 AYM, Başvuru No: 2013/2428, K. T. 13.06.2013. Benzer yönde yapılan bir bireysel başvuruda, başvurucu Toplu İş Sözleşmeleri ile getirilen ücret artışlarının kendisine yansıtılmadığını, bu durumun eşitsizliğe neden olduğunu, kendisiyle aynı konumda dava açan kimselerin açtığı benzer davalarda, daha fazla ücret farkına hükmedildiğini belirterek, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, farklı iş mahkemelerinde açılan davalarda, Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanan ücret farkı alacaklarının Bakanlık tarafından belirlenen yevmiye üzerinden hesaplandığını ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nce bu yöndeki kararların onandığını, ancak 2009 yılından itibaren anılan konuda açılan davalarda içtihadın değiştirildiğini ve ücret farkı alacaklarının Toplu İş Sözleşmesi gereği ödenmesi gereken yevmiye üzerinden hesaplanması gerektiği şeklinde bozma kararları verildiğini tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, başvurucunun dosyaya sunduğu kararlar ile kendisinin açtığı davada verilen karar arasındaki farklılıkların, Yargıtay'ın içtihat değiştirmesinden kaynaklandığını, aynı hukukî uyuşmazlıklara ilişkin ilk derece mahkemelerinin yorum ve içtihat farklılıkları ile temyiz mercilerinin içtihat değişikliğine gitmesinin tek başına adil yargılanma hakkını ihlâl etmediğini, başvurucunun iddialarının kanun yolu niteliğinde olduğunu, kararda açık takdir hatası veya keyfilik olmadığını belirterek, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/4662, K. T. 10.03.2015.

106 Bilge, s. 102; Önen, s. 317; Üstündağ, s. 898; Kuru, C: V, s. 4851; Alangoya & Yıldırım & Deren Yıldırım, s. 495; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 966.

birlikte, Yargıtay dairelerinin ve Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarına karşı artık karar düzeltme yoluna başvurulamamaktadır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü kanun yolları sisteminde karar düzeltme yoluna yer verilmemiştir. Bununla birlikte, yukarıda zikredildiği üzere, 20.07.2016 tarihinden önce verilmiş ilk derece mahkemeleri hakkında, kesinleşinceye kadar Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 5236 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki temyiz ve karar düzeltme hükümleri uygulanmaktadır (HMK geçici madde 3/II). Bu kararlar bakımından uygulanabilirliği olmasından bahisle, çalışmada karar düzeltme yoluna da yer verilmiştir.

Karar düzeltme yoluna başvurulamayacak kararlar, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesinde belirtilmekle birlikte, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5308 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki 8. maddesinin son fıkrasında iş mahkemelerinde verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı düzenlenmişti. Bu bağlamda, bireysel başvuruya konu olan bir olayda, başvuru, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini, işçinin açtığı alacak davasında mahkemece verilen karara karşı temyiz yolu açık olmasına rağmen, iş mahkemelerinde karar düzeltme yolunun kapalı olmasının hak arama özgürlüğünü ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, karar düzeltme yolunun, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmaması ve AİHS ve Ek Protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemesinden dolayı, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir¹⁰⁷.

Karar düzeltme yolunun, iş davaları bakımından kapalı olmasına dair düzenleme doktrinde tartışmalı idi. Bir görüşe göre, iş mahkemelerinde karar düzeltme yoluna iş mahkemelerinde olması gereken çabukluk ilkesinden dolayı başvurulmadığından, bu düzenlemenin korunması gerekmektedir¹⁰⁸. Diğer görüşe göre, iş davalarında karar düzeltme yolu kapatılmamalı, iş davalarının çabuk hükme bağlanması için başka önlemler alınmalıdır. Nitekim iş davaları sayısının artmasıyla, Yargıtay'ın temyiz incelemesinde, dosyalara çok

107 AYM, Başvuru No: 2013/816, K. T. 06.02.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2012/799, K. T. 26.03.2013.

108 Yılmaz, Ejder (1988) 'Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 2, s. 132; Üstündağ, s. 898-899; Kuru, C: V, s. 4852; Tanrıver, Süha (2005) 'Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine', Makalelerim I (1985-2005) Ankara, Asil Yayınları, s. 177; Kuru, Baki (2006) 'Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler', Makaleler, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, s. 138.

az zaman ayırabildiği açıktır. Dolayısıyla karar düzeltme yolu iş davalarında da tanınmalıdır¹⁰⁹.

İş mahkemelerinde karar düzeltme yolunun kapalı olması, Yargıtay'ı bazı kararlarında, tavzih yolunu karar düzeltme yolu olarak kullanmasına sevk etmiştir. Yargıtay'ın önceki kararının maddî hataya dayandığını tespit etmesi üzerine, karar düzeltme başvurusunu kabul ettiği kararları bulunmaktadır¹¹⁰. İstinaf kanun yolunun işlemeye başlamasından önce, temyiz kanun yolu, iş mahkemeleri kararlarının incelenbilmesi ve kontrol edilebilmesi için yeterli olmadığından, Yargıtay'ın bu problemi tavzih yolu ile çözmeye çalıştığı anlaşılmaktadır.

Benzer bir bireysel başvuruda, asliye hukuk mahkemesince verilen kararın temyiz incelemesinde Yargıtay'ca onama kararı verilmesi üzerine karar düzeltme yoluna başvurulduğu, ancak dava değeri itibariyle karar düzeltme yolu kapalı olduğu gerekçesiyle talebin incelenmeden reddedildiği belirtilerek, hak arama özgürlüğünün ihlâl edildiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararında, Anayasa'nın 142. maddesi gereğince, usûl kanunlarının düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla kanun koyucunun takdirine bırakıldığını, Anayasa'da tüm mahkeme kararlarına karşı karar düzeltme yolunun açık olduğuna dair bir düzenlemenin olmadığını belirtmiştir. Karar düzeltme yolunun kapalı olduğu gerekçesiyle yapılan başvurudaki iddianın Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı dışında kaldığından, konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir¹¹¹. Bu hususta yapılan başvurudan hareketle, bölge

109 Bilge, s. 94, 124 vd.; Özbek, Mustafa Serdar (2003) 'İş Mahkemelerinde Yürütülen Yargılamaalarda Katılma Yoluyla Temyiz', Ünal Tekinalp'e Armağan, C: II, İstanbul, Beta Yayınları, s. 945.

110 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E: 2010/7919, K: 2010/9210, T: 30.09.2010; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2013/21-1921, K: 2014/96, T: 12.02.2014, <www.kazanci.com>, s. e. t. 03.01.2016; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2007/35155, K: 2007/30270, T: 15.10.2007, Kar, s. 113; Kuru, C: V, s. 4870-4874. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Mustafa Serdar & Korkmaz, Cansu (2016) 'İş Yargılamasında Maddî Hatanın Düzeltilmesi Adı Altında Karar Düzeltme Yolunun Uygulanması', Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Y: 3, S: 2, s. 125-197.

111 AYM, Başvuru No: 2014/1133, K. T. 30.06.2014. Benzer bir bireysel başvuruda, başvuru, karar düzeltme talebinin reddine dair Yargıtay kararında aleyhine para cezasına hükmedilmesi nedeniyle, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, başvuru hukukî korunma talebini ilk derece mahkemesi ve temyiz incelemesinde ileri sürme imkânının bulunduğunu ve karar düzeltme talebinin reddi neticesinde hükmedilen para cezasının başvuru üzerinde önemli bir ekonomik yük teşkil etmediğini, bu düzenlemenin gereksiz yere karar düzeltme yoluna başvurulmasının engellenmesi amacına hizmet ettiğini, yargının aşırı iş yükünden kurtarılarak yargı hizmetinin daha iyi yerine getirilmesini sağladığını, bu suretle karar düzeltme başvurusunun

adliye mahkemelerinin verdiği nihai kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilirlik bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İş Mahkemeleri Kanunu'nda öngörülen miktarın altında olan davalar bakımından da aynı yönde bireysel başvurular yapılabilecektir.

F. HÜKMÜN TAVZİHİ

Hükmün tavzihi, bir hükmün yeterince açık olmaması veya birbirine aykırı fıkralar içermesi yahut icrasında tereddüt uyandırması hâlinde, icrası tamamlanıncaya kadar, hükümdeki gerçek anlamın ortaya çıkarılması amacıyla başvuru yoldur (HMK m. 305, 306). Hükmün tavzihi yoluna, ilk derece mahkemesi ile üst derece mahkemesi kararları hakkında başvurulabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305. maddesinde, hangi hâllerde hükmün tavzihinin istenebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, tavzih gerekçesiyle hükmün değiştirilmesi mümkün değildir¹¹².

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru sonucunda verilen kararda, gazeteci olan kişinin milletvekili olarak belirtildiği ve oylama sonucunda hatanın olduğu iddiası ile kararın tavzihi ve maddî hataların düzeltilmesi talebinde bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 82. maddesinde, tavzih ve maddî hataların düzeltilmesi usulü konusunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 304. maddesine göre, yazı ve hesap hataları ile diğer benzeri açık hatalar, talep üzerine veya re'sen düzeltilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305. maddesine göre ise, hükmün yeterince açık olmaması veya icrasında tereddüt uyandırması hâlinde ya da birbirine aykırı fıkralar içermesi durumunda, hükmün açıklanması veya aykırılığın giderilmesi talep edilebilir. Anayasa Mahkemesi kararında, başvuru gazeteci olmasına rağmen, sehven milletvekili olarak yazılmıştır. Ayrıca bireysel başvuruya ilişkin oylamada, iki üyenin, başvuru-culardan ikisi yönünden kabul edilmezlik yolunda oy kullandıkları ve kişi bakımından yetkisizlik gerekçesine de iştirak etmedikleri açık olup, anılan üyeler

reddedilmesi üzerine başvuru aleyhine hükmedilen para cezasının, mahkemeye erişim hakkının etkili bir şekilde kullanılmasına engel teşkil etmediğini belirterek, başvuru-cunun iddiasının, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/3434, K. T. 25.06.2015. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1780, K. T. 20.03.2014.

112 Bilge & Önen, s. 727; Üstündağ, s. 90; Kuru, C: V, s. 5270; Alangoya & Yıldırım & Deren Yıldırım, s. 591; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 818-819.

çoğunluk görüşüne farklı gerekçeyle katılmışlardır. Başvurucuların oylama sonucuna ilişkin taleplerinin reddine karar verilmiştir¹¹³. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararının ilgili kısımlarında belirtilen hususlar, maddî hata teşkil etmekte olduğundan, hükmün tavzihine ve maddî hataların düzeltilmesine karar verilmiştir.

G. ISLAH

Yargılama sistemimizde taraflar, iddia ve savunmalarını belli bir zaman kesiti içerisinde mahkemeye bildirmek durumundadır. Tarafların kural olarak, daha sonra iddia ve savunmalarını genişletip değiştirmeleri mümkün değildir. Ancak iddia ve savunmayı genişletme ve değiştirme yasağının söz konusu olduğu durumlarda, karşı tarafın rızası ve ıslah kurumuyla iddia ve savunma genişletip değiştirilebilir (HMK m. 141/II). Islah, karşı tarafın ve mahkemenin kabulüne bağlı olmadan, tarafların yaptıkları usûl işlemlerinin kısmen veya tamamen düzeltilmesine hizmet eden hukukî bir çaredir¹¹⁴.

Islah, tahkikat aşamasının sonuna kadar yapılabilir (HMK m. 177/I). Islahın istinaf aşamasında yapılamayacağı da Kanunda açıkça belirtilmiştir (HMK m. 357/I). Ancak, Yargıtay'ın bozma kararından sonra ıslahın yapıp yapılamayacağına ilişkin düzenleme olmamakla birlikte, konuya ilişkin iki İçtihadı Birleştirme Kararı bulunmaktadır¹¹⁵. Anılan kararlarda, ıslahın hüküm verilinceye kadar mümkün olduğu, Yargıtay'ın bozma kararından sonra ilk derece mahkemesi aşamasında ıslaha başvurulmasının usûlî müktesep hakları ortadan kaldırayabileceği, dolayısıyla bozmadan sonra ıslaha başvurulamayacağı, ancak usûle ilişkin bozma kararında, davanın esasına ilişkin usûlî müktesep hak teşkil etmeyen hususlarda ıslah yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir¹¹⁶.

113 AYM, Başvuru No: 2014/18803, K. T. 11.03.2015.

114 Postacıoğlu, s. 453; Bilge & Önen, s. 358; Önen, s. 177; Üstündağ, s. 549; Kuru, C: V, s. 3965; Alangoya & Yıldırım & Deren Yıldırım, s. 266; Yılmaz, Ejder (2013) Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Dördüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 52; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 615.

115 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E: 10/K: 3, T: 04.02.1948, Resmi Gazete, T: 17.06.1948, S: 6934; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E: 13/K: 5, T: 04.02.1959, Resmi Gazete, T: 28.04.1959, S: 10193.

116 Postacıoğlu, s. 454; Bilge & Önen, s. 361; Yılmaz (2013) s. 518; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 624. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, Ersin & Korkmaz, Cansu (2016) 'Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu', Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y: 1, S: 2, s. 249-289.

Bireysel başvuruya konu olan bir olayda, başvurucu, murisin ölümü üzerine açılan destekten yoksun kalma ve manevî tazminat davasında talebini artırmak istediğini, ancak bu talebinin bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesiyle reddedildiğini ve bu durumun mahkemeye erişim hakkını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararında, bozmadan sonra ıslah konusunda mevcut İçtihadı Birleştirme Kararlarına atıf yaparak, bozma kararına uyulmasından itibaren ıslah yoluna başvurulamaması nedeninin, usûlî müktesep hakkının korunması olduğunu, ıslah yoluyla bu hakkın ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığını, esasa ilişkin bozmalarda ıslah yoluna gidilemezken, görevsizlik kararı gibi usûle ilişkin bozmalarda usûlî müktesep hak söz konusu olmayacağından ıslah yoluna gidilebileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, vekille temsil edilen başvurucunun ıslah talebini tahkikat aşaması tamamlanmadan yapması gerektiği, bozma kararından sonra yapılan ıslah talebinin mevcut koşullarda reddedilebileceğini bilebilecek durumda olduğu, başvurucunun ıslah yerine ek dava yoluyla talepte bulunabileceği, başvurucunun ek dava açmasının engellendiği şeklinde bir iddiasının da olmadığını, dolayısıyla ıslah talebinin reddedilmesinin başvurucunun mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmediği sonucuna varmıştır¹¹⁷.

Diğer bir bireysel başvuruya konu olan olayda, başvurucu iş sözleşmesinin feshi üzerine açtığı işçilik alacağı davasında kıdem tazminatı bakımından faiz talebi bulunmasına rağmen, mahkemece bu talebi hakkında karar vermediğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararında şu tespitleri yapmıştır: Bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için öncelikle öngörülen başvuru yollarının tüketilmesi gerekir. Bununla birlikte, yerel mahkemelerde ve olağan kanun yollarında dayanılmayan iddialar bireysel başvuru konusu edilemez. Somut olayda, başvurucu, ıslah dilekçesinde kıdem tazminatına, ihbar tazminatına, yıllık izin ücret alacağına, fazla mesai ücreti alacağına, genel tatil çalışma ücretini alacağına ilişkin talebini ıslah dilekçesiyle artırmakla birlikte, ıslah dilekçesinde faize ilişkin bir talepte bulunmadığı tespit edildiğinden, taleple bağlılık ilkesi gereğince ilk derece mahkemesince faiz dikkate alınmamıştır. Mahkemenin verdiği karar, başvurucunun ıslah dilekçesindeki talebiyle bağdaşmaktadır. Başvurucunun bu anlamda, ilgili iddiaya ilişkin olarak öngörülen yollara müracaat etmeden, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yaptığı anlaşıldığından, talebin kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir¹¹⁸.

117 AYM, Başvuru No: 2013/1932, K. T. 17.07.2014. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/5934, K. T. 26.02.2015.

118 AYM, Başvuru No: 2013/7204, K. T. 20.02.2014.

H. TARAF SIFATI

Bireysel başvuru hakkına sahip olma bakımından, kamu tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişileri ve yabancılar hakkında 6216 sayılı Kanununun 46. maddesinde getirilen sınırlandırmalar taraf sıfatına ilişkindir. Taraf sıfatı, davada taraflardan birinin, davaya konu sübjektif dava hakkının bulunup bulunmadığı ile ilgili bir husustur. Taraf sıfatı, davanın tarafları ile dava konusu arasında, maddî hukuk bakımından olması gereken ilişkiyi ifade etmektedir¹¹⁹.

Kamu tüzel kişileri tarafından bireysel başvuru yoluna müracaat edilirse, Anayasa Mahkemesi, başvuruyu başvuranın kamu tüzel kişisi olduğu gerekçesiyle, taraf sıfatı yokluğundan reddedecektir. Özel hukuk tüzel kişileri bakımından ise, başvuru konusunun tüzel kişiliğe ilişkin olup olmadığı incelenecek, tüzel kişiliği ilgilendirmeyen bir konuda bireysel başvuru yapılmışsa, talep taraf sıfat yokluğundan reddedilecektir¹²⁰. Aynı şekilde, yabancılar tarafından sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklara ilişkin bir ihlâl iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulursa, başvuru taraf sıfatı yokluğundan reddedilecektir.

Başvurucu, Çankırı İlindeki bazı köyler arasındaki yayla ve mera uyuşmazlığından kaynaklanan davada, ilk derece mahkemesinde ve temyiz incelemesinde usûl hükümlerinin hatalı değerlendirilmesi nedeniyle bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi kararına göre; bireysel başvuru, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanındığından, kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukukî niteliği ile bağdaşmamaktadır. Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrası ile 6216 sayılı Kanununun 46. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ilgili köy bireysel başvuru hakkını kullanabilecek taraflardan değildir. Kamu tüzel kişisi olan başvurucunun bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığından, ilgili başvurunun kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir¹²¹. Anlaşıldığı üzere, Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanunun

119 Erişir, Evrim (2007) *Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti*, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, s. 68; Kale, Serdar (2010) *Medenî Yargılamada Taraf Ehliyeti*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 22 vd; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 304.

120 Derneğin, üyelerinin haklarının ihlâl edildiği iddiasıyla yaptığı bir bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesi'nce çocuk onkolojisi alanında tıbbi kaliteyi artırmak amacını taşıyan ve yalnızca üyelerinin durumunu etkileyen yasama işleminin başvuru konusu olması yönünden, özel hukuk tüzel kişisi olan başvurucu derneğin mağdur sıfatı olmadığına, kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2012/95, K. T. 25.12.2012.

121 AYM, Başvuru No: 2012/22, K. T. 25.12.2012.

46. maddesindeki sınırlandırmaların olduğu bireysel başvurularda, taraf sıfatı yokluğundan red kararı değil, *kişi bakımından yetkisizlik* kararı vermektedir.

Diğer bir bireysel başvuruda, başvurucu, siyanür kullanılarak işletilen altın madeninden çevreye siyanür yayılması ve siyanürün zararlı sonuçlarına maruz kalması üzerine tazminat davası açtığını, ancak yargılamanın halen devam etmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, açılan davada diğer başvuruçuların davacı olarak yer aldığını, ancak başvuruçulardan M. H.'nin yürütülen yargılamanın tarafı olmadığını, dolayısıyla makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri süren başvuruçunun, başvuruya konu dava dosyasında taraf veya müdahil sıfatının bulunmadığını belirterek, başvurunun *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir¹²².

I. HUKUKÎ YARAR

Mahkemeye yönelik talepte bulunan kimsenin, mahkemeye başvurmasında hukukî yararı olmalıdır. Davanın açılmasında olduğu gibi, kanun yoluna başvurulmasında da ilgili kişinin hukukî yararı bulunmalıdır. Mahkemeye başvurmakta yarar, hukukî ve meşru olmalıdır. Bununla birlikte, mahkemeye yönelik taleplerde aranan yararın doğrudan ve kişisel olması da gerekir. Diğer bir ifadeyle, bu yararın dava açan veya kanun yoluna başvuran kimseye ait olması aranmaktadır. Ayrıca, mahkemeye yönelik taleplerde yararın, doğmuş ve güncel bir yarar olması gereklidir¹²³.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda da, bireysel başvurunun incelenebilmesi için öncelikle ilgili kimsenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurmakta hukukî yararının bulunması gerekir. 6216 sayılı Kanunun 46. maddesinde bireysel başvuru hakkını kullanabilecekler belirtilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, ihlâl yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem, işlem ya da ihmalden dolayı başvuruçunun güncel, kişisel bir hakkı doğrudan etkilenmiş olmalıdır¹²⁴.

122 AYM, Başvuru No: 2013/7318, K. T. 10.06.2015. Benzer yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1752, K. T. 26.06.2014.

123 Postacıoğlu, s. 196; Yılmaz (1988) s. 135-136; Üstündağ, s. 312; Kuru, C: II, s. 1365; Hanağası, Emel (2009) Davada Menfaat, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 136, 157, 229; Ekinci & Sağlam, s. 18.

124 Kişisellik şartı ile bireysel başvuru konusu işlem, eylem veya kanundan başvuruçunun etkilenmesi veya ihlâlin ilgili kişinin kendi haklarına ilişkin olması kastedilmektedir. Doğ-

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvuruya konu olan olayda, başvurulardan E. T., TEDAŞ Müessese Müdürlüğüne ait tellerinden akıma kapılarak sağ el işaret parmağını kaybetmiş, anne ve babası idare aleyhine tazminat davası açmış, babanın vefatı üzerine mirasçısı T. T. davaya katılmış, ilk derece mahkemesi anne ve babanın tazminat taleplerinin reddine, E. T. yönünden davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Temyiz incelemesinde ise, Yargıtay anne ve babanın tazminat taleplerinin reddedilmesinin usûl ve kanuna aykırı olduğu ve Adli Tıp Kurumundan usûlüne uygun rapor alınarak maluliyet oranının belirlenmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuş, bozmadan sonra başvurulardan E. T. için talep edilen tazminat miktarını ıslah dilekçesiyle artırmış, ancak Yargıtay tarafından bozma üzerine ıslah yapılamayacağı gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir. Islah taleplerinin reddedilmesi nedeniyle, mahkemeye erişim haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle, ilgililer bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, başvurulardan M. T. ve T. T. hakkında, kişi yönünden yetkisizlik kararı vermiştir. Anılan kararda, ilk derece mahkemesinde görülen tazminat davasında mirasçı sıfatıyla davaya katılan T. T.'nin maddî tazminat taleplerinin reddine dair kararın Yargıtay ilâmı ile kesinleşmiş olduğu, bozmadan sonra sadece E. T. adına ıslah talebinde bulunulduğu, başvurulardan bozmadan sonraki aşamada ıslah talebinde de bulunmadığı, mahkemeye erişim hakkının ihlâli iddiası açısından söz konusu başvurulardan güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmediği ve bu iddia açısından mağdur sıfatlarının bulunmadığı belirtilmiştir¹²⁵.

rudan ilgili olma şartıyla, ihlâl edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlüğün, bireysel başvuru konusu olan işlem veya eylem ile gerçekleşmesi kastedilmektedir. Güncellik şartı ise, başvurunun yapıldığı anda temel hak ve özgürlüklerin ihlâlinin veya sonuçlarının devam ediyor olmasıdır. Bkz. Kılınç, s. 32-33; Mellinghof, s. 48-49; Holzinger, s. 90-91; Atasoy, s. 78; Şirin, s. 383-385, 395-396; Ermenek, s. 32-33; Ekinci & Sağlam, s. 18.

- 125 AYM, Başvuru No: 2013/5934, K. T. 26.02.2015. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1115, K. T. 05.12.2013. Başka bir bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesi, başvuru tarihinden önce vefat eden başvuru adına vekâlet ilişkisi sona ermiş olan avukat tarafından başvuruda bulunulduğu, ancak başvuru gününde güncel bir hakkının ihlâl edildiği iddiasının değerlendirilemeyeceğini belirterek, bireysel başvurunun yapıldığı tarihten önce vefat eden başvuru adına yapılan başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmesizin "*kişi yönünden yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. İlgili kararda somut başvuruda, avukat tarafından vefat eden kişi adına başvuru yapıldığı, ancak başvuruya ait formda kişinin vefatına ilişkin bir bilgiye yer verilmediği, başvuru sonuçlanana kadar da bir bildirimde bulunulmayarak, Mahkemeyi yanıltıcı bir davranışın ortaya konulduğu belirtilerek, avukat hakkında Mahkemeyi yanıltıcı nitelikte başvuru yapması nedeniyle, 6216 sayılı Kanunun 51. maddesi uyarınca 2.000,00 TL disip- lin para cezasına hükmedilmiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/6140, K. T. 05.11.2014.

Konuya ilişkin diğer bir bireysel başvuruda, avukat olan başvuru, duruşmaya başörtülü olarak katılması gerekçe gösterilerek duruşmanın hâkimce ertelenmesi üzerine, mahkemeye erişim hakkının ve savunma hakkının engellendiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, başörtülü olduğu sebebiyle duruşması ertelenen başvuru gncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmediğini, anılan durumun başvurucuya mağdur statüsü kazandırmadığını ve adil yargılanma hakkı ihlali çevresinde davanın taraflarınca bireysel başvuruda bulunulması gerektiğini, olayda başvuru taraflardan birinin avukatı olduğunu, dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı ve savunma hakkı kısıtlanan kişinin başvuru olmadığını belirterek, başvuru hakkında kişi yönünden yetkisizlik kararı vermiştir¹²⁶.

J. DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukukumuzda, hâkim, kanunda belirtilen istisnalar dışında kural olarak delilleri serbestçe değerlendirir (HMK m. 198/I). Bununla birlikte hâkim, taraflarca dosyaya sunulan delillerin, vakıaların ispatı bakımından kabul edilip edilmeyeceğini takdir eder (HMK m. 189/IV). Bu bağlamda, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin dosyaya sunulması durumunda ise, mahkemece yargılamada bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz (HMK m. 189/II).

İlk derece mahkemesi hâkiminin delilleri değerlendirmesine ilişkin kararları, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru çerçevesinde incelenmemektedir. Bu kararlar, açık bir keyfilik ihtiva ettiği takdirde, Anayasa Mahkemesi'nce değerlendirilmektedir¹²⁷. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir

126 AYM, Başvuru No: 2014/256, K. T. 25.06.2014. Başvuru, kaza tespit tutanağının iptali talebinin reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararında, başvuru karıştığı maddi hasarlı trafik kazası nedeniyle uğradığı zararı sigorta poliçesine dayanarak sigorta şirketinden veya karşı taraftan istemesi mümkün olduğu halde hukuk mahkemelerinde böyle bir dava açmadığını, açacağı böyle bir davada kaza tespit tutanağında belirtilen kusur oranına itiraz ederek bir bilirkişi raporu ile kusur oranının yeniden tespitini istemesinin mümkün olduğunu, tek başına hüküm kurmak için yeterli olmayan ve yalnızca ispat vasıtası olan kaza tespit tutanağının tutulması ve iptal isteminin reddedilmesinden dolayı, başvuru gncel bir hakkının ihlal edildiğinden söz edilemeyeceğini, dolayısıyla mağdur sıfatını taşımadığını belirterek, başvuru "kişi yönünden yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/5619, K. T. 15.04.2015. Benzer yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/9786, K. T. 17.07.2014.

127 AYM, Başvuru No: 2013/1258, K. T. 13.06.2013; AYM, Başvuru No: 2013/1436, K. T. 06.03.2014; AYM, Başvuru No: 2013/757, K. T. 13.06.2013; AYM, Başvuru No: 2012/1143,

bireysel başvuruda, başvuru, boşanma davasında özel hayatı hakkında kayıtlar içeren CD'nin hükme dayanak olarak kullanıldığını, mahkemece ilgili delillerin değerlendirilmesinin hakkaniyete uygun olmadığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararında şu tespitleri yapmıştır: Taraflarca ileri sürülen delillerin davayla ilgili olup olmadığı, ilk derece mahkemelerince incelenecektir. Mahkemeye sunulan delillerin denetlenmesi, esasen Anayasa Mahkemesi'nin görevi kapsamında değildir. Ancak, delillerin değerlendirilmesi noktasında uygulanan yöntemin keyfilik veya hakkaniyetsizlik içermesi durumunda, adil yargılanma hakkına uygun bir delil değerlendirilmesi söz konusu olmaz. Bireysel başvuruya konu olan davada, davacı tarafça delil olarak mahkemeye sunulan CD'de başvuru ile yapılan tartışmaya dair kayıtların olduğu, davacının kişilik haklarına müdahale teşkil edecek nitelikte sözlerin söylendiği, anılan CD'nin mahkemece delil olarak değerlendirildiği ve CD'ye kaydedilen konuşmaların özel alan olarak nitelendirilmeyen ortak konutta yapıldığı anlaşılmıştır. Somut olayda, delil niteliği taşıyan CD'nin iddia ve savunmalar çerçevesinde incelendiği, başvuru tarafından da ilgili delilin içeriği hakkında değerlendirme yapılmasının sağlandığı, bir vakıya ilişkin delil değerlendirme yetkisinin kural olarak ilk derece mahkemelerinde olduğu, bu noktada hakkaniyete aykırı hâle getirecek bir yöntemin izlenmediği sonucuna varılarak adil yargılanma hakkının ihlâl edilmediğine karar verilmesi gerekir¹²⁸.

Diğer bir bireysel başvuruda, başvuru, tazminat davasında birbirinden farklı içeriği haiz iki bilirkişi raporu olduğunu, ikinci bilirkişi raporu gerekçe gösterilerek aleyhlerinde tazminata hükmedildiğini ve ilk derece mahkemesince delillerin isabetli olarak değerlendirilmediğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi kararına göre; davadaki vakıaların ispatlanması, yargılamada delillerin kabul edilmesi ve değerlendirilmesi ile uyumsuzluk hakkında verilen kararın esas yönünden adil olup olmamasına ilişkin bireysel başvurular değerlendirilemez. Zira ilk derece mahkemelerinin delilleri değerlendirmesinde, bariz bir takdir hatası bulunmadığı takdirde, Anayasa Mahkemesi'nin bu takdire müdahale etmesi mümkün değildir. Başvurucunun iddiasına karşılık,

K. T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2013/2507, K. T. 06.03.2014. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de temyiz mercii başvuruları kapsamında yapılan denetimi, açık ve bariz keyfilik çerçevesinde değerlendirmektedir. Bkz. Güleler, Serdar (2013) 'Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercii Şikâyetlerinin İstisnai Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri', Bireysel Başvuru İncelemeleri I, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 71; Ekinci & Sağlam, s. 27.

128 AYM, Başvuru No: 2012/1146, K. T. 30.12.2014.

ilk derece mahkemesi kararı açık bir keyfiliği içermediğinden, talebin kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir¹²⁹.

Anayasa Mahkemesi, delillerin değerlendirilmesi noktasında ilk derece mahkemesince Anayasa'da bulunan hak ve özgürlüklerin ihlâl edilmediği ve deliller hakkaniyete uygun takdir edildiği sürece, bireysel başvurulardaki delillerin isabetsiz değerlendirildiği yönündeki iddiaları kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar olduğu gerekçesiyle değerlendirmeye tâbi tutmamaktadır. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi silahların eşitliği ilkesi ve çekişmeli yargılamaya ilişkin hususların gözetilerek, delillerin tartışılıp tartışılmadığını ya da söz konusu delillerin yargılamanın adil olup olmamasına etkisini değerlendirmektedir. Bir bireysel başvuruda, başvuru tarafı olduğu hukuk davasında dosyaya, karşı tarafça sunulan ve bu tarafça oluşturulan CD'lerin delil olma niteliği tartışılmadan hüküm kurulduğunu ve delillerin değerlendirilmesinin hakkaniyete uygun olmadığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında CD'lere hükme esas alınan bir delil olarak yer verildiğini, ancak yargılama sürecinde söz konusu delil içeriğinin başvuru tarafından ulaşılabilir kılınmadığını ve bu anlamda söz konusu delilin tartışılarak savunmada bulunma imkânının sağlanmadığını, ilgili delilin içeriğinin tespitte imkân verecek surette bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluna gidilmediğini, delil içeriğinin gerekçeli kararda ayrıntılı olarak açıklanmadığını ve kanun yolu incelemesinde ilgili eksikliklerin tamamlanmadığını belirterek, tartışılmayan ve içeriği tespit edilmeyen CD'lerin hükme esas alınmasının adil yargılanma hakkını ihlâl eder nitelikte olduğuna karar vermiştir¹³⁰.

K. VEKÂLET ÜCRETİ

Anayasa Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesince hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil etmediği yönünde kararları olduğu gibi, ölçülü olmadığı gerekçesiyle vekâlet ücretinin mahkemeye

129 AYM, Başvuru No: 2012/1027, K. T. 12.02.2013. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/5703, K. T. 17.11.2014; AYM, Başvuru No: 2013/3617, K. T. 10.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/3689, K. T. 21.05.2015; AYM, Başvuru No: 2013/4495, K. T. 17.07.2014; AYM, Başvuru No: 2013/4523, K. T. 16.09.2015; AYM, Başvuru No: 2013/5926, K. T. 06.10.2015; AYM, Başvuru No: 2013/6313, K. T. 05.11.2015; AYM, Başvuru No: 2013/6314, K. T. 20.03.2014; AYM, Başvuru No: 2013/6712, K. T. 26.06.2014; AYM, Başvuru No: 2013/6862, K. T. 30.06.2014; AYM, Başvuru No: 2013/7455, K. T. 25.03.2015; AYM, Başvuru No: 2013/7597, K. T. 10.03.2015.

130 AYM, Başvuru No: 2012/354, K. T. 31.12.2014.

erişim hakkını ihlâl ettiği yönünde kararları da bulunmaktadır.

Bireysel başvuruya konu olan olayda, başvuruçunun idarî işlemin iptali için açtığı dava görülürken, yürürlüğe giren 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin¹³¹ idarede görevli vekillere taraf sıfatı vermesi ve davanın reddi hâlinde idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesini düzenlemesi üzerine¹³², açılan davada başvuruçucu aleyhine vekâlet ücretine karar verilmiştir. Başvuruçucu Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bireysel başvuruda, davasının makul sürede sonlandırılmadığı ve aleyhine vekâlet ücretine hükmedildiği gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun ihlâl iddialarını adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmekle birlikte, vekâlet ücretinin davası kabul edilen lehine hükmedilen bir ücret olduğu, davanın açıldığı tarihte kimin lehine hükmedileceğinin öngörülemeyeceği, vekâlet ücretine hükmedilmesinin bir usûl kuralı olduğu ve yargılamada anılan kuralın uygulanmasını engelleyecek bir düzenlemenin de olmadığı, davası reddedilen başvuruçucu hakkında vekâlet ücretine karar verilmesinde hukuka aykırılık ve keyfilik bulunmadığı sonucuna vararak, başvuruçunun anılan iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur¹³³. Karardan anlaşıldığı üzere, Anayasa Mahkemesi, vekâlet ücreti gibi yargılama giderleriyle ilgili ihlâl iddiasını adil yargılanma hakkı kapsamı dışında tutmuştur¹³⁴.

Benzer yönde idare aleyhine açılan davanın reddedilmesi üzerine, idare lehine vekâlet ücretine karar verilmesinin hak arama özgürlüğünü ihlâl ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesi oyçokluğu ile başvurunun ilgili kısmının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi anılan kararında şu hususlara değinmiştir: Vekâlet ücreti bir yargılama gideri olmakla birlikte, kural olarak bu tür giderler mahkemeye erişim hakkıyla bağlantılıdır. Bu ücretin, hakkın özüne dokunmaması, meşru bir amaç taşıması, açık ve ölçülü olmasının yanında, başvuruçucu ağır bir

131 Resmi Gazete, T: 02.11.2011, S: 28203.

132 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. maddesinin birinci fıkrasında, idarelerin vekil sıfatıyla hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından yürütülen adli ve idarî davalar ile icra takiplerinde, bu davaların idare lehine sonuçlanması durumunda, idare lehine vekâlet ücretine hükmedileceği düzenlenmiştir.

133 AYM, Başvuru No: 2013/1134, K. T. 16.05.2013.

134 Doğru, Osman (2013) 'Bireysel Başvurunun Embriyon Çağı', Güncel Hukuk Dergisi, Eylül, s. 32.

yük getirmemesi gerekmektedir. Ancak, gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmemesi, dolayısıyla davaların makul sürede sonuçlandırılabilmesi adına başvuruculara birtakım yükümlülükler düzenlenebilir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek, kamu otoritelerinin takdirindedir. Bununla birlikte, anılan yükümlülüklerin mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmemesi için dava açmayı imkânsız hâle getirmemesi ve zorlaştırmaması gerekmektedir. Bu anlamda, davanın reddedilmesi sonucunda idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi, mahkemeye erişim hakkına yapılmış bir müdahale teşkil etmemektedir¹³⁵.

Anılan karara iki üye tarafından karşı oy sunularak itiraz edilmiştir. Karşı oy gerekçeleri ise şöyledir: Mahkemeye erişim hakkı, mutlak bir hak olmayıp, kamusal gerekçelerle sınırlanabilir. Ancak söz konusu sınırlandırmalar, ölçülülük ilkesi gereği bireylerin mahkemeye erişim hakkını kullanmasını zorlaştırmamalı ve gereksiz başvurularla yargının iş yükünün artmasını önlemelidir. Bununla birlikte mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin meşru kabul edilmesi, gerekli olması, orantılı olması da gerekmektedir. Somut olayda, ilk derece mahkemesince başvuru aleyhine 2.400,00 TL tutarında vekâlet ücretine hükmedilmesinin gerekli olduğu, toplumsal bir ihtiyaçtan kaynaklandığı söylenebilirse de, ülkemizin ekonomik şartları göz önüne alındığında vekâlet ücretinin orantılı olmadığı ve mahkemeye erişim hakkını aşırı derecede zorlaştırdığı anlaşılmaktadır¹³⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında yüksek miktarda harç ve masrafların, bireylerin mahkemeye erişim hakkını ihlâl edebileceğini ve başvuruçunun ödeme gücü ile yargılama aşamalarına göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bu anlamda, ölçüsüz vekâlet ücreti de, idarenin işlemleri karşısında bireylerin hak aramalarını zorlaştıracak ve özellikle ekonomik gücü zayıf olan bireylerin dava açması konusunda çekimser davranmaları sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla orantılılık incelemesi yapılmadan, başvuruçunun aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkına müdahale niteliğinde olmadığı sonucuna varılmamalıdır¹³⁷.

135 AYM, Başvuru No: 2013/1613, K. T. 02.10.2013. Aynı yönde bkz. AYM, Başvuru No: 2013/2379, K. T. 20.03.2014; AYM, Başvuru No: 2012/660, K. T. 07.11.2013; AYM, Başvuru No: 2012/1061, K. T. 21.11.2013; AYM, Başvuru No: 2012/574, K. T. 06.02.2014; AYM, Başvuru No: 2012/575, K. T. 08.05.2014.

136 AYM, Başvuru No: 2013/1613, K. T. 02.10.2013, Hicabi Dursun'un azınlık oyu gerekçesi.

137 AYM, Başvuru No: 2013/1613, K. T. 02.10.2013, Zühtü Arslan'ın azınlık oyu gerekçesi.

Konuya ilişkin başka bir bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, başvurucunun açtığı tazminat davasının reddedilmesi üzerine 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname gereğince, idare lehine hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkını ihlâl ettiği yönündeki iddiasının, açıkça dayanaktan yoksun olmadığına ve başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Anılan başvuruda, tazminat alacağına mahkemenin takdir hakkı çerçevesinde belirlenebilir olduğu, dava açılmadan önce tazminat miktarının öngörülmesinin mümkün olmadığı, başvurucunun ekonomik durumunun elverişsiz olması nedeniyle adli yardım kararı verildiği, hak kaybına uğramamak için başvurucunun tazminat miktarlarını yüksek tuttuğu, talep edilen miktarın dava tarihi itibari ile ıslah yoluyla düzeltilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla reddedilen tazminat miktarı üzerinden hükmedilen 9.150,00 TL vekâlet ücretinin hak kazanılan tazminatın 3/4'ünü oluşturduğu ve ölçülü olmadığı sonucuna varıldığından başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiğine karar verilmiştir¹³⁸.

Diğer bir bireysel başvuruda, başvurucu, kamulaştırmaz el atma nedeniyle açılan tazminat davasında 2942 sayılı Kanunun geçici 6. maddesinde yapılan değişikliğe rağmen, nispi vekâlet ücretine hükmedilmesinden dolayı adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkıyla ilişkili olduğunu, başvurucunun davalı idareye nispi vekâlet ücreti öngören mahkeme hükmünün kanunî dayanağının bulunmadığını, zira karar düzeltme aşamasında kanun değişikliği yapılarak anılan değişikliğin kesinleşmeyen davalara da uygulanacağını düzenlenmesi karşısında nispi vekâlet ücretinin maktuya çevrilmediğini belirterek, başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir¹³⁹.

138 AYM, Başvuru No: 2013/4513, K. T. 24.06.2015.

139 AYM, Başvuru No: 2013/6313, K. T. 05.11.2015. Benzer bir bireysel başvuruda ise, başvurucu, kamulaştırmaz el atma nedeniyle açılan tazminat davasında lehe hükmedilen nispi vekâlet ücretinin 2942 sayılı Kanunun geçici 6. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle, karar düzeltme aşamasında maktu olarak değiştirilmesinden dolayı adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, başvurucunun iddialarını mahkemeye erişim hakkı ile silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Anılan kararda şu tespitlere yer verilmiştir: Kanun değişikliği ile maktuya çevrilen vekâlet ücretinin davacının yargılamada vekille temsil edilmesine veya hukuki yardım almasına yetmeyeceği söylenemez. Vekâlet ücretinin karşı tarafa yüklenmesindeki amaç, haksız yere dava açan bireylere yargılama giderlerinin yükletilmesidir. Mahkemelerce karar verilen vekâlet ücretinin vekil ve müvekkil arasında yapılan vekâlet sözleşmesinde öngörülen miktardan daha az olması durumunda, hükmedilen ücretin mahkemeye erişim hakkını

Anayasa Mahkemesi'nin vekâlet ücretine ilişkin bireysel başvurularda verdiği kararlardan anlaşıldığı üzere, vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkı ile ilişkisi olduğuna vurgu yapılarak, mahkemeye erişim hakkına bir takım sınırlandırmalar getirilebileceği, ancak bir hak veya özgürlüğe yapılan müdahalelerin meşru, orantılı ve başvurucuya ağır bir yük teşkil etmemesi gerektiği belirtilerek, bu ölçütlere uyan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu sınırlandırmalar, her somut olay bakımından ayrı değerlendirilmektedir. Vekâlet ücretinin öngörülmesi, mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran bir düzenleme olsa da, birey yararı ve kamu yararı arasında makul bir denge kurulması hâlinde bu sınırlandırmaların meşru olduğu ifade edilmektedir. Hükmedilen vekâlet ücretinin taraflar bakımından ağır bir yük olup olmadığı belirlenirken de, karar verilen miktarın ülke ekonomisi bakımından değeri, başvurucunun ekonomik gücü ve davanın özel şartları gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte, hak veya özgürlüğe getirilen sınırlandırmaların meşru bir amaç izlemekle birlikte, ölçülü olmaması hâlinde, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmadığı kabul edilerek, ilgili hak veya özgürlüğün ihlâl edildiğine karar verilmektedir.

engellemediği sürece, Anayasa Mahkemesi'nin bir müdahalesi söz konusu olmayacaktır. Somut olayda, başvurucunun lehine hükmedilen tazminat miktarı ve yargılama giderleri dikkate alındığında, maktuya çevrilen vekâlet ücretinin başvurucunun dava açmasını imkânsız hâle getirmediği, aşırı derecede zorlaştırmadığı, dolayısıyla mahkemeye erişim hakkına orantsız bir müdahale teşkil etmediği ve adil yargılanma hakkının ihlâl edilmediği sonucuna varılmalıdır. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/9466, K. T. 27.10.2015. Anılan karara ilişkin karşı oy gerekçeleri ise şöyledir: Vekâlet ücretinin vekile ait olması genel kural olup, başvurucu ile vekilinin buna göre anlaşmış olacağı üzerine başvurucunun eksik olan vekâlet ücretinin tazminat alacağından karşılayacağı, kamulaştırmaz el atma suretiyle açılan davada vekâlet ücreti yönünden başvurucuya öngörülemeyen bir durum yaratıldığı, dolayısıyla mahkemeye erişim hakkına orantsız bir müdahale yapıldığı anlaşılmaktadır. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/9466, K. T. 27.10.2015, Osman Alifeyyaz Paksüt'ün azınlık oyu gerekçesi. 2942 sayılı Kanunun geçici 6. maddesinin 13. fıkrasında, 04.11.1983 tarihi sonrasındaki taşınmazlarla ilgili davalarda maktu vekâlet ücretinin hükmedileceği düzenlenmiş olup, anılan düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.2014 gün ve 176 sayılı kararı ile iptal edildiğinden, bu kapsamdaki taşınmazlar bakımından maktu vekâlet ücretine hükmedilmesinin bir dayanağı kalmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, davanın açıldığı tarihteki hesaplama yöntemine göre vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekir. Zira açılan bir davada mevcut kuralların davanın sonucunu etkileyecek biçimde değiştirilmesi, hukuk güvenliği ilkesini ihlâl edecektir. Somut olayda da anılan kanun değişikliğinin uygulanması hukuken isabetli değildir. Dolayısıyla görülmekte olan davayı etkileyecek biçimde vekâlet ücretinin değiştirilmesi, adil yargılanma hakkını ihlâl edici niteliktedir. Bkz. AYM, Başvuru No: 2013/9466, K. T. 27.10.2015, Celal Mümtaz Akıncı ve Hasan Tahsin Gökcan'ın azınlık oyu gerekçeleri.

L. BAŞVURU HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

Bireysel başvuru hakkının açıkça kötüye kullanılması durumunda, başvurucular aleyhine yargılama giderlerinin haricinde, iki bin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına karar verilebilir (6216 sayılı Kanun, m. 51; İçtüzük m. 83)¹⁴⁰. İlgili düzenlemeden, hakkın kötüye kullanılmasının bireysel başvuru çerçevesinde özel olarak dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi'nce, bireysel başvuru usulünün amacına açıkça aykırı olan ve başvurunun gereği gibi değerlendirilmesini engelleyen davranışlar, başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir¹⁴¹. Bir görüşe göre, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı taşıyan bireysel başvuruda, bu şekilde bir düzenlemenin bulunması adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir¹⁴².

Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanıldığının tespit edildiği bir bireysel başvuruda, başvurucu, asliye ticaret mahkemesinde açtığı alacak davasına ilişkin yargılamada Yargıtay'ın, tarafların talebi olmadan kendiliğinden karar düzeltme incelemesi yaptığını ve incelemesinde feragat hükümlerini yanlış yorumladığını, ilk derece mahkemesi tarafından da bu sebeple talebinin reddedildiğini ve yargılamanın makul sürede sonuçlanmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi kararına ilişkin temyiz incelemesinde onama kararı verdiğini, davalı tarafça karar düzeltme talebinde bulunulduğunu, başvurucunun da karar düzeltme talebi dilekçesine cevap verdiğini, dolayısıyla başvurucunun iddialarının yanıltıcı olduğunu belirterek, başvuru hakkının kötüye kullanıldığından bahisle talebin reddine ve disiplin para cezasına karar vermiştir¹⁴³.

140 Ayrıca, başvurucu avukatla temsil edilmiş ve bu konuda avukatın bir kusuru olduğu tespit edilmişse, konu ilgili baroya da bildirilmektedir. Bkz. Ekinci & Sağlam, s. 37.

141 AYM, Başvuru No: 2013/7087, K. T. 18.09.2014.

142 Ermenek, s. 51. Aksi görüşe göre, ilgili düzenleme hak arama özgürlüğüne aykırı gibi görünse de, sonuç alınamayacak başvuruları caydırmak açısından bireysel başvuru kurumu yerleşene kadar bu yaptırımın uygulanması isabetli olacaktır. Bkz. Kılınç, s. 53.

143 AYM, Başvuru No: 2013/1013, K. T. 02.07.2015.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, esas itibariyle kamu gücü tarafından ihlâl edilen temel hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlamaktadır. Bu anlamda, bireysel başvuru yolunun tanınması, temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edilmesi hâllerinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuru sayısının azalmasına da hizmet etmektedir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki dosya sayısını azaltmak, bireysel başvurunun temel amacı değildir. Bireysel başvurunun temel hak ihlallerini önleme amacı gerçekleştiğinde, bunun sonucu olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ülkemizi tazminata mahkûm ettiği karar sayısı da azalacaktır. Belirtmek gerekir ki, yeni bir hak arama yolu olan bireysel başvurunun temel hak ihlallerini önlemesi, bu yolun etkin bir şekilde uygulanması sonucunda gerçekleşecektir.

Günümüzde bireylere, temel hak ve özgürlükler anlamında, Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkânının sağlanması gerekli bir düzenlemedir. Bireysel başvuru imkânının getirilmesinin yanında, bu yolun etkin olarak işlemesi için birtakım düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda, bireysel başvuruların ilk olarak ön incelemeden geçirilmesi, bu aşamada şekli bir inceleme yapılması ve şartları sağlamayan başvuruların reddedilmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolu ile birlikte iş yükünün artacağı endişesini de bertaraf etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemelerinde 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde düzenleme bulunmayan hallerde, ilgili usûl hükümlerini uygulamaktadır. Bireysel başvuruda, usûl hükümleri uygulanırken bireysel başvurunun niteliği de göz ardı edilmemektedir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurulardan bir kısmında iddialar, usûl hükümlerinin ihlâl edildiği yönündedir. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi'nin yayınladığı son istatistikler, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği yönünde bireysel başvuruların çoğunlukta olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi, makul süre içinde yargılanma, mahkemeye erişim hakkı, hukukî güvenlik ilkelerini de adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirmektedir.

Adil yargılanma hakkının ihlâline dayanan bireysel başvuruların çoğunluğunun makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olduğu görülmektedir. Bu durum, yargılama sürecinin olması gerekenden uzun sürmesinin ve makul sürede davaların görülmemesinin, hukuk sistemimizin en önemli sorunlarından birisi olduğunu göstermektedir. Makul sürede yargılanma hakkı ihlalle-

ri değerlendirildiğinde, adaletin etkinliğinin azaldığı, bireylerin adalete olan inancının sarsıldığı, ihlâl kararları nedeniyle devletin mali yük altına girdiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, yargılama sürecinin uzun olmasını tek başına adil yargılanma hakkının ihlâli olarak saymamakta, makul sürede yargılama yapılamamasının etkenlerini araştırmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin makul sürede yargılanma hakkına dayanan kararlarından, her somut olay bakımından ayrı olarak değerlendirme yapıldığı, yargılamanın bütününe bakıldığı, davanın niteliğinin dikkate alındığı, taraflara ve yargı organlarının tutumlarının karşılaştırıldığı görülmektedir.

Silahların eşitliği ilkesinin gereklerinin mahkemece yerine getirilmediğine, tarafların eşit şekilde açıklama ve ispat haklarını kullanamadıklarına dayanan iddiaların doğru olduğunun tespit edilmesi durumunda da, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmektedir. Buna karşın, Yargıtay kararlarının ayrıntılı gerekçe içermediği, özellikle Yargıtay'ın onama kararlarının gerekçesiz olduğu durumlarda, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi kararının gerekçesine atıf yaparak karar vermesinin adil yargılanma hakkını ihlâl etmediği gerekçesiyle, başvuru taleplerini isabetli olmayarak reddetmektedir. Anılan kararlara karşın, aynı veya benzer konularda içtihat değişikliklerinin açıklayıcı gerekçe içermemesi gerekçesiyle, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği yönünde karar vermesi de bir çelişki yaratmaktadır.

Temyiz kanun yoluna başvuru hakkının yargı organının müdahalesiyle kısıtlanmasının, kanunî bir müdahale olmadığı tespit edilmesi durumunda, mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiğine karar veren Anayasa Mahkemesi, bazı davalar yönünden karar düzeltme yolunun kapalı olmasının hak arama özgürlüğünü ihlâl etmediği sonucuna varmıştır.

Bireysel başvuru incelemesi sonucunda verilen kararlarda yazı, hesap veya diğer açık hataların bulunması, kararda birbirinden farklı fıkraların veya tereddütlerin olması durumunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılarak ilgili hatalar düzeltilmektedir. Bireysel başvuru hakkını kullanabilecek kişiler bakımından getirilen sınırlandırmaları, taraf sıfatı; başvuru hakkının temel haklarının ihlâl edilmesi sonucunda güncel, kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi şartını hukukî yarar çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Son olarak belirtmek gerekir ki, ilk derece mahkemesinin takdir ettiği konular, açık bir keyfilik olmadığı sürece, Anayasa Mahkemesi'nce inceleme konusu yapılmamaktadır.

KAYNAKÇA

Alangoya, Yavuz & Yıldırım, M. Kâmil & Deren Yıldırım, Nevhis (2011) *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, Sekizinci Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Algan, Bülent (2014) ‘Bireysel Başvurularda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması’, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 63, s. 247-284.

Altundiş, Mehmet (2008) ‘Hukukî Güvenlik İlkesi’, *Yasama Dergisi*, S: 10, s. 60-94.

Arslan, Ramazan (1977) *Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara, Turhan Kitabevi.

Aşçıoğlu, Çetin (2003) ‘Yargıda Gerekçe Sorunu’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 48, s. 109-116.

Aydın, Öykü Didem (2011) ‘Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru’, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XV, S: 4, s. 121-170.

Atasoy, Hakan (2012) ‘Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu’, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y: 3, S: 9, s. 71-98.

Bekri, M. Nedim (2014) ‘Gerekçeli Karar Hakkı’, *Ankara Barosu Dergisi*, S: 3, s. 203-228.

Bilge, Necip (1973) *Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara, Sevinç Matbaası.

Bilge, Necip & Önen, Ergun (1978) *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, Üçüncü Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.

Çınar, İbrahim (2015) ‘Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı İle Mahkemenin Kişi Bakımından Yargı Yetkisi Konusunda Verdiği Kararlar’, *Haşim Kılıç’a Armağan*, C: II, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 1295-1340.

Çınar, Sinan (2015) ‘Bireysel Başvuruda Haklı Mazeret ve Sonuçları’, *Haşim Kılıç’a Armağan*, C: II, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 1341-1374.

Deren-Yıldırım, Nevhis (2013) ‘Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi’, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 19, S: 2 (Özel Sayı), s. 483-488.

Deynekli, Adnan (2011) ‘Yargıtay’ın Anayasa Şikâyetine Bakışı’, *Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti” HUKAB Sempozyum Serisi I* (Editör: Musa Sağlam), Ankara, HUKAB Yayınları, s. 77-88.

Doğru, Osman (2013) ‘Bireysel Başvurunun Embriyon Çağı’, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül, s. 28-32.

Dönmez, Kazım Yücel (2010) 'İşe İade Davalarında Kararın Kesinleşmesi ve Tebliğ', Sicil İş Hukuku Dergisi, Y: 5, S: 18, s. 143-149.

Ekinci, Ahmet (2014) 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVIII, S: 3-4, s. 821-848.

Ekinci, Hüseyin (2013) 'Kabul Edilebilirlik Kriterleri', Bireysel Başvuru İnceleme Usûlü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi) (Editör: Musa Sağlam), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 109-155.

Ekinci, Hüseyin & Sağlam, Musa (2015) 66 Soruda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Dördüncü Baskı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları.

Er, Selami & Dursun, Halil İ. (2014) 'İşe İade Davalarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 115, s. 403-430.

Erdoğan, Tahsin (2015) 'Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 6, S: 20, s. 87-138.

Erdoğan, Ersin & Korkmaz, Cansu (2016) 'Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra İslah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu', Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y: 1, S: 2, s. 249-289.

Eren, Ceren Sedef (2014) 'İtiraz Yolunda Mahkeme Kavramı ve Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Yolunda Mahkeme Niteliği', Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S: 1, s. 123-145.

Erişir, Evrim (2007) Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları.

Ermenek, İbrahim (2013) 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar', Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, C: 9, S: 26, s. 3-55.

Gökcan, Hasan Tahsin (2015) 'Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kapsamında Makul Sürede Yargılanma Hakkı', Haşim Kılıç'a Armağan, C: I, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 819-868.

Göztepe, Ece (2011) 'Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 95, s. 13-40.

Gülener, Serdar (2013) 'Mukayeseli İnsan Hakları Hukukunda Temyiz Mercii Şikâyetlerinin İstisnaî Bir Alanı Olarak Keyfilik Kriteri', Bireysel Başvuru İncelemeleri I, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 201-234.

Hanağası, Emel (2009) Davada Menfaat, Ankara, Yetkin Yayınları.

Holzinger, Gerhart (2009) 'Die Verfassungsbeschwerde Und Der Individualantrag Im Österreichischen Verfassungsrecht', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 26, s. 81-99.

İyimaya, Ahmet (2016) 'Bireysel Başvuru İncelemede Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 116, s. 417-448.

Kale, Serdar (2010) Medenî Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Kar, Bektaş (2008) 'İşe İade (İş Güvencesi) Davasında Yargılama Hukuku Sorunları', Ankara Barosu Dergisi, Y: 66, S: 1, s. 87-113.

Kabaoğlu, İbrahim Özden (2007) Anayasa Yargısı, Dördüncü Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları.

Kanadoğlu, Korkut (2013) 'Bireysel Başvuruda Mahkeme Kararlarının Denetiminin Kapsamı', Güncel Hukuk Dergisi, S: 9, s. 20-23.

Kanadoğlu, Korkut (2015) Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Birinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Karaman, Ebru (2013) Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, Birinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Karayalçın, Yaşar (2006) 'Adli Yargıda Usûlî Müktesep Hak', Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 143-169.

Kaya, Köroğlu (2016) Cezai Konularda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İkinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Kılınç, Bahadır (2008) 'Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 25, s. 19-54.

Korkmaz, Ramazan (2014) 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Uyulması Gereken Süreler', Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, Özel Sayı), C: II, İzmir, s. 1951-1986.

Kunig, Philip (2015) 'Verfassungsgerichte Als Akteure Der Fortentwicklung Der Rechtsordnung-Erfahrungen Aus Deutschland', Haşım Kılıç'a Armağan, C: I, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 665-677.

Kuru, Baki (2001) Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Altıncı Baskı, C: I-V, İstanbul, Demir-Demir Yayınevi.

Kuru, Baki (2006) 'Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler', Makaleler, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, s. 117-139.

Kuru, Baki (2016) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, İstanbul, Legal Yayınevi.

Mellinghof, Rudolf (2009) 'Die Verfassungsbeschwerde in der Bundesrepublik Deutschland', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 26, s. 45-58.

Oder, Bertil Emrah (2013) 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda İlk Evre, Sınırlar, Sorunlar ve Yeni İçtihat', Güncel Hukuk Dergisi, Eylül, s. 14-19.

Önen, Ergun (1978) Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.

Özbek, Mustafa Serdar (2003) 'İş Mahkemelerinde Yürütülen Yargılamalarda Katılma Yoluyla Temyiz', Ünal Tekinalp'e Armağan, C: II, İstanbul, Beta Yayınları, s. 939-962.

Özbek, Mustafa Serdar (2013) Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Özbek, Mustafa Serdar & Korkmaz, Cansu (2016) 'İş Yargılamasında Maddî Hatanın Düzeltilmesi Adı Altında Karar Düzeltme Yolunun Uygulanması', Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Y: 3, S: 2, s. 125-197.

Özbe, Özcan (2013) Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı, İkinci Baskı, Ankara, Adalet Yayınları.

Özekes, Muhammet (2003) Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Özekes, Muhammet (2004) 'İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medenî Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi', Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 479-514).

Özekes, Muhammet (2005) 'Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları', Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 131-170.

Özekes, Muhammet (2007) 'Üst Derece Mahkemeleri Kararlarında Gerçekçe', Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay'ın Rolü Konferansı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, s. 72-99.

Özekes, Muhammet (2009) 'Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur', Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, İstanbul, Adalet Yayınevi, s. 381-396.

Pekcanitez, Hakan (1995) 'Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 12, s. 257-287.

Pekcanitez, Hakan & Atalay, Oğuz & Özkes, Muhammet (2013) Medenî Usûl Hukuku, Ondördüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Postacıoğlu, İlhan (1975) Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Altıncı Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.

Sabuncu, Yavuz & Esen Arnwine, Selin (2004) 'Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu', Anayasa Yargısı Dergisi, S: 21, s. 229-240.

Şirin, Tolga (2013) Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) Birinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Tanrıver, Süha (2005) 'Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine', Makalelerim I (1985-2005) Ankara, Asil Yayınları, s. 165-179.

Tutal, Erhan (2015) 'Bireysel Başvurunun İşlev ve Niteliği ile Başvuru Yollarının Tüketilmesi Zorunluluğu', Haşim Kılıç'a Armağan, C: II, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 1779-1830.

Ulukapı, Ömer & Çon, Ömer (2014) 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi', Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C: II, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1941-1972.

Umar, Bilge (2014) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Üstündağ, Saim (1997) Medenî Yargılama Hukuku, Altıncı Baskı, C: I-II, İstanbul, Alfa Yayınevi.

Yılmaz, Ejder (1988) 'Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 2, s. 131-155.

Yılmaz, Ejder (2006) 'İşe İade Davalarında Yargılama Usûlü İle İlgili Özellikler', Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 4, s. 20-31.

Yılmaz, Ejder (2013) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yılmaz, Ejder (2013) Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Dördüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

YABANCI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNDE FOR DEVLETİNİN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARININ TESPİTİ VE UYGULANMASI

Arş. Gör. Belkıs VURAL ÇELENK*

ÖZET

Günümüzde yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar giderek yaygınlaşmaktadır. Bu uyuşmazlıkların yaygınlaşması karşısında for devletinin söz konusu iş sözleşmelerine uygulanma iradesi taşıyan doğrudan uygulanan kurallarının tespit ve uygulanması önem arz etmektedir. Modern milletlerarası özel hukukta yetkili hukukun uygulanması kural iken, bu hukukun uygulanmasına müdahale eden mekanizmalar istisnai niteliktedir. Doğrudan uygulanan kurallar da yetkili hukuka müdahale ederler ancak bu müdahale de istisnaidir. İstisnai olma özelliği bu kuralların tespitinde dar yorumlanmaları gerekliliğini de beraberinde getirir. Kuralların düzenleme amacının değerlendirilmesi, hem onların doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olup olmadığını belirlerken, aynı zamanda uygulama alanının tespitinde de yol göstericidir.

Anahtar Kelimeler: For hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, yabancı unsurlu iş sözleşmesi, normun düzenleme amacı ve uygulama alanı, istisnai müdahale.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, bvural@ybu.edu.tr

APPLICATION AND ASCERTAINMENT OF OVERRIDING MANDATORY RULES OF LEX FORI IN INTERNATIONAL EMPLOYMENT CONTRACTS

ABSTRACT

Today, disputes arising from international employment contracts becomes common before the national courts. In this sense, ascertainment and application of overriding mandatory rules of lex fori are of importance. Application of proper law is the principle in modern private international law, the intervention of certain mechanisms is however exceptional. Overriding mandatory rules intervene proper law and this operation is exceptional as well. Therefore, those rules require to be interpreted in strict sense. Determination of aim of rules at hand helps both in ascertaining their overriding mandatory character and application scope.

Keywords: Overriding mandatory rules of lex fori, international employment contract, application scope and aim of the provision, exceptional operation.

GİRİŞ

Yabancı unsurlu hukuk ilişkilerinin her geçen gün arttığı günümüzde yabancı unsurlu iş ilişkileri ve bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar da artmıştır. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlık, temas ettiği yabancı hukuk düzenleri ile irtibatlı bir uyuşmazlıktır.¹ Hangi unsurların varlığı halinde bir iş sözleşmesinin yabancı unsurlu olacağı henüz mevzuatımızda yer almamaktadır². Günümüzde klasik anlayış olarak bilinen yer bakımından ya da şahıs bakımından ortaya çıkan yabancılık unsurunu içermeyen sözleşmelerden doğan borç ilişkileri dahi milletlerarası ticari, ekonomik ve sosyal menfaatler söz konusu ise yabancı unsurun varlığı kabul edilmektedir.³ Öğretide ise bir iş sözleşmesinin yabancı unsurlu⁴ olduğunun işçinin veya işverenin yabancı olması, iş yerinin idare merkezinin yabancı bir ülkede bulunması, işin mutad olarak yurt dışında yapılıyor olması ya da halin icabından yabancı ülke ile iş ilişkisinin sıkı irtibat varlığının anlaşıldığı hallerde kabul edilebileceği tartışılmıştır⁵. Bu ve benzeri durumlar gibi yabancı bir hukuk düzeni ile bağlantı var ise akdi ilişkiye, hukuk seçimi halinde bu hukukun, hukuk seçiminin yokluğu halinde bağlama kurlarları aracılığıyla tespit edilecek yabancı hukukun söz konusu iş sözleşmesine uygulanması gündeme gelir⁶.

- 1 Aygün, Mesut (2014), 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 16, s. 1025-1066, s. 1028.
- 2 MÖHUK'ta yabancılık unsurunun bir tanımı mevcut değildir. Ancak yabancılık unsurunun tespitinde 4886 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan tanımın kıyasen uygulanabileceği hususunda bkz. Erdoğan, Ersin & Erdoğan Canan (2016), "Türkiyeden Yurt Dışına Götürelen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi" İSGHD, Cilt: 13, Sayı: 50, s.954-988, s. 961. 4886 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan tanımın yalnızca ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarla sınırlı uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. Aygün, s. 1032.
- 3 Aygün, s. 1030.
- 4 Konunun özelliği gereği, yabancılık unsuru sadece iş sözleşmesi için ele alınmıştır.
- 5 Centel, Tankut (1984), 'Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları', Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı: 33, s. 215-237, s. 217; Erdoğan & Erdoğan, s. 961; Tarman, Zeynep-Derya (2010), Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, AÜHFD, Sayı: 59, Cilt: 3, s. 521-550, s. 526; Tekinalp, Gülören (2016), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 18.
- 6 MÖHUK madde 27(1) ve Roma 1 Tüzüğü madde 8(1) iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde ilk sırada hukuk seçiminin varlığını tanımıştır. MÖHUK madde 27(2) ve Roma I Tüzüğü madde 8(2), hukuk seçiminin yapılmadığı ya da geçerli olmadığı durumda objektif bağlama kriteri olarak işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku iş sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak belirtilmiştir. Roma I Tüzüğü madde 8(4)'te belirtildiği gibi, MÖHUK 27(4) de; iş sözleşmesinin 27. Maddenin (2). ve (3). fıkralarında gösterilen hukuktan daha sıkı ilişkili olduğu bir başka hukukun varlığı halin icabından anlaşılmakta ise bu daha sıkı ilişkili hukuk yetkili hukuk olarak kabul edilir.

Modern milletlerarası özel hukuk, akdi ilişkileri taraflarca seçilen hukuka tabi kılar. Böyle bir hukuk seçiminin olmaması halinde ise sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu yer hukukunun uygulanması kabul edilmektedir. Ancak Savigny, Kıta Avrupası'nda reformcusu olduğu modern milletlerarası özel hukuk kuralları ile yetkili hukukun tespitini ileri sürdüğünde yetkili hukukun uygulanmasına müdahale eden istisnai nitelikteki iki mekanizmanın varlığından bahsetmiştir⁷.

İhtilafçı metodun babası Savigny, yetkili hukuka müdahale eden mekanizmalardan ilkinin kamu düzeni olduğunu işaret eder. Bunun yanı sıra, 1840'larda yaptığı tespitinde bazı normların mutlak emredici vasıfları⁸ sayesinde yabancı hukuk uygulanırken özel olarak değerlendirilmeleri zorunluluğuna vurgu yapar. Savigny'nin bu tespiti özellikle Kıta Avrupası'nda doğrudan uygulanan kurallar doktrininin çıkış noktası olarak kabul edilir⁹.

For devletin iş ilişkilerine uygulanma iradesi taşıyan pek çok kuralı doğrudan uygulanan kural görüntüsüne sahiptir. Ancak irade muhtariyeti ve/veya hukuki ilişki temel alınarak özel bağlama kuralı ile tespit edilen hukukun uygulanması milletlerarası unsurlu sözleşmelerde temeldir¹⁰. Bunun yanı sıra doğrudan uygulanan kuralların uygulanması ise istisnai kabul edilir¹¹.

Savigny'nin öne sürdüğü doğrudan uygulanan kuralların istisnai işlevlerinden hareketle, bu çalışmada kamu düzeni müdahalesi ayrıntılı incelemeksizin, yalnızca, milletlerarası unsurlu bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka müdahale eden for hukukuna ait doğrudan uygulanan kurallar, Avrupa Birliği ve Türk Hukuku açısından değerlendirilecektir.

I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

1840'larda Savigny kanunlar ihtilafı kuralları uygulanırken bazı kuralların mutlak emredici vasıflarından dolayı özel olarak ele alınmaları vurgusunu yaptığında, bu kuralların hangi kurallar olduğunu açıkça belirtmemiştir.

7 Savigny, Friedrich, Carl von (1849), *System des Heutigen römischenrecht*, Cilt: VII, Berlin, Veit, § 349, s. 33.

8 Savigny'nin bu ifadesi literatürde Almanca *Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*, sıklıkla yer almaktadır. Bkz. Savigny, §349, s. 33.

9 Savigny, §349, s. 33.

10 Elçin, Doğa (2012), *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, Adalet, s. 165.

11 Elçin, s. 166.

1960'lara gelindiğinde Francescakis, Fransız Mahkemelerinin kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuku uygulamak yerine Fransız hukukuna ait bazı emredici kuralları uyguladığını tespit etti. Bu kurallar *lois de police* kuralları olarak Fransa'da zaten biliniyordu. Ancak bu kuralların tabiatlarında sahip oldukları emredicilik gereği ihtilafçı metodu bertaraf ettiğini gören Francescakis, bu kurallara *lois d'application immédiate* adlandırmasını yaptı¹².

Esasen Francescakis'ten önce *lois de police* olarak bilinen bu normlarda, polis norm kavramı, normun maddi tabiatını anlatmakta idi¹³. Ancak Francescakis bu normların operasyonel özelliği olan doğrudan uygulanma özelliğinin altını çizmiştir¹⁴.

Francescakis'e göre bu kurallar, devletin organizasyonel yapısına ilişkindir. Devletin sosyal ekonomik ve politik menfaatlerinin bütünü oluşturduğu organizasyonel yapının hizmetinde olan bir takım emredici kurallar hukuki ilişkilere uygulanan yetkili hukuk ne olursa olsun, doğrudan uygulanma iradesi taşırlar. Ancak bu kuralların kesin hatlarla çizilmiş bir tanıma giremeyeceği de kabul edilmektedir¹⁵.

Hiç şüphesiz bu tür kurallarla bütün hukuk sistemlerinde karşılaşılacaktır¹⁶. Bu kuralların devletin organizasyonu ile ilgisi ve koruduğu menfaatler sebebiyle hukuk düzenlerindeki anlamı ve amacı diğer kurallardan farklıdır ve özellikle hakimın hukukunda yer alan bu tür kuralların milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine müdahalesi de bu bağlamda farklılık arz eder.

II. FOR DEVLETİNİN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARI

Francescakis'in doğrudan uygulanan kurallar doktrinini incelerken ortaya koyduğu devlet organizasyonu kıstası mahkemelerce ve milletlerarası hu-

12 Francescakis, Phocion (1966), Quelques precisions sur les «*lois d'application immédiate*» et leurs rapport avec les règles de coflicts de lois, Revue Critique de Droit International Privé, s.1-18, s. 4.

13 Guedj, G.Thomas (1991), 'The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law-A Comparative Analysis with Modern American Theories', The American Journal of Comparative Law, Cilt: 39, Sayı: 4, s. 661-697, s.664. Türk Hukukunda da bu normların ilk ortaya çıkışı emniyet ve asayiş kuralları şeklindedir. Mehz Fransız Medeni Kanunu 3. Maddesinde yer alan lois de police et suret kavramı, 1914 tarihli Muvakkat Kanununda da yerini almıştır. Bkz. Özdemir-Kocasakal, Hatice, (2001), Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 3.

14 Guedj, s. 664. Türk Hukukunda ilk görünümü emniyet ve asayiş kuralları şeklinde olan bu kurallar, Francescakis'in yaptığı tespit ve yeniden isimlendirmeden de etkilenecek doğrudan uygulanan kurallar adlandırılmasını almıştır.

15 Bkz. Tekinalp, s.47.

16 Tekinalp, s.47.

kuk doktrinince geniş kabul görmüştür. Ancak for devleti hukukunda hangi kuralların devlet organizasyonu kıstasını karşıladığı ve doğrudan uygulanan kural olarak uygulama alanı bulacağı vasıflandırma ihtilafı çıkarabilir. Devlet organizasyonu için önemli olan bu kurallar politik kurallardır ve düzenlendikleri ülke menfaatleri hizmet ederler. Bu durumda bir kuralın for devletinin doğrudan uygulanan kuralı olarak hakimce uygulanması, hakimin *lex fori* vasıflandırma yapmasını öngörmektedir. Bu noktada, hakimin hukukuna göre yapılan vasıflandırma ile doğrudan uygulanan kuralların vasıflandırmasının onların ait oldukları hukuk düzenine göre yapılması, for devletinin doğrudan uygulanan kuralları açısından pratik anlamda aynı sonucu doğurduğuna dikkat edilmelidir. For devleti dışında ise örneğin *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları söz konusu olduğunda, *lex fori* vasıflandırma yerine yine, doğrudan uygulanan kuralın ait olduğu hukuk düzenine göre vasıflandırma yoluna gidilmelidir¹⁷. Bu kuralların amaçlarının devletin sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerine ilişkin koruyucu kurallar olmaları, bu kuralların ait oldukları hukuk düzeninin kuralları içerisinde vasıflandırılmalarını kuşkusuz zorunlu kılmaktadır.

A. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Avrupa Birliği'nde, akdi ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara hakimin kendi hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını uygulayacağına ilişkin olarak Roma I Tüzüğü'nde açık bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme tüzük öncesi dönem yürürlükte olan Roma Konvansiyonunda hakimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanacağını emreden madde 7(2)¹⁸ ile aynı doğrultudadır. Roma I Tüzüğü madde 9(2)'ye göre, objektif ya da sübjektif bağlanmayla tespit edilen yetkili hukukun uygulanması, hakimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını engellememektedir.

Örneğin Roma I Tüzüğü'nün 9. maddesinde ortaya konulan doğrudan uygulanan kurallar tanımının, Francescakis'in devlet organizasyonu kıstası-

17 Aynı yönde bkz. Schramm, Dorothee (2004), *Auslaendische Eingriffsnormen im Deliktsrecht: Ein Beitrag zu Art. 19 IPRG und Art. 12 Abs. 1 des Entwurfes einer Rom II Verordnung*, Bern, Staempfli, s. 22.

18 Roma Konvansiyonu 7(2). maddesi şu şekildedir: “*Konvansiyondaki hiç bir kural mahkemenin hukukunda yer alan ve sözleşmeye uygulanacak hukuka rağmen doğrudan uygulanan kural niteliğinde bulunan kuralların uygulanmasını sınırlayamaz.*” Çeviri için bkz. Ekşi, Nuray (1997-98), ‘Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon’, MHB, Yıl: 17-18, s. 163-181, s.169.

nı kullandığı açıktır¹⁹. Bu düzenlemeye esas temel teşkil eden Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Arblade* kararının Roma Tüzüğü üzerindeki etkisinden burada bahsedilmelidir²⁰. Kararda, devletlerin ekonomik, sosyal ve politik organizasyonlarının korunması için oldukça önemli kuralların ülkedeki herkese ve ülkede lokalize olmuş tüm hukuki ilişkilere uygulanacak kurallar olduğunun Divan tarafından belirtilmesi, bu kuralların Roma I Tüzüğü'nün tanımında kullanılan kriterlerin mahkemenin teyit ettiği kriterler olduğunu göstermektedir²¹.

Avrupa Birliği Hukuku ve üye devletlerin kendi milli hukukları birlikte hakimın hukukunu oluşturduğundan Avrupa Birliği Hukukunun birincil ve ikincil nitelikli kaynakları Roma I Tüzüğü madde 9(1)'de verilen tanıma göre ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu durumda, Avrupa Birliği'nin birincil mevzuatında düzenlenen işçilerin serbest dolaşımında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından uyrukluk esasına dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklayan hükümler Avrupa Birliği Hukuku'na ait bir doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmelidir. Roma I Tüzüğü madde 9(1)'de var olan tanımın kıstaslarına tâbi olmaksızın, hakimın hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olarak iş sözleşmesine müdahale edebilecektir.

Avrupa Birliği hukukunun ikincil mevzuatını oluşturan tüzük ve yönetmelikler açısından ise durum iki hukuk kaynağının birbirinden farklı özelliği nedeniyle önem arz etmektedir. Avrupa Birliği'nde üye devlet mahkemeleri önünde tüzüklerin sahip olduğu doğrudan uygulanma²² özelliği nedeniyle, birincil mevzuatta bahsettiğimiz gibi, tüzüklerde yer alan doğrudan uygulanan kurallar, Roma I Tüzüğü madde 9(1)'deki tanımın ortaya koyduğu kıstaslara uygunluk testine tabi tutulmadan tüzüğün 9(2). maddesi kapsamında uygulanma fırsatı bulur²³.

19 Özdemir & Kocasakal, Hatice (2010), 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları', MHB, Cilt: 30, Sayı:1-2, s. 27-88, s. 80.

20 Ayrıca bkz. Özdemir & Kocasakal, (2010), s. 80.

21 *Arblade* kararı için bkz. 23.11. 1999, C-369/96 ve C-376/96, para.30.

22 Avrupa Birliği Hukuku terminolojisindeki doğrudan uygulanma kavramı, devletler özel hukuku terminolojisindeki doğrudan uygulanan kurallar kavramı ile karıştırılmamalıdır. Burada tüzüklerin doğrudan uygulanması AB üye devlet hukuklarında o hukuka özgü herhangi bir yasal düzenlemeye çevrilmesine gerek olmaksızın uygulanmasıdır.

23 Örneğin Avrupa Birliği'nin 267/2012 sayılı 23.03.2012 tarihli İran'a Yönelik Kısıtlayıcı Tedbirlere İlişkin Konsey Tüzüğü, birliğin politik menfaatleri için önemli hükümler içermektedir. Bu çeşit amborga normlarının üye devlet mahkemeleri önünde doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacağı hakkında bkz. Mankowski, Peter (2016), 'Drittstaatliche Embargonormen, Aussenpolitik im IPR, Berücksichtigung von Fakten staat Normen: Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO im praktischen Fall, zur Cour d'appel de Paris, 25.02.2015-12/23757, IPRax, Cilt:3, s. 485-493, s. 488 vd.

Bu noktada, Francescakis'in devlet organizasyonu kıstası uluslar-üstü organizasyon kıstasına genişletilmesinden hareket edilmelidir. Dolayısıyla, bir uluslar-üstü organizasyonun örneğin politik, sosyal ve ekonomik menfaatleri için önemli kuralları milletlerarası unsurlu hukukî ilişkilere müdahale edecek doğrudan uygulanan kurallar olduğu kabul edilmelidir²⁴.

Avrupa Birliği'nin ikincil mevzuatında yer alan yönergeler açısından ise yapılan açıklamalar ile bağlı kalınmamalıdır. Avrupa Birliği Hukuku'nda yönergeler, dolaylı uygulanma özelliğine sahiptir. Bu nedenle, yönergelerin üye devletlerin iç hukukuna aktarılması ve böylece iç hukuk düzenlerinde de vücut bulması zorunludur. Üye devletlerin milli hukuklarına ait düzenlemelerde yer alacak yönerge hükümlerinin doğrudan uygulanan kural karakterinde olup olmadığı, birincil mevzuat ve tüzüklerin içerdiği doğrudan uygulanan kurallardan farklı olarak Roma I Tüzüğü madde 9(1)'deki kıstaslara tabi tutularak belirlenecektir²⁵.

Bu noktada, Avrupa Birliği'nde üye devletlerin hukuk sistemlerinde for devletine ait doğrudan uygulanan kurallar denildiğinde yalnızca üye devletin milli hukuk kuralları değil aynı zamanda Avrupa Birliği düzenlemelerinin de içerdiği doğrudan uygulanan kurallar kast edildiği sonucuna varılmalıdır.

B. TÜRK HUKUKU

Türk hukukunda ilk kez hakimın hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, emniyet ve asayiş kuralları adı altında Muvakkat Kanununun 2. maddesine göre uygulama alanı bulmuştur²⁶. Muvakkat Kanun madde 2'de doğrudan uygulanan kurallar kavramının Türk hukukunda ilk görünümü olan emniyet ve asayiş kurallarının Türkiye'de bulunan yabancılar dâhil herkese uygulanacağı düzenlenmiştir²⁷. 2675 sayılı kanun dönemine kadar yürürlükte olan Muvakkat Kanun'un 2. maddesi ile Türk hukukunda hakimın hukukunun doğrudan uygulanan kuralları esasen kanuni bir temele dayanmakta idi²⁸. Ne var ki 5718

24 Bu kuralların doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesinin pratik sonucu Türk hukukunda MÖHUK m. 31'de öngörülen üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarında görülebilir. Örneğin Türk hakimının önündeki bir uyuşmazlıkta sözleşmeyle ilgisi nedeniyle ilgili AB Tüzüğü'nün maddeleri dikkate alınarak uyuşmazlığın çözümü gündeme gelebilir. MÖHUK madde 31 ve uygulanması hakkında bkz. Hatice Özdemir-Kocasakal, (2010), s. 77 vd.

25 Bu konuda ABAD'ın UNAMAR kararı için bkz. 17 Ekim 2013, C-184/12, para. 48-52.

26 Özdemir & Kocasakal, (2001), s. 1-2.

27 Özdemir & Kocasakal, (2001), s. 1-2.

28 Bayata - Canyaş, Aslı (2009), '5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları', Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt: 3, Ankara, s. 141-166, s. 142.

sayılı MÖHUK öncesi dönemde hakimın hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin olarak açık bir düzenleme mevcut değildi²⁹. Ancak, MÖHUK madde 6 ile hakimın hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması hususu yeniden açıkça düzenlenerek kanuni temele dayanmıştır.

Günümüzde 5718 sayılı MÖHUK ile hakimın hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygun düştükleri somut olaylara uygulanacağı konusunda tereddütte bulunulmamalıdır. 5718 sayılı MÖHUK madde 6'ya göre hukuk seçiminin varlığında ya da yetkili yabancı hukukun objektif bağlama sayesinde MÖHUK'a göre tespit edilen yabancı hukuk uygulanırken Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hakiminin önündeki uyuşmazlığa müdahale etmek istiyorsa hakim bu kuralları uygulayacaktır.

Günümüzde milletlerarası hukuk doktrininde, yetkili hukukun bir bütün olarak hakimce uygulanması kabul gördüğü hatırlatılmalıdır. Yabancı hukukun uygulanmasının sınırlarından olan kamu düzeni müdahalesinin ortaya çıkması hüküm statüsü içerisinde uygulanma iradesi taşıyan bazı normların uygulanmasına engel olabilir. Bu durumda, hüküm statüsünün doğrudan uygulanan kurallarının hakimce resen uygulanacak olmasında hakimın hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı olmaması şartının gerçekleşmesi ile mümkündür. Dolayısıyla *lex causae*'ye ait somut uyuşmazlığa uygulanma iradesi taşıyan doğrudan uygulanan kurallar kamu düzeni testine tabi tutularak hüküm statüsünde resen uygulanabilecektir³⁰.

III. FOR DEVLETİNİN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARININ MİLLETLERARASI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNE MÜDAHALESİ

Doğrudan uygulanan kuralların devlet organizasyonuna ilişkin kurallar olduğundan bahsetmiştik. Sözleşmenin zayıf tarafı olması nedeniyle korunan menfaat gruplarından biri de bireysel iş sözleşmesinde işçilerin kendisidir. İşçiyi korumayı amaçlayan her emredici kural doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilir mi tartışmalıdır³¹. Burada işçi lehine olan emredici kurallar ile iş ilişkisine uygulanmak isteyen müdahaleci kurallar arasında bir ayrıma gidilmelidir.

29 Dardağan-Kibar, Esra (2013), Kanunlar İhtilafı Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakış, Ankara, Siyasal Kitabevi, p. 114.

30 Özdemir & Kocasakal, (2001), s. 53. Hakimın hukukunun kamu düzeni müdahalesi yabancı hukukun uygulanmasının sınırını oluşturur.

31 Erdoğan & Erdoğan, s. 968 vd.

Öteyandan bir kural devletin sosyal, ekonomik ya da politik menfaatlerini korumayı doğrudan amaçlamadan yalnızca işçinin korunmasında olduğu gibi akdi ilişkinin zayıf tarafını korumayı amaçladığında, söz konusu kuralın doğrudan uygulanan kural olarak her durumda uygulanması kabul edilemez. Francescakis'in hangi kuralların ihtilafçı metodu bertaraf edebileceğine yönelik tutumu burada açıktır ve devlet organizasyonu kıstası ile Francescakis bu kuralların bireyler üstü bir mekanizmaya hizmet ettiğini ortaya koymuştur³². İş hukuku alanında ülkedeki iş hayatının ve işçilerin menfaatlerinin korunması, aynı zamanda devlet çıkarlarının korunmasıdır³³. Devletin çıkarı kendi ülkesinde lokalize olan iş ilişkilerini düzenlemesindedir. Örneğin asgari ücrete ilişkin kural bu ücretin geçerli olduğu ülke sınırları içerisinde lokalize olan iş ilişkilerine müdahale özelliği taşır³⁴. Bu kuralın iş ilişkisinde zayıf tarafın korunmasına hizmet ettiği açıktır ancak bu kuralın nihai amacı, emeğin sömürülmesine engel olarak, yürürlükte olduğu ülkedeki iş hayatının ve barışının korunmasıdır.

Emredici bir kural işçinin korunmasına hizmet ederken, müdahaleci karakteri haiz bir kural hem işçiyi koruyup aynı zamanda bir devletin ya da bir devletler topluluğunun, Avrupa Birliği örneğinde olduğu gibi, sosyal politikalarını ve iş hukuku alanındaki kamusal menfaatlerin korunmasını garantileyebilir³⁵. Burada, özellikle devlet organizasyonu kıstasının for devletinin yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde nasıl değerlendirileceği Avrupa Birliği ve Türk Hukuku açısından incelenecektir.

A. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde for devletinin doğrudan uygulanan kurallarının tespiti ve uygulaması Avrupa Birliği Hukuku'nda birlik menfaati ve üye devlet menfaatleri açısından özellik arz etmektedir. Örneğin, Avrupa Birliği üye üye ülkesi bir for devletinin milli hukukunda yer alan iş hukuku düzenlemelerinin pek çoğunu doğrudan uygulanan kural olarak uygulaması ABAD tarafından kurucu anlaşmanın ihlali olarak nitelendirilmektedir.

32 Konu ile ilgili bkz. Özdemir-Kocasakal, (2001), s.107 vd.; Uşan, Fatih & Aygül, Musa, (2007), 'İş Güvencesinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan Dikkate Alınabilir mi?', Legal YKİ Dergisi, s.75-93, s.88-89.

33 Uşan & Aygül, s. 90.

34 Uşan & Aygül, s. 90.

35 Elçin, s.167.

ABAD'ın konu ile ilgili yaklaşımını açıkça ortaya koyduğu *Commission vs. Luxembourg* davası³⁶, Avrupa Birliği Hukuku'nda for devletinin doğrudan uygulanan kurallarının tespiti ve uygulaması açısından değerli bir örnek olduğu için bahsedilmelidir.

Lüksemburg'un milli iş hukuku mevzuatının pek çok kuralını doğrudan uygulanan kural olarak üye devletlerden gelen işçilerin iş ilişkilerine uygulaması, söz konusu davanın Avrupa Birliği Komisyonu tarafından Lüksemburg aleyhine açılmasının sebebini oluşturur. Avrupa Birliği Komisyonu, Lüksemburg'un milli iş hukuku mevzuatının pek çok kuralını doğrudan uygulanan kural olarak üye devletlerden birinden başka bir üye devlete geçici olarak gönderilen işçilerin taraf olduğu iş ilişkilerine uygulamasını Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı bulmuştur. Dolayısıyla Komisyon, kurucu anlaşma ile üye devletlere yüklenen hizmetin serbest dolaşımını engellememe yükümlülüğünü (ABİDA m.56) ve 96/71/EC sayılı Direktif'in 3(1). maddesini³⁷ ihlal ettiği gerekçesiyle ABAD önünde Lüksemburg'u dava etmiştir³⁸.

Lüksemburg ise iş hukuku mevzuatındaki söz konusu kuralların 96/71/EC sayılı Direktif'in 3(10). maddesine³⁹ dayanarak uygulanabilirlik kazandığını iddia etmiştir. Bu durumda Lüksemburg'a göre, 96/71/EC sayılı Direktif'in 3(10). maddesi ile Roma I Tüzüğü 9(2). maddesi birbirlerini tamamlayan hükümlerdir.

36 *Commission v Luxembourg*, 19 Temmuz 2008, C-319/06, para. 8 vd.

37 "Üye devletler istihdam ilişkisine hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, 1. madde 1. fıkrada atıfta bulunulan işletmelerin, görevlendirilmiş işçiye, işin yapılacağı üye ülkede aşğıdaki konuları kapsayacak çalışma koşulları garanti etmelerini sağlayacaktır. Bunlar: [...] a) Maksimum çalışma süreleri ve minimum dinlenme süreleri; b) Minimum yıllık ücretli izinler; c) Fazla mesai de içeren minimum ödeme oranları; bu nokta tamamlayıcı mesleki emeklilik düzenlemelerine uygulanmaz; d) İşçilerin kiralanmasının şartları, özellikle geçici istihdam işletmelerinin işçi sağlaması; e) İşyerinde sağlık, güvenlik ve temizlik; f) Gebe, loğusa ve emzikli kadınlar ile çocuklar ve genç insanların çalışma koşullarını göz önüne alarak koruyucu tedbirler; g) Kadın ve erkek arasında eşit muamele ve diğer ayrımcılık yapmama hükümleri." İlgili Yönergenin Çevirisine bkz. Çalışma Mevzuatı ile ilgili Avrupa Birliği Direktifleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 2014, Ankara, s. 143 vd., s.145, Ayrıca bkz. Tekinalp, Gülören (2002), 'Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Aktine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK', MHB, Yıl: 22, s. 839-855, s. 843.

38 *Commission v Luxembourg*, para. 15 vd.

39 "Bu Direktif, Antlaşma ile uyumlu olarak eşit muamele temelinde, ulusal işletmelere ve diğer devletlerin işletmelerine üye devletler tarafından uygulanmasını engellemeyecektir ve: kamu politikası hükümleri çerçevesinde, 1. fıkrada 1.alt fıkrasında atıfta bulunulan konulardan başka konularda çalışma koşullarını engellemeyecektir." Çalışma Mevzuatı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, s.146.

ABAD ise yargılamasında bu söz konusu iki normun birbirlerini tamamlayan niteliklerini kabul eder. Ancak bu maddelerin uygulama fırsatı tanıdığı normların *Arblade* kararında belirtilen devletlerin belirli menfaatleri için olmazsa olmaz karakterdeki normlar olmaları gerektiğini ve ortak pazarın temelini oluşturan hizmet sağlama özgürlüğüne bir sınırlama getirdiği yerde mümkün olduğunca dar ve istisnai yorumlanması gereken hükümler olduğunun altını çizmiştir. ABAD'a göre, 96/71/EC sayılı Direktif'in 3(1). maddesinde üye devletten gelen işçilere uygulanacak doğrudan uygulanan kurallar sınırlı şekilde sayılmıştır. Üye devletler, gerçek ve yeterli bir tehlikenin kamusal menfaatleri için söz konusu olmadığı durumlarda 96/71/EC sayılı Direktif'in 3(1). maddesindeki listenin dışına çıkıp, tek taraflı iş hukuku mevzuatını doğrudan uygulanan kurallar adı altında birliğin temel prensiplerine sınırlama getirecek şekilde uygulayamayacağını belirtmiştir⁴⁰.

Nihayet, *Commission v. Luxembourg* davası Avrupa Birliği ortak pazarının bu alandaki menfaatlerinin üye devletlerin kendi milli menfaatlerinin üzerinde olduğunun teyit edildiği bir dava niteliğindedir⁴¹.

Avrupa Birliği hukukunda milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak doğrudan uygulanan kuralların istisnai niteliklerini özellikle hizmetin ortak pazarda serbest dolaşımı ile ilişkisini ABAD bu karar vesilesiyle vurgulamıştır. Ne var ki, Avrupa Birliği Hukuku'nda, Rome I Tüzüğü madde 9(2)'nin uygulanması, üye devletlerin kendi aralarında işçi gönderilmesi ile sınırlı kalacak şekilde istisnai değildir.

Buna göre, sınırlı da olsa hukuk seçimine izin verilen iş ilişkilerinde tarafların iradelerine öncelik verilmelidir. Hukuk seçimi olmadığı durumlarda ise Roma I Tüzüğü madde 8 ile uygulama alanı bulan yetkili hukukun sınırlandırılmadan uygulanmasına fırsat verilmeli ve madde 9(2)'nin uygulanmasına fırsat verdiği kuralların dar yorumlanarak istisnai müdahalede bulunmalarına dikkat edilmelidir.

B. TÜRK HUKUKU

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine for hukukuna ait hangi doğrudan uygulanan kuralların uygulanacağını tespitinde bu kuralların yetkili hukuka müdahale etmelerinin istisnai niteliği dikkate alınarak dar yorumlanması gerekir.

40 *Commission v Luxembourg*, para. 49-50.

41 Dava incelemesi için ayrıca bkz. Barnard, Catherine (2009), 'The UK and Posted Workers: The Effect of *Commission v Luxembourg* on the Territorial Application of British Labor Law', *Industrial Law Journal*, Cilt: 38, Sayı: 1, s.122-132., s.128-129.

Avrupa Birliği mevzuatında Roma I Tüzüğü madde 9(1)'de doğrudan uygulanan kuralların tanımında bu kuralların tespitinde devlet organizasyonu için önemli olma kıstasının kabul edildiği yukarıda bahsedilmiştir. Türk haki-mi de öncelikle doğrudan uygulanan kural olarak uygulamak istediği normu Avrupa Birliği mevzuatında da yerini almış devlet organizasyonu kıstası tes-tine tabi tutmalıdır. Bu kıstas uygulanırken somut uyuşmazlığa uygulanma iradesi taşıyan kuralın devletin sosyal, ekonomik ve politik menfaatleri açı-sından önemli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu tespitin ardından MÖ-HUK madde 6'da açıkça düzenlenmesinden hareketle, hakim önündeki somut olayın bu doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanına girip girmediğini normun amacını dikkate alarak belirlemelidir⁴².

Burada tekrar vurgulanması gereken ilk husus doğrudan uygulanan ku-ralların yetkili hukuk karşısındaki istisnai niteliğinden hareketle işçiyi koru-yan her normun doğrudan uygulanan kural olarak milletlerarası iş sözleşme-sine müdahale etmemesi yönündedir.

İş hukuku bakımından doğrudan uygulanan hükümlerden anlaşılması gereken kamu menfaatine dayanan ve çalışma sağlığı ve işçinin korunmasına yönelik sosyal düşüncelerle düzenlenmiş bütün kamu ve özel hukuk hükümler olarak belirtilmiştir⁴³. Bu kuralların amacı ülkedeki iş hayatının, işçilerin men-faatlerinin ve devlet çıkarlarının korunmasıdır⁴⁴.

Bu açıklamalar dikkate alınarak Yargıtay'ın 1992 yılında verdiği bir kararında görülen kıdem tazminatının kamu düzeninden olduğu yaklaşımı incelenmelidir⁴⁵. Kararın konusunu bir Türk vatandaşı işçiye ödenecek kıdem tazminatının hangi hukuka göre tespit edileceği oluşturmaktadır. Somut olay-da davacı Türk şirket, davalı Türk vatandaşı işçiye, Libya'daki iş yerinde ifa edilen işi konu alan iş sözleşmesi sona erdiğinde Türk mevzuatında öngörü-len kıdem tazminatı miktarını ödemiştir ancak davacı şirket Türk mevzuatına göre hesaplayarak ödediği kıdem tazminatını esasen işin yürütüldüğü yer olan

42 Çelikel, Aysel & Erdem Bahadır (2016), Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Baskı, İstanbul, Beta, s. 153 vd.; Doğan, Vahit (2016), Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Ankara, Savaş, s. 239 vd.; Nomer, Ergin (2015), Devletler Hususi Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta, s. 61 vd.; Şanlı, Cemal & Esen, Emre & Ataman-Figanmeşe, İnci (2015), Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 288 vd.

43 Doğan, Vahit (1996), İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara, Yetkin, s. 115.

44 Uşan & Aygül s. 90.

45 Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 6.7.1992 tarihli Esas: 1992/1621, Karar: 1992/7890 numaralı kararı. Karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi (1993), Sayı: 19, s. 208-209.

Libya mevzuatına göre hesaplaması ve daha az miktar ödemesi gerektiğine dayanarak aradaki farkın geri ödenmesini talep etmiştir.⁴⁶

Modern devletler özel hukuku ilkelerinden uzaklaşan yaklaşımıyla Yarıtay, kıdem tazminatının hangi hukuka göre tespit edileceğine ilişkin yaptığı değerlendirmede kıdem tazminatını Türk iş hukukunda kamu düzeninden kabul ederek, for hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının işlevini, bu kurallardan açıkça bahsetmeden, kıdem tazminatı kurallarına yüklemiştir.

Kıdem tazminatı, hizmet sözleşmesi belirli hallerde sonra eren işçiye ya da mirasçılara aynı veya duruma göre farklı işverenler nezdindeki hizmet süreleri dikkate alınarak ödenmesi gereken bir miktar para olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Bu durumda, kıdem tazminatının Türk hukukunda doğrudan uygulanan kural⁴⁸ olarak uygulama alanı bulması devlet organizasyonu kıstasını karşılmasına diğer bir ifadesiyle devletin sosyal, ekonomik ve politik yapısı için önemli olmasına bağlıdır. Ne var ki kanaatimiz, kıdem tazminatı hükümlerinin yalnızca işçiyi koruyucu hükümler olarak ele alınması gerektiği, bu hükümlerin devletin ekonomik, sosyal ve politik çıkarlarının korunması için olmazsa olmaz kurallar niteliğinde olmadığı yönündedir⁴⁹. Bu durumda, kıdem tazminatı hükümlerinin kamu düzenine hizmet eden kurallar olduğu yönünde yapılan değerlendirme, doğrudan uygulanan kural vasfının yetkili hukuka istisnai müdahalesi dikkate alınıp dar yorumlanarak tespit edilmesi gerekliliğine ters düşmektedir.

Türk hukukunda Türk hakiminin yabancı hukukun yetkili olduğu bir iş sözleşmesine uygulayacağı doğrudan uygulanan kuralın devlet organizasyonu kıstası sağlaması şart iken, söz konusu kuralın esasen somut olayda işçi lehine olması ya da olmaması önem arz etmemelidir⁵⁰.

İşçiyi koruyan her normun doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmaması gerekir. Ancak işçiyi korurken aynı zamanda devlet menfaatlerine hizmet eden çeşitli normların, doğrudan uygulanan kural olarak yabancı unsurlu bir iş sözleşmesine uygulanmasının bir başka şartının somut uyuşmazlığın bu kuralın uygulama alanı olduğu hatırlatılmalıdır. MÖHUK madde 6'dan

46 Kararın değerlendirmesi için bkz. Özdemir & Kocasakal, (2001), s. 111.

47 Akyiğit, Ercan (2010), Kıdem Tazminatı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.27.

48 Kıdem tazminatının değerlendirilmesi için bkz. Özdemir-Kocasakal, (2001), s.111; Doğan, (1996), s. 133; Bayata-Canyaş, Aşlı (2012), AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara, Adalet, s. 265

49 Aynı yönde değerlendirme için bkz. Erdoğan & Erdoğan, s. 970.

50 Doğan, (1996), s. 120.

hareketle, hakimın elindeki norm ile somut hukuki ilişki arasında gerçek bir bağlantı araması gerekmektedir. Burada gerçek bağlantının varlığı doğrudan uygulanan kuralın amacının değerlendirilmesi ile ulaşılabacaktır.

Özellikle for devletinin önemli ekonomik ve sosyal politikalarına hizmet eden hükümler örneğin yabancıların çalışma izinlerine ilişkin ya da ücret eşitliğini düzenleyen hükümler⁵¹, asgari ücret, hamile çalışanları ve çocukları koruyan hükümler, iş sağlığı ve güvenliği hükümleri Türk hukukunda yabancı unsurlu iş sözleşmelerine doğrudan uygulanabilir.⁵² Bu kuralların uygulanması MÖHUK madde 6'da öngörülen yetkili hukuk uygulanırken düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından somut uyuşmazlığa uygun düşmelerine bağlıdır. MÖHUK madde 6'nın lafzından da anlaşılacağı gibi, mevzuatımızda doğrudan uygulanan kural olarak Türk hakimince vasıflandırılabilir her norm Türk mahkemeleri önüne getirilen yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulamayabilir. Burada Türk hakimi söz konusu düzenlemenin doğrudan uygulanan kural olduğu yönündeki tespitin ardından kuralın düzenleme amacının ve uygulama alanının somut uyuşmazlığa uygun düşüp düşmediğini değerlendirmelidir. Örneğin, bu doğrultuda, iş sağlığı ve güvenliği kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacağı yabancı unsurlu bir iş ilişkisi, Türkiye Cumhuriyeti topraklarında lokalize olmuş bir iş ilişkisi olmalıdır aksi halde, Türk iş piyasasının organizasyonunu ve iş hayatını düzenleyen kuralların yurt dışında lokalize olmuş bir iş ilişkisine uygulanmasında isabet yoktur.

Yargıtay'ın da kararlarında, iş sağlığı ve güvenliği kurallarının kamu düzeni düşüncesi⁵³ ile oluşturulmuş kurallar olduğunu vurguladığı bu tür kurallar⁵⁴ doğrudan uygulanan kuralların tespitinde kullanılan devlet organizasyonu kıstasını sağladıkları kabul edilmelidir. Ne var ki, iş sağlığı güvenliği kurallarının amacının Türkiye Cumhuriyeti sınırlarında ifa edilen işlerde ve işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak olduğu açıktır.

51 Doğan, (1996), s. 120.

52 Aynı yönde bkz. Özdemir & Kocasakal, (2001), s. 129.

53 İş hukukunda kamu düzeni düşüncesi ve doğrudan uygulanan kurallar ilişkisine yönelik ayrıntılı inceleme için bkz. Erdoğan & Erdoğan, s. 977 vd.

54 *Kamu düzeni düşüncesi ile oluşturulan işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuat hükümleri; iş yerleri ve eklerinde bulunması gereken sağlık şartlarını, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olarak alınacak tedbirleri, aynı şekilde iş yerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir.* Bkz. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 18.02.2014 tarihli Esas: 2013/11147, Karar: 2014/3047 numaralı ve 06.05.2014 tarihli Esas: 2013/16347, Karar: 2014/9925 numaralı kararları. Kararlar için, Narter, Sami (2014), İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezaî ve Hukukî Sorumluluk, Ankara, s. 39-42.

Acaba bir Türk işverenin Azerbaycan'da kurduğu şantiyesinde ortaya çıkan iş kazasında işverenin sorumluluğunun tespitinde, Türk hakimi MÖHUK madde 6 nedeniyle, Türk mevzuatında yer alan doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilecek iş sağlığı ve güvenliği normlarını uygulayabilecek midir? Bu kurallar devlet organizasyonu kıstasını karşılayan normlardır. Ancak, bu kuralların uygulama alanının tespiti ile işverenin sorumluluğuna dayanak olup olamayacakları tespit edilebilir. Ne var ki, iş sağlığı ve güvenliği normlarının uygulama alanı Türkiye sınırlarının ötesine geçmeyecektir. Buna göre, MÖHUK madde 6, bu kuralların ilk bakışta bu sözleşmeye uygulanacağını emretmekte gibi görünse de, uygulama alanı şartı sağlanmadığından Türk hakimi bu kuralları uygulayamayacaktır.

Ayrıca, doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanının tespiti, forum doğrudan uygulanan kurallarının yanında yetkili hukukun kapsamında olan doğrudan uygulanan kuralların da değerlendirilmesi için önemlidir. Örneğin Azerbaycan'da ifa edilen iş ilişkisine diyelim ki, Azerbaycan hukuku yerine Türk Hukuku uygulanmış olsaydı, bu durumda da, Azerbaycan'da ifa edilen iş, Türk hukukuna ait iş sağlığı ve güvenliği kurallarının düzenleme amacı ve uygulama alanının kapsamına girmediğinden bu kurallar uygulanmayacaktır. Çünkü iş yeri Azerbaycan sınırlarındadır. Türk hukukuna ait iş sağlığı ve güvenliği kurallarının uygulama alanı ise yalnızca Türkiye Cumhuriyeti sınırlarıdır.

Benzer bir örnek İsviçre Borçlar Kanunu'nun 418u maddesi için bir tahkim yargılamasında gündeme gelmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu 418u maddesi acentenin müvekkiline sağladığı müşteri artışından, müvekkilinin sözleşme sona erdikten sonrada faydalanmaya devam etmesi durumunda acentenin sahip olacağı tazminat hakkını düzenlemektedir. Tahkim yargılamasına konu olayda söz konusu acente ilişkisine uygulanacak hukuk İsviçre Hukuku olarak seçilmiştir. Ancak acentenin Hong Kong'da faaliyette bulunan bir acente olması sebebiyle 418u'nun doğrudan uygulanan kural olarak uygulanmasının önündeki engel olarak bu kuralın yalnızca İsviçre sınırlarında kurulan acenteleri korumak için getirildiği gösterilmiştir. Bunun da amacının bir acenteyi korumak olmayıp İsviçre devletinin ekonomik çıkarlarını korumak olduğundan hareketle tahkim mahkemesi ilgili tarafın bu kuralın uygulanması yönündeki talebini reddetmiştir⁵⁵.

55 Bkz. Vischer, Frank (1999), 'The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts', European Journal of Law Reform, Sayı:3, Cilt:1, s. 203-216, s. 213.

Tatiller ve tatil ücretlerine ilişkin kurallar da doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilebilir. İşçinin bireysel menfaatlerini koruyan bu normlar aynı zamanda devletin ekonomik ve sosyal menfaatlerine de doğrudan hizmet ederler. Örneğin, milli tatil uygulamaları bir devletin sosyal menfaatleri ve ekonomik sistemi ile yakından ilgilidir. Devletler, tatil günlerini düzenleyerek çalışanların korunmasının yanı sıra ekonomik hayatın düzenli işleyişinin sağlanmasına bir çeşit müdahalede bulunur. Bu noktada tatil günlerini düzenleyen hukuk normları da sonuçlarını ancak düzenlendikleri ülkeler açısından ortaya çıkarmaktadır⁵⁶.

SONUÇ

Doğrudan uygulanan kurallar kavramı genel olarak ele alındıktan sonra, özellikle for devletinin doğrudan uygulanan kurallarının milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine müdahalesini özellikle kılan hususlara değinilerek Türk hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku'ndan örneklerle konu incelenmiştir.

Yetkili hukuka for hukukunun doğrudan uygulanan kuralların müdahalesi incelenen bu çalışmada özellikle milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanmak isteyen for devletinin bu nitelikteki kurallarının tespitinde kullanılan devlet organizasyonu kıstasının dar yorumlanması gerekliliği vurgulanmıştır. Bu gerekliliğin ise, yetkili hukukun uygulanması karşısında doğrudan uygulanan kuralların istisnai özellik göstermesinden kaynaklandığı vurgulanmıştır.

Bu neticede, milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanma iradesi taşıyan for devletinin pek çok kuralı eğer amaçsal olarak devlet organizasyonu kıstasını karşılamazsa, yetkili hukuku müdahale edecek şekilde uygulama alanı bulamayacaktır. İş sözleşmesinin konusunun oluşturan iş ilişkisinin de devlet organizasyonu kıstasını karşılayan normların uygulama alanına girmesi şarttır. Bu şart hali hazırda MÖHUK madde 6'da da açıkça bu şekilde düzenlenmiştir. Çünkü, iş ilişkilerine uygulanma iradesi taşıyan pek çok doğrudan uygulana kural sonuçlarını yine bu kuralları düzenleyen ülkelerde lokalize olmuş iş ilişkileri açısından doğurmaktadır.

56 Erdoğan & Erdoğan, s. 972 vd.

KAYNAKÇA

Akyiğit, Ercan (2010), Kıdem Tazminatı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Aygün, Mesut (2014), 'Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 16, s. 1025-1066.

Barnard, Catherine (2009), 'The UK and Posted Workers: The Effect of *Commission v Luxembourg* on the Territorial Application of British Labor Law', *Industrial Law Journal*, Cilt: 38, Sayı: 1, s. 122-132.

Bayata-Canyaş, Aslı (2009), '5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları', Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt: 3, s. 141-166.

Bayata-Canyaş, Aslı (2012), AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara, Adalet.

Centel, Tankut (1984), 'Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları', *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, Sayı: 33, s. 215-237.

Çelikel, Aysel & Erdem Bahadır (2016), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Baskı, İstanbul, Beta.

Dardağan-Kibar, Esra (2013), *Kanunlar İhtilafı Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakış*, Ankara, Siyasal Kitabevi.

Doğan, Vahit (1996), *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara, Yetkin.

Doğan, Vahit (2016), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Ankara, Savaş.

Ekşi, Nuray (1997-98), 'Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon', *MHB*, Yıl: 17-18, s. 163-181.

Elçin, Doğa (2012), *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, Adalet.

Erdoğan, Ersin & Erdoğan Canan (2016), 'Türkiyeden Yurt Dışına Götürelen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi' *İSGHD*, Cilt: 13, Sayı: 50, s. 954-988.

Francescakis, Phocion (1966), 'Quelques precisions sur les «*lois d'application immédiate*» et leurs rapport avec les règles de coflicts de lois', *Revue Critique de Droit International Privé*, s.1-18.

Guedj, G.Thomas (1991), 'The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law - A Comparative Analysis with Modern American Theories', *The American Journal of Comparative Law*, Cilt: 39, Sayı: 4, s. 661-697.

Mankowski, Peter (2016), 'Drittstaatliche Embargonormen, Aussenpolitik im IPR, Berücksichtigung von Fakten staat Normen: Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO im praktischen Fall, zur Cour d'appel de Paris, 25.02.2015-12/23757', *IPRax*, Cilt: 3, s. 485-493.

Narter, Sami (2014), *İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Adalet.

Nomer, Ergin (2015), *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul, Beta

Özdemir-Kocasakal, Hatice, (2001), *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları.

Özdemir-Kocasakal, Hatice (2010), 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları', *MHB*, Cilt:30, Sayı:1-2, s. 27-88.

Savingy, Friedrich, Carl von (1849), *System des Heutigen römischenrecht*, Cilt: VII, Berlin, Veit.

Schramm, Dorothee (2004), *Auslaendische Eingriffsnormen im Deliktsrecht: Ein Beitrag zu Art. 19 IPRG und Art. 12 Abs. 1 des Entwurfes einer Rom II Verordnung*, Bern, Staempfli.

Şanlı, Cemal & Esen, Emre & Ataman-Figanmeşe, İnci (2015), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tarman, Zeynep-Derya (2010), 'Yabancılık Unsuru Taşıyan' İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk', *AÜHFD*, Sayı: 59, Cilt: 3, s. 521-550.

Tekinalp, Gülören (2002), 'Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Aktine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK', *MHB*, Yıl: 22, s. 839-855. Tekinalp, Gülören (2016), *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Uşan, Fatih & Aygöl, Musa, (2007), 'İş Güvencesinin Uygulanmasında 30 işçi çalıştırılması koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan Dikkate Alınabilir mi?', Legal YKİ Dergisi, s.75-93.

Vischer, Frank (1999), 'The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts', European Journal of Law Reform, Sayı:3, Cilt:1, s. 203-216.

Bilgilendirme Notu

KLİNİK HUKUK EĞİTİMİ VE AYBÜ HUKUK FAKÜLTESİ MÜLTECİ HUKUKU HUKUK KLİNİĞİ ÖRNEĞİ

Türkiye'deki hukuk öğretimi genel olarak öğrencilerin müzakere, muhakeme gibi çeşitli becerilerinin geliştirilmesinden çok bilgi birikiminin arttırılmasına yönelik bir eğitimidir. Ülkemizde maalesef hukuk eğitimine neredeyse tamamına yakın kısmında hakim olan eğitim metodu düz anlatım metodudur. Eğitim sürecine bir şekilde dahil edilmeye çalışılan pratik saatleri de bu gerçekliği değiştirmek için kafi gelememektedir. Bu durum hukuk fakültesi öğrencilerinin mezuniyet sonrasında gereksinim duyacakları sorumluluk, yaratıcılık, yenilenme, iletişim, işbirliği, uyum, esneklik, üretkenlik, , liderlik, problem çözme, muhakeme, adli yazım, hukuki nitelme vb. becerilerinin gelişmesi için gereken elverişli zemini sağlamaktan uzak gözükmektedir. Bu tür becerilerin gelişmesi için uygulamalı eğitim metodlarının kullanılması gerekmektedir. Bu bağlamda hukuk kliniği, hukuk eğitimindeki en önde gelen uygulamalı eğitim yöntemlerinden birisidir.

KLİNİK HUKUK EĞİTİMİ

Klinik hukuk eğitimi hukuk fakültesi öğrencilerinin hukuk öğrenimi boyunca edindikleri teorik bilgilerin uygulamaya dönüştürülmesine katkı sağlayan önemli bir eğitim metodudur. Hukuk fakültesi öğrencileri deneyim kazanırken, hukuki bilgi ve hukuki yardıma ihtiyaç duyan kimseler için adalete erişim yollarının güçlendirilmesi de klinik hukuk eğitim metodunun topluma yansıma faydasıdır.

Klinik hukuk eğitim metodu bu metodu benimseyen hukuk fakültelerinin mevcut öğrencilerine katkı sağlarken aynı zamanda bu fakülteleri aday öğrenciler açısından da ilgi çekici hale getirir. Klinik hukuk eğitimi tecrübesi ile hukuk öğrencileri meslek hayatına geçtikleri ilk günden itibaren kariyer basamaklarını emin adımlarla ilerleme imkanına sahip olmaktadır.

Hukuk fakültesi öğrencilerinin uygulamaya yönelik deneyimler kazanmasına yardımcı olan klinik hukuk eğitim metodunun, ayrıca kliniklerde yer alan öğrencilere meslek etiğinin farkındalığı, bilginin etkili kullanımı ve sosyal iletişim becerilerinin gelişimi yönünde katkıları vardır.

Klinik hukuk eğitimi metodu, birbirinden farklı modellerde karımıza çıkmaktadır. Örneğin, öğrencilerin hedef grupla (mülteciler, şiddet mağdu-

ru kimseler, engelliler gibi) doğrudan iletişimde bulunarak, hukuk alanında deneyimli danışmanlar eşliğinde ücretsiz hukuki danışmanlık hizmeti sağladıkları modelin yanı sıra, kurgusal olayların çözümlemelerine dayalı eğitimler ya da hedef gruplara çeşitli sosyal ortamlarda ihtiyaç duydukları hukuki bilgilendirmenin gönüllü öğrenciler tarafından yapıldığı farklı programlar klinik hukuk eğitimi modelleridir. Bu modellerin hemen hemen hepsinde öğrencilerle birlikte hedef toplumsal gruplar büyük faydalar sağlamaktadır.

Klinik Hukuk Eğitimi Metotlarıyla, öğrenciler henüz eğitim sürecindeyken hukuk uygulamasıyla kontrollü bir şekilde yüz yüze gelmektedir. Hukuk mesleğinin icrası boyunca karşılaşacakları hukuki taraf ve sorunlarla henüz eğitim sürecinde yüz yüze gelme ve öğretim elemanlarının desteğiyle hukuk uygulaması hakkında doğrudan tecrübe ve kanaat sahibi olma imkânını elde etmektedir. Hukuk öğrencileri bu yolla hem mesleki hayat boyunca ihtiyaç duyacakları çeşitli becerilerin eğitimini almakta, hem hukuk uygulaması hakkında dolaysız yoldan bilgi sahibi olmakta, hem sorunlara çözüm üretmek için yaptıkları araştırmalarla yeni bilgiler öğrenmekte, hem de derslerde öğrendikleri bilgileri ihtiyacı olan kişilere aktararak bu bilgileri daha büyük ölçüde içselleştirmiş olmaktadır.

AYBÜ Mülteci Hukuku Hukuk Kliniği, AYBÜ'de kurulan ilk hukuk kliniği olarak hedef toplumsal grup olan mültecilerin doğrudan ulaşabildikleri ve danışmanlık hizmeti aldıkları modelde kurulmuştur.

AYBÜ HUKUK FAKÜLTESİ MÜLTECİ HUKUKU HUKUK KLİNİĞİ ÖRNEĞİ

Hukuk eğitiminde yenilikçi metotları yakından takip eden Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi klinik hukuk eğitimi metodunu ilk olarak üniversite bünyesinde Mülteci Hukuku Hukuk Kliniği ile hayata geçirmiştir. AYBÜ Mülteci Hukuku Hukuk Kliniği, Uluslararası Koruma Statüsü kazanmış ya da Uluslararası Koruma Başvurusunda bulunmuş kişilere yönelik Türkiye'deki ilk hukuk kliniği olma özelliğine de sahiptir.

Hukuk Fakültesi bünyesinde faaliyette bulunan Mülteci Hukuku Hukuk Kliniği, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ile Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yürütülen ve Avrupa Birliği tarafından fonlanan 'Kent Ortamında Yaşayan Uluslararası Koruma İhtiyaç Sahiplerine Yönelik Koruma Stratejilerinin Geliştirilmesi Projesi' kapsamında kurulmuştur. Söz

konusu proje kapsamında hukuk kliniği kurulması ve faaliyetlerini sürdürmesi amacıyla Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Proje Uygulayıcı Ortaklarından Sığınmacılar ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği arasında 18 Nisan 2016 tarihinde iş birliği protokolü imzalanmıştır. Klinikte görev alacak gönüllü öğrenciler ve idari asistanlar için, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından 27-28 Nisan 2016 tarihleri arasında 12 saatlik eğitim programı düzenlenmiştir.

İlk düzenlenen programda, mülteci hukukuna ilişkin uluslararası ve ulusal düzenlemeler, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ve Türkiye'de uygulama ortakları olan Sığınmacılar ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği ve İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfının rolü ve yetki alanı, mülakat ve tercümanlarla çalışma, özel ihtiyaç sahipleri için koruma mekanizmaları, Türk ulusal mevzuatına göre uluslararası koruma başvurusuna ilişkin usul ve yöntemler, koruma başvurusu sahiplerinin başvurabileceği itiraz usulleri konularında Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği uzmanları ve ilgili sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri tarafından eğitim verilmiştir. Klinikte çalışacak yaklaşık 60 öğrenci ve fakültemiz araştırma görevlileri arasından görevlendirilmiş 5 idari asistan bu eğitim programına katılmıştır. Söz konusu eğitimin ardından 10 Mayıs 2016 tarihinde AYBÜ Mülteci Hukuku Hukuk Kliniği faaliyetine başlamıştır. Klinik faaliyetleri süresince Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği uzmanları ile gönüllü öğrencilerimiz ve idari asistanların katıldığı uygulama değerlendirme toplantıları da yapılmıştır.

28-29 Kasım 2016 tarihlerinde Mülteci Hukuku Hukuk Kliniklerinin II. Eğitim programı, 55 yeni öğrencinin katılımıyla gerçekleştirilmiştir. Nisan 2016'dan Ocak 2017'ye kadar fakültemizin 100'ü aşkın öğrencisi kesintisiz şekilde Mülteci Hukuku Hukuk Kliniğinde gönüllü olarak görev yapmıştır. Klinikte her gün 3 öğrencinin aynı anda 9.00 ile 17.00 arasında yer alması ve Mayıs 2016'dan Ocak 2017'ye kadar yaklaşık 800 hukuki bilgilendirmenin yapılmış olması Kliniğimizin ne derece aktif çalıştığını göstermektedir.

Hukuk Kliniğinde dönüşümlü olarak sorumluluk alan gönüllü öğrenciler, Uluslararası Koruma Başvuru ve Statü Sahiplerine talep ettikleri konuda ücretsiz olarak ve danışan kişiden hiçbir karşılık beklemeksizin hukuki danışmanlık sağlamaktadır. Danışan kişiler, Türkiye'nin her yerinden İl Göç İdaresi ya da ilgili sivil toplum kuruluşlarının aracılığıyla klinik telefon numarasını edinerek kliniğe ulaşmakta ya da kliniğe yüz yüze danışmanlık almak amacıyla

gelmektedir. Gönüllü öğrencilerin telefonda ya da yüz yüze İngilizce ve Türkçe dışında gerçekleştirdikleri görüşmelerde, Farsça ve Arapça tercüman desteği sağlanmaktadır. Yapılan görüşmelerde başvuranların rahat etmesi ve kendilerini güvende hissetmeleri adına öğrenciler ve öğrencilere iletişimde yardımcı olan çevirmenler tarafından yüksek özen gösterilmektedir.

Klinikte gönüllü öğrenciler mülteci hukukunun yanı sıra fakülte öğrenimleri boyunca edindikleri genel hukuk bilgisini de kullanarak karşılaştıkları somut olaylara çözüm sunarak kişilere yardımcı olmaktadır. Kliniğe danışan kişiler ilgili kurumlara, kurumların adresi ve telefon gibi iletişim bilgilerinin verilmesi suretiyle yönlendirilmektedir. Fakültemiz tarafından görevlendirilen idari asistanlar klinikte görev alan gönüllü öğrencilere klinikte karşılaştıkları hukuki meseleler hakkında yol göstermektedir.

AYBÜ Hukuk Fakültesi Mülteci Hukuku Hukuk Kliniğinin hem öğrenciler açısından hem de kliniğin hedefi kişiler açısından pek çok olumlu sonuçları olduğu şüphesizdir. Gönüllü öğrenciler, klinik faaliyetleri sayesinde mülteci hukuku alanındaki ulusal ve uluslararası düzenlemelerin uygulamalarına aşinalık kazanmaktadır. Öğrenciler, gerçek hayatta ve hukuki işlerdeki etik değerlerin farkına varmakta ve bu işlerdeki sorumluluk bilincini henüz üniversite yıllarında kazanma şansına erişmektedir. Ayrıca kliniğin faaliyet alanında yardımcı olabildiği kişilerden alınan olumlu yönde geri dönüşler, öğrencilerde bu alanda çalışmanın motivasyonunu arttırmaktadır.

Mülteci Hukuku Hukuk Kliniğinin ayrıca geleceğin donanımlı mülteci hukuku uzmanlarını yetiştirmede de etkin bir rol üstlendiği kabul edilmektedir. Üniversitelerin teorideki uzmanlıklarının AYBÜ Mülteci Hukuku Hukuk Kliniği örneğinde olduğu gibi uygulama sahasına taşınabilmesi, klinik hukuk eğitimi ile hukuki meselelerde sahadaki hukuk uygulayıcılarına destek olabileceği ve mevcut sorunlara çözümler üretebileceğinin göstergesidir. Bu tür klinik faaliyetlerinin hukukun diğer alanlarına genişletilmesi bir hukuk devletinde toplumun her kesimince adalete erişimin etkili ve verimli şekilde gerçekleşmesi açısından son derece önemlidir.

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce makaleler yayınlanmaktadır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır. Bilimsellik ölçütlerine uymadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışları içerdiği tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda, yayın kurulu makaleyi üçüncü bir hakeme gönderir. Makale en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi durumunda yayınlanır. Yayınlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formu yazarına e-posta yoluyla iletilir. Yayınlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
5. Dergimize ulaşan yazılar gönderiliş tarihlerine göre sıralanarak hakeme gönderilir ve hakem raporlarının geri dönüş tarihine göre sıraya konularak yayınlanır.
6. Dergiye gönderilen makaleler 3000 kelimedenden az ve 15.000 kelimedenden çok olamaz. Her makalede 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Makalenin başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce yazılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
8. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden doğabilecek tüm sorumluluk yazarlarına aittir.
9. Makaleler ybhukukdergisi@ybu.edu.tr adresine e-posta yoluyla gönderilmelidir. Yazarların; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belge de aynı adrese gönderilmelidir.

10. Yazıların yayınlanıp yayınlanmayacağı yapılacak olan hakem denetimine uygun olarak Yayın Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve yazarına e-posta yolu ile bildirilir.
11. Yayınlanacak yazıların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır.
12. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere yazı gönderen Yazar bunu kabul etmiş sayılır.
13. Dergide, makaleler dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
14. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
15. Yazılar 'Microsoft Word' programında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı normal stil olmalıdır.

Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜRÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜRÜMÜ BÜYÜK HARF

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

16. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
17. Yayınlarımızın resmi web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayınlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (Yazarın Soyadı (Yıl), atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır.
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece eser adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflar da ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Uşan, M.Fatih (2009) **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları**, 2.Baskı, Ankara, Seçkin.

Çoklu yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı / 2. Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) **Kitap adı**, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Acer, Yücel & Kaya, İbrahim, (2014) **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

Birinci atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, ikinci ve sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Örnek:

Birinci atıf ve kaynakça: Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker (2016) **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

İkinci atıf: **Özbek / Doğan / Bacaksız ve diğerleri**, s.13.

Editörlü Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) **Kitap adı**, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Dülger, İbrahim (Editör) (2010) **Hukuka Giriş**, 4. Bası, Konya, Sayram

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı, 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) **Kitap adı**, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Uşan, M.Fatih, 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi' : Aydın, Ufuk; Kocabaş, Fatma (Editörler) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1.B, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) **Kitap adı**, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek: Dworkin, Ronald, (1977) **Taking Rights Seriously**, 1.Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi, (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Baskı, Ankara, Dost.)

Elektronik Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) **Kitap adı** <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: Demircioğlu, A. Murat, (2010) **Labor in law Turkey** <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>>s.e.t. 10.08.2015.

Elektronik Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı, 'Makalenin adı': Editörün Soyadı, Adı (^Yıl) **Kitap adı** <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: Kaya, Emir (2015) "Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice" Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership, <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22>s.e.t. 10.08.2015.

Makale

Soyadı, Adı (YIL), 'Makale adı' Dergi adı, Sayı: ^Cilt; İlk ve Son Sayfa Sayfa Aralığı: .

Örnek: Uşan, M.Fatih, (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, S:1, C:10, s.1-48.

Elektronik Makale

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) '**Makale ismi**', ^Dergi adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: Uşan, M.Fatih, (2003) '**Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı**', e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı, '**Tebliğin Başlığı**', Editörün Soyadı, Adı (Editör), Konferans ismi, Tarih, Yer.

Örnek: Uşan, M.Fatih, '**Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği**' : Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı (YIL) '**Tez Başlığı**', (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek: Kılınç, Ahmet (2013), '**Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir**' (Doktora), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Mahkeme Kararı

^**Dava Adı**, Merci, ^Başvuru no, ^E:, K:, T:, ^Kaynak

Örnek 1: **Burak Günay Başvurusu (2)**, AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015

Örnek 2: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İnternet Adresi:

Soyadı, Adı, Mecra, **Başlık**, <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: Uşan, M.Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "**Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları**", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>>s.e.t. 27.07.2015.

- İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: Uşan, dn. 24.

Rapor

Soyadı, Adı, Kurum (Yıl), Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No:, <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, İstanbul Ticaret Odası (2011), 'Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler', <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>, s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINES

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is being published semiannually.
2. The journal publishes articles written in Turkish, German, French, and English.
3. It is assumed as authors have reviewed articles which are submitted to the journal and approve that they can be published as are. Articles, which were found in unconformity with scientificity criteria and include misspelling above average, are refused by editorial board.
4. The articles are send at least two referee for review depending on the first decision of the Editorial Board. According to blind peer review system, author names are concealed from the article before sending. Upon the request of correction report of the referee, the author can only make changes in the framework of the amendment report. If the report of one referee is positive and other one is negative the article is send to third peer review. The articles must take at least two positive report for publication. A "Referee Assessment Form" for articles that have not been qualified for publication, is sent by e-mail to the author of the article. Unpublished articles will not be sent back to the author.
5. The articles are processed with the date of sending and published with respect to date of return of referees.
6. Articles that are sent to the journal can not be less than 3000 or more than 15.000 words. Each article should include a summary of 150-250 words and 5 to 10 key words. The summary and key words should also written in English.
7. The articles which are submitted to the journal must be unpublished elsewhere.
8. The authors are totally responsible from any ideas which might arise from their studies published in the journal.
9. Articles should be emailed to ybhukukdergisi@ybu.edu.tr. Authors should notify about their degree, mission agencies, contact addresses, phone numbers and e-mail addresses.

10. Whether the article is going to be published is determined within 1 month and announced by e-mail to authors.
11. If the articles are accepted for publication, as including the full text electronically, all broadcasting rights to publish belong to Yıldırım Beyazıt University. Authors are deemed to have accepted to transfer the copyright to the University.
12. Apart from articles that are reviewed and qualified for publication by referee is also given place in the journal to book reviews, legislative assessments and informative remarks. The acceptance or refusal of such writings is made by editorial board.
13. Studies that do not return from referee review in due of time, are evaluated in the next issue unless otherwise stated by its author.
14. Articles should be written in the “Microsoft Word” Program with font type Times New Roman, font size 12, normal style and aligned to the left and the right.
15. Titles within the text should be organized as follows:
 - I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD**
 - A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD**
 - 1. Only First Letters Capital and Bold**
 - a. Only First Letters Capital and Regular
 - i. Only First Letters Capital and Regular
16. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be shown as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
17. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted for Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. Unless there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. If it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article citation should be with abbreviation such (Author`s Surname, page to be cited) maintained. If to more than one treatise of same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating of year (Author`s Surname (year), page to be cited) which treatise is published.
6. The name of treatise should be bold in first place where cited to it and bibliography; in the ongoing parts of article the only the Author`s Surname should be bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type , “^” sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The “l.a.d.” expression refers to the date of last access.

Book

Author`s Surname, Name (Year) **Book`s Name**, Edition, City, Publisher

Example: Uşan, M.Fatih (2009) **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları**, 2.Edition, Ankara, Seçkin.

In case of 4 and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of “and others”

Example:

First Citation and Bibliography: Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker (2016) **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Second Citation: **Özbek / Doğan / Bacaksız and others**, s.13.

Edited Book

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) **Book's Name**, Edition, City, Publisher

Example: Dülger, İbrahim (Editor) (2010) **Hukuka Giriş**, 4. Edition, Konya, Sayram.

Book Section

Author's Surname, Name, 'Article title': Editor's Surname, Name (Editor) (Year)

Book title, Edition, City, Publisher.

Example: Uşan, M.Fatih, **'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi'**: Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editors) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications.

Translation Book

Author's Surname, Name, (Year), **Book's Name**, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name, (Year), Translation Book's Name, Edition, City, Publisher.)

Example: Dworkin, Ronald, (1977) **Taking Rights Seriously**, 1.Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi, (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Edition, Ankara, Dost.)

Electronic Books

Author's Surname, Name, (Year), **Book's Name**, <Internet address> I.a.d. Date.

Example: Demircioğlu, A. Murat, (2010), **Labor in law Turkey** earch.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813 I.a.d. 10.08.2015.

Electronic Book Chapter

Author's Surname, Name, 'Article's Name': Editor's Surname, Name, (Year) Book's Name <Internet address> I.a.d. (last accessed date) Date.

Example: Kaya, Emir, "Injustice as a Judicial Product: Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (2013), **"A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice"** Chaos, Complexity and Leadership, http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22 I.a.d. 10.08.2015.

Article

Surname, Name (Year), **'Article`s Name'** Journal`s Name, Issue: Volume;, The first and last page range: .

Example: Uşan, M. Fatih, (2008), **'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları'** Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Electronic Article

Surname, Name (Year), **'Article`s Name'** Journal`s Name <Internet address> I.a.d. (last accessed date) Date.

Example: Uşan, M. Fatih, (2003) **'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı'**, e-academy, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> I.a.d. 28.07.2015.

Conference Proceeding

Author`s Surname, Name, **"Title of the Annunciation"**, Editor`s Surname, Name (Editor), Conference Name, Date, Place.

Example: Uşan, M.Fatih, **'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği'** : Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

Thesis

Author`s Surname, Name (Year) **'Thesis Head'** (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example: Kılınç, Ahmet (2013), **'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir'** (PhD), Gazi University Institute of Social Sciences.

Court Decision

^Case Name, Mercier, ^Application No, ^E; K; T: ^Citation.

Example 1: **Burak Günay Başvurusu (2)**, AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015

Example 2: Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

Web Address

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> I.a.d. Date.

Example: Uşan, M.Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, **“Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”**, <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>>, I.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example: Uşan, fn. 24.

The Report

Surname, Name, Institution (Year), Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> I.a.d. Date.

Example: Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011), **“Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”**, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>>, I.a.d. 07/27/2015.